

**CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DE MINAS GERAIS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU – ESPECIALIZAÇÃO EM
“MINISTÉRIO PÚBLICO E O NOVO CONSTITUCIONALISMO”**

Adriana Costa Lira

**O PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL COMO MECANISMO DE COMBATE
AO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL**

Belo Horizonte

2018

Adriana Costa Lira

**O Processo Coletivo Estrutural como mecanismo de combate ao Estado de Coisas
Inconstitucional no Brasil**

Trabalho de conclusão do curso de pós-graduação lato sensu MINISTÉRIO PÚBLICO E O NOVO CONSTITUCIONALISMO, apresentado ao Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público de Minas Gerais (Ceaf/MPMG) como requisito parcial para a obtenção do título de especialista.

Área de concentração: Direito Constitucional
Orientador: Doutor Gregório Assagra de Almeida

Belo Horizonte

2018

Adriana Costa Lira

**O Processo Coletivo Estrutural como mecanismo de combate ao Estado de Coisas
Inconstitucional no Brasil**

Trabalho de conclusão do curso de pós-graduação lato sensu MINISTÉRIO PÚBLICO E O NOVO CONSTITUCIONALISMO, apresentado ao Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público de Minas Gerais (Ceaf/MPMG) como requisito parcial para obtenção do título de especialista.

Área de concentração: Direito Constitucional

Data da aprovação:

Dr. Gregório Assagra de Almeida (Orientador)

Dr. Aziz Tuffi Saliba

Dr. Jairo Cruz Moreira

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que me incentivaram à realização desta pesquisa. Meu carinho especial à minha família, pela paciência nas repetidas ausências, ao meu orientador Professor Dr. Gregório Assagra de Almeida e ao Professor Dr. Aziz Tuffi Saliba, por estarem sempre disponíveis para compartilhar seus enormes conhecimentos, e às amigas Patrícia Habkoul e Mônica Sofia, por terem tornado este desafio mais leve.

“É possível julgar o grau de civilização de uma sociedade visitando suas prisões.”

(DOSTOIÉVSKI, Fiódor Mikhailovitch. Crime e castigo. Tradução: Paulo Bezerra. São Paulo: Editora 34, 2016. E-BOOK. ISBN 9788573266467. Disponível em: <<https://www.saraiva.com.br/>> Acesso em: 30 jan. 2018.)

RESUMO

A presente pesquisa analisa o Estado de Coisas Inconstitucional: situação que se caracteriza pelo fracasso generalizado de políticas públicas acarretando violação massiva e reiterada de direitos fundamentais, o que afeta toda uma coletividade. Para superar situações do tipo, verifica-se a adequação do denominado Processo Coletivo Estrutural. Tal denominação se refere a uma modalidade processual cujo objetivo é a realização de alterações profundas na organização pública e efetivação de políticas públicas garantidoras de direitos fundamentais. O presente trabalho verifica também a harmonia entre o sistema normativo brasileiro e os dois institutos acima mencionados, com o intuito de estabelecer novas diretrizes interpretativas em tais áreas. Realizam-se análises dos problemas enfrentados e sucessos alcançados em países como a Colômbia, local de origem da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional e país cuja corte superior vem há anos lutando com casos de extrema complexidade. Verifica-se também os avanços nas decisões do Supremo Tribunal Federal nos temas correlatos à implementação de políticas públicas efetivadoras de direitos fundamentais, sobretudo quando há Estado de Coisas Inconstitucional. Para esses propósitos, o estudo se vale do método jurídico-propositivo e bibliográfico / documental, por meio de pesquisas realizadas à luz do direito comparado, doutrina, jurisprudência e legislação nacionais. Terá como base a teoria neoconstitucionalista e a ênfase nos direitos fundamentais como fio condutor de todo o sistema normativo brasileiro pós Constituição da República de 1988, não se olvidando da discussão sobre a maneira adequada de atuação do Ministério Público para a efetivação dos direitos fundamentais. A pesquisa chega à conclusão de que, é essencial a atuação do Ministério Público como indutor da transformação social para que haja efetivação de direitos fundamentais por meio de políticas públicas. Além disso, o Processo Coletivo estrutural pode ser o mecanismo adequado à superação de situações que caracterizem Estado de Coisas Inconstitucional, desde que, para isso, o Estado brasileiro esteja disposto a enfrentar grandes desafios.

Palavras-chave: Estado de Coisas Inconstitucional. Processos Coletivos Estruturais. Direitos fundamentais. Políticas públicas. Ministério Público.

ABSTRACT

This research analyzes the Unconstitutional State of Affairs, which means the complete failure of public policies, causing a massive and systematic violation of fundamental rights affecting a significant number of people. The research also carries out a review on the so-called Structuring Class Action to check if this procedure is a suitable way of dealing with the Unconstitutional State of Affairs. The Structuring Class Action is an in or out-of-court procedure aimed at making profound changes in the public organizations and in the way they implement public policies in order to make them effective in guaranteeing fundamental rights. Besides, this research aims at verifying whether both, the Unconstitutional State of Affairs and Structuring Class Action, comply with the Brazilian normative system, so that it may be possible to establish new interpretative guidelines in the fields to which they are related. There are analyses of the advances and setbacks in states, like Colombia, place of origin of the Unconstitutional State of Affairs theory and a country in which the Supreme Court has been struggling with complex cases for years. Brazilian's Supreme Court advance in themes related to public policies aimed at ensuring fundamental rights, especially when there is an Unconstitutional State of Affairs scenario, is also a subject of study. Regarding the methodology, proactive legal research, bibliographical and documentary methods are used in the light of comparative law, doctrine, jurisprudence and Brazilian national legislation. The study will be based on the new constitutional theory and the emphasis on fundamental rights as the guiding principles of the entire Brazilian normative system after the enactment of the 1988 Federal Constitution. However, it does not overlook the importance to discuss the appropriate way the country's Office of Public Prosecutions must act to play its key role as an inducer of social development. The final conclusion is that Structuring Class Action may be the appropriate mechanism for overcoming situations as complex as those considered Unconstitutional State of Affairs. Nonetheless, to do so, the three branches of the Brazilian State must be willing to face great challenges.

Keywords: Unconstitutional State of Affairs. Structuring Class Action. Fundamental rights. Public policies. Office of Public Prosecutions.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL.....	12
2.1 Estado de Coisas Inconstitucional: seu reconhecimento e evolução na jurisprudência	14
2.2 Do ativismo judicial no Estado de Coisas Inconstitucional: limites e possibilidades da atuação jurisdicional.....	20
2.3 O novo constitucionalismo e suas diretrizes gerais para o enfrentamento do Estado de Coisas Inconstitucional.....	28
2.4 Os direitos sociais como direitos fundamentais.....	30
2.5 Os Objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3º da CF/1988) e alguns elementos para a identificação e o enfrentamento do Estado de Coisas Inconstitucional.....	32
3 O PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL.....	36
3.1 Conceito	38
3.2 As origens.....	40
3.3 A mitigação da teoria da separação das funções da República	43
3.4 A inoponibilidade da cláusula da reserva do possível em casos de direitos sociais fundamentais	47
3.5 O Processo Coletivo Estrutural e a legislação brasileira.....	49
3.6 Considerações gerais sobre o Projeto de Lei nº 8.058 de 2014.....	53
4 O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO CONTEXTO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E DO PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL.....	60
4.1 O perfil do Ministério Público no novo constitucionalismo	60
4.2 A atuação do Ministério Público na indução da implantação de políticas públicas efetivadoras de direitos fundamentais	61

4.3 A atuação jurisdicional e extrajurisdicional do Ministério Público para o reconhecimento e a superação do Estado de Coisas Inconstitucional.....	64
4.4 A Proposta de Recomendação em tramitação no Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), dispondo sobre a atuação do Ministério Público em políticas públicas efetivadoras de direitos fundamentais	68
5 DESAFIOS PARA O ENFRENTAMENTO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL MEDIANTE UMA CONCEPÇÃO DE PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL ALINHADA AOS DIREITOS E ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS	71
5.1 As situações concretas de ameaça ou de lesão a direitos fundamentais como indicadores básicos para o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional	72
5.2 O Processo Coletivo Estrutural como mecanismo adequado para o tratamento dos conflitos gerados pelo Estado de Coisas Inconstitucional	74
5.3 A necessidade de priorização da resolução consensual para o tratamento adequado do Estado de Coisas Inconstitucional	75
5.4 O cumprimento das decisões judiciais e a duração razoável do processo no Estado de Coisas Inconstitucional.....	79
5.5 A superação do Estado de Coisas Inconstitucional.....	81
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	85
REFERÊNCIAS	92

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa trata da questão de tutela aos direitos fundamentais nas situações em que haja declarado Estado de Coisas Inconstitucional. Essa situação se caracteriza por um fracasso generalizado de políticas públicas em uma determinada região, o que acarreta violação reiterada e massiva de direitos à população e cuja solução geralmente necessita do engajamento de mais de uma função da República.

O tratamento de tal situação envolve o estudo do Direito Processual Coletivo, mais precisamente do que se tem denominado Processo Coletivo Estrutural. Esta terminologia se refere à realização de alteração em estruturas da organização pública a fim de possibilitar a efetiva solução de um problema. Em outras palavras, busca-se a superação de falhas estruturais do sistema estatal com isso garantindo a efetivação de direitos fundamentais de prestação positiva cuja ausência afeta toda uma coletividade.

Tendo como arcabouço teórico a teoria do novo constitucionalismo, a pesquisa parte das origens, conceitos e evolução tanto do Estado de Coisas Inconstitucional, quanto do Processo Coletivo Estrutural. Essa análise é feita à luz do direito comparado, passando pela interpretação da jurisprudência e do atual sistema normativo brasileiro.

Posteriormente à análise dos dois institutos – Estado de Coisas Inconstitucional e Processo Coletivo Estrutural - pretende-se verificar se esta modalidade de processo seria um mecanismo adequado para lidar com o Estado de Coisas Inconstitucional e suficiente para superá-lo em toda a sua complexidade. Além disso, a pesquisa busca verificar se esse tipo de processo seria compatível com o sistema normativo do Brasil.

É de grande relevância pesquisar maneiras de superar as deficiências do Estado a fim de garantir a tutela de direitos fundamentais. Para que essa tutela ocorra de maneira eficaz, o estudo de novas práticas em políticas públicas é essencial, pois a superação dos graves problemas sociais, notoriamente presentes em todas as regiões do país não ocorrerá por meio de ações simplistas, que desconsiderem os sistemas de justiça, as funções da República e, sobretudo, a soberania popular.

Uma vez que se objetiva gerar conhecimentos para aplicação prática e solução de problemas na implementação de leis, trata-se de pesquisa aplicada que, diante da complexidade do tema será interdisciplinar. Ademais, pretende-se realizar uma pesquisa jurídico-propositiva. Isso no sentido de se estabelecer novas diretrizes interpretativas do Processo Coletivo Estrutural no país.

Sendo uma pesquisa de cunho bibliográfico e documental, as referências internacionais serão de grande valia, sobretudo, a jurisprudência colombiana - marco teórico jurisprudencial da presente pesquisa, origem da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional - e que apresenta julgados inovadores e construções que demonstram a evolução daquele país em termos de implementação de políticas. Importante também, os exemplos, as construções teóricas e as pesquisas realizadas no campo jurídico norte-americano no que se refere à teoria do Processo Coletivo Estrutural. A teoria neoconstitucionalista pode ser considerada o marco teórico doutrinário do presente estudo e a ênfase nos direitos fundamentais seria como que um fio condutor de todo o raciocínio ao longo da pesquisa.

Inicia-se o estudo com uma análise, nas seções 2 e 3, dos dois institutos dão o título ao trabalho e cujas teorias são a base de todo o seu desenvolvimento. Aborda-se a seguir a maneira adequada de atuação Ministério Público para a efetivação dos direitos fundamentais nos moldes da Constituição da República de 1988. Tal instituição, como agente indutor da transformação social, tem grande relevância e essencial participação na demanda por políticas públicas efetivadoras de direitos fundamentais e como fomentador do diálogo.

Por fim, trata-se dos desafios para a superação de situações que caracterizam Estado de Coisas Inconstitucional, das perspectivas e da atual situação do Brasil para, então, se chegar às considerações finais verificando o cumprimento dos objetivos propostos e a ocorrência das hipóteses levantadas.

2 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, o Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro reconheceu pela primeira vez no país a configuração do instituto denominado Estado de Coisas Inconstitucional (ECI). No texto do julgamento, apresenta-se uma definição: “quadro de violação massiva persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária”.¹

Pode-se afirmar que o conceito do Estado de Coisas Inconstitucional brasileiro foi inspirado na jurisprudência colombiana. De fato, segundo a Sentencia T- 025, de 22 de janeiro de 2004, da Corte Constitucional Colombiana, são características que definem o ECI:

(I) a violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais que afeta um número significativo de pessoas; (II) omissão prolongada das autoridades no cumprimento de suas obrigações a fim de garantir tais direitos; (III) a adoção de práticas inconstitucionais, como incorporação da ação de tutela como parte do procedimento para garantir o direito violado; (IV) a omissão legislativa, administrativa ou orçamentária necessárias para evitar violação de direitos. (V) a existência de um problema social cuja solução exige a intervenção de várias entidades, a adoção de ações complexas e coordenadas e elevado nível de recursos e esforço orçamentário adicional substancial; (VI), situação em que, se todas as pessoas afetadas pelo mesmo problema buscassem a tutela para a proteção de seus direitos, acarretaria situação de grande congestão judicial.²

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na ADPF nº 347. Propositor: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Intimados: União e outros. Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, 09 set. 2015. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 29 jan. 2017.

² COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentencia N° T-025 de 2004. Acción de tutela instaurada por Abel Antonio Jaramillo, Adela Polanía Montaña, Agripina María Nuñez y otros contra la Red de Solidaridad Social, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Protección Social, el Ministerio de Agricultura, el Ministerio de Educación, el INURBE, el INCORA, el SENA, y otros. Expediente T-653010 y acumulados. Relator: Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, 22 jan. 2004. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co>>. Acesso em: 01 fev. 2017. No original: Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, cabe destacar los siguientes: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial. (Tradução nossa)

Pelo disposto até aqui, vê-se que na supramencionada ADPF 347 o Supremo Tribunal Federal reconhece a existência do instituto denominado Estado de Coisas Inconstitucional para se referir a uma situação em que há grave inconstitucionalidade e demanda medidas efetivas por parte do judiciário. Já a análise da definição trazida pela jurisprudência espanhola propicia o reconhecimento dos pressupostos do Estado de Coisas Inconstitucional.

Não se trata de qualquer tipo de violação, e sim daquela que se adegue cumulativamente a quatro pressupostos:

1 – Constatação da existência de grave violação, ampla e continuada, a direitos fundamentais, sejam eles previstos na Constituição da República ou provenientes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. Violação esta, cuja proporção é suficiente para atingir número significativo de pessoas.

2 – As violações a que se refere o item 1 devem também ser decorrentes de omissão ou falhas das funções públicas. Não se trata aqui de qualquer falha. Não se pode enquadrar como Estado de Coisas Inconstitucional qualquer violação. As falhas a que se refere a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional são de caráter estrutural e geralmente vêm acompanhadas de ausência, insuficiência ou falência de políticas públicas.

3 – É também requisito a existência de um problema social cuja solução exija a atuação de mais de um órgão público. Além disso, tais órgãos deverão atuar de maneira coordenada para solucionar o problema. Devido ao nível de complexidade, é necessário um planejamento adequado e disponibilidade de recursos.

Ressalta-se que na definição anteriormente mencionada, constante na ADPF 347, o Supremo Tribunal incluiu a natureza das medidas a serem adotadas para a cessação do Estado de Coisas Inconstitucional. Estas podem ser, como visto, de natureza normativa, administrativa ou orçamentária. Dessa forma, as medidas não são necessária ou exclusivamente direcionadas à função executiva, podendo recair as falhas também no Legislativo e Judiciário, ou em todos eles concomitantemente.

4 – Por fim, é necessário que haja risco de grande número de demandas judiciais decorrente da violação de direitos, a ponto de afetar o funcionamento do sistema judiciário.

Tal pressuposto não consta explicitamente na definição da corte brasileira, o que alarga as possibilidades de acesso à justiça e concretização de direitos fundamentais das classes menos favorecidas. Isso porque nem sempre aqueles que são vítimas de flagrante Estado de Coisas Inconstitucional – mesmo que em grande número – se encontram em condições de exercer seu direito de ação.

O Estado de Coisas Inconstitucional se trata de um instituto que visa à defesa da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Mais que o direito fundamental subjetivo de cada um, ao se declarar o ECI defende-se o núcleo não apenas da Constituição, mas de todo o sistema jurídico, visando com uma só ação o alcance do maior número de cidadãos possível.

Ocorre que, do surgimento do ECI até a definição dos seus pressupostos e o reconhecimento pela corte superior brasileira, um longo trajeto foi percorrido. O Estado de Coisas Inconstitucional, conforme ensina Campos, “não surge em um vácuo filosófico ou jurídico e sim, possui raízes em importantes transformações culturais contemporâneas.”³ É disso que se tratará na subseção a seguir.

2.1 Estado de Coisas Inconstitucional: seu reconhecimento e evolução na jurisprudência

Entre as diversas inovações ocorridas no campo do Direito Constitucional em anos recentes, uma em especial merece ser ressaltada: o fato de os tribunais constitucionais terem passado a adquirir um papel de protagonismo. Tal fato ocorreu, especialmente em países que vivenciaram um processo de transição para regimes democráticos com previsão de uma extensa lista de direitos fundamentais em seus textos constitucionais, incluindo os chamados direitos econômicos, sociais e culturais, como foram os casos de Brasil e Colômbia.⁴

Esses dois países, além das semelhanças acima, aproximam-se também pelos alarmantes índices de desigualdade social, pela crise de representação de suas respectivas classes políticas, pela debilidade dos movimentos sociais e dos partidos da oposição e pelo fato de terem passado por processos constituintes democráticos com uma diferença de apenas três anos um do outro e em períodos relativamente recentes (1988 e 1991). Tais processos acabaram por propiciar aos tribunais superiores, tanto do Brasil quanto da Colômbia, a possibilidade de uma postura ativista.

Sobre o ativismo colombiano, vale mencionar:

³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016, p.157.

⁴ VIEIRA, José Ribas; BEZERRA, Rafael. Estado de Coisas Fora do Lugar: uma análise comparada entre a *Sentencia* T-025 e a ADPF 347/DF-MC1. In: VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta (Coord.). **Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 203-223 Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br>>. Acesso em: 11 jan. 2017.

Em um cenário de ativismo judicial entre os países do chamado “Sul Global”, a Corte Constitucional da Colômbia (CCC) apresenta-se contemporaneamente como um paradigma inovador para a reoxigenação do debate constitucional vigente – ainda apegado a teorias, conceitos e institutos forjados há 200 anos – para a compreensão e o aperfeiçoamento da modelagem institucional necessária à pretendida implementação de políticas públicas que ensejem a efetivação de direitos fundamentais.⁵

Foi neste contexto de inovação e reoxigenação que a corte colombiana declarou pela primeira vez o Estado de Coisas Inconstitucional. Ela o fez em sete ocasiões antes de 2004, ano que, conforme se verá adiante, representou um divisor de águas para a teoria naquele país.

Antes de 2004, [a corte constitucional] havia utilizado tal recurso sete vezes para se pronunciar sobre uma série de questões, como a falta de afiliação a fundos de pensão de um número significativo de professores (julgamento SU-559 de 1997), superlotação em centros penitenciários (T-153 de 1998), o não pagamento de salários aos servidores públicos em um município (julgamento T-144 de 1999), entre outros.⁶

A primeira vez que a corte colombiana se valeu da tese do Estado de Coisas Inconstitucional foi em 1997 na decisão acima mencionada (SU-559). Nela, chegou-se à conclusão de que apesar de a ação de tutela ser de alcance *inter partes*, devido às circunstâncias excepcionais, tornava-se imperativo estender o alcance da decisão.⁷

As circunstâncias excepcionais a que se referiam o caso eram a violação de direitos fundamentais e a omissão dos órgãos estatais na realização de suas funções. Ao declarar o Estado de Coisas Inconstitucional e, desse modo, estender a amplitude da decisão, a corte também visou cumprir seu papel de resguardar a integridade da Constituição daquele país, garantindo a efetividade dos preceitos normativos constitucionais.

Ademais, conforme visto anteriormente quando da análise dos pressupostos, evitou-se que o sistema judiciário colombiano fosse inundado com longas demandas

⁵ VIEIRA; BEZERRA, 2016.p. 204.

⁶ GRAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social:** cómo la corte constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Dejusticia, 2010. p. 82. Disponível em: <www.dejusticia.org/files/>. Acesso em: 23 mar. 2017. No original: Antes de 2004 había recurrido a dicha figura en siete ocasiones para pronunciarse sobre diversos temas como la falta de afiliación a fondos de pensiones de un número significativo de docentes (Sentencia SU- 559 de 1997), la situación de hacinamiento en los centros penitenciarios (Sentencia T-153 de 1998) y el incumplimiento en el pago de salarios a los servidores públicos en un municipio (Sentencia T- 144 de 1999), entre otros casos. (Tradução nossa).

⁷ COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentencia SU-599 de 1997. Actores: Delfida Carrascal Sandoval, Francisca Correa Padilla, Francia Cassiani Peña, Carmen Cecilia Cueto Navarro, María Victoria Julio Meza e outros. Relator: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, 06 nov. 1997. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co>>. Acesso em: 04 out. 2017.

similares, já que grande número de pessoas se beneficiaria do cumprimento da determinação expedida aos agentes públicos.

Conforme mencionado acima, 2004 pode ser considerado como um divisor, pois nesse ano a Corte Constitucional Colombiana proferiu a *Sentencia* T-025, que ganhou “lugar proeminente no constitucionalismo comparado”.⁸ O raciocínio de Campos é no mesmo sentido, pois esse autor considera que no caso em que se proferiu a *Sentencia* T-025, a corte enfrentou “o mais importante caso de violação massiva de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais”⁹ de sua história.

Nesse caso, a corte colombiana enfrentou (e enfrenta até os dias atuais) a questão referente ao deslocamento forçado de mais de cinco milhões de pessoas em decorrência da situação de violência vivida no país. Violência que fora provocada por ações de grupos de guerrilha como as conhecidas Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC)¹⁰.

Em sua atuação no caso, a Corte Constitucional da Colômbia lidou com uma situação em que a inconstitucionalidade consiste na violação de inúmeros direitos fundamentais. A situação decorria da omissão do Estado, incluindo todas as esferas do Legislativo e Executivo.

Pelas proporções narradas acima (milhões de pessoas vitimadas, vários direitos violados, falta de vontade política), é possível ter parâmetros da complexidade de um caso em que haja os pressupostos do Estado de Coisas Inconstitucional mencionados no início desta seção. Nesses tipos de casos, não há como se ter ilusões de que as soluções serão implementadas rapidamente. No caso da Colômbia, a Corte detectou deficiência em diferentes fases das políticas públicas: definição da agenda, formulação, implementação e avaliação.¹¹ Dessa forma, a Corte sabia que sua atuação não cessaria com a sentença proferida em 2004. O caso do deslocamento forçado iria requerer monitoramentos, revisões de decisões para análises dos avanços e retrocessos. Muitas vezes seria preciso refazer ciclos inteiros por insucesso nos resultados das atitudes tomadas.

⁸ GRAVITO; FRANCO, 2010, p. 15.

⁹ CAMPOS, 2016, p.142.

¹⁰ COLÔMBIA. Corte Constitucional. Seguimiento al cumplimiento de la Sentencia T-025 de 2004. Auto 091 de 24 fev. 2017. Relator: Luis Ernesto Vargas Silva. Ref.: Solicitud de información al Gobierno Nacional y a las entidades territoriales sobre las medidas adoptadas para atender y proteger a las comunidades étnicas de la región del Bajo San Juan y Bajo Calima (Valle del Cauca y Chocó), 1 en el marco del seguimiento a los autos 004 y 005 de 2009. Disponível em: < <http://www.corteconstitucional.gov.co/T-025-04/A2017.php>>. Acesso em: 18 dez. 2017.

¹¹ CAMPOS, 2016, p.145.

Já no que tange à aplicabilidade da tese do ECI no direito brasileiro, a primeira vez que se tem registro de sua menção no Supremo Tribunal Federal é em março de 2015 no julgamento da Questão de Ordem que modulou os efeitos das ADIs nº 4357 e 4425, sobre o pagamento de precatórios. Na ocasião, o Ministro Luís Roberto Barroso mencionou o Estado de Coisas Inconstitucional durante os debates.¹²

Para ele, a questão do pagamento dos precatórios pelos estados membros estaria em situação de inconstitucionalidade desde a promulgação da Constituição da República de 1988. Como a competência para disciplinar o pagamento caberia ao Congresso Nacional, e para que este o fizesse de forma constitucional, o ministro propunha a devolução da matéria a ele e um diálogo institucional entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso. Com tal diálogo seria evitado o risco de posterior declaração de inconstitucionalidade e seria finalmente cessado o ECI no caso dos precatórios.

No entanto, a tese do ministro não foi acolhida na referida questão de ordem. A matéria não foi remetida ao Congresso Nacional, e sim ao Conselho Nacional de Justiça para que considerasse a apresentação de proposta normativa.

A segunda ocasião em que o Supremo Tribunal Federal tratou da questão foi na Medida Cautelar na ADPF 347, cujo acórdão foi proferido em 09 de setembro de 2015. Este julgado pode ser considerado como o marco teórico jurisprudencial para o Brasil quando se trata do tema Estado de Coisas Inconstitucional.

O Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) busca, por meio de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida liminar, seja reconhecida a figura do “estado de coisas inconstitucional” relativamente ao sistema penitenciário brasileiro e a adoção de providências estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos, que alega decorrerem de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal.¹³

Naquela data, o Plenário da corte suprema concedeu parcialmente medida cautelar na ADPF e reconheceu a configuração do Estado de Coisas Inconstitucional uma vez que há violação massiva e persistente de direitos fundamentais, violação também do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Reconheceu-se também que a situação decorre de falhas estruturais e falência de políticas públicas. Dessa

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem nas ADI nº 4.357 e 4425. Requerente: Confederação Nacional da Indústria (CNI). Intimado: Congresso Nacional. Relator: Luiz Fux. Brasília, DF, 25 mar. 2015. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/diariojusticaeletronico/>. Acesso em: 25 out. 2017.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na ADPF nº 347.

forma, para alteração do quadro, são necessárias “medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária”.¹⁴

O requerente citou intervenções e a condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos por não garantir proteção à vida e à integridade pessoal, psíquica e moral dos detentos, além da violação à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes. Os preceitos fundamentais considerados violados são: princípio da dignidade da pessoa humana, vedação à tortura, ao tratamento desumano ou degradante e às penas cruéis, imposição do cumprimento de pena em estabelecimentos de acordo com a natureza do delito, idade e sexo, respeito à integridade física e moral, presunção de inocência, direitos fundamentais à saúde, educação, alimentação e o direito fundamental de acesso à Justiça.¹⁵

A situação retratada, de acordo com o requerente, decorre de falhas estruturais nas políticas públicas do país e somente deixará de existir se os diferentes órgãos legislativos, administrativos e judiciais da União, dos Estados e do Distrito Federal adotarem medidas conjuntas impostas pela Corte. Além disso, a ADPF ressalta a necessidade de supervisão por parte do Supremo da efetiva implementação. Essa supervisão é justificada pela gravidade das violações aos direitos humanos, sendo que o próprio requerente ressalta que tal tipo de intervenção judicial se deve à excepcionalidade da situação.¹⁶

Considerado o grau de intervenção judicial no campo das políticas públicas, argumenta que a prática pode ser levada a efeito em casos excepcionais, quando presente transgressão grave e sistemática a direitos humanos e constatada a imprescindibilidade da atuação do Tribunal em razão de “bloqueios institucionais” nos outros Poderes.¹⁷

Com tal pedido o requerente deixa claro

não estar formulando pedidos cujo deferimento implicará determinações judiciais rígidas e soluções ditadas pelo próprio Tribunal, e sim a intervenção judicial por meio de ordens flexíveis que, baseadas no diálogo e na cooperação entre os diversos Poderes estatais, atribuam ao Governo e ao legislador a possibilidade de formulação de planos de ação para a superação do “estado de coisas inconstitucional”.¹⁸

Verifica-se que o monitoramento da fase de implementação, pelo próprio Supremo, por meio de “diálogo e cooperação” faz parte do pedido formulado na ADPF 347,

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na ADPF nº 347.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na ADPF nº 347.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na ADPF nº 347.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na ADPF nº 347.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na ADPF nº 347.

sendo mencionada inclusive a necessidade de participação deliberativa de diversos setores da sociedade civil.

Para Faria e Almeida, a ADPF 347 traz duas inovações. A primeira é no pedido, ao propor uma resolução de conflitos com a composição de diferentes atores: Executivo, Legislativo e Judiciário. A segunda é admitir a responsabilidade das três funções da República pelo problema, como também do Ministério Público e das Defensorias. Estes, porque deveriam provocar a responsabilização do Executivo e Legislativo pela omissão. O Judiciário, porque quando provocado falha em oferecer a devida prestação jurisdicional.¹⁹

Os pedidos solicitados em sede cautelar são a seguir expostos:

a) determinação de motivação, pelos juízes, das razões que impossibilitem a adoção de medidas cautelares alternativas à prisão, quando da decretação de prisão provisória; b) realização de audiências de custódia; c) determinação para que juízes levem em consideração o cenário caótico do sistema prisional no momento de decidir pela privação de liberdade, em sede provisória ou definitiva; d) reconhecimento de que a pena é cumprida em situação mais severa do que a admita pela ordem jurídica; e) afirmação do poder dos juízes em aplicar o princípio da proporcionalidade e humanidade para abrandar os requisitos legais de fruição de benefícios, direitos dos presos; f) afirmação do poder dos juízes em abater tempo de prisão da hipótese de prisão em condições mais severas do que as previstas na ordem jurídica; g) determinação ao CNJ para realização de Mutirões Carcerários; h) descontingenciamento das verbas do Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN.²⁰

Conforme a análise das autoras mencionadas no parágrafo anterior os pedidos estão voltados a diferentes tipos de problemas. Ademais não apontam um único culpado. Estão endereçados, sobretudo, ao Judiciário, mas também ao Executivo. Solicita-se melhor fundamentação das decisões judiciais, melhor adequação à realidade do país e uma visão que leve em consideração os direitos humanos e os direitos fundamentais quando das decisões de privação de liberdade. Ao contrário dos casos analisados da Colômbia, o requerente não chegou a formular – pelo menos em sede de cautelar – pedidos de intervenções em políticas públicas. No entanto, tal tema fatalmente terá que ser discutido, caso se tenha a intenção de pensar seriamente na resolução de um Estado de Coisas Inconstitucional, como a situação prisional no Brasil.

¹⁹ FARIA, Adriana Ancona de; ALMEIDA, Eloísa Machado de. Medida Cautelar na ADPF 347: estado de coisas inconstitucional. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 25, jul.-ago. 2016. Disponível em: <<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/>>. Acesso em 02 out. 2017.

²⁰ FARIA; ALMEIDA, 2016.

Essa intervenção judicial no campo das políticas públicas e a supervisão por parte do judiciário da efetiva implementação é alvo de polêmica no direito brasileiro. Muitos a criticam por se tratar de ativismo judicial. É o assunto de que se trata na próxima subseção.

2.2 Do ativismo judicial no Estado de Coisas Inconstitucional: limites e possibilidades da atuação jurisdicional

Streck, no texto intitulado “Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo” alega que “em uma democracia, quem faz escolhas é o Executivo, eleito para fazer políticas públicas. Judiciário não escolhe.” Mais adiante, no mesmo texto, afirma também que “as políticas públicas não estão à disposição do Poder Judiciário” e que “não dá para fazer um estado social com base em decisões judiciais”.²¹

Outro argumento utilizado pelo autor no combate ao Estado de Coisas Inconstitucional é que “o objeto do controle de constitucionalidade são normas jurídicas e não a realidade empírica – vista de forma cindida – sob a qual elas incidem”.²²

Uma crítica que pode ser feita a esse argumento é que ele privilegia o abstrato. Ao se excluir políticas públicas como objeto de controle de constitucionalidade, nos casos complexos como o são aqueles a que se refere a presente pesquisa, corre-se o risco de ter como resultado uma sentença ineficaz, que não saia do mundo das ideias. A Declaração do Estado de Coisas Inconstitucional e a posterior intervenção judicial dela decorrente visam a evitar exatamente que isso ocorra, dando eficácia à decisão e pondo fim à situação de grave violação à Constituição.

Outro argumento, este ainda mais relevante, que se pode apresentar frente à alegação de Streck de que o objeto do controle de constitucionalidade são normas jurídicas e não a realidade empírica, conforme citado acima, é que o Estado de Coisas Inconstitucional lida, na verdade, com normas jurídicas. Trata-se, é verdade, de falhas estruturais e de falência de políticas públicas. No entanto, essas falhas estruturais e a ausência ou insuficiência de políticas públicas caracterizam violação a direitos fundamentais. Estes se situam no núcleo da

²¹ STRECK, Lenio Luiz. Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de Ativismo. Consultor Jurídico, 24 out. 2015. Colunistas. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em 02 out. 2017.

²² STRECK, 2015.

Constituição, são cláusula pétrea e têm aplicabilidade imediata. Por isso, as políticas públicas acabam sendo objeto do controle jurisdicional.

Seguindo a análise do texto de Streck, verifica-se que ele também menciona o raciocínio de Di Giorgi, Campilongo e Faria. Estes autores trazem o seguinte questionamento:

No plano dos ideais, estamos diante de valores políticos fundamentais para a coesão social, é certo. Mas o Direito opera no plano das realidades sociais e econômicas que é capaz de construir e controlar. Assim, invocar o ECI pode causar mais dificuldades à eficácia da Constituição do que se imagina. Basta fazer um exercício lógico, empregando o conceito de ECI a ele mesmo. Se assim estão as “coisas” – e, por isso, a ordem jurídica é ineficaz e o acesso à Justiça não se concretiza –, por que não decretar a inconstitucionalidade da Constituição e determinar o fechamento dos tribunais?²³

O raciocínio acima alarma sobre o risco de se aceitar a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil. Ele pode levar a crer que, com a adoção desse instituto, o julgador poderá decretar o ECI de forma indiscriminada. Entretanto, o exercício de raciocínio realizado pelos autores não leva em consideração, a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional nos moldes descritos no presente trabalho, nem em seu marco teórico jurisprudencial.

O ECI exige, conforme já visto, além da violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais que afetam um número significativo de pessoas, e da omissão prolongada de autoridades no cumprimento de suas obrigações; a existência de um problema social cuja solução exige a intervenção de várias entidades.

Além disso, o ECI gera uma intervenção diferenciada em que o ideal é que o Poder Judiciário, juntamente com outras instituições comprometidas com a transformação social, supervisione o cumprimento da decisão. Caso se tenha uma sentença sem efetividade, ao contrário de superar de fato o problema, poderia não ter efeito algum sobre a grave situação, agravá-la, ou acabar gerando um novo quadro de inconstitucionalidades.

Há casos específicos em que a corte deve não apenas decidir, mas, além disso, valer-se de mecanismos capazes de criar condições para a efetividade da decisão. São casos extremos de profunda alteração, que envolvem a atuação de mais de uma função da República, de mais de um organismo estatal. O papel do Judiciário nesses casos é demandar dos gestores públicos uma conduta comprometida, responsável, condizente com as funções que exercem e de acordo com os preceitos fundamentais da Constituição.

²³ DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. Estado de Coisas Inconstitucional. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 19 set. 2015. Disponível em: <<http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acesso em 02 out. 2017.

As políticas públicas estão vinculadas a um projeto pré-estabelecido. Não podem ser decididas ao simples gosto de cada governante, pois o Estado Brasileiro possui, em suas três esferas de governo um plano bem traçado. Este plano encontra-se disposto na Constituição da República de 1988, sobretudo no rol de direitos fundamentais e nos princípios constitucionais.

Assim, o Poder Judiciário, ao intervir na implementação de políticas públicas, emitindo decisões de caráter flexível, mediante diálogo com as diversas partes envolvidas, participação da sociedade e acompanhadas de monitoramento na fase de implementação, sujeitas a adequações diante do caso concreto e do desenrolar dos fatos, não pode ser acusado de ditatorial, mas apenas de órgão garantidor da efetividade dos preceitos constitucionais fundamentais.

É certo afirmar que há risco de que a expansão do âmbito de atuação dos juízes possa resultar em maior ocorrência de julgamentos políticos ou com base em critérios pessoais, ao contrário do que prega o novo constitucionalismo. No entanto, isso só ocorre se o julgador criar livremente o direito que aplicará ou der às normas a interpretação que bem entender.

Para que isso não ocorra, é relevante, sempre, que as decisões judiciais se baseiem na supremacia constitucional. Nesse sentido é o pensamento de Barroso:

O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o déficit de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso. Sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, o que ocorrerá se atuar abusivamente, exercendo preferências políticas em lugar de realizar os princípios constitucionais.²⁴

No caso específico do Brasil, Barroso pondera que o próprio texto da Constituição, por ser prolixo, pode elevar o grau de conveniência e oportunidade das decisões, distanciando-as dos critérios jurídicos. Ademais, a “crise de legitimidade” por que passa os poderes Executivo e Legislativo tornam o risco de uma asfixia de suas funções mais elevado.

Apesar disso, Barroso não nega que, sobretudo nas democracias mais recentes ou frágeis, o tribunal constitucional deverá exercer o papel de “garantidor da estabilidade institucional, arbitrando conflitos entre Poderes”. Isso porque ao Poder Judiciário cabe a

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 41, abr. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

guarda dos valores fundamentais, dos procedimentos democráticos e da estabilidade institucional.²⁵

Vale ressaltar que esses conflitos, distanciamento de critérios jurídicos, julgamentos em que ocorrem influências políticas e outros tantos problemas, não acontecem somente em processos em que se declara o Estado de Coisas Inconstitucional. Eles não são problemas do instituto ECI e sim, falhas do sistema jurídico a que estão sujeitos todos os tipos de processo judicial em qualquer parte do mundo. Cabe às cortes supremas, como ressaltou Barroso, no trecho citado acima, resguardar o processo democrático e a Constituição.

O posicionamento jurisprudencial mais significativo sobre o tema no Brasil foi proferido na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 45-9/2004²⁶, que foi julgada prejudicada, em virtude da perda superveniente de seu objeto. Nessa ADPF, em decisão monocrática, o Ministro Celso de Mello definiu ser perfeitamente possível a atuação judicial a fim de tutelar direito fundamental cuja ausência de efetivação decorre da inércia governamental. A decisão deixa claro também que o caráter programático de algumas das normas constitucionais não é sinônimo de promessa inconsequente. Ao contrário, essas normas devem ser efetivadas pelo gestor público. E uma vez que a realização desses direitos depende de disponibilidade financeira, deve o gestor estabelecê-los como alvos prioritários dos gastos públicos. Somente após atingi-los é que se poderá investir em outros tipos de projetos.

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). (ADPF 45-9 – Distrito

²⁵ BARROSO, 2005, p. 42.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 45-9. Arguinte: Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB). Arguido: Presidente da República. Relator: Celso de Mello. Brasília, DF, 29 abr. 2004. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

Federal. Relator: Min. CELSO DE MELLO DJ DATA- 04/05/2004 P – 00012.
Julgamento: 29/04/2004)²⁷

O papel de garantir a estabilidade institucional e de arbitrar conflitos entre poderes da República não é exclusividade do Brasil. Vieira (2016) ressalta que essa expansão não ocorre somente na América Latina. Ela é resultado de uma tendência global de reconhecimento do potencial papel das cortes constitucionais como agentes institucionais de mudança social. Como exemplo do fortalecimento desses tribunais, o autor cita o protagonismo especialmente em alguns países do Leste Europeu, e também na África do Sul, Índia e Coreia do Sul.

Rouleau e Sherman também citam os exemplos de Índia e África do Sul, além de Canadá e Estados Unidos. Esses autores, ao analisar o caso *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia* (Ministério da Educação), no Canadá, referem-se às denominadas “*supervisory orders*”, termo que em português remete à ideia de decisões de supervisão ou decisões supervisionadas²⁸. Esse tipo de decisão consiste em incluir entre as obrigações das partes o comparecimento a audiências para que seja relatado à Corte o andamento da implementação das ordens proferidas.²⁹ Assim, o que se denomina em português de supervisão seria um monitoramento realizado por parte do judiciário, a fim de garantir o cumprimento da decisão.

No caso da Índia, as *supervisory orders* foram prolatadas em uma nova forma de litígio, que em português poderia ser denominado de “litígio de interesse público” (*public interest litigation*). A Corte Suprema daquele país tem entendido que, desde que não haja desrespeito à função executiva, é possível valer-se de “comandos continuados” (*continuing mandamus*).

Pode-se afirmar que o termo “comandos continuados” também traz a ideia ora em análise, pois, assim como no Estado de Coisas Inconstitucional, implica o repasse regular de orientações e a execução de uma espécie de monitoramento dos órgãos executivos. Tal prática não possui outro fim que não garantir a implementação das decisões e a garantia do atendimento ao interesse público. Isso devido à relevância dos temas analisados nesse tipo de litígio.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 45-9.

²⁸ ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey E., Doucet-Boudreau. Dialogue and judicial activism: tempest in a teapot? **Ottawa Law Review** Vol. 41:2, 2009, p. 174. Disponível em: < <https://commonlaw.uottawa.ca/ottawa-law-review/doucet-boudreau-dialogue-and-judicial-activism-tempest-teapot>>. Acesso em: 26 out. 2017. (Tradução nossa)

²⁹ ROULEAU; SHERMAN, 2009, p. 171.

Com base em tal tese, “as cortes indianas já decidiram casos relacionados a igualdade de gênero, disponibilidade de alimentos, acesso à água limpa, segurança laboral, discriminações por motivo de gênero e direitos da população carcerária.”³⁰ Dessa forma, vê-se que o instituto, similarmente o ECI, visa a proteção de direitos fundamentais.

Já no que tange à África do Sul, os autores canadenses ensinam que “a Corte Constitucional também já confirmou a disponibilidade das *supervisory orders* como remédio constitucional em determinados casos” naquele país.³¹ Eles ressaltam, no entanto, que, assim como no Canadá e em outros países do sistema *common law*, na África do Sul há relutância em exercer tal autoridade. Assim, os países do sistema *common law* têm adotado com mais frequência a prática de decisões meramente declaratórias que salientam o descumprimento por parte do Governo de suas obrigações constitucionais e demandam medidas capazes de garantir a observância.

É comum as críticas com fundamento de que nessas situações o judiciário estaria se imiscuindo na esfera executiva. Quanto a este aspecto, os doutrinadores do Canadá rebatem às críticas principalmente com dois argumentos:

O primeiro deles é que, além da eficácia reconhecida como solução para situações de grave inconstitucionalidade, deve-se ter em mente a maior relevância das *supervisory orders* nos países em desenvolvimento. Nestes países, o uso de decisões de tal natureza deve ser ampliado. Isso porque as instituições democráticas de países em desenvolvimento geralmente sofrem com limitações e entraves.

O segundo argumento é que as práticas de orientação e monitoramento, se realizadas de forma flexíveis, podem fortalecer o diálogo entre as funções executiva, legislativa e judiciária. O diálogo e a construção das medidas a serem implementadas pode ser capaz de gerar menos mal-estar que uma sentença mandamental detalhista e rígida e elaborada sem o conhecimento que a complexidade do assunto requer.³²

Assim, pode-se afirmar que ordens flexíveis, ao mesmo tempo em que possibilitam o cumprimento dos preceitos constitucionais, demonstram maior deferência às outras funções da República. Isso porque deixam a elas a prerrogativa de escolhas e decisões mais específicas.

³⁰ ROULEAU; SHERMAN, 2009, p.184.

³¹ ROULEAU; SHERMAN, 2009, p.185.

³² ROULEAU; SHERMAN, 2009, p.186-188.

Pelo mesmo motivo, há possibilidade de que uma ordem mandamental seja menos eficaz que uma flexível, por ter sido proferida sem o necessário conhecimento e prática da situação que regula. Dessa forma, são preferíveis ordens flexíveis, sujeitas a monitoramento, a ordens rígidas e detalhadas, sujeitas apenas a execução, mas que sejam impraticáveis ou descumpridas.

Em outros países da América Latina também tem ocorrido a importação da teoria colombiana. O Tribunal Supremo do Peru na decisão do caso 2579-2003-HD / TC em 2003 entendeu que “é urgente adoptar medidas mais ousadas que contribuam para tornar mais eficaz a função pacificadora dos conflitos da vida constitucional”.

Na Argentina, recentemente, na área da justiça da Cidade Autônoma de Buenos Aires, em um caso de habitação, foi estabelecido que o Poder Judiciário deve executar sua função de verificar se as políticas públicas planejadas pelos poderes constituídos são coerentes com as disposições constitucionais. Tal procedimento deve ser adotado em casos em que se enfrenta um problema estrutural cuja magnitude configura uma suposição de gravidade institucional que requer o conhecimento do tribunal mais alto da Cidade.

Esta questão do Estado de Coisas Inconstitucional como uma forma de ativismo judicial é mencionada também por Campos, que ensina: “a intervenção judicial realizada quando da declaração do ECI, caracteriza-se como ativismo judicial estrutural”.³³ E ainda, que esse tipo de ativismo deve ser visto como “postura judicial legítima” não se caracterizando, necessariamente como uma supremacia judicial.³⁴ Esta sim deve ser combatida por ser ilegítima.

A intervenção judicial realizada como decorrência da declaração do ECI, ao contrário de ilegitimidade, consiste na verdade em mecanismo de defesa dos direitos fundamentais, do núcleo fundamental da Constituição e da democracia. Nesse sentido, o autor cita os objetivos da postura judicial ativista:

Dirigida a superar omissões estatais, especialmente a formulação e implementação deficientes de políticas públicas, juízes e cortes procuram defender a ordem objetiva de valores, a ideia de Constituição como um todo, o projeto constitucional originário. A preocupação é com a efetividade dos direitos fundamentais, com a proteção deficiente de direitos independentemente da tipologia normativa dos dispositivos constitucionais envolvidos.³⁵

³³ CAMPOS, 2016, p.260.

³⁴ CAMPOS, 2016, p. 257.

³⁵ CAMPOS, 2016, p. 257.

Verifica-se, pois, que nesse caso os fundamentos para a atividade jurisdicional são os próprios preceitos constitucionais. Estes exigem que o Estado possua uma postura comprometida com a garantia dos direitos fundamentais. Como consequência de tal comprometimento, impõe-se aos gestores públicos um dever de conduta responsável.

Almeida ensina que no contexto do neoconstitucionalismo, a Constituição é um instrumento de realização da política.³⁶ Dessa forma, pautados no atributo de preceitos fundamentais e cláusulas pétreas que possuem tanto os direitos fundamentais, quanto os objetivos fundamentais da República, infere-se que a intervenção judicial realizada como decorrência da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional deve ser entendida como legítimo instrumento no direito brasileiro.

A título de conclusão da presente seção, pode-se afirmar que quando se fala em ECI, refere-se a uma situação em que uma única Função da República, por si só, não se mostra suficiente para a solução de um problema. Pelas proporções e gravidade das violações a direitos fundamentais, há necessidade de uma intervenção multidisciplinar, que exige uma variedade de medidas e agentes atuantes em um processo contínuo e ininterrupto, que provavelmente se mostrará longo e complexo.

Para que isso ocorra, fala-se em um procedimento que incluirá mecanismos e ajustes profundos capazes de proporcionar a superação da perspectiva meramente bipolar de deferimento ou indeferimento de pedidos do Direito Processual tradicional. Tal procedimento será, na presente pesquisa, denominado de Processo Coletivo Estrutural, tema a ser estudado na próxima seção do presente trabalho.

Por fim, conclui-se que a intervenção judicial decorrente da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional não deve ser considerada como ativismo judicial e sim atividade legítima. Isso porque, sob a égide do novo constitucionalismo, essa intervenção tem como fundamento a tutela de direitos fundamentais, que são violados pela ausência, insuficiência ou ineficácia de políticas públicas. O Judiciário nada mais faz que resguardar o núcleo imutável da Lei Fundamental do país.

³⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson. **Temas Atuais do Ministério Público**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. cap. 2, p.56.

2.3 O novo constitucionalismo e suas diretrizes gerais para o enfrentamento do Estado de Coisas Inconstitucional

A declaração do Estado de Coisas Inconstitucional e o desenrolar de um processo capaz de solucioná-lo somente podem ser viabilizados no contexto do novo constitucionalismo. Na teoria clássica, de cunho liberal, em que o Estado deveria se abster de intervir a fim de garantir a liberdade dos indivíduos, não faria o menor sentido falar em atuação estatal para por fim à violação massiva e persistente de direitos fundamentais.

Também não se encaixaria o Estado de Coisas Inconstitucional no contexto do Estado Social, pois este existia apenas para realizar uma prestação positiva, ao contrário da prestação negativa do Estado Liberal. No Estado social, cabe ao ente estatal atuar, fazer, prestar, garantir e dar. Todas essas ações são voltadas a garantir a igualdade material, ao contrário da igualdade meramente formal que existia sob a concepção liberal.

No entanto, mesmo nesse contexto de Estado Social, o instituto denominado Estado de Coisas Inconstitucional, seria considerado abusivo. O que prevalecia era o contexto de mera aplicação da lei à realidade.

Assim, somente faz sentido falar em Estado de Coisas Inconstitucional no contexto do novo constitucionalismo. Tal relação pode ser depreendida pelo próprio estudo do que do vem a ser esse conjunto de reflexões denominado de teoria neoconstitucionalista. Nesta teoria, prega-se uma análise moral da Constituição, fazendo dela um programa a ser cumprido. Ademais, os princípios e direitos fundamentais ganham importância nunca antes vista.³⁷

Nesse sentido, Almeida ensina que, no neoconstitucionalismo, o conceito de Constituição vai além de uma mera Carta Política. O que se tem é, na verdade, a Lei Fundamental do país. Ganha força “uma leitura moral do Direito”. Quanto se fala em leitura moral, não há, no entanto, espaço para “voluntarismos e personalismos” judiciais, pois os princípios constitucionais são a espinha dorsal de todo o ordenamento.³⁸

³⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, v.13, n.13, p.229-258, jul. 2014. Disponível em: <<http://www.epublicacoes.uerj.br/>>. Acesso em: 11 jan. 2017

³⁸ ALMEIDA, 2016, p.55-124.

Essa valorização dos princípios tem relevância central. Eles passam a ter caráter normativo, possibilitando, a “fixação de suas relações com valores e regras”.³⁹ Passam a ser considerados como “mandamentos de otimização de uma ordem jurídica, democrática, pluralista e aberta de valores.”⁴⁰

Além da relevância do caráter normativo dos princípios, o neoconstitucionalismo impõe também a necessidade de “implementação de uma nova hermenêutica constitucional e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais a partir da dignidade humana.”⁴¹

O neoconstitucionalismo representa uma das correntes pós-positivistas. Nesta concepção, há cinco aspectos analisados por Almeida, aos quais se pode afirmar que o ECI se adequa, são eles:

1º) o deslocamento da agenda, com ênfase na importância dos princípios gerais do Direito e na dimensão argumentativa na compreensão da funcionalidade do Direito no âmbito das sociedades democráticas atuais, bem como o aprofundamento no papel que deve ser desempenhado pela hermenêutica jurídica; 2º) a importância dos casos difíceis; 3º) o abrandamento da dicotomia descrição/prescrição; 4º) a busca de um lugar teórico para além do jusnaturalismo e do positivismo jurídico; 5º) o papel dos princípios na resolução dos casos difíceis.⁴²

Outro aspecto atrelado ao neoconstitucionalismo é o caráter multi e interdisciplinar com que se deve encarar as soluções adequadas para os complexos casos atuais, como o Estado de Coisas Inconstitucional. Esses casos difíceis se tornam cada vez mais frequentes, como decorrência de novos direitos. Somente uma abordagem que não ignore a existência de múltiplas áreas de conhecimento será capaz de garantir a eficácia do Direito.

A interpretação fundada no diálogo multidisciplinar e interdisciplinar é o melhor caminho para a boa e adequada compreensão dos novos direitos de dimensão massificada. A tendência é no sentido de ampliação desse diálogo com outras áreas de conhecimento, caminho hoje imprescindível para a oxigenação e revigoramento do próprio Direito como instrumento de justiça e de transformação da realidade social.⁴³

Como consequência do neoconstitucionalismo, fala-se em neoprocessualismo. Este consiste, conforme os ensinamentos de Almeida, na ideia de acesso à Justiça. Essa ideia vai muito além de acesso ao judiciário, pois os mecanismos de promoção da justiça vão muito

³⁹ ALMEIDA, 2016, p. 57.

⁴⁰ ALMEIDA, 2016, p. 58.

⁴¹ ALMEIDA, 2016, p. 58.

⁴² ALMEIDA, 2016, p. 59.

⁴³ ALMEIDA, 2016, p. 105.

além dos mecanismos exclusivamente jurisdicionais. O neoprocessualismo implica também a aplicação dos princípios constitucionais ao processo, havendo uma “relação de reciprocidade entre o direito processual e a Constituição”.⁴⁴

Com base na teoria neoconstitucionalista, com a relação entre o direito processual e o direito constitucional, juntamente com a força normativa dos princípios, pode-se concluir que seja pertinente falar em um devido processo legal constitucional. Por meio do respeito ao princípio do devido processo legal constitucional é que se torna possível garantir os direitos fundamentais. No caso específico de existência de Estado de Coisas Inconstitucional, a garantia desses direitos se daria, pela superação deste ECI, o que requer, como visto na seção anterior, uma postura de maior ativismo.

Caberá a análise da situação concreta, com suas inúmeras variáveis, para a dosimetria da atuação jurisdicional nos casos de ECI. Não há como negar a complexidade da situação: trata-se de uma atuação que não poderá ser tímida a ponto de inviabilizar a garantia de direitos fundamentais e a superação do ECI, mas também não poderá ser ativista a ponto de inviabilizar o devido processo legal.

Diante do exposto, pode-se afirmar que o Estado de Coisas Inconstitucional é um instituto que se adequa ao sistema jurídico brasileiro. O Estado democrático de direito, fundado com a promulgação da Constituição da República de 1988, criou, nos moldes do novo constitucionalismo, as bases para que os sistemas de justiça busquem a declaração de Estado de Coisas Inconstitucional e a sua superação. Isso porque o objetivo fundamental da existência desse modelo estatal é o alcance da igualdade material por meio da transformação da realidade social. No entanto, a atuação dos diversos envolvidos, para que efetivamente haja superação de um ECI, é desafiadora e de alta complexidade, pois requer que se lide com direitos fundamentais, devido processo legal, políticas públicas e a necessidade de planos de atuação, como se verá oportunamente no presente estudo.

2.4 Os direitos sociais como direitos fundamentais

⁴⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra de. Neoconstitucionalismo e a nova *summa divisio* adotada na Constituição da República de 1988. In: Curso de Aperfeiçoamento para Agentes Políticos do Ministério Público Brasileiro. Palestra proferida no Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público de Minas Gerais em 2017, Belo Horizonte. (Gravação em pasta virtual).

Quando se fala em quadro de violação massiva persistente de direitos fundamentais ao trata do Estado de coisas inconstitucional, não se quer, no caso do Brasil se referir apenas ao artigo 5º da Constituição da República de 1988⁴⁵. Não se pode afirmar que os direitos fundamentais se esgotam apenas nesse dispositivo. O artigo 6º traz o rol dos direitos sociais. São eles: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. Contudo, esse rol não pode ser considerado taxativo. A título de exemplo da existência de outros, pode-se mencionar os ensinamentos de Fernandes. Segundo ele, podem ser considerados direitos sociais também, aqueles elencados no artigo 7º, uma vez que são direitos do trabalhador.⁴⁶

O cerne desses direitos é a “redução das desigualdades socioeconômicas dentre os membros da sociedade”, e por isso, podem ser considerados como uma “segunda geração (dimensão) de direitos fundamentais”.⁴⁷ Nesse sentido:

a Constituição de 1988 trouxe importantes avanços, principalmente porque ao colocar os direitos sociais no título II dos direitos fundamentais, colocou fim a uma discussão despropositada e estéril existente na doutrina constitucional acerca da natureza dos mesmos [sic]. Hoje é inquestionável a pertença dos direitos sociais como espécies de direitos fundamentais.⁴⁸

Essa definição clara da Constituição da República, devido à localização dos direitos sociais sob o título dos direitos fundamentais, apenas reforça o entendimento de sua natureza jurídica de direito fundamental. Independentemente da localização, são direitos fundamentais, sobretudo, pelo fato de serem os responsáveis pela superação da igualdade meramente formal, garantindo, de fato, igualdade material, e conseqüentemente, a dignidade da pessoa humana.⁴⁹

Com isso, vê-se que a efetiva implementação dos direitos sociais requer atuação estatal por meio de políticas públicas eficazes. “Não se admite [por exemplo] que a eficácia dos direitos sociais seja de forma absoluta condicionada pelos imperativos orçamentários.”⁵⁰ A omissão estatal nesses casos poderá ser considerada inconstitucional. “Com isso, a

⁴⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 21 dez. 2016.

⁴⁶ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. ampl. Salvador: JusPodivm. 2016. p. 665.

⁴⁷ FERNANDES, 2016, p.663.

⁴⁸ FERNANDES, 2016, p.664.

⁴⁹ FERNANDES, 2016, p.664.

⁵⁰ FERNANDES, 2016, p.672.

conclusão é pela possibilidade excepcional da atuação do Judiciário para a concretização de direitos sociais (essenciais) previstos constitucionalmente”.⁵¹ A efetividade é, inclusive, uma das clássicas características dos direitos constitucionais fundamentais, juntamente com a historicidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade, a irrenunciabilidade, a interdependência, a universalidade e a complementaridade⁵². É a característica da efetividade que faz com que, sendo necessário, o Poder Judiciário tenha legitimidade para agir garantindo os meios necessários para o seu alcance.

Grinover usa, inclusive, a nomenclatura “direitos fundamentais sociais”. A autora enfatiza que, como são direitos fundamentais, sua eficácia, por força da própria Constituição da República, é imediata. Para a fruição deles por partes da população é necessária a implementação de políticas públicas, não podendo o haver omissão do Estado quanto a isso.

Os direitos fundamentais sociais previstos na Constituição, aos quais correspondem obrigações prestacionais do Estado – e que, segundo a Constituição brasileira, têm eficácia imediata – envolvem a necessidade de prestações positivas do Estado, sendo, por isso mesmo, também chamados de direitos fundamentais prestacionais. A fruição de direitos como à saúde, à educação, à habitação, ao meio ambiente sadio dependem, assim da organização do Estado, que fixa e implementa *políticas públicas* (igualitárias e universais por natureza) por intermédio da função legislativa (leis) e da função administrativa (planejamento e ações de implementação). Mas os poderes políticos (e principalmente a Administração) frequentemente se omitem, permanecendo inertes, ou executam políticas públicas inadequadas para satisfazer a previsão constitucional (art. 6º da Constituição brasileira) ou os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º da Constituição). É nesse momento, ou seja, sempre *a posteriori*, que a função jurisdicional, desde que provocada, pode entrar em ação, exercendo o controle da constitucionalidade da política pública e até intervindo para implementá-la ou corrigi-la. (grifo do autor)⁵³

Conclui-se, portanto que os direitos sociais possuem natureza jurídica de direitos fundamentais e aplicabilidade imediata. Ademais, exigem uma atuação positiva estatal a fim de garanti-los a todos os cidadãos.

2.5 Os Objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3º da CF/1988) e alguns elementos para a identificação e o enfrentamento do Estado de Coisas Inconstitucional

⁵¹ FERNANDES, 2016, p.672.

⁵² ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 321.

⁵³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 423-424.

Ao se falar em busca da igualdade material por meio da transformação da realidade social não se pode deixar de mencionar o artigo 3º da Constituição da República de 1988. Nesse artigo, estão arrolados os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.⁵⁴

Esses preceitos possuem força normativa, não são normas meramente programáticas. São, ao contrário, materialmente fundamentais, o que significa que sua característica de direito fundamental não existe apenas no plano formal. Ademais, têm aplicabilidade imediata, sintetizam os compromissos com a transformação da realidade social e o princípio da proibição de retrocesso.⁵⁵

Nesse sentido é a doutrina de Souza, para quem,

dentro da categoria mais ampla dos princípios constitucionais, os objetivos fundamentais indicam os trilhos que devem ser seguidos pelo Estado, através dos Poderes da República, e pela sociedade brasileira, na busca da plena concretude social dos paradigmas idealizados pelo poder constituinte originário, segundo a perspectiva da Construção de uma sociedade livre, justa, solidária, desenvolvida, sem misérias e/ou preconceitos.⁵⁶

Deve-se lembrar também que, pautados no atributo de preceitos fundamentais e cláusulas pétreas, os objetivos fundamentais da República são passíveis de tutela judicial realizada como decorrência da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional. Eles vinculam não apenas o judiciário, mas também o executivo, o legislativo e a sociedade em geral, devido à sua força cogente decorrente da força normativa da Constituição e do modelo neoconstitucionalista.⁵⁷

A ideia retrógrada de que o artigo 3º seria mero compromisso, sem vinculação, contraria a nova Hermenêutica Constitucional, que vê a Constituição como um construir, como um conjunto de valores inalienáveis e inderrogáveis pelo arbítrio dos autoritários ou pela omissão dos descompromissados. Se a Constituição contém uma normatividade que irradia todo o sistema, não há dúvida de que essa normatividade concretizante adquire muito mais força cogente em relação aos princípios fundamentais, entre eles com destaque os arrolados como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art.3º).⁵⁸

Como consequência dessa força cogente dos direitos fundamentais, a Constituição da República de 1988 objetiva a transformação da realidade social. E essa transformação

⁵⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988).

⁵⁵ ALMEIDA, 2017.

⁵⁶ SOUZA. Jadir Cirqueira de. Ministério Público e os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. In: ALMEIDA, Gregório Assagra; SOARES JÚNIOR, Jarbas (Coord.). **Teoria Geral do Ministério Público**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. Coleção Ministério Público e os direitos fundamentais. p. 269-287.

⁵⁷ ALMEIDA, 2017.

⁵⁸ ALMEIDA, 2008, p. 353-354.

ocorre com a implementação dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, expressos no 3º.

A forma por meio da qual se torna possível essa implementação é o comprometimento das três funções da República com o projeto de transformação da realidade social do Estado brasileiro, conforme previsto na Constituição. Assim, a Constituição deve moldar não apenas as políticas públicas, mas também as relações políticas e, no caso do judiciário, deve moldar o controle sobre todas as normas do sistema jurídico.

Como os objetivos, na condição de direitos fundamentais, possuem aplicabilidade imediata e incorporam uma teoria constitucional comprometida com a transformação social, contra a sua aplicação não cabe alegação de mínimo existencial ou de reserva do possível.

*O princípio da aplicabilidade imediata não impede, porém, que seja aferida a impossível realização, muitas vezes provisória, do direito fundamental, quando houver impedimento real ou fático. Entretanto, é descabida a alegação de impedimento formal ou meramente de teor jurídico como barreira à realização dos direitos fundamentais, individuais ou coletivos. Afirmou-se anteriormente que o impedimento puramente jurídico não existe porque a Constituição é clara e contundente ao prever a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Portanto, é insustentável, por exemplo, a tese de necessidade de reserva de orçamento como alegação formal impeditiva à imposição ao Estado de implementação de políticas públicas para cumprir as exigências do art. 3º da CF/88.*⁵⁹

A questão orçamentária tem profunda relevância quando se trata de objetivos fundamentais, uma vez é necessária conscientização por parte dos gestores públicos sobre a vinculação da atuação deles ao disposto na Constituição. Conforme verifica Souza, “os orçamentos públicos, nas três esferas governamentais, ainda são empregados, muitas vezes, em projetos contrários aos objetivos fundamentais da educação, saúde, solidariedade etc.”⁶⁰

A impunidade criminal, o abandono de crianças e adolescentes, a pobreza financeira de milhões de brasileiros, as mortes e o precário atendimento em hospitais públicos sem as mínimas condições de funcionamento e os seguidos problemas ambientais, por exemplo, constituem provas irrefutáveis da violação dos objetivos fundamentais por parte do Estado e, portanto, merecem detalhada discussão doutrinária, na perspectiva da busca do cumprimento dos direitos fundamentais no início do século XXI.⁶¹

Conclui-se então que os objetivos fundamentais da República incorporam um plano objetivo que dá origem à sua contrapartida: os deveres fundamentais, aos quais se

⁵⁹ ALMEIDA, 2008, p. 363.

⁶⁰ SOUZA, 2013, p.270.

⁶¹ SOUZA, 2013, p.271.

vinculam as funções executiva, legislativa e judiciária. Mais ainda: vinculam toda a sociedade e, com isso, influenciam as relações políticas do Estado.

Conclui-se também que devido ao descumprimento dos preceitos constitucionais, o Estado brasileiro ainda não foi capaz de garantir à sua população os benefícios sociais previstos. Situação que se torna ainda mais grave pelo fato de a própria sociedade brasileira não dar a devida importância à Constituição do país, não ter consciência de seus próprios direitos fundamentais e de seus deveres decorrentes da força vinculante desses direitos.

Diante dessa força irradiadora e vinculante dos preceitos fundamentais da Constituição brasileira e do seu descumprimento, gerando Estados de Coisas Inconstitucionais em diversas áreas, surge um desafio ao judiciário: como poderá o Estado fiscalizar e induzir a transformação social e o cumprimento do projeto constitucional, quando acionado, se ver diante de situações de violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais? Uma das formas de enfrentamento é o denominado processo coletivo estrutural, tema da próxima seção da presente pesquisa.

3 O PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL

Conforme analisado na primeira seção da presente pesquisa, o Estado de Coisas Inconstitucional caracteriza-se por situação de profunda complexidade. Engloba violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais e que afeta um número significativo de pessoas. Essas violações decorrem de omissão prolongada das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de garantir direitos fundamentais e acabam por gerar um problema social cuja solução exige a intervenção de várias entidades e a adoção de ações complexas.

Diante de tal cenário, não é difícil concluir que o tradicional processo civil individual, de caráter bipolar, não é capaz de produzir uma solução adequada ao litígio, conforme dispõe o trecho a seguir:

Não se faz reforma estrutural com ordens judiciais pontuais, que determinem alterações de comportamentos específicos de instituições, nem se atingirá mudança social por intermédio de milhares de processos individuais que imponham ao Estado a prestação de serviços ou a entrega de bens a seus autores.¹

Na mesma linha de raciocínio, Arenhart combate a ideia do aproveitamento do processo individual em casos complexos, como é o caso do litígio que envolva um Estado de Coisas Inconstitucional. O autor alega que os instrumentos processuais não são adequados e que os resultados alcançados não são, nem de longe, os desejados.²

Sendo então o tradicional processo individual insuficiente para a solução da situação ora em estudo, resta analisar se o modelo de processo coletivo possibilita solução eficaz, sob os moldes constitucionais.

Da mesma maneira que os processos individuais, Arenhart considera que o processo coletivo brasileiro também é insuficiente “para dar vazão às necessidades de uma discussão jurisdicional minimamente satisfatória de políticas públicas”. Ele alega que

a tutela coletiva brasileira, grosso modo, pode ser resumida em um processo “individual”, no qual o autor da demanda se legitima à proteção de interesses de terceiros ou de toda coletividade. Em verdade, a tutela coletiva nacional não é, a

¹ LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional. Curitiba, PR, 2015. p. 607. Tese (Doutorado): Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br>>. Acesso em: 29 jan. 2017.

² ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no Direito brasileiro: reflexões a partir do Caso da ACP do Carvão. **Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região**, Brasília, v. 29, p.70-79, n. 1/2, jan./fev. 2017. Disponível em: <<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

rigor, uma técnica que permite à coletividade expressar sua vontade ou seus interesses. Ao contrário, o que ela faz é autorizar alguns entes a, dizendo-se porta-voz de uma coletividade, defender os interesses desta. Essa proteção, porém, faz-se exatamente do mesmo modo como se realiza a proteção de interesses individuais. Os instrumentos processuais são os mesmos, as técnicas são as mesmas e mesmo o procedimento desenhado é, substancialmente, o mesmo que é empregado para a tutela de interesses individuais em sentido estrito.³

Segundo o autor, mesmo com adaptações e inovações realizadas até o momento por aqueles magistrados que lidaram com questões estruturais, não se atingiu a eficácia necessária à adequada tutela dos direitos fundamentais. Essa é a posição também de Lima, conforme se verifica no trecho a seguir:

É possível que o juiz dê um passo para fora desse modelo tradicional e pretenda estabelecer a solução por meio de acordos com as partes. Extrajudicialmente, esse é o mecanismo utilizado rotineiramente pelos legitimados à celebração de compromisso de ajustamento de conduta, sobretudo os membros do Ministério Público. Ainda que esse modelo negocial diminua a possibilidade de que a decisão reflita apenas as concepções do juiz ou do tomador do compromisso, ele é insuficiente porque não se afasta totalmente do modelo processual tradicional, já que mantém o protagonismo dos atores formais do litígio, desvinculados das pessoas que, concretamente, terão que conviver com a decisão.⁴

E no mesmo sentido Didier Jr. e Zaneti Jr:

A complexidade da matéria envolvida na implementação e aplicação de políticas públicas força a migração de um modelo meramente responsivo e repressivo do Poder Judiciário, modelo de atuação posterior aos fatos já ocorridos para aplicação da norma jurídica; para um modelo resolutivo e participativo, que pode anteceder aos fatos lesivos e resultar na construção conjunta de soluções jurídicas adequadas.⁵

É nesse contexto, de ausência ou insuficiência de um modelo de processo capaz de lidar com a complexidade dos litígios que demandam a implementação de políticas públicas a fim propiciar a efetivação de direitos fundamentais que se começou a falar no Brasil em Processo Coletivo Estrutural.

Um procedimento que se destine à discussão de políticas públicas exige, como é óbvio, amplitude muito maior do que a lógica bipolar dos processos comumente utilizados no Brasil. Exige a possibilidade de participação da sociedade, bem como a ampliação da latitude de cognição judicial, de modo a permitir que o Judiciário tome contato com *tudo o problema*, sob suas várias perspectivas. (grifo do autor).⁶

O Processo Estrutural surge, portanto, como uma nova modalidade no direito processual brasileiro, com o intuito de ser capaz de lidar com casos da complexidade e

³ ARENHART, 2017 p. 71.

⁴ LIMA, 2015, p. 609.

⁵ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo. 10. ed., V. 4. Salvador: JusPodivm, 2016. p.36.

⁶ ARENHART, 2017, p. 72.

amplitude do Estado de Coisas Inconstitucional. Impende analisar então as origens e o que vem a ser o Processo Coletivo Estrutural.

3.1 Conceito

O Processo Coletivo Estrutural pode ser considerado uma forma de tutela diferenciada dentro do campo do direito processual coletivo. Trata-se de casos em que a complexidade e conflituosidade são elevadas. Isso se revela no próprio nome, pois é denominado processo coletivo estrutural por se aplicar a casos em que há problemas na estrutura do Estado. A pretensão é a ocorrência de alterações estruturais a fim de que o Estado passe a garantir direitos fundamentais e uma nova realidade social.

Esses problemas estruturais podem estar em qualquer uma das funções da República, nas instituições estatais, nos agentes públicos e até na sociedade, ou todos estes ao mesmo tempo. Requerem políticas públicas coordenadas e eficazes, geralmente por longo período de tempo.

É importante ressaltar que a denominação “Processo Coletivo Estrutural” adotada no presente trabalho engloba os dois sistemas de acesso à justiça previstos constitucionalmente: o sistema de acesso por adjudicação e também o sistema de resolução consensual de conflitos. Ademais, ao se utilizar a expressão “Processo Coletivo Estrutural” para denominar uma categoria diferenciada, isso quer dizer que a diferença não é apenas no procedimento. É no processo em si. Nos processos coletivos estruturais assim como há uma tutela diferenciada, há também uma carga de eficácia diferenciada. Mas isso não significa flexibilizar garantias fundamentais. Tutela diferenciada não significa enfraquecimento da tutela de direitos.

Arenhart os trata simplesmente por “processo estrutural”. Esse autor caracteriza tal tipo de procedimento por ser aquele em que se busca a “alteração substancial - para o futuro - de determinada prática ou instituição”. Além disso, as questões tratadas por esse tipo de mecanismo envolvem “valores amplos da sociedade”. A esfera jurídica de um grande número de pessoas é afetada e há diversos interesses em jogo.⁷

Os Processos Coletivos Estruturais

⁷ ARENHART, 2017, p. 73.

afetam subgrupos tão diversos, de formas tão variadas, que transformar-lhes em processos civis, para que possam ser tutelados judicialmente, implica o risco de produzir uma decisão, antes de tudo, ineficaz e, caso seja aplicada, inadequada para vários dos grupos envolvidos.⁸

Já Didier Jr. e Zaneti Jr. falam em um

modelo experimentalista de reparação, através do qual o juiz abre mão da centralidade do processo reconhecendo a complexidade do problema da escolha das medidas necessárias, trazendo para o processo a ampla participação de todos os envolvidos, inclusive a sociedade civil, para delimitação de um programa de resolução do conflito.⁹

É dentro deste modelo experimentalista que se situa o que Didier Jr., Zaneti Jr. e Oliveira chamam de medidas ou decisões estruturantes ou decisão estrutural. Estas se caracterizam como um tipo de decisão “que busca implantar uma reforma estrutural (*structural reform*) em um ente, organização ou instituição. Estas reformas estruturais têm como objetivo concretizar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública”¹⁰, ou ainda resolver um litígio que envolva múltiplos interesses sociais dignos de tutela. “Por isso, o processo em que tais reformas se constroem é chamado de processo estrutural.”¹¹

Verifica-se que as visões apresentadas pelos autores supramencionados vão ao encontro daquela apresentada nos primeiros parágrafos da presente seção. Já o pesquisador citado a seguir, apresenta pequena divergência de denominação e conceituação.

É que Lima os denomina por “litígios estruturais” e os posiciona como um subgrupo do que ele chama de “litígios coletivos irradiados”. Para ele, esses “litígios coletivos irradiados são aqueles que

[...] envolvem um vasto grupo de pessoas afetadas de modos distintos pela controvérsia, com visões diferentes sobre como ela deveria terminar e, por isso mesmo, com interesses diversos a serem representados no processo. Esses litígios estão de tal modo entranhados na vida da sociedade que é difícil elaborar um corte que permita simplificar a realidade para fazer com que ela caiba nos estreitos limites de um processo judicial que, espera-se, chegará ao fim um dia. Em razão dessas características, os litígios irradiados têm o mais elevado grau de complexidade e conflituosidade de todos os tipos propostos.¹²

⁸ LIMA, 2015, p. 561.

⁹ DIDIER JR.; ZANETI JR., 2017, p. 36.

¹⁰ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. **Civil Procedure Review**, v. 8, n. 1, p. 48, jan.-abr. 2017. Disponível em: <https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2017/08/zaneti-didier-cpr-2017_notas-sobre-ad-decisoes-estruturantes.pdf>. Acesso em: 31 out. 2017.

¹¹ DIDIER JR; ZANETI JR.; OLIVEIRA, 2017, p. 49.

¹² LIMA, 2015, p. 561.

Para esse autor, os litígios estruturais são aqueles cujo objetivo é “mudar o funcionamento de instituições estatais complexas, como o sistema de saúde, ou o funcionamento de escolas e creches”.¹³

Conforme se verifica, nas explanações acima, Lima utiliza a denominação “litígio”. Tal termo não se mostra o mais adequado, pois, como visto, nem sempre haverá litígio, sendo possível que o processo coletivo estrutural se resolva pela via consensual. No próprio exemplo citado pelo autor, de uma creche, é possível que os envolvidos estabeleçam uma solução consensual para a sua implementação no município.

Quanto ao conceito apresentado pelo autor, ao limitar os processos coletivos estruturais ao único objetivo de “mudar o funcionamento de instituições estatais complexas”, ele reduz a verdadeira amplitude desses processos. Além da alteração do funcionamento de instituições estatais, os processos coletivos estruturais podem se prestar a fomentar o diálogo para desenvolvimento de políticas públicas ou legislação adequada que garantam direitos fundamentais, podem impor uma alteração de comportamento a agentes públicos e até mesmo a toda a sociedade, como se verá a seguir no caso de segregação racial, quando do estudo das suas origens.

3.2 As origens

A origem do Processo Coletivo Estrutural é atribuída às denominadas *structural injunctions* do direito americano. Tendo grande relevância para o surgimento do instituto o caso *Brown v. Board of Education of Topeka*. Neste caso, pela primeira vez, a Suprema Corte dos Estados Unidos deu vigência a valores constitucionais não atendidos adequadamente pelas políticas públicas:

Também serviu de precedente para a concessão das denominadas *structural injunctions* para se obter o cumprimento das garantias constitucionais em inúmeros outros processos judiciais, em praticamente todas as áreas nas quais os serviços públicos eram deficientes e/ou contrários à Constituição vigente, justificando a atuação do Poder Judiciário na elaboração de políticas públicas e na forma de administração dos recursos públicos, a fim de dar cumprimento às decisões proferidas nesses feitos. Ademais, foi o pioneiro na autorização dada ao Judiciário para a utilização de amplos poderes para fazer cumprir as decisões judiciais que

¹³ LIMA, 2015, p. 561.

implicassem a observância, na prática, de valores constitucionalmente garantidos, concedendo poderes quase ilimitados aos juízes para tanto.¹⁴

Didier Jr. e Zaneti Jr. tratam do que eles denominam “decisões com caráter estruturante” e atribuem suas origens às *structural injunctions*. Esses autores utilizam também a denominação “medidas de performance específica (*specific performance*)”, uma vez que há adequação das medidas executivas às necessidades práticas que propiciem a efetivação do direito.¹⁵

Ferraro também ensina que a origem dos litígios estruturais é o direito estadunidense, com a ideia das *structural injunctions*.

Em uma das compreensões do fenômeno, a forma de atuação estrutural teve seu “nascimento”, nos Estados Unidos, com as *structural injunctions*, impulsionadas pelo paradigmático caso *Brown v. Board of Education of Topeka* (*Brown II*, especificamente), em que, em 1955, a Suprema Corte estadunidense determinou o fim da segregação racial no sistema educacional público, traçando as diretrizes para tanto, depois de, em *Brown I* (1954), já ter reconhecido sua inconstitucionalidade.¹⁶

Jobim complementa os ensinamentos expondo que no caso *Brown v. Board of Education of Topeka* a Suprema Corte americana foi capaz de garantir a efetividade de uma decisão: “sabia-se que, possivelmente, pouca efetividade haveria naquela decisão se não tivesse o Tribunal tomado medidas necessárias ao seu cumprimento”¹⁷. Dessa forma, o autor afirma a necessidade de um sistema mais ativista, no qual o juiz além de decidir, tem condições efetivas de concretizar a decisão judicial por meio de atitudes.

O caso *Brown v. Board of Education of Topeka* em 1955 pode ser considerado de grande importância para o desenvolvimento dos Processos Coletivos Estruturais no Brasil. Nele, a Suprema Corte americana teve que lidar com a questão da segregação racial, fato que implicava imposição de um comportamento a toda uma sociedade, o que implica uma alteração estrutural que envolve não somente os agentes estatais e as instituições governamentais.

¹⁴ BAUERMANN, Desirê. *Structural Injunctions no Direito norte-americano*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais* (Org.). Salvador: Juspodivm, 2017. p. 283.

¹⁵ DIDIER JR.; ZANETI JR., 2017, 37.

¹⁶ FERRARO, Marcella Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. Curitiba, PR, 2015. Dissertação (Mestrado): Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. p. 100. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1884/39322>>. Acesso em: 07 mar. 2017.

¹⁷ JOBIM, Marco Félix. **As medidas estruturantes e a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal para sua implementação**. Porto Alegre, RS, 2012. Tese (Doutorado): Faculdade de Direito, Pós-Graduação em Direito Público, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Texto parcial. p. 37. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10923/2538>>. Acesso em: 07 nov. 2017.

Um dos mais citados estudiosos do assunto no direito americano é o pesquisador e Professor da Universidade de Yale, Owen Fiss. Em seu texto de 1978, intitulado “As Formas da Justiça” (*The Forms of Justice*), esse autor já tratava do que ele denomina reforma estrutural (*structural reform*), também com base no caso *Brown v. Board*, acima mencionado.

A reforma estrutural a que Fiss se refere decorre de uma atuação conjunta do Judiciário e do Governo. O Judiciário teria o papel de – por meio de interpretação – propor as diretrizes constitucionais do Estado para a atuação governamental. É certo que o estabelecimento dessas diretrizes não é exclusividade do Judiciário, como bem lembra o autor.¹⁸

Tal adaptação procedimental é que será capaz de garantir mudanças estruturais no governo. Mudanças estas chamadas por Fiss de diretivas reconstrutivas (*reconstructive directives*), cujo objetivo é a transformação da realidade social. Para essa transformação, é necessária uma reestruturação, muitas vezes em larga escala, das instituições públicas e da maneira como atuam.¹⁹

Verifica-se, portanto, que Fiss propõe uma atuação menos radical do que as *structural injunctions* do Direito americano dos anos 50, em que o Judiciário tinha poderes quase ilimitados. Imiscuía-se na esfera do Legislativo e do Executivo com amplos poderes para elaborar políticas públicas e definir questões orçamentárias. A ponderação com a participação não apenas do Judiciário na elaboração das diretivas reconstrutivas (para se usar os termos do autor) é mais adequada à realidade atual e o que se propõe na presente pesquisa.

Diante do exposto vê-se que o processo coletivo estrutural nasceu da necessidade de uma função judiciária que não apenas decida, mas que efetive suas decisões. Com a evolução doutrinária, atualmente, a pretensão é de que não haja simplesmente a imposição de um comportamento, mas sim que haja a participação de todos os envolvidos na questão. Esse tipo diferenciado de tutela visa à realização de uma alteração estrutural que pode envolver até mesmo o próprio judiciário, uma vez que ele também pode fazer parte do problema e

¹⁸ FISS, Owen M. The forms of Justice. Harvard Law Review, Vol.93, n.1, nov. 1979. p. 2. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1220>. Acesso em: 07 de nov. 2014. No original: Judges have no monopoly on the task of giving meaning to the public values of the Constitution, but neither is there reason for them to be silent. [...] Structural reform [...] is one type of adjudication, distinguished by the constitutional character of the public values, and even more importantly, by the fact that it involves an encounter between the judiciary and the state bureaucracies. The judge tries to give meaning to our constitutional values in the operation of these organizations. Structural reform truly acknowledges the bureaucratic character of the modern state, adapting traditional procedural forms to the new social reality, and in the years ahead promises to become a central - maybe the central - mode of constitutional adjudication.

¹⁹ FISS, 1979, p. 2.

necessitar passar por alterações estruturais. A alteração se realizará por meio de uma nova organização das funções públicas, mudanças de comportamento de agentes públicos ou até mesmo em toda a sociedade, de forma a garantir direitos sociais fundamentais antes não efetivados.

3.3 A mitigação da teoria da separação das funções da República

O princípio da separação das funções estatais em Executiva, Legislativa em Judiciária está postulado no artigo 2º da Constituição da República de 1988.²⁰ Tal princípio está inclusive inserido no rol de cláusulas pétreas (art. 60, §4º).

Apesar disso, no cenário pós-1988, verifica-se que é possível falar em crescimento de importância da função judiciária.

O advento da Constituição brasileira de 1988 trouxe a revalorização do Poder Judiciário, que paulatinamente, vem ganhando importância no cenário político nacional. Cada vez mais, questões de interesse nacional são discutidas e decididas não na arena do Parlamento, como previa a clássica divisão de poderes, mas nos plenos dos tribunais, causando verdadeira judicialização nas relações sociais brasileiras. Paralelamente, o Poder Judiciário não tem mais se concentrado em simplesmente aplicar a lei ao caso concreto. Com base em uma interpretação proativa do texto constitucional, os magistrados tomaram as rédeas da concretização dos direitos previstos na Carta Magna.²¹

Contra a alegação de que tal situação caracteriza violação da teoria da tripartição das funções da república levantam-se diversos argumentos.

Primeiramente, vale ressaltar a doutrina de Virgílio Afonso da Silva, para quem o argumento de violação de tal teoria em sua concepção mais pura, “estanque e rígida” sequer merece uma análise de maior profundidade, pois não se adequa ao contexto atual. A teoria valeria para o contexto liberal clássico, em que juízes eram meramente a “boca da lei”, jamais podendo se imiscuir em políticas públicas. O contexto atual, ao contrário, é “infinitamente mais complexo”, afirma o autor. Dessa forma, a *contrario sensu*, mostra-se pertinente, a intervenção.²²

²⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988).

²¹ BECATTINI, Sérgio Rubens Birchall. **Dilemas da Atuação do Poder Judiciário**. Belo Horizonte: D'Plácido (Livros Digitais), 2015. E-book. Disponível em: < <https://www.saraiva.com.br/dilemas-da-atuacao-do-poder-judiciario-9246587.html> > Acesso em: 22 nov. 2017.

²² Silva, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 385-386.

Não se pode querer aplicar a rigidez de uma teoria surgida em uma época em que se entendia que ao Estado bastava garantir a liberdade por meio de atitudes não intervencionistas à complexa realidade atual. Uma realidade em que se fala em diversas dimensões de direitos, em normas programáticas, em força normativa dos princípios e em direitos fundamentais sociais a exigirem uma prestação estatal, além de outros institutos.

A adoção dos princípios, objetivos e fundamentos do Estado social e democrático de direito fez com que a Constituição Federal de 1988 não se limitasse à fixação dos contornos do poder frente à liberdade do indivíduo, nem à organização das formas de participação popular na esfera das decisões políticas. No âmbito desse Estado, de caráter prestacional, a positivação jurídica de valores sociais passou a servir de base não apenas à interpretação de toda a Constituição, mas à criação, direção e regulação de situações concretas. Neste contexto, as leis, no seu sentido de normas abstratas gerais, deixam de ser o instrumento por excelência do Estado, uma vez que a promoção de seus objetivos sociais e a realização do princípio democrático, em sua materialidade, demandam intervenções por meio de políticas públicas.²³

Grinover complementa afirmando que, com a superação do Estado Liberal e a configuração de um Estado Social, ocorre uma “alteração substancial na concepção do Estado e de suas finalidades”. O objetivo do Estado passa a ser o bem comum. A abstenção estatal é superada e dá lugar a uma atuação positiva, a fim de garantir a segunda geração de direitos fundamentais: os direitos sociais.²⁴

Não bastasse tal mudança de cunho tão profundo, a Constituição brasileira de 1988 vai além do Estado social e implementa o Estado democrático de direito no país. Assim, mais distante ainda da realidade de Estado mínimo em que a teoria da tripartição de funções surge, tem-se um Estado que “atua sobre a realidade social, para modificá-la”.²⁵ Exemplo claro disso é o já mencionado artigo 3º dessa Constituição, uma vez que estabelece objetivos fundamentais da República.

Esses preceitos – por seu grau de profundidade e complexidade - somente serão alcançáveis por meio de atuação conjunta das funções executiva, legislativa e judiciária. Essas funções da República encontram-se vinculadas em seus atos aos preceitos constitucionais, deles não podendo desviar-se.

²³ DUARTE, Clarice Seixas. A educação como um direito fundamental de natureza social. **Educação e Sociedade**, Online, v.28, n.100, p.694, out. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-73302007000300004&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em 22 nov. 2017.

²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 425.

²⁵ GRINOVER, 2017, p. 426.

Com isso, as funções da República, além de independentes, devem ser também harmônicas entre si - conforme preceitua o artigo 2º da Constituição de 1988²⁶. Harmônicas no sentido de atuação em busca de um objetivo comum: o cumprimento dos preceitos fundamentais presentes no texto constitucional. E para este cumprimento, não poderia caber a outra função, a não ser ao judiciário, o papel de fiscalização do fundamento de atuação dos diversos órgãos.

Se o Estado Brasileiro adotou o sistema ético de referência, pautado na efetiva consecução dos direitos fundamentais, não pode o Poder Judiciário, como uma de suas formas de expressão, desviar-se deste cumprimento político-institucional, recusando a atividade corretiva que a Constituição lhe outorgou.²⁷

Dessa forma, como parte de sua atividade jurisdicional, a função judiciária tem o dever de apreciar atos do executivo e do legislativo. Tal apreciação visa a garantir nada mais que o cumprimento de preceitos fundamentais dispostos no texto da Constituição da República de 1988.

Quanto ao posicionamento jurisprudencial, é pacífico no Supremo Tribunal Federal o entendimento quanto à possibilidade de interação entre as funções executiva e judiciária. A suprema corte brasileira entende ser possível juridicamente a determinação judicial para que o Poder Executivo concretize políticas públicas, conforme já analisado, e isso não viola a tripartição das funções da República.

Na ADPF 45-9/2004, o Ministro Celso de Mello deixa claro seu posicionamento de que é necessária a revisão do princípio da separação dos poderes em relação a políticas públicas e questões orçamentárias no Brasil. Para ele, torna-se cada vez mais relevante a atuação do Judiciário quando se tratar de situações violadoras de direitos fundamentais. Esses casos ocorrem mais especificamente no caso das normas programáticas, que requerem medidas que garantam direitos sociais. Estas normas programáticas devem ser encaradas como verdadeiros preceitos constitucionais, caso contrário, haveria um enfraquecimento da força normativa da Constituição.

Além das normas programáticas, possuem também força normativa os princípios. Eles também são fontes de direitos e obrigações constitucionais. Em qualquer dos dois casos,

²⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988).

²⁷ CANELA JUNIOR, Osvaldo. A efetivação dos Direitos Fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo poder judiciário. São Paulo, 2009. Tese (Doutorado) Faculdade de Direito da USP. 151 p. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-03062011-114104/pt-br.php>>. Acesso em: 27 nov. 2017. p.76.

as omissões são inconstitucionais e o Ministro deixa clara a legitimidade da intervenção judiciária, não havendo que se falar em separação dos poderes nessas situações.

Veja-se também nesse sentido o trecho da decisão de Suspensão de Tutela Antecipada nº 241-7, de 2008, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes. No caso, o Estado do Rio de Janeiro pleiteava a suspensão da decisão que determinara, em sede de antecipação de tutela, a realização de políticas públicas voltadas à defesa de direitos de estudantes da rede pública. A decisão antecipatória se refere à ação civil pública em que se pleiteava condenação do Estado do Rio de Janeiro a preencher integralmente o quadro de professores de uma escola da rede estadual de ensino localizada no Município de Queimados.

No presente caso, discute-se possível colisão entre (1) o princípio da separação dos Poderes, concretizado pelo direito do Estado do Rio de Janeiro definir discricionariamente a formulação de políticas públicas voltadas à educação e (2) a proteção constitucional dos direitos das crianças e dos adolescentes e o dever do Estado de prestar os serviços de ensino de forma gratuita e com qualidade.²⁸

No entendimento do ministro relator, a Constituição da República possui “comandos normativos voltados para o Estado”. Isso significa estar “obrigado a criar os pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo” de determinados direitos. A não criação pelo Estado das condições necessárias para esse exercício efetivo acarreta “responsabilidade da autoridade competente”.²⁹

Esta responsabilidade se baseia na própria característica de determinados direitos fundamentais. Estes, conforme analisado anteriormente na presente pesquisa, normalmente exigem do Estado uma proteção do sentido de “proibição de intervenção”, ou “proibição de proteção insuficiente”. São os que requerem uma atitude negativa, uma omissão. Há outros, no entanto, cuja efetivação vai além desse quadro. São os direitos fundamentais que trazem implícitos os “direitos à organização e ao procedimento”, “que são aqueles direitos fundamentais que dependem, na sua realização, de providências estatais com vistas à criação e conformação de órgãos e procedimentos indispensáveis à sua efetivação”.³⁰ Apesar disso, o Estado do Rio de Janeiro alegava que a escolha das prioridades feitas pela função executiva era inviolável.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada nº 241-7. Requerente: Estado do Rio de Janeiro. Requerido: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, DF, 10 de outubro de 2008. Diário da Justiça Eletrônico, n. 196, 15 out 2008, p. 55. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 08 nov. 2017.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada nº 241-7, p.55.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada nº 241-7, p.55.

Nesse sentido, o argumento central apontado pelo Estado do Rio de Janeiro reside na violação ao princípio da separação de poderes (art. 2º, CF/88), formulado em sentido forte, que veda intromissão do Poder Judiciário no âmbito de discricionariedade do Poder Executivo estadual.

Contudo, nos dias atuais, tal princípio, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, exige temperamentos e ajustes à luz da realidade constitucional brasileira, num círculo em que a teoria da Constituição e a experiência constitucional mutuamente se completam.³¹

Desse modo, não se caberia falar em violação da separação das funções da República em casos de políticas públicas fundamentais. Fundamentais que são, no sentido de essenciais à efetivação de preceitos constitucionais.

Por fim, vale ressaltar que, além de se posicionar a favor da possibilidade de impor ao Estado a execução de determinadas políticas públicas, neste julgado, o ministro relator deixa claro que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre tal assunto já está assentado no mesmo sentido:

Ademais, a decisão impugnada está em consonância com a jurisprudência dessa Corte, a qual firmou entendimento, em casos como o presente, de que se impõe ao Estado a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, a efetiva proteção de direitos constitucionalmente assegurados, com alta prioridade, tais como: o direito à educação infantil e os direitos da criança e do adolescente. Nesse sentido, destacam-se os seguintes julgados: AI 677.274/SP, 2ª Turma, Ministro Celso de Mello, DJ 30.09.2008; AI-AgR 474.444/SP, 1ª Turma, Ministro Marco Aurélio, DJ 17.08.2007; RE-AgR 410.715/SP, 2ª Turma, Ministro Celso de Mello, DJ 03.02.2006; RE 431.773/SP, Ministro Marco Aurélio, DJ 22.10.2004.³²

Superada, portanto, a questão da violação da teoria da separação das funções da República em casos de intervenção do judiciário em políticas públicas, com o claro posicionamento da doutrina e da suprema corte brasileira pela inexistência de tal violação, parte-se agora a análise da inoponibilidade de outro argumento: a reserva do possível.

3.4 A inoponibilidade da cláusula da reserva do possível em casos de direitos sociais fundamentais

Ao se tratar dos objetivos fundamentais da República, a melhor doutrina entende que pelo fato de os direitos fundamentais possuírem aplicabilidade imediata, não cabe a alegação de impedimento de teor meramente jurídico, como justificativa à sua não implementação.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada nº 241-7, p.55-56.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada nº 241-7, p.56.

Com isso, a cláusula da reserva de possível não é justificativa aceitável ao Estado a fim de não realizar a implementação de políticas públicas para cumprir as exigências constitucionais. Em 2015, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 592.581/RS assentou tese nesse sentido:

é lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.

Com esse entendimento, o Supremo Tribunal Federal nega a aplicação da cláusula da reserva do possível nos casos que envolvam de direitos fundamentais, pois é obrigação do Estado garantir a proteção e a dignidade da pessoa humana e, no caso dos presidiários, tais direitos se materializam por meio da manutenção da integridade física e moral deles.

Pode-se falar então em um “núcleo essencial intangível a ser assegurado, independentemente de condições adversas, limites financeiros ou colisão com outros direito fundamentais”.³³

Além disso, conforme visto anteriormente quando da análise da ADPF 45-9³⁴, os direitos fundamentais cuja garantia requeiram ações positivas do Estado devem ter prioridade no planejamento do orçamento. Nesse diapasão, Canela ensina que no Estado Democrático de Direito o orçamento não deve ser encarado como “uma peça meramente financeira”. Ele é na verdade um programa de governo. Nele “são consignadas as diretivas de conduta” e “os objetivos a serem atingidos”.³⁵

Se o Estado constatar que há insuficiência de recursos para alcançar os objetivos fundamentais, ele não deve paralisar sua ação, mas otimizar os gastos futuros, “mediante aplicação do princípio da proporcionalidade na distribuição de recursos”.³⁶

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 592.581. Requerente: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Requerido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 13 de agosto de 2015. Diário da Justiça Eletrônico, v. 18, p. 5, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=308563123&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 45-9.

³⁵ CANELA JUNIOR, Osvaldo. O orçamento e a “reserva do possível”: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Fossense, 2013. p. 240-255.

³⁶ CANELA JUNIOR, Osvaldo, 2013, p. 246.

Conclui-se então que a alegação do princípio da reserva do possível não é compatível com o núcleo fundamental da Constituição da República de 1988 por ela ter fundado um Estado democrático de direito centrado na dignidade da pessoa humana. Não se podem alegar questões financeiras como impedimento à viabilização de direitos fundamentais, uma vez que esses direitos são prioridade absoluta do Estado.

3.5 O Processo Coletivo Estrutural e a legislação brasileira

A doutrina dominante na atualidade reconhece a impossibilidade de se tratar adequadamente os direitos materiais coletivos por meio de uma mera adequação do tradicional processo civil individual e de caráter dualista. Por todos, vale citar o ensinamento de Almeida:

o que se verifica é que hoje já se tornou quase pacífico, na doutrina de vanguarda nacional e estrangeira, que é impossível tutelar os direitos coletivos por intermédio de das regras do direito processual civil clássico, as quais foram concebidas por uma filosofia liberal-individualista arraigada, ainda, no século XIX.³⁷

Devido a essa inadequação, surge então um novo ramo no direito processual no Brasil, que “tem natureza, dignidade e berço constitucionais”³⁸ É a denominada tutela coletiva, que ganha força diante de situações que demandam, cada vez mais o mesmo tipo de provimento jurisdicional. Contribui para o crescimento desse tipo de demanda também, a crescente conscientização da população sobre seus direitos, frente a um Estado que não consegue cumprir com eficiência suas obrigações por meio de políticas públicas.³⁹

Essa deficiência estatal faz surgir o Processo Coletivo Estrutural como alternativa que visa a suprir o déficit e a ineficácia das políticas públicas no Brasil. No entanto, é necessário verificar se o sistema jurídico brasileiro possui condições de aceitar decisões estruturais.

Já foi analisado o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de intervenção em políticas públicas como resultado de uma flexibilização da teoria da separação dos poderes. Houve outras situações que também exemplificam a flexibilização da teoria, como o Mandado de Injunção 708/DF em que, em face de uma

³⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo no direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 17.

³⁸ ALMEIDA, 2003, p.18.

³⁹ ALMEIDA, 2003, p.18.

prolongada omissão legislativa, o judiciário determinou a aplicação da Lei 7.783/1989 (que regulamenta o direito de greve dos trabalhadores celetistas) aos trabalhadores estatutários, com as devidas adaptações, enquanto o legislador não suprisse a omissão.⁴⁰

Assim, pode-se afirmar que quanto ao quesito flexibilização das funções da república, o sistema jurídico brasileiro está preparado para os Processos Coletivos Estruturais.

Outro requisito para utilização desse tipo de processo é a necessidade de “um sistema permeável a certa atenuação do princípio da demanda, de modo a permitir que o magistrado tenha alguma margem de liberdade na eleição da forma de atuação do direito a ser tutelado”.⁴¹ Desse modo, vê-se que devido à complexidade dos processos estruturais, não se fala simplesmente em deferimento ou indeferimento, esse tipo de processo vai além: exige que o magistrado não tenha que se prender, necessariamente, ao pedido.

Não se tolera que a decisão judicial extrapole os limites do ilícito a ser combatido, sob pena de transformar o magistrado no verdadeiro gestor do órgão ou do ente responsável pela conduta discutida. Todavia, dentro dos limites desse campo de proteção, deve-se tolerar maior amplitude para a atividade judicial, o que implicará, muitas vezes, extrapolar os limites do pedido expressamente posto pelo autor da demanda.⁴²

Arenhart ensina que também sob esse aspecto é possível afirmar a adequação do direito brasileiro aos Processos Coletivos Estruturais uma vez que o antigo Código de Processo Civil já admitia esse tipo de decisão e o atual continua o fazendo. O autor cita como exemplos

desde regras mais singelas, como aquela que considera ‘implícito’ o pedido de juros em pedidos de cunho pecuniário ou as prestações vincendas [...], passando pela cláusula aberta da tutela de prestações de fazer e não fazer [...] e indo até mesmo à irrelevância do pedido para certos tipos de proteção, como a tutela cautelar.⁴³

Ada Pellegrini também ensina que o ordenamento jurídico brasileiro prevê instrumentos processuais constitucionais adequados ao controle judicial de políticas públicas

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 708/DF. Impugnante: Sintem - Sindicato Dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa. Impugnado: Congresso Nacional. Relatora: Rosa Weber. Brasília, DF, 25 de outubro de 2007. Diário da Justiça Eletrônico, n. 206, divulgado em 30 de outubro de 2008, p. 207. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 06 dez. 2017.

⁴¹ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista Eletrônica** do Grupo de Pesquisa “Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo”, linha de pesquisa: “Processo Coletivo”, vinculado ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), v. 68, n. 6, 4. trimestre, 01 out a 31 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.com.br/>>. Acesso em: 12 fev. 2018.

⁴² ARENHART, 2015.

⁴³ ARENHART, 2015.

como a ação direta de controle da constitucionalidade, a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, a ação de descumprimento de preceito fundamental e o mandado de injunção. No entanto, como no Brasil o controle de constitucionalidade não se faz apenas pela forma direta, mas também pela forma difusa, cabe também à Justiça ordinária, de primeiro grau, exercer o controle da constitucionalidade de políticas públicas, implementando-as ou corrigindo-as, por meio de ações coletivas, as quais, por sua própria natureza, são de caráter igualitário e universal, como as políticas públicas, levando a uma coisa julgada que em princípio atua *erga omnes*.⁴⁴

É importante ressaltar que quando se fala em controle jurisdicional de políticas públicas a doutrina majoritária ressalta que ele deve ocorrer sempre *a posteriori* e mediante provocação, conforme os princípios gerais do processo civil.

Quando se fala em compatibilidade do direito brasileiro ao Processo Coletivo Estrutural não se quer com isso dizer que haja legislação específica que o regule.

No entanto, Didier Jr., Zaneti Jr. e Oliveira ensinam que

no direito processual brasileiro, a base normativa para a execução das decisões estruturais, necessariamente atípica, decorre da combinação do art. 139, IV, com o art. 536, §1º, ambos do CPC. Os dispositivos são cláusulas gerais executivas, das quais decorre para o órgão julgador o poder de promover a execução de suas decisões por medidas atípicas.⁴⁵

No que se refere especificamente ao Estado de Coisas Inconstitucional, a Constituição da República e a legislação infraconstitucional preveem mecanismos que permitem ao Judiciário declarar essa situação para posteriormente adotarem ordens estruturais. Entre os mecanismos judiciais pode-se mencionar o mandado de injunção, no caso de omissões legislativas e administrativas. Além dele, o recurso extraordinário, caso haja repercussão geral, e sobretudo, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

A ADPF pode ser considerada o principal mecanismo por força do art.1º, *caput*, da Lei 9.882/1999. Este artigo preceitua que a Arguição terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público⁴⁶. Dessa forma, pode-se enquadrar as falhas estruturais, a falência de políticas públicas ou a omissão prolongada das autoridades no cumprimento de suas obrigações a fim de garantir direitos fundamentais entre os objetos de controle da ADPF. Conforme a doutrina de Campos, o ato no Poder Público mencionado no *caput* do art. 1º da Lei 9.882/1999 “não é apenas ato isolado ou comissivo de um poder,

⁴⁴ GRINOVER, 2017, p. 424.

⁴⁵ DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, p.57, 2017.

⁴⁶ BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 9.882/1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm > Acesso em: 01 jan. 2018.

mas podem ser atos de diferentes autoridades, órgãos e poderes e também a omissão generalizada e persistente”⁴⁷.

A declaração do ECI poderá ocorrer de duas maneiras. Uma delas é pelo controle abstrato e concentrado, principal, perante o STF, como corte constitucional. É o caso da ADPF 347, já analisada na seção anterior. A outra maneira é pelo controle difuso ou incidental, exercido pelos juízes e tribunais de todo o país. Seria o caso, por exemplo, de - em um processo em que se pleiteie vagas em creche municipais - detectar incompatibilidade entre o número de vagas e a demanda do município, afetando grande número de pessoas. Uma vez que o tradicional processo não se mostraria eficaz, a solução seria a adoção do processo estrutural.

Além desses mecanismos, é importante mencionar a Ação Civil Pública (Lei 7.347/1995)⁴⁸, a Ação Popular (Lei 4.717/1965)⁴⁹, o Mandado de Segurança Coletivo e o Mandado de Injunção. Esses dois últimos previstos na Constituição da República de 1988. Como recursos de grande relevância no desenrolar do processo não se pode deixar de citar as audiências públicas e a figura do *amicus curiae*.

As audiências públicas são oportunidades para debates entre os agentes públicos e a comunidade a respeito dos interesses prioritários, problemas e soluções. Além disso, já o *amicus curiae*, como um auxiliar, tem grande probabilidade de criar melhores condições para definir quais decisões estruturais serão mais adequadas. Ambos os institutos reforçam a soberania popular, o caráter democrático e a construção conjunta de um planejamento no Processo Coletivo Estrutural para superação do Estado de Coisas Inconstitucional.

A título de conclusão da presente subseção, pode-se afirmar que esse tipo de processo surgiu da necessidade de os sistemas jurídicos lidarem com casos complexos, especialmente ligados a direitos fundamentais e a políticas públicas. Devido à amplitude das medidas necessárias e a variação do conteúdo da decisão, com um monitoramento que muitas vezes se prolongará no tempo, não há outro tipo de provimento que seria adequado. Ou melhor, pelo menos até o momento não se criou outro tipo de processo mais adequado que aquele que faz uso da técnica estrutural. Ademais, diante da análise realizada verifica-se que o

⁴⁷ CAMPOS, 2016, p.259.

⁴⁸ BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 7.347/1995. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm> Acesso em: 02 jan. 2018.

⁴⁹ BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 4.717/1965. Regula a ação popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm> Acesso em: 02 jan. 2018.

sistema normativo brasileiro possui mecanismos que permitem a propositura de ações em face de deficiências e omissões do Poder Público.

3.6 Considerações gerais sobre o Projeto de Lei nº 8.058 de 2014

Como na legislação brasileira no âmbito de causas de interesse público não se encontra regulamentação específica para decisões as estruturais, o Projeto de Lei (PL) nº 8.058 foi apresentado no Congresso Nacional está em tramitação.

Apresentado ao Congresso Nacional pelo deputado federal pelo Partido dos Trabalhadores, Paulo Teixeira, o Projeto de Lei nº 8.058/2014 visa a instituir “processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário”.⁵⁰ Em 1º de setembro de 2015, houve a primeira audiência pública na Comissão de Finanças e Tributação, com o propósito de discutir o Projeto de Lei.

Em 05 de dezembro de 2017 foi realizada uma segunda audiência pública.⁵¹ Nela ficou claro o consenso entre os participantes de que a judicialização de políticas públicas é instrumento legítimo do Estado democrático de Direito.

Um aspecto importante dessa judicialização de políticas públicas que demonstrado na audiência é que isso reduziria a judicialização de processos individuais.

[...] é verdade que a judicialização desorganiza as contas públicas e o planejamento na assistência à saúde, assim como o planejamento da indústria farmacêutica. A judicialização favorece aqueles que conseguem elaborar melhor as suas demandas e não os que mais necessitam. Além disso, amplia as oportunidades para ações de má fé e fraudes.⁵²

Outro aspecto negativo é que quanto maior o número de demandas individuais, menos recursos para políticas públicas coletivas haverá. Isso também serve de incentivos para que cada vez mais pessoas busquem o judiciário na expectativa terem de direitos garantidos.

⁵⁰ BRASIL. Projeto de Lei nº 8.058/2014. Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=687758>> Acesso em: 06 dez. 2017.

⁵¹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Audiência Pública Ordinária**. Discussão do Projeto de Lei 8.058/14, que institui o processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário. Comissão de Finanças e Tributação. 05 dez. 2017 Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/agenda>> Acesso em: 06 dez. 2017.

⁵² ASSOCIAÇÃO DA INDÚSTRIA FARMACÊUTICA DE PESQUISA. **Judicialização da Saúde na Prática: fatos e dados da realidade brasileira**. São Paulo: Posipress, 2016. Disponível em: <<https://www.interfarma.org.br/biblioteca>> Acesso em: 06 dez. 2017.p.7.

No caso de medicamentos, por exemplo, um estudo realizado nos estados de Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro e São Paulo, em que se analisou cerca de 15 mil ações, no ano de 2015 mostrou que pelo menos 87% das liminares foram deferidas. Com isso, pode-se afirmar que o elevado número de ações judiciais individuais estabelece-se um círculo vicioso. Há uma alteração do que fora previamente planejado para o orçamento. Expõe-se o gestor público a punições e estabelece-se um privilégio entre os cidadãos, prestigiando injustamente os que têm melhores condições financeiras.

Para combater, ou pelo menos reduzir essa realidade é que o Projeto de Lei 8.058/2014 pretende instituir uma tutela jurisdicional diferenciada. Essa tutela deverá pautar-se pelos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, garantia do mínimo existencial, justiça social, atendimento ao bem comum, universalidade das políticas públicas e equilíbrio orçamentário.⁵³

O texto prevê expressamente em seu parágrafo único do artigo 2º que os processos adequados ao controle de políticas públicas têm características estruturais, o que significa a necessidade de diálogo entre os poderes.⁵⁴ Quanto a essa característica, Grinover, Watanabe e Lucon sugerem um acréscimo fazendo referência específica “ao objetivo de solucionar por completo o conflito”, para deixar mais claro o sentido de ‘estruturais’, assim como utilizado pela doutrina e pelas Altas Cortes estrangeiras.”⁵⁵

A representante da Associação da Indústria Farmacêutica de Pesquisa, Tatiane Garcia Schofield, esteve presente na segunda audiência pública realizada na Comissão de Finanças e Tributação com o propósito de discutir o Projeto de Lei. Ela também ressaltou que a instituição que ela representa sugere a criação de canais de diálogo entre a população, os gestores e as autoridades envolvidas na questão - em particular o judiciário. Esses canais poderiam ser utilizados antes e depois da moção das ações judiciais, para evitar a judicialização ou impedir que ela siga adiante desnecessariamente. Além disso, são também importantes, a negociação prévia e a criação de varas especializadas (no caso de políticas públicas na área da saúde).⁵⁶

⁵³ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Projeto de Lei 8.058/2014: considerações gerais e proposta de substitutivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 611.

⁵⁴ BRASIL. Projeto de Lei nº 8.058/2014.

⁵⁵ GRINOVER; WATANABE; LUCON, 2017, p.612.

⁵⁶ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Audiência Pública Ordinária**, 2017.

Como consequência da complexidade, o projeto cita que os processos que lidam com políticas públicas têm também características policêntricas (intervenção do Poder Público e da sociedade no contraditório). Há necessidade de diálogos, colaboração, participação e debates de forma ampla. O projeto menciona a consensualidade, a flexibilidade e a possibilidade de comandos judiciais abertos.

Quanto à competência, o artigo 2º do Projeto dispõe que “ressalvadas as hipóteses de ações constitucionais”, que caberão logicamente ao Supremo Tribunal Federal, é da “justiça ordinária, estadual ou federal, por intermédio de ações coletivas ajuizadas pelos indicados pela legislação pertinente”.⁵⁷

Com base no artigo 2º fica clara a existência de dois modelos de processo coletivo estrutural: um abstrato, pela via de controle concentrado e outro concreto, pela via incidental, controle difuso.

O parágrafo único do artigo 2º esclarece que “para a implementação ou correção de políticas públicas são admissíveis todas as espécies de ações e provimentos”.⁵⁸

O Projeto prevê uma fase preliminar, pré-processual, em que serão notificados o Ministério Público e a autoridade responsável. Serão prestadas informações e haverá levantamento de dados, planejamento, estabelecimento de cronograma, etc. Há também a possibilidade de antecipação de tutela. Nesse caso, o artigo 28 do projeto estabelece as seguintes condições: na hipótese de se tratar do mínimo existencial ou bem da vida assegurado em norma constitucional de forma completa e acabada; e se houver razoabilidade do pedido e irrazoabilidade da conduta da Administração.⁵⁹

Esse parágrafo merece nova redação uma vez que não se deve falar em mínimo existencial em relação a direitos fundamentais. Além disso, em se tratando de direitos fundamentais, mesmo que não preenchidas todas as condições acima não poderá o juiz negar a tutela antecipada. Afinal, esses direitos têm aplicação imediata.

A teoria dos direitos constitucionais fundamentais compõe o núcleo de uma Constituição democrática, como a brasileira, a partir da qual devem ser construídos os novos modelos explicativos. Os direitos fundamentais possuem eficácia irradiante da ordem jurídica e força vinculativa de todos os operadores jurídicos oficiais e não-oficiais.⁶⁰

⁵⁷ BRASIL. Projeto de Lei nº 8.058/2014.

⁵⁸ BRASIL. Projeto de Lei nº 8.058/2014.

⁵⁹ BRASIL. Projeto de Lei nº 8.058/2014.

⁶⁰ ALMEIDA, 2008, p.362.

Nesse ponto, vale ressaltar que o melhor entendimento é que quando o projeto usa o termo “norma constitucional”, ele se refere a conteúdo materialmente constitucional. O próprio autor do Projeto, na audiência realizada em 05 de dezembro de 2017, sugeriu alterá-lo no sentido de deixar claro o que seria o “núcleo duro” da Constituição da República, passível de intervenção judicial.⁶¹

O projeto, na sua forma original prevê que tanto o juiz quanto a autoridade responsável poderão se utilizar de assessores técnicos especializados. Esse é outro ponto que o deputado que apresentou o projeto propõe alteração. Para ele, atribuir ao juiz uma assessoria científica não deve significar a nomeação de um perito, mas sim, convênios com centros científicos como universidades.

Outros aspectos dignos de destaque no Projeto são: a previsão de admissão do “*amicus curiae*”, de meios alternativos de solução de controvérsias, como o juízo arbitral, conciliação e mediação.⁶²

No processo judicial efetivamente, vale destacar a razoabilidade do pedido e a irrazoabilidade da atuação da administração como critérios de admissibilidade, podendo extinguir o processo sem resolução de mérito.⁶³

O óbice da irrazoabilidade (reconhecido pelo STF) é aqui erigido em requisito de admissibilidade da ação, que por várias vezes tem afirmado que o controle jurisdicional de políticas públicas há de ser excepcional. Reconhecida a razoabilidade do pedido passa-se à citação. Começa o processo judicial.⁶⁴

O prazo previsto no projeto para contestação é de 30 dias. Grinover, Watanabe e Lucon sugerem a possibilidade de dilatação a fim de dar maior flexibilidade ao procedimento. Flexibilidade esta que já está prevista no projeto no caso de condenações que poderão ser em obrigações flexíveis e sucessivas a fim de adequar à situação concreta.

Há também a previsão de um cronograma, resultado de diálogo, objeto de debate, realista e passível de ser alterado.⁶⁵ Além disso, homologada a proposta de planejamento, sua execução será periodicamente avaliada pelo juiz com a participação das partes e do Ministério Público. Caso se revele inadequada deverá ser revista. Nesse caso, assegura-se a o diálogo, nele incluídos representantes da sociedade civil.

⁶¹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Audiência Pública Ordinária**, 2017.

⁶² BRASIL. Projeto de Lei nº 8.058/2014.

⁶³ BRASIL. Projeto de Lei nº 8.058/2014.

⁶⁴ GRINOVER; WATANABE; LUCON, 2017, p.618.

⁶⁵ GRINOVER; WATANABE; LUCON, 2017, p.618.

De fato, interação e diálogo parecem ser a força motriz de todas as fases do Processo Coletivo Estrutural. O próprio deputado Paulo Teixeira admite ainda que seria aconselhável alterar o projeto a fim de haver ainda maior grau de diálogo. Para ele, o projeto prevê uma intervenção exagerada na questão orçamentária⁶⁶. O Processo Coletivo Estrutural deve ser fruto de um processo democrático. Assim, não é adequado que caiba somente ao juiz decidir de onde tirar determinados recursos e onde alocá-los.

Além das questões já mencionadas, o Projeto prevê a reunião de processos em primeiro grau ou em grau de recursos, quando se tratar de políticas públicas relativas ao mesmo ente político. Há previsão também de Cadastro Nacional de Processos Políticas Públicas cuja organização e manutenção ficarão a cargo do Conselho Nacional de Justiça.

O artigo 30 do Projeto autoriza o juiz a converter a ação individual em coletiva, havendo relevância social e ouvido o Ministério Público. Trata-se neste caso de melhora da redação do o artigo 333 do Novo Código de Processo Civil que fora vedado pela Presidência da República.⁶⁷ Isso porque, de acordo com Ada Pellegrini, duas técnicas foram previstas originalmente no Projeto do Novo Código de Processo Civil. “A primeira, prevista no artigo 139, visa a reunir ações individuais repetitivas em uma única ação em defesa de direitos individuais homogêneos.” Já a segunda técnica de coletivização se refere a ações “impropriamente ajuizadas como individuais”, mas que deveriam ser coletivas. Isso porque são ações em defesa de interesses difusos ou coletivos⁶⁸.

Além das já citadas, outras melhorias que poderiam ser feitas ao projeto. Uma delas é disciplinar o Estado de Coisas Inconstitucional. Deixar de regulamentar o instituto é uma falha grave já que se trata de situação gravíssima, cuja solução somente será possível mediante a atuação conjunta e coordenada de diversos órgãos. Ademais, a legislação se tornará incompleta, uma vez que a teoria do ECI já foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

Outra alteração que pode ser sugerida é a substituição, em todo o projeto, da expressão “mínimo existencial” pela expressão “transformação social”. Esta se mostra mais adequada ao projeto constitucional e ao seu comprometimento com a centralidade dos direitos fundamentais.

⁶⁶ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Audiência Pública Ordinária**, 2017.

⁶⁷ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Audiência Pública Ordinária**, 2017.

⁶⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. A Coletivização de ações individuais após o veto. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). O processo para solução de conflitos de interesse público. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 632-633.

Conforme já analisado anteriormente na presente pesquisa, teoria dos direitos fundamentais adotada na Constituição não é a de mínimo existencial, mas sim uma teoria comprometida com a transformação social. Só se pode discutir enfraquecimento de direitos fundamentais quando há confronto entre eles próprios. Além disso, os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata, máxima força concretizadora, interpretação aberta e ampliativa e máxima força irradiadora e condutora do sistema jurídico e dos operadores jurídicos em geral.⁶⁹

Nesse mesmo sentido:

[...] não há como concordar com o controle judicial de políticas públicas unicamente nos casos em que ocorra ofensa ao mínimo existencial. O compromisso do Estado Democrático Constitucional é com a efetivação dos direitos fundamentais como um todo e a proibição de sua proteção insuficiente revela-se parâmetro de destaque nesse sentido. A existência de ofensa ao mínimo existencial, com certeza, apenas reforça esse argumento.⁷⁰

Conclui-se que o Projeto 8.058/2014 precisa de alterações a fim de alcançar seu objetivo: definir uma nova forma de relação entre as funções judiciária e executiva, um novo modelo de intervenção. Essa nova forma de inter-relação encontra respaldo no novo constitucionalismo e na própria Constituição da República de 1988 e só faz sentido nesse contexto.

Os diversos temas analisados nesta seção também só fazem sentido em um Estado Democrático de Direito e sob a perspectiva do novo constitucionalismo. A judicialização das políticas públicas para defesa dos direitos fundamentais, a mitigação da separação dos poderes e o Processo Coletivo Estrutural devem ser analisados levando-se em consideração a Constituição como um programa a ser cumprido, não sendo uma mera Carta Política, mas sim uma carta de direitos. Deve levar-se em consideração também o abrandamento da dicotomia descrição-prescrição, a implementação de uma nova hermenêutica constitucional e a análise moral da Constituição.

Não se pode olvidar que ao se admitir o Processo Coletivo Estrutural como melhor solução disponível para superação do Estado de Coisas Inconstitucional, somente será possível torná-lo realidade se for aplicada mais uma característica atrelada ao novo constitucionalismo, qual seja, o caráter multi e interdisciplinar com que se deve buscar as soluções adequadas, sobretudo porque nessa teoria, os casos mais difíceis, como é o caso do

⁶⁹ ALMEIDA, 2017.

⁷⁰ DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, 2017, p.60.

ECI, são os mais importantes. Caráter multi e interdisciplinar que envolve a troca de conhecimentos, a busca de parceria com instituições de estudo e pesquisa e a participação da sociedade civil a fim de que não se passe, jamais, por cima da soberania popular.

4 O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO CONTEXTO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E DO PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL

A presente seção visa analisar o modelo de Ministério Público moldado pela Constituição da República de 1988. Pretende-se, a partir disso, esclarecer a função da instituição e a maneira como deverá atuar para o reconhecimento e superação do Estado de Coisas Inconstitucional. Reconhecimento e superação que, nos moldes que aqui se propõe, deverão ser feitos por meio do Processo Coletivo Estrutural, conforme analisado na segunda seção.

Ademais, nem o Estado de Coisas Inconstitucional, nem o Processo Coletivo Estrutural fazem sentido se não forem compreendidos no arcabouço conceitual do novo constitucionalismo. Assim, para se tratar do papel do Ministério Público no contexto desses dois institutos, é necessário antes compreendê-lo também dentro dessa teoria. É o que objetiva a seguir.

4.1 O perfil do Ministério Público no novo constitucionalismo

A Constituição da República de 1988 garante ao Ministério Público brasileiro independência funcional. Dessa forma, a instituição não está subordinada às funções de cunho legislativo, executivo ou judiciário. Deve observância apenas ao ordenamento jurídico. Além disso, o Ministério Público é também o fiscal desse ordenamento.

A denominação fiscal do ordenamento decorre do artigo 127, *caput*, que dispõe que “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. O §1º do mesmo artigo garante ao Ministério Público brasileiro a independência funcional.¹

Almeida afirma ser o advento da Constituição de 1988 a maior conquista do Ministério Público brasileiro². Diversos são os fatores que respaldam a tese do autor. Entre eles, o fato de ser uma instituição que a própria Constituição declarou permanente e sem a

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988).

² ALMEIDA, 2016, p.66.

qual o Estado não pode exercer sua função jurisdicional. E por ser a instituição sobre a qual recai a defesa do ordenamento jurídico, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Em decorrência das relevantes funções acima descritas e pelo fato de a Constituição expressamente declarar o Ministério Público como “permanente”, pode-se afirmar também que a da instituição, nos moldes previstos, é cláusula pétrea³. Outra consequência das funções que lhe foram atribuídas é a “fundamental importância que a instituição tem para a indução da transformação da realidade social e efetivação do Estado Democrático de Direito”.⁴ É “instituição de acesso à Justiça”.⁵

Todas essas relevantes funções não poderiam ser exercidas caso o Ministério Público estivesse subordinado a uma das três funções da República. Deste modo, foi-lhe assegurada autonomia funcional e administrativa.

Vê-se que o Ministério Público brasileiro, nos moldes traçados pela Constituição da República de 1988, tem perfil democrático e fundamentação teórica no novo constitucionalismo. Isso porque sua atuação visa à transformação da realidade social, superando assim o tradicional paradigma do direito de obediência cega às leis e mera reprodução da realidade. Nasceu sob a égide de uma Constituição comprometida com a centralidade dos direitos fundamentais. Uma Constituição em que os princípios ganham maior relevância. São verdadeiras normas e servem como fonte de orientação a todo o sistema. Por fim, uma Constituição que resguarda a existência permanente do Ministério Público e deve ser resguardada por ele.

4.2 A atuação do Ministério Público na indução da implantação de políticas públicas efetivadoras de direitos fundamentais

Conforme visto na seção anterior, com as funções atribuídas ao Ministério Público pela Constituição da República de 1988, ele passa a ser instrumento da transformação social e instituição de acesso à Justiça. Dessa maneira, sua atividade prática no dia a dia deve ser transformadora, já que cabe à instituição a proteção e efetivação dos direitos mais relevantes do ordenamento.

³ ALMEIDA, 2016, p.66.

⁴ ALMEIDA, 2016, p. 66.

⁵ ALMEIDA, 2016, p. 67.

Para cumprir tal função, Ávila ensina que a atuação do Ministério Público deve ter principalmente um “caráter indutivo e extrajudicial, no processo decisório que resultará no planejamento e na construção de políticas públicas prestacionais prioritárias, destacadamente naquelas áreas que guardam maior relação com o campo de atuação da instituição”.⁶

Nessa mesma linha de raciocínio, Almeida dá grande relevância à tutela preventiva, considerando a mais significativa e importante tutela jurídica do Estado Democrático de Direito: “A tutela jurídica preventiva é a mais genuína forma de proteção jurídica no contexto do Estado Democrático de Direito. Ela decorre do princípio da prevenção geral como diretriz, inserida no princípio democrático (art. 1º da CF/88).”⁷

Desse modo deve-se, fortalecer a atuação preventiva por meio de mecanismos extrajudiciais como notificação a autoridades públicas para que prestem esclarecimentos e depoimentos, requisição de informações, serviços e documentos de autoridades e órgãos, diligências investigatórias, audiências públicas, ações educativas como seminários e palestras, expedição de recomendações, termos de ajustamento de conduta etc.

No caso específico das políticas públicas, Ávila ressalta a importância da participação dos membros do Ministério Público nas fases de planejamento delas, “em especial da agenda governamental e na formulação dessas políticas”.⁸ Segundo esse autor a atuação em caráter extrajudicial tem produzido resultados “substancialmente mais satisfatórios e efetivos que a simples judicialização dos conflitos massificados”.⁹ Apesar disso, ainda é necessário que a instituição invista na mudança da mentalidade e de paradigma de seus membros, pois a postura tradicional de atuação repressiva pela via judicial ainda é fortemente arraigada em parte da instituição.¹⁰

Silva divide os membros hoje atuantes no Ministério Público em dois tipos: “promotores de fato e promotores de gabinete”. O promotor de gabinete dá maior relevância à proposição de medidas judiciais, não usa os procedimentos extrajudiciais como meios de negociação, articulação e mobilização.¹¹ “O promotor de gabinete trabalha ‘com o que tem na mão’. É preciso fazer o poder público cumprir a lei em questões pontuais dentro do ‘possível’,

⁶ ÁVILA, Luciano Coelho. **Políticas públicas de prestação social: entre o método, a abertura participativa e a revisão judicial**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016. p. 79.

⁷ ALMEIDA, 2016, p. 85.

⁸ ALMEIDA, 2016, p.85.

⁹ ALMEIDA, 2016, p.83.

¹⁰ ALMEIDA, 2016, p.85.

¹¹ SILVA, Cátia Aida. Promotores de Justiça e novas formas de atuação em defesa de interesses sociais e coletivos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 16, n. 45, p. 134, fev. 2001. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v16n45/4334.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

mas não se pode acioná-lo para a implantação de todas as políticas públicas existentes ou correção de todos os programas em descompasso com a legislação.”¹²

O perfil oposto àquele do denominado promotor de gabinete é o que a autora chama de promotor de fato. Este, apesar de também propor medidas judiciais e realizar atividades burocráticas, dá tanta importância ou até mais aos procedimentos extrajudiciais. São exemplos de sua forma de atuar: mobilização de recursos da comunidade, acionar organismos governamentais e não-governamentais como “articulador político”, estabelecer estratégias, executar projetos.¹³ “Ele chega a participar da execução de campanhas e da fundação de organizações não-governamentais voltada à solução de problemas nas áreas em que atua.”¹⁴

As diligências aparecem como atos corriqueiros no dia a dia do *promotor de fato*, ao lado da divulgação da legislação, atendimento ao público, orientação, reuniões, campanhas e até mesmo iniciativas conjuntas com outros órgãos locais. O uso contínuo destes procedimentos extrajudiciais leva o promotor a estabelecer um vínculo estreito com determinados órgãos governamentais no combate a irregularidades.

Os conceitos analisados acima remetem à teoria de Goulart, para quem existem atualmente dois tipos de Ministério Público: o Ministério Público demandista e o Ministério Público Resolutivo. O primeiro é um modelo que não se adequa ao projeto constitucional e precisa ser superado.

No que tange à atuação cível, o Ministério Público demandista

restringe-se ao processo judicial, como mero operador processual, ora funcionando como órgão agente (autor de ações civis públicas), ora como órgão interveniente (*custus legis*). Essa linha de atuação limitada compromete, sobretudo, a efetividade do trabalho no Ministério Público na tutela dos interesses coletivos e difusos.¹⁵

Vê-se assim que o Ministério Público demandista tem uma atitude totalmente passiva. Esse modo de agir é o oposto do Ministério Público resolutivo. Este tem como foco principal de sua atuação o objetivo fundamental constitucional de construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Goulart explica que a atuação do Ministério Público resolutivo é a de um agente político negociador, que induz à implementação de políticas públicas. Não permanece passivo

¹² SILVA, Cátia Aida, 2001, p.135.

¹³ SILVA, Cátia Aida, 2001, p.135.

¹⁴ SILVA, Cátia Aida, 2001, p.137.

¹⁵ GOULART, Marcelo Pedroso. **Elementos para uma teoria geral do Ministério Público**. Belo Horizonte: Arraes, 2013. p. 202.

à espera de que cada função da República faça sua obrigação. Ele integra uma rede com outros sujeitos políticos coletivos. “O Judiciário torna-se espaço excepcional de sua atuação”, uma vez que ele dá grande importância a sua independência funcional e prioriza a resolução extrajudicial.

Pode-se concluir, com base nos ensinamentos dos doutrinadores acima, que a atuação do Ministério Público na indução da implantação de políticas públicas efetivadoras de direitos fundamentais ocorre quando sua atuação é proativa, com foco na transformação da realidade social, dando preferência à tutela preventiva e à resolução extrajudicial. E por, fim, atuando em conjunto com outros agentes políticos.

4.3 A atuação jurisdicional e extrajurisdicional do Ministério Público para o reconhecimento e a superação do Estado de Coisas Inconstitucional

Com a Constituição de 1988, houve uma ampliação das funções do Ministério Público. Como fiscal da ordem jurídica, ele atua na defesa da Constituição da República, cuja normatividade se estende a todas as demais normas do ordenamento. Ele atua também na defesa dos direitos individuais indisponíveis, que são aqueles cuja titularidade é indeterminada. E, por fim, o Ministério Público atua na defesa dos direitos coletivos amplamente considerados, isto é, direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

O Ministério Público é também - para a sociedade e para o indivíduo - “garantia fundamental constitucional de acesso à Justiça”, conforme dispõe a Recomendação de Caráter Geral do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) nº 04, de 07 de agosto de 2017, “sendo fundamental o aprimoramento da sua atuação extrajudicial”.¹⁶

A Recomendação nº 57, de 5 de julho de 2017, também do CNMP,¹⁷ traz a mesma disposição. Com isso, pode-se afirmar que esse órgão tem entendimento consolidado no sentido de considerar a atuação extrajudicial de suma relevância.

O fato de o Ministério Público ser garantia fundamental constitucional de acesso à Justiça é essencial para o funcionamento do ordenamento. De nada adiantaria a Constituição

¹⁶ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Recomendação de caráter geral CN-CNMP nº 04, de 07 de agosto de 2017. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/>>. Acesso em: 14 dez. 2017. p.1-5.

¹⁷ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Recomendação nº 57, de 5 de julho de 2017. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/>>. Acesso em: 14 dez. 2017. p.1-5.

da República garantir direitos fundamentais, mas não garantir o acesso à Justiça para concretizar sua efetivação.

Os conceitos anteriormente mencionados de acesso à justiça e atuação extrajudicial estão atrelados, no caso do Ministério Público, pelo fato de este ser garantia fundamental constitucional de acesso à Justiça, como dispõe as recomendações do CNMP anteriormente mencionadas. Prestigia-se a atuação extrajudicial, levando-se em consideração a visão ampliada de acesso à Justiça, decorrente da aplicação dos princípios constitucionais ao processo. Tem-se como consequência expandir o conceito muito além de acesso ao judiciário, pois os mecanismos da Justiça vão muito além dos mecanismos jurisdicionais. Assim, a atuação extrajudicial do Ministério Público, uma vez que bem sucedida na proteção e efetivação de direitos, terá garantido o acesso à Justiça tão ou mais eficazmente (no caso da atuação preventiva) que o Judiciário. Nesse sentido:

o acesso à Justiça passa a ser método de pensamento com conceito ampliado, no sentido de se constituir o mais importante direito-garantia fundamental de acesso a todo meio legítimo de proteção e efetivação adequada dos direitos individuais e coletivos amplamente considerados. [...] A concepção sobre acesso à justiça defendida neste texto não representa apenas o acesso ao judiciário, mas o acesso a todo meio legítimo de proteção e efetivação do Direito, tais como o acesso ao Ministério Público, à Defensoria Pública, à arbitragem etc. Também inclui o acesso às cortes internacionais de direitos humanos.¹⁸

Pode-se falar em dois sistemas constitucionais de acesso à Justiça. Um denominado sistema de acesso à Justiça por adjudicação, que engloba as decisões judiciais, sejam elas liminares ou finais. Há também o sistema de acesso à Justiça pela resolução consensual de conflitos. É neste segundo sistema que o Ministério Público atua extrajudicialmente como intermediador da pacificação social.¹⁹

Atualmente, é dominante o pensamento sobre a necessidade de fomento à atuação resolutiva do Ministério Público Brasileiro, por meio da atuação extrajurisdicional. Dessa forma, em sessão pública ocorrida em 22 de setembro de 2016, a Corregedoria Nacional e as Corregedorias-Gerais dos Estados e da União celebraram um acordo aprovando e assinando a

¹⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra de; DAHER, Lenna Luciana Nunes; LOPES, Ludmila Reis Brito. **O Ministério Público como garantia constitucional fundamental da sociedade de acesso à Justiça**: interpretação ampliada e rol meramente exemplificativo dos mecanismos de atuação jurisdicional e extrajurisdicional na Instituição. 2017. Disponível em: <<https://congressonacional2017.ammmp.org.br/public/arquivos/teses/51.pdf>>. Acesso em: 14 dez 2017.

¹⁹ BRASIL. Corregedoria Nacional; Corregedorias-Gerais dos Estados; Corregedoria-Geral da União. **Carta de Brasília**: modernização do controle da atividade extrajurisdicional pelas Corregedorias do Ministério Público. Acordo firmado entre a Corregedoria Nacional e as Corregedorias-Gerais dos Estados e da União em sessão pública ocorrida no dia 22 de setembro de 2016, no 7º Congresso de Gestão do Conselho Nacional de do Ministério Público. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

chamada Carta de Brasília. O documento traz diretrizes relevantes para a atuação extrajudicial do Ministério Público e esclarece os motivos da priorização da via extrajudicial.

Os principais pontos da Carta são: que o Ministério Público tenha proatividade e resolutividade e a priorização da atuação extrajudicial para a efetividade da função resolutiva, considerando que o Judiciário está sobrecarregado, com aproximadamente 110 milhões de processos em tramitação.

Essas diretrizes se referem à atuação ministerial em todas as áreas e obviamente incluem o Estado de Coisas Inconstitucional. A atuação extrajudicial pode ocorrer de diversas formas. A Carta de Brasília traz um rol exemplificativo de atuação extrajudicial: audiência pública para ouvir e prestar contas da atuação, inquérito civil, termo de ajustamento de conduta, recomendações, medidas de inserção social como palestras e reuniões, fiscalização do sistema prisional e casas de internação, projetos executivos do plano de atuação funcional e projetos sociais.²⁰

O Ministério Público participa das fases de percepção e definição de problemas. Essa é a fase em que se busca “compreender como, dentro de um vasto campo de possibilidades, um determinado problema mostra-se apropriado para ser tratado politicamente”²¹. A próxima fase é o estabelecimento da agenda em que se decidem efetivamente quais assuntos serão incluídos pauta política atual²² e o Ministério Público também deve participar dos diálogos dessa fase. Muitas vezes essas fases já estão prontas e cabe ao Ministério Público, assim como aos outros envolvidos discutir, dialogar, encontrar soluções para a partir daqui dar continuidade à efetiva implantação.

Em seguida vem o ciclo de políticas públicas (policy cycle). É a fase da elaboração de programas e de decisão, quando ocorre a necessidade de escolher, entre várias alternativas de ação, qual é a mais apropriada²³. A partir dessa fase, a situação é a mesma para a elaboração de políticas públicas efetivadoras de direitos fundamentais pela via extrajudicial ou pela via judicial. Trata-se de uma fase mais técnica, mas que nem por isso deixa de ter a participação do Ministério Público que deverá monitorá-la.

²⁰ BRASIL. Corregedoria Nacional; Corregedorias-Gerais dos Estados; Corregedoria-Geral da União. **Carta de Brasília**, 22 de setembro de 2016.

²¹ COELHO, Sérgio Reis. O Ministério Público e as políticas públicas: definindo a agenda ou implementando as soluções? In: **Revista da Ajuris**. Porto Alegre, v.40, n.130, p.381, jun. 2013. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/302/237>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

²² COELHO, 2013,p.382.

²³ COELHO, 2013,p.382.

Por fim, ocorrem as fases de avaliação das políticas e correção da ação que correspondem à apreciação dos programas implementados e a verificação entre o que foi pretendido e o que foi efetivamente colocado em prática²⁴. Fase em que é de grande importância a participação de todos os envolvidos, inclusive da sociedade, para que se aprenda com erros e acertos.

O Ministério Público, atuando como agente da indução da transformação social e como intermediador da pacificação social, participa de todas as fases acima descritas. Ressaltando que em algumas terá postura mais proativa, como intermediador. Em outras, devido ao caráter mais técnico da fase ou por ser um momento de implementação, a instituição terá uma postura mais ligada ao monitoramento e à verificação.

Vale lembrar também que o diálogo deve permear todas as fases do processo. A construção de um programa de políticas públicas por meio de interação, equipe multidisciplinar e consulta a diferentes setores da sociedade, instituições de pesquisa e parceria com universidades poderá fazer a diferença entre o sucesso e o fracasso na superação do Estado de Coisas Inconstitucional, como ocorreu na Colômbia:

[...] o erro da corte no caso do sistema carcerário foi proferir ordens sem qualquer acompanhamento ou diálogo na fase de implementação. Em caso posterior, o paradigmático problema da “população deslocada em razão da violência urbana”, a corte, tendo aprendido com os próprios erros, passou a adotar a prática de proferir “ordens flexíveis sujeitas à jurisdição supervisória”. As novas medidas resultaram no sucesso da atuação da corte e do instrumento Estado de Coisas Inconstitucional.²⁵

O trecho acima deixa claro a relevância do diálogo, flexibilização e monitoramento. É importante também não se olvidar que em muitas situações as políticas públicas já estão prontas. Cada área já tem o seu planejamento e o que falta é a implementação. Nesse caso, cabe ao Ministério Público garantir com que sejam efetivadas.

Em todas essas funções e situações o Ministério Público ocupa um papel essencial. No entanto, vale ressaltar que ele é apenas um elo na corrente capaz de implementar as políticas públicas efetivadoras de direitos fundamentais e assim, trazer como consequência a tão necessária redução das desigualdades sociais. É um elo importante, é verdade. No entanto, é necessária a participação das demais instituições públicas e particulares e de toda a sociedade.

²⁴ COELHO, 2013, p.381-382.

²⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de Coisas Inconstitucional e o Litígio Estrutural. **Revista Consultor Jurídico**, 1 set. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/>> Acesso em: 21 dez. 2016.

4.4 A Proposta de Recomendação em tramitação no Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), dispondo sobre a atuação do Ministério Público em políticas públicas efetivadoras de direitos fundamentais

Foi apresentada ao CNMP em 2017 uma proposta de recomendação sobre atuação em políticas públicas efetivadoras de direitos fundamentais. A proposta foi resultado de um procedimento de estudos e pesquisas instaurado pela Corregedoria Nacional do Ministério Público, cuja equipe era composta por Promotores e Procuradores e Justiça integrantes de diferentes ramos do Ministério Público de diferentes regiões do país e por membros colaboradores da Corregedoria Nacional²⁶.

O procedimento instaurado visava a realizar pesquisas, estudos, análises, apresentação de propostas e orientações sobre a atuação do Ministério Público na proteção e efetivação de direitos fundamentais, tanto pela via jurisdicional, quanto pela extrajurisdicional por meio de Políticas Públicas.²⁷

A necessidade de tais estudos e de uma recomendação do Conselho Nacional do o Ministério Público decorre da necessidade de o Ministério Público brasileiro passar por um processo de conscientização sobre a maneira adequada de lidar políticas públicas. A Corregedoria Nacional entende que

o tratamento adequado de políticas públicas exige outra postura dos sujeitos envolvidos e outra estrutura das medidas e procedimentos a serem adotados, com a realização de audiências públicas e a valorização da manifestação de especialistas sobre o assunto, com a perspectiva de que é mais importante a solução de problemas por meio da corresponsabilização coletiva do que a responsabilização sem solução de problemas.²⁸

A proposta leva em consideração também “a existência de muitas situações caracterizadoras do Estado de Coisas Inconstitucional e a necessidade de uma atuação

²⁶ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Despacho Instaurativo. Instaura-se, com base na Portaria CN nº 087, de 16 de maio de 2016, procedimento de estudos e de pesquisas visando realizar pesquisas, estudos, análises e a apresentação de propostas e orientações sobre a atuação do Ministério Público na Proteção e Efetivação de Direitos Fundamentais relacionados pela via do Jurisdicional e Extrajurisdicional de Políticas Públicas. Brasília, 06 jul. 2017. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/>>. Acesso em: 16 dez 2017.

²⁷ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Despacho Instaurativo, 2017.

²⁸ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Proposta de Recomendação nº 2, de 07 de agosto de 2017. Dispõe sobre a atuação do Ministério Público em políticas públicas efetivadoras de direitos fundamentais e estabelece diretrizes para a realização ou referendo de acordos. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/>>. Acesso em: 16 dez 2017.

articulada e efetiva do Ministério Público nesses casos complexos.”²⁹ Entre as medidas que se devem incluir no processo de resolução efetiva desses casos complexos, a proposta cita a realização de audiências públicas e a valorização da manifestação de especialistas, diálogo com a população, visitas técnicas de campo, fomento e apoio à articulação comunitária³⁰. Ademais, os membros do Ministério Público que atuam em órgãos de execução devem

buscar parcerias e fomentar a construção de redes de cooperação com organizações e associações, universidades e outras entidades e instituições, públicas e privadas com a finalidade de formação de alianças, cooperação técnica e identificação dos campos conflituosos e dos seus reais problemas para estabelecer a melhor metodologia de atuação.³¹

O artigo 4º do projeto é um dos mais importantes, pois traz as diretrizes a serem seguidas pelos membros do Ministério Público quando atuam em casos que envolvam políticas públicas efetivadoras de direitos fundamentais. Ele é na verdade, um guia para os promotores e procuradores atuarem judicialmente e extra judicialmente. Por isso, apesar de sua extensão, optou-se por citá-lo na íntegra:

Art. 4.º São diretrizes que devem, entre outras, conduzir a atuação do Ministério Público em políticas públicas destinadas à efetivação de direitos fundamentais:

I - acompanhar a execução das políticas públicas e promover a sua avaliação com a sociedade civil e as instituições de controle social, analisando a respectiva efetividade da política pública no plano dos direitos fundamentais;

II - atuar para que a política pública necessária para efetivação de direitos fundamentais seja contemplada no orçamento e também para que seja efetivamente implementada pelos órgãos administrativos e/ou entes federados responsáveis;

III - estabelecer metas quantitativas e qualitativas de cumprimento da prestação devida ao longo do tempo, sempre que possível por via acordada;

IV - realizar, sempre que possível, audiências públicas e/ou reuniões públicas antes de propor medidas judiciais ou extrajudiciais, convocando preferencialmente representantes de todos os grupos que possam ser atingidos pelas medidas;

V - quando atuar por intermédio de ações judiciais que exigem a implementação de políticas públicas, indicar, sempre que possível, a fonte orçamentária e financeira do custeio ou, ao menos, a existência de recursos públicos disponíveis para a execução da medida exigida;

VI - dar preferência à exigência de políticas públicas de caráter geral, ao invés de postular em juízo em favor de pessoa determinada;

VII - atuar para implementar políticas públicas socialmente necessárias e devidamente identificadas a partir do planejamento estratégico da Instituição, com a participação social e da comunidade ou grupos vulneráveis afetados;

VIII - acompanhar e fiscalizar o efetivo cumprimento das obrigações e deveres impostos pela decisão ou acordo de implementação de políticas públicas, garantindo e fomentando a participação de representantes dos diversos grupos envolvidos e interessados;

IX – considerar, nas medidas judiciais deduzidas ou acordos firmados, as possíveis repercussões sistêmicas na implementação das políticas públicas;

²⁹ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Proposta de Recomendação nº 2, 2017.

³⁰ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Proposta de Recomendação nº 2, 2017.

³¹ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Proposta de Recomendação nº 2, 2017.

X - diligenciar para obter, sempre que possível, a cooperação de órgãos técnicos especializados na política pública objeto da proteção (v.g., universidades, conselhos, especialistas renomados), a fim de determinar as melhores providências a serem buscadas e alcançadas judicial ou extrajudicialmente;

XI - fixar, sempre que possível, de forma clara e objetiva, a responsabilidade de cada agente público envolvido, ou do ente federado, de modo a facilitar eventual futura responsabilização pela omissão ou execução ineficiente;

XII - priorizar, sempre que possível, a adoção de medidas a serem acordadas com o Poder Público antes de buscar decisões judiciais;

XIII – concentrar e abordar de forma sistêmica, sempre que for possível, em uma só ação ou acordo coletivo, a discussão da política pública objeto da proteção, evidenciando sua importância, repercussão, indicadores e resultados esperados.³²

O artigo anteriormente mencionado apresenta uma síntese de diversos tópicos abordados na presente pesquisa como, acompanhamento pelo Ministério Público das diferentes fases de implementação de políticas públicas, a necessidade de diálogos e de realização de audiências públicas, a priorização de soluções consensuais, entre outros.

Esta proposta - ao contrário do PL8.058, em tramitação no Congresso Nacional e já analisado na presente pesquisa – inclui o Estado de Coisas Inconstitucional. O assunto é tratado no artigo 5º, que traz as características que definem esse instituto (já analisadas na Seção 2 desta pesquisa). E o parágrafo único ressalta que, considerando a complexidade dos casos em que se tem um Estado de Coisas Inconstitucional, é possível a realização de acordos com os Poderes Públicos com a fixação de cronogramas em substituição à celebração de Termo de Ajustamento de Conduta.

A proposta também não se olvidou de regulamentar a atuação em casos de alta complexidade e de repercussão social. Ademais, trata dos processos autocompositivos e dos acordos realizados ou referendados pelo Ministério Público.

Se aprovada a expectativa é que proposta seja colocada em prática em todo o heterogêneo Ministério Público brasileiro. No entanto, o Ministério Público atualmente pode ser dividido em dois grupos diametralmente opostos. Há um Ministério Público demandista e um Ministério Público resolutivo. Adotando-se uma visão ampla desses termos, o demandista é aquele que deve ser superado, que não dialoga, não está engajado em realizar atividades práticas sociotransformadoras e prioriza sempre a via judicial para solução de conflitos. A mudança de paradigma e do comportamento desses membros exigirá um trabalho árduo e coordenado do Conselho Nacional, das Corregedorias e dos Centros de Estudos. O desafio é grande.

³² BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Proposta de Recomendação nº 2, 2017.

5 DESAFIOS PARA O ENFRENTAMENTO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL MEDIANTE UMA CONCEPÇÃO DE PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL ALINHADA AOS DIREITOS E ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS

Em um país de dimensões continentais como o Brasil, em que nunca houve verdadeiramente políticas de distribuição de renda e preocupação com questões sociais, onde sempre se falou em crescimento econômico, mas não se preocupou com o desenvolvimento econômico, há diversas situações que se caracterizam como Estado de Coisas Inconstitucional. As situações concretas de ameaça ou lesão a direitos fundamentais são inúmeras. Para lidar com tais situações é certo que se fazem necessários Executivo, Legislativo e Judiciário fortes.

No entanto, não se pode olvidar a Constituição de 1988 é a garantia central e irrevogável da soberania popular. Soberania que só será exercida em sua plenitude com a construção da cidadania para todos os brasileiros.

Nos dizeres de Maria Paula Bucci:

Todos temos que nos capacitar para essa nova forma de democracia, na qual as responsabilidades devem ser divididas entre Governo e Sociedade Civil, devendo os administradores dos bens e serviços públicos estar cientes da fiscalização constante quer da população, quer das instituições como o Ministério Público e das consequências do mau uso da coisa pública.¹

Esses valores de soberania popular e cidadania são essenciais para que haja a fiscalização constante da população sobre a gestão da coisa pública. E somente essa gestão, se bem feita, com políticas públicas articuladas, contínuas, com dotação orçamentária adequada e vontade política, irá resolver os graves problemas sociais do país, sobretudo aqueles que caracterizam Estado de Coisas Inconstitucional.

Para que se impulsionem tais mudanças estruturais no Estado, superando esse Estado de Coisas Inconstitucional vê-se como uma das medidas a serem adotadas o Processo Coletivo Estrutural. E ao Ministério Público como agente da indução da transformação social cabe o papel de propô-lo prestigiando sempre a via consensual.

¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. et al. **Direitos Humanos e Políticas Públicas**. São Paulo: Pólis, 2001. p. 51

5.1 As situações concretas de ameaça ou de lesão a direitos fundamentais como indicadores básicos para o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional

Conforme analisado na segunda seção desta pesquisa, na Medida Cautelar na ADPF 347, o Supremo Tribunal Federal apresenta uma definição do que vem a ser Estado de Coisas Inconstitucional: “quadro de violação massiva persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária”.²

Com base no artigo 5º, inciso XXXV, que garante a apreciação do Poder Judiciário a qualquer lesão ou ameaça a direito³, é possível concluir que quando se menciona “violação massiva” na definição de ECI, tal expressão se refere a ambas as situações: tanto de lesão quanto de ameaça a direitos fundamentais. Dessa maneira, a definição do ECI adequada ao direito constitucional brasileiro pode ser assim reescrita: “quadro de lesão ou ameaça, massiva e persistente, a direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária”.

Assim, as situações concretas de lesão ou ameaça a direitos fundamentais – desde que ocorram de forma generalizada (massiva e persistente) – são indicadores básicos para reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional. Este restará configurado se forem preenchidos os demais requisitos: detecção de falhas estruturais e falência ou ausência de políticas públicas como a causas do problema e necessidade de medidas abrangentes envolvendo mais de uma função da República.

Ademais, não se pode olvidar que o conceito de direitos fundamentais é aberto. Adota-se a ideia de direitos materialmente fundamentais. O rol desses direitos não se exaure no artigo 5º da Constituição. Os direitos sociais, os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, dentre outros também são direitos fundamentais.

Essa visão está de acordo com o fato já analisado de a Constituição da República de 1988 não ser uma mera carta política, e sim uma carta de direitos fundamentais, com preocupação de transformar a realidade social e o fato de posicionar esses direitos no centro

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na ADPF nº 347.

³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988).

do sistema jurídico, com eficácia imediata, demonstrando a preocupação do constituinte originário com a mudança da realidade no país.

No entanto, passados quase 30 anos da promulgação da Constituição, a ausência de políticas públicas eficazes e as desigualdades sociais persistem. Não é difícil, portanto, citar situações concretas que poderiam ser declaradas Estado de Coisas Inconstitucional pelo tribunal supremo brasileiro.

Uma situação que caracteriza violação massiva persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas no país é a questão da saúde. O caos em hospitais, pessoas morrendo em filas, falta de medicamentos e de recursos humanos são notícias diárias na mídia. A judicialização da saúde, por meio da interposição de milhares de ações individuais não resolve o problema da população e atende apenas aqueles que têm mais condições de recorrerem ao judiciário. É um caso típico em que se necessita de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária para que cessem as massivas e persistentes lesões a direitos fundamentais.

Outra situação de grave violação a direitos fundamentais que pode ser considerada Estado de Coisas Inconstitucional é o quadro de fome, insegurança alimentar, racismo e violências que se impõe aos povos indígenas em territórios brasileiros frente à falta de demarcação de suas terras.

De acordo com o Conselho Indigenista Missionário (CIMI), a inação do Estado brasileiro com relação às mortes e violências contra indígenas, bem como com relação à falta de demarcação de terras indígenas, insere o caso dos Guarani e Kaiowá como um caso de atenção para prevenção de situações de genocídio, conforme indicadores da ONU para tal.⁴

Além dos exemplos mencionados acima, há outras gravíssimas lesões a direitos fundamentais que são fatos públicos e notórios por estarem nos noticiários e manchetes de jornais e revistas todos os dias. Dentre os indicadores para reconhecimento de Estado de Coisas Inconstitucional pode-se mencionar: as altas taxas de homicídio da população de baixa renda, sobretudo a população negra, muitas vezes pelos próprios agentes de segurança; o total despreparo da sociedade, o preconceito e a intolerância para lidar com questões de gênero, o que torna praticamente impossível a travestis e transgêneros usufruir de direitos básicos como emprego e locomoção; estes mesmos direitos são negados às pessoas com deficiência. Todos

⁴ Yamada, Erika; Burity, Valéria. O Supremo e a (não) demarcação de terras indígenas. **Revista Carta Capital**, São Paulo, 28 jun. 2017. Seção Justificando. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/>>. Acesso em: 19 dez 2017.

esses exemplos são claras violações do objetivo fundamental da República de se ter uma sociedade livre, justa e solidária.

Diante de clara violação a normas e princípios centrais da Constituição da República, em claro desvio ao projeto de país elaborado pelo constituinte originário, não é demais afirmar a inconstitucionalidade até mesmo dos próprios programas de governo implementados desde a sua promulgação até os dias atuais. Isso porque nenhum deles deu prioridade absoluta às políticas públicas e aos deveres fundamentais decorrentes dos Objetivos Fundamentais da República Federativa do Brasil (art.3º)⁵.

Nesse contexto, as organizações da sociedade civil, a Defensoria Pública e o Ministério Público, como agentes da indução da transformação social, além da sociedade, ganham importância, pois cabe a eles demandar o cumprimento dos preceitos constitucionais e a garantia dos direitos fundamentais.

5.2 O Processo Coletivo Estrutural como mecanismo adequado para o tratamento dos conflitos gerados pelo Estado de Coisas Inconstitucional

Conforme visto, na terceira seção desta pesquisa, o Processo Coletivo Estrutural teve origem nos Estados Unidos e se espalhou por diversos países. Em tempos mais recentes, tem sido utilizado por países cujas cortes superiores possuem um perfil mais proativo, como África do Sul e Colômbia.

O Supremo Tribunal Federal, que costuma importar teorias do direito alemão, inovou na ADPF 347 e importou da Colômbia a teoria do ECI. Tal fato tem um aspecto positivo, já que a corte colombiana ousou enfrentar um enorme desafio em termos de direitos humanos e será bom se o Brasil fizer o mesmo.

Todavia, a simples declaração do Estado de Coisas Inconstitucional sem a posterior adoção de uma série de medidas estruturais capazes de superar a situação de inconstitucionalidade de nada adianta. E para que sejam tomadas essas medidas estruturais é que existe o que se convencional denominar Processo Coletivo Estrutural.

Esse tipo de processo visa concretizar direitos fundamentais implementando políticas públicas e solucionando litígios complexos (estruturais). Esses litígios demandam

⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988).

certa dose de ativismo judicial, a fim de que se coloque em marcha a estrutura estatal para cumprimento dos preceitos constitucionais.

Há nessa situação como que um ativismo atípico do Judiciário para efetivar decisões que dificilmente seriam concretizadas de outra forma, com a simples ordem judicial. Dificilmente seriam concretizadas, sobretudo no Brasil, que possui um histórico de casos de descumprimento de ordens judiciais tanto pelo Legislativo quanto pelo Executivo no que se refere a concretização de direitos fundamentais. Há inclusive resistência de órgãos da própria jurisdição ordinária, em alguns casos⁶.

As situações acima dão ainda mais força à tese de necessidade do Processo Estrutural – seja ele pela via consensual ou por adjudicação judicial - como mecanismo adequado para o tratamento dos conflitos gerados pelo Estado de Coisas Inconstitucional. “Passou o momento de discutir se o Poder Judiciário poderia ou deveria exercer esse papel. Ele já demonstrou que pode e que o fará. O debate premente é em que termos essa intervenção deve ser feita para que seja adequada e eficiente.”⁷

Entretanto, mesmo em se tratando de direitos fundamentais, deve-se ressaltar que os processos estruturais não são uma carta branca para o judiciário intervir na esfera de atribuição das demais funções. A atuação judicial deve sempre se pautar pelo respeito, tendo em mente a viabilidade, o diálogo, a autonomia e a independência funcional.

5.3 A necessidade de priorização da resolução consensual para o tratamento adequado do Estado de Coisas Inconstitucional

O sistema de resolução consensual de conflitos tem previsão no Preâmbulo da Constituição da República de 1988 ao prever a “solução pacífica das controvérsias”⁸. No entanto, não se pode negar que a superação do Estado de Coisas Inconstitucional poderá acarretar certa interferência na atuação de funções da Executiva e Legislativa por parte do Judiciário e do Ministério Público. E isso poderá gerar certo atrito entre as funções da República justamente na solução de seus casos mais graves de violação de direitos fundamentais. Para que isso seja evitado ou minimizado, conforme ressaltado ao longo de

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e mínimo existencial. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos estruturais** (Org.). Salvador: Juspodivm, 2017. p. 225.

⁷ LIMA, 2015, p. 562.

⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988).

todo o trabalho, essa interferência deve ocorrer de forma respeitosa e com priorização do diálogo para resolução consensual.

Quanto ao Judiciário, são de grande importância os comandos flexíveis - dando opções aos executores das políticas públicas - e o posterior monitoramento, possibilitando a correção e a volta de etapas em caso de eventuais erros ou atos que não se mostrem adequados.

Tradicionalmente, juízes proferem decisões contendo ordens muito detalhadas e rígidas, sujeitas à execução forçada se não cumpridas. [...] Decisões da espécie merecem críticas porque, embora juízes tenham a capacidade de realizar bloqueios políticos e institucionais, realmente carecem de expertise e informações necessárias para detalhar o conteúdo das políticas públicas.⁹

Além dos argumentos citados acima, vale lembrar também que a formulação de ordens flexíveis, como forma respeitar as outras funções, faz com que seus agentes tenham mais receptividade ao planejamento, que será construído com a sua participação e dos demais envolvidos.

A flexibilidade no cumprimento das decisões tem importância tal, que foi elevada à categoria de princípio no Projeto de Lei 8.058¹⁰. Projeto que se encontra em tramitação no Congresso Nacional e se aprovado instituirá o processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário.

Grande lição sobre esse tema da interação entre Judiciário e Executivo pode ser aprendida com dois dos mais significativos casos enfrentados pela Corte Superior da Colômbia. Na Sentencia de Tutela T-153 de 1998, a corte discutiu as péssimas condições do sistema penitenciário nacional. Assim como o Brasil viria a fazer alguns anos depois em relação ao mesmo tema, a Colômbia declarou que havia um Estado de Coisas Inconstitucional devido à ausência de políticas públicas. Com isso, a decisão proferida ordenou ao Ministério da Justiça e ao Departamento Nacional de Planejamento a elaboração de um plano de construção e reparação das unidades carcerárias no prazo de três meses e a execução do plano em quatro anos, já determinando que o governo incluísse os gastos decorrentes desse plano no orçamento do ano vigente e nos planejamentos dos anos seguintes. Ordenou também que governadores, prefeitos, presidentes de assembleias legislativas e conselhos distritais e municipais tomassem medidas necessárias para cumprir as obrigações de estados e municípios de criar e manter presídios

⁹ CAMPOS, 2016, p.135.

¹⁰ BRASIL.Projeto de Lei nº 8.058/2014.

próprios. Além disso, ordenou várias medidas a diferentes autoridades a fim de garantir o respeito a direitos fundamentais dos encarcerados¹¹.

A execução das ordens não obteve sucesso. Uma das causas que pode ser apontada é o baixo nível de flexibilidade. Entretanto, o equívoco mais grave foi a falta de monitoramento pela própria corte durante a fase implementação, ou seja,

faltou uma “jurisdição supervisória” sobre essa efetiva manifestação. A Corte pecou em acreditar que sua autoridade contida nas decisões, por si só, seria suficiente para que os órgãos públicos cumprissem efetivamente as medidas ordenadas. Ela se descuidou com a real possibilidade de as autoridades públicas não cumprirem as ordens. Faltou diálogo em torno de como melhor realizar as decisões, não tendo sido retida a jurisdição sobre a execução das medidas.¹²

Como consequência, o ECI no sistema carcerário do país permanece. A Sentencia T-388 de 2013, reconhece a superação da inércia governamental, apontando a existência de políticas públicas, construção de presídios, melhorias nas condições e aumentos de vagas. No entanto, reconhece também a permanência do sistema carcerário do país em Estado de Coisas Inconstitucional decorrente de diversos outros problemas, com isso foi necessário que a corte decretasse novas medidas¹³.

Com as falhas ocorridas no caso narrado acima, a corte não voltaria a cometer esses mesmo erros no caso igualmente relevante, e ainda mais desafiador, por suas gigantescas proporções: o caso do deslocamento forçado de pessoas em razão da violência no país.

O grande diferencial desse caso, em comparação com os demais nos quais também se declarou o ECI, foi o fato de a Corte ter retido a jurisdição sobre o litígio para assegurar a implementação total de suas ordens. A Corte não se limitou a determinar fossem promovidas políticas públicas dirigidas a remover a violação de direitos, mas também supervisionou o cumprimento da decisão, realizou audiências públicas para debater as soluções formuladas e proferiu novas decisões e ordens dirigidas a conferir amplo sucesso à Sentencia T-025, de 2004.¹⁴

¹¹ COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentencia N° T-153 de 1998. Acción de tutela instaurada por Manuel José Duque Arcila y Jhon Jairo Hernández y otros, respectivamente, contra el Ministerio de Justicia y del Derecho, y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC. Expedientes T-137001 y T-143950. Relator: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá: 28 abr.1998. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

¹² CAMPOS, 2016, p.260.

¹³ COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentencia N° T-388 de 2013. Acciones de tutela instauradas por varias personas privadas de la libertad, o en representación de estas. Expediente T-3526653 y acumulados. Relatora: María Victoria Calle Correa. Bogotá: 28 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

¹⁴ CAMPOS, 2016, 143.

Vale registrar, a criação, também pela Corte Colombiana, das Comissões de Seguimento: “outro importante mecanismo que explicita o interessante experimentalismo judicial”¹⁵ daquele país.

Essa iniciativa gestada pelas organizações da sociedade civil modificou a própria estrutura da Corte, tendo por principal missão o monitoramento do cumprimento das “ordens” emitidas na decisão, bem como de seus subsequentes “autos”, os quais ensejaram a convocação de “audiências públicas” para a requisição e análise de relatórios dos diversos atores institucionais estatais envolvidos, das organizações de PIDs [pessoas internamente deslocadas], da sociedade civil em geral, de entidades de direitos humanos nacionais e internacionais, incluindo o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR).¹⁶

As comissões de seguimento, sem dúvida fomentam a decisão consensual, com a participação do maior número de envolvidos possível. A requisição e análise de relatórios vindos de diversas fontes permite à Corte uma visão mais realista e plural dos resultados. Com isso, ela poderá rever suas decisões, revisá-las e corrigi-las, se for o caso.

Quanto ao Ministério Público, essa forma de atuação consensual e flexível está de acordo com sua função de agente indutor da transformação social. Os tradicionais instrumentos de atuação da instituição no controle de políticas públicas e que valem para situações em que haja Estado de Coisas inconstitucional são: inquérito civil, termo de ajustamento de conduta, recomendação e audiências públicas¹⁷.

O rol acima deve ser entendido como meramente exemplificativo podendo o Ministério Público, tanto jurisdicionalmente quanto extrajurisdicionalmente, valer-se de mecanismos atípicos¹⁸ necessários ou adequados para superação do Estado de Coisas Inconstitucional.

Exemplos de mecanismos atípicos passíveis de utilização, no que tange a políticas públicas, no plano extrajurisdicional são: acordos para pactuação com poder público sobre a implementação das medidas necessárias e socialmente relevantes; utilização de projetos sociais e institucionais, reuniões coletivas¹⁹, associação com instituições de pesquisas, universidades e organizações não-governamentais.

¹⁵ VIEIRA, BEZERRA, 2016. p. 203-223.

¹⁶ VIEIRA, BEZERRA, 2016. p. 203-223.

¹⁷ FERRARESI, Eurico. A responsabilidade do Ministério Público no controle das políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Fossense, 2013. p. 523.

¹⁸ ALMEIDA, DAHER, LOPES, 2017.

¹⁹ ALMEIDA, DAHER, LOPES, 2017.

Por fim, cabe lembrar que – ao contrário do senso comum - os meios consensuais de solução de conflitos ampliam o acesso a Justiça uma vez que aumentam as opções de resolução. Ressaltando que, como já visto, o acesso a Justiça é um conceito mais amplo que o acesso ao judiciário, pois é a ideia de justiça engloba “todo meio legítimo de proteção e efetivação do Direito”²⁰.

5.4 O cumprimento das decisões judiciais e a duração razoável do processo no Estado de Coisas Inconstitucional

O processo é instrumento de efetivação da justiça. Dessa forma há certa indefinição quanto ao momento exato de seu término e do que seria um prazo de duração ideal. Essas questões são melhores analisadas diante de cada caso concreto, de acordo com a complexidade e particularidade de cada caso. Como instrumento de efetivação da justiça, só se poderá dizer que um processo efetivamente terminou quando alcançar o que é justo.

O princípio da duração razoável do processo ganhou destaque em âmbito nacional ao ser incluído no rol de direitos fundamentais. Ele consta no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição da República de 1988 e foi incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004²¹, a chamada reforma do Judiciário. Este direito garante a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

No caso dos processos coletivos estruturais em que haja Estado de Coisas Inconstitucional não resta dúvidas, diante de tudo o que foi analisado neste trabalho que o cumprimento das decisões será muito mais complicado e uma duração razoável será muito mais longa. Isso porque não haverá apenas uma decisão, mas um verdadeiro processo com diversas fases, a ser implementado ao longo do tempo, com revisões, monitoramento, ajustes, possibilidades de erros e retornos a fases anteriores.

Diante desse quadro, o Projeto de Lei 8.058/2014 prevê, entre outras características, a flexibilidade na fase de cumprimento do processo especial para controle jurisdicional de políticas públicas. Além disso, prevê também o “acompanhamento do

²⁰ ALMEIDA, DAHER, LOPES, 2017.

²¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988).

cumprimento das decisões por pessoas físicas ou jurídicas, órgãos ou instituições que atuem sob a supervisão do juiz e em estreito contato com este.” (art, 2º, par. ún. XI).²²

A fase de implementação é a mais relevante e também a mais complexa. Muitas vezes, as políticas públicas já têm seus planejamentos completamente realizados e estruturados pelo Governo e o que a decisão judicial faz é apenas declarar a obrigatoriedade de implantá-la. Como, com quais recursos e em qual prazo serão implantadas essas políticas públicas é resultado de decisões conjuntas tomadas pelos diversos envolvidos, incluídos entre estes a sociedade.

Outro aspecto que influencia a duração do processo estrutural e é fundamental para o cumprimento de seu objetivo é o monitoramento. Dele decorre a flexibilidade das decisões. Isso significa que é possível alterar decisões judiciais que sejam mal sucedidas. Ele permite também alterar atos de implementação que não se mostrem a melhor escolha.

O monitoramento jamais deve ser feito de forma a se tornar uma intromissão na seara da outra função da República. Ele deve cessar com a superação do Estado de Coisas Inconstitucional. Esta superação ocorrerá quando não mais existirem os pressupostos do ECI.

O monitoramento tem também a função de detectar casos de não cumprimento das responsabilidades. O Projeto de Lei 8.058/2014 prevê punições em situações de descumprimento de ordem judicial:

Art. 21. Se a autoridade responsável não cumprir as obrigações determinadas na sentença ou na decisão de antecipação de tutela, o juiz poderá aplicar as medidas coercitivas previstas no Código de Processo Civil, inclusive multa periódica de responsabilidade solidária do ente público descumpridor e da autoridade responsável, devida a partir da intimação pessoal para o cumprimento da decisão, sem prejuízo da responsabilização por ato de improbidade administrativa ou das sanções cominadas aos crimes de responsabilidade ou de desobediência, bem como da intervenção da União no Estado ou do Estado no Município.²³

Essas punições decorrem do fato de que no processo coletivo estrutural o que é diferenciado é o processo em si. Não há que se falar em flexibilização das garantias fundamentais. Um enfraquecimento da tutela aos direitos fundamentais seria inconstitucional, pois flexibilização e diálogo não podem ser justificativa para descumprimento de deveres fundamentais.

²² BRASIL. Projeto de Lei nº 8.058/2014.

²³ BRASIL. Projeto de Lei nº 8.058/2014.

5.5 A superação do Estado de Coisas Inconstitucional

Por ser uma teoria recente, ainda em construção, a aferição da superação dos pressupostos do ECI também está em construção. Ainda há muito a aprender, ajustar, implementar e analisar. O que é possível saber é onde se errou até o momento.

O caso mais emblemático e que com maior profundidade lidou com o Estado de Coisas Inconstitucional continua em andamento até os dias atuais²⁴. A sentença que declarou o ECI nesse caso é de 2004. Trata-se da Sentencia T-025 que trata do deslocamento forçado de mais de três milhões de pessoas na Colômbia decorrência da violência naquele país.

A situação de deslocamento forçado, conforme se analisou no estudo do Processo Coletivo Estrutural, ao longo deste trabalho, sofre avanço e retrocessos. Entre 2004 e 2010 a sentença da Corte Superior da Colômbia teve um alto impacto no desbloqueio do aparelho estatal para enfrentamento do tema, colocou o assunto no centro das políticas públicas e nas discussões da sociedade. Houve também, ainda que parcialmente, uma democratização dos debates sobre o tema, uma vez que foram criados espaços para participação dos cidadãos. Espaços estes que lhes possibilitaram realizar um controle. A participação e o controle foram efetivados também pela entrada de organizações da sociedade civil em áreas antes dominadas somente pelo Judiciário. No entanto, as medidas não foram igualmente eficazes na inclusão das vítimas do deslocamento.²⁵

Uma nova revisão da sentença realizada em 2016 pela Corte Superior da Colômbia apurou que as violações aos direitos fundamentais ainda persistem. Esta é a oitava sentença de revisão desde que a Corte Colombiana declarou o Estado de Coisas Inconstitucional em 2004: três em 2005 e as demais em 2006, 2009, 2010 e 2011. A avaliação rigorosa das sentenças se volta para indicadores estabelecidos a fim medir a eficácia das políticas públicas implementadas.²⁶

O nível de cumprimento do estabelecido pela corte se mostrou baixo, apesar de os governos nacional, regionais e locais contarem com condições de implementar as ações de maneira mais eficaz e coordenada em seus territórios. Como os problemas detectados parecem envolver recursos orçamentários, desorganização estatal e falta de vontade política, a

²⁴ COLÔMBIA. Corte Constitucional. Seguimiento al cumplimiento de la Sentencia T-025 de 2004.

²⁵ GRAVITO; FRANCO, 2010, p. 276.

²⁶ RESTREPO, Juan Diego. Bajas notas del Estado en atención a desplazados. **Revista Semana**. Bogotá, 16 set. 2016. Seção Opinión. Disponível em: < <http://www.semana.com/opinion/articulo/juan-diego-restrepo-e-bajas-notas-del-estado-en-atencion-a-desplazados/493915>>. Acesso em: 18 dez. 2017.

corte considerou necessário que tanto o Ministério Público quanto o Gabinete da Controladoria Geral da República fossem intimados a explicar os motivos pelos quais não iniciaram investigações contra as autoridades administrativas dos departamentos, municípios e distritos que, com capacidade de investimento suficiente e uma situação crítica em termos de deslocamento forçado não vinham cumprindo a decisão judicial.²⁷

No caso da Sentencia T-025, verifica-se que treze anos após a sentença o processo encontra-se em plena atividade. Há avanços e retrocessos. Há muitos ainda a ser feito. Certamente o Estado de Coisas Inconstitucional não foi superado, os pressupostos que o configuraram ainda existem. Falar em duração razoável do processo nesta situação é tão complexo quanto a própria solução do caso.

Já no Brasil, como visto, a ADPF 47 representa um marco, pois nela o Supremo Tribunal Federal reconheceu pela primeira vez um Estado de Coisas Inconstitucional. Nesse caso, trata-se da flagrante inconstitucionalidade do sistema penitenciário brasileiro. A ação foi proposta pelo PSOL, que requereu ao STF o deferimento das seguintes cautelares (apresentadas aqui de forma resumida):

Prisão provisória: reforço à aplicação de penas alternativas à privação de liberdade; Condenação: reforço à aplicação de penas alternativas à privação de liberdade; Juízes e tribunais brasileiros que passem a considerar fundamentadamente o dramático quadro fático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; o juízo da execução penal tem o poder-dever de abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos do preso e de abater tempo de prisão da pena a ser cumprida, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória; determinação a todos os juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias; determinação ao Conselho Nacional de Justiça que coordene um ou mais mutirões carcerários; descontigenciamento das verbas do FUNPEN.²⁸

De todos os pedidos acima, apesar do reconhecimento do ECI, foram deferidas apenas as cautelares que dizem respeito à realização de audiências de custódia e ao descontigenciamento das verbas do FUNPEN. Não foi acatada nenhuma medida cautelar voltada alteração de comportamento do judiciário em relação às prisões para o futuro e nem em relação às prisões já existentes.

Ao deferir algumas cautelares sem conceder nenhuma daquelas dirigidas aos juízes, o potencial de mudança estrutural da decisão foi anulado. O Ministro Marco Aurélio

²⁷ RESTREPO, 2016.

²⁸ GLEZER, Rubens Eduardo. ALMEIDA, Eloísa Machado de. Decide mas não muda: STF e o Estado de Coisas Inconstitucional. **Repositório Digital FGV**. 09 set. 2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/17311>>. Acesso em: 19 dez. 2017.

alertou o Tribunal de que a decisão estaria esvaziada, sem sorte. Se algo mudou, foi o fato de que o STF perdeu a chance de criar seu próprio grande precedente de direitos humanos.²⁹

Ademais, em fevereiro de 2017, a Corte Internacional de Direitos Humanos, diante do descumprimento das obrigações impostas ao Brasil e tendo em vista o agravamento das violações de direitos fundamentais, emitiu uma resolução, obrigando o Estado brasileiro a garantir os direitos das pessoas privadas de liberdade. A corte declarou que haver indícios de um problema estrutural de âmbito nacional do sistema penitenciário do país. Além disso, foram formuladas 52 questões referentes a graves casos de violações no sistema prisional e socioeducativo em quatro estabelecimentos de diferentes regiões do país, cujos casos estão sendo julgados pela corte. As questões enfatizam, sobretudo, as situações de violência nos presídios e a superpopulação carcerária.³⁰

Diante do exposto, conclui-se que houve um avanço do Supremo Tribunal Federal ao reconhecer o Estado de Coisas Inconstitucional. No entanto, o reconhecimento do instituto sem se tomar as posteriores medidas para cessá-lo por meio de um processo coletivo estrutural de nada adianta. A decisão se torna ineficaz, meramente declaratória de uma situação de gravíssima inconstitucionalidade, massiva e reiterada, dentro de um Estado Democrático de Direito. Com isso se verifica que o ordenamento jurídico brasileiro possui recursos que lhe possibilitam lidar com processos coletivos estruturais e com superação de Estados de Coisas Inconstitucionais, mas o que talvez lhe falte sejam vontade e coragem. Ademais, quando se defende – como foi feito ao longo do presente trabalho – um Judiciário e um Ministério Público mais atuantes no campo das políticas públicas efetivadoras de direitos fundamentais, não se o faz – de maneira nenhuma – como alegam alguns³¹, por se acreditar em uma superioridade do Judiciário sobre as funções Executiva e Legislativa. Ao contrário, o que se tem é plena consciência de que a sociedade brasileira clama por um Estado eficiente e tem profunda carência de diversos dos direitos garantidos pela Constituição, mas não efetivados. Dessa forma, a legitimidade do Judiciário para atuar em políticas públicas, principalmente naquelas destinadas a superar um Estado de Coisas Inconstitucional, não vem

²⁹ GLEZER; ALMEIDA, 2015.

³⁰ CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asunto de determinados centros penitenciarios respecto de Brasil: Unidad de Internación Socioeducativa, Complejo Penitenciario de Curado, Complejo Penitenciario de Pedrinhas e Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2017. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es>>. Acesso em: 03 jan. 2018.

³¹ O CANSAÇO do Povo. **O Estado de São Paulo**. São Paulo, 11 fev. 2018. Disponível em: <opinioao.estadao.com.br>. Acesso em: 11 jan. 2018.

de sua superioridade, ou qualquer outra característica subjetiva. Vem simplesmente do seu dever fundamental de fazer valer os preceitos fundamentais da Constituição.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa lidou com os institutos denominados Estado de Coisas Inconstitucional e Processo Coletivo Estrutural. Ao longo de todo o desenvolvimento levou-se em consideração, os moldes da teoria do novo constitucionalismo e uma interpretação conforme a Constituição da República de 1988. Dessa forma, o embasamento teórico se pautou em uma análise moral da Constituição, tendo-a como um programa a ser cumprido. Ademais, os princípios e direitos fundamentais foram suprema relevância, situando no centro e como mola propulsora da pesquisa, assim como o são no modelo neoconstitucionalista.

O trabalho possuía dois objetivos centrais: (1) verificar a capacidade de o Processo Coletivo Estrutural realizar a implementação de políticas públicas efetivadoras de direitos fundamentais, sobretudo nos casos em que haja um Estado de Coisas Inconstitucional e (2) verificar se o Processo Coletivo Estrutural é compatível com o sistema normativo brasileiro. Para isso, foi necessário estudar as teorias, origens e conceitos tanto do ECI, quanto do Processo Coletivo Estrutural.

A primeira teoria analisada foi a do Estado de Coisas Inconstitucional. Partiu-se do conceito formulado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. Viu-se que a relevância desse julgado reside no reconhecimento – pela primeira vez – por parte da suprema corte brasileira da configuração do ECI de uma determinada situação no país.

Além do reconhecimento, a ADPF 347 é importante por trazer o conceito formulado pela mais alta corte brasileira. Segundo o STF, o ECI pode ser definido como um quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária.

Diante de tal definição formulada pelo STF, dos estudos da jurisprudência colombiana – local de origem da teoria do ECI - e da adequação ao Direito brasileiro foi possível concluir que são requisitos para a declaração: constatação da existência de grave lesão ou ameaça - ampla e continuada - a direitos fundamentais; um número significativo de pessoas a ser atingidas; omissão ou falhas estruturais das funções e órgãos públicos resultando em incapacidade de formular ou implementar políticas públicas eficazes sobre a questão.

Por possuir todos os pressupostos inclusos no conceito acima, o STF declarou o sistema prisional brasileiro, na ADPF 347, como Estado de Coisas Inconstitucional.

O presente estudo verificou também que, uma vez que a teoria do ECI adentra o campo das políticas públicas, ela é alvo de críticas por parte dos doutrinadores nacionais. Quanto aos pontos mais combatidos, destacam-se: (1) considerar inadequado o controle judicial de políticas públicas - uma vez que, segundo esses críticos, estas não estão à disposição do Poder Judiciário - e (2) afirmar que o objeto do controle de constitucionalidade são normas jurídicas e não a realidade empírica.

No entanto, o presente estudo levou à conclusão de que, o ECI lida, na verdade, com normas jurídicas. As falhas estruturais e a falência de políticas públicas efetivadoras de direitos fundamentais caracterizam violação do dever constitucional do Estado de garantir esses direitos. Isso porque alguns dos direitos fundamentais, para serem efetivamente exercidos pela população, exigem uma prestação estatal por meio de políticas públicas. Se o Estado não realiza tais políticas públicas, deixa de garantir o exercício de direitos fundamentais e, como consequência de sua omissão, viola a Constituição. Dessa forma, portanto, se concluiu, na presente pesquisa, pela pertinência de o judiciário realizar controle de constitucionalidade de políticas públicas efetivadoras de direitos fundamentais.

Esse dever fundamental constitucional, conforme se viu – com respaldo na teoria neoconstitucionalista – decorre de os direitos fundamentais se situarem no núcleo da Constituição, serem cláusulas pétreas e possuírem aplicabilidade imediata. As características da centralidade e aplicabilidade imediata, garantidas constitucionalmente a todo direito fundamental, com mais força embasam a seguinte tese: políticas públicas efetivadoras de direitos fundamentais possuem caráter prioritário sobre as demais. Assim, o agente público que não priorizá-las sobre as demais descumpra seu dever fundamental constitucional. Portanto, se quando acionado, o Judiciário age, nada mais faz que cumprir sua função constitucional.

Quanto ao posicionamento jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou a favor da possibilidade de determinação judicial para que o Poder Executivo concretize políticas públicas.

Já a questão da violação da teoria da separação das funções da República em casos de intervenção do judiciário em políticas públicas encontra-se superada. Constatou-se que há claro posicionamento da doutrina e da jurisprudência pela inexistência de tal violação. Foi possível verificar que teoria pura da separação dos poderes se enquadrava no contexto liberal da época em que foi formulada. Não se adequa, portanto ao Estado Democrático de Direito moldado pela CR/1988.

A teoria da separação dos poderes está para o Estado Liberal da mesma maneira que institutos como, dever fundamental constitucional e o próprio ECI, estão para a teoria do novo constitucionalismo. Analisada brevemente na presente pesquisa, a teoria do novo constitucionalismo é centrada na dignidade da pessoa humana. Caso o sistema adotado pela Constituição da República de 1988 fosse outro que não o Estado Democrático de Direito, conclui-se que não poderia o Brasil adotar teorias como a do Estado de Coisas Inconstitucional.

No entanto, o que se verificou é que ECI se adequa ao sistema jurídico brasileiro, não apenas pela adoção do Estado Democrático de Direito, mas também porque, com base no disposto no artigo 3º da Constituição da República, o objetivo fundamental do Estado brasileiro deve ser o alcance da igualdade material por meio da transformação da realidade social. Dessa maneira, vê-se que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil se adequa perfeitamente ao objetivo do ECI.

Foram também analisados os direitos sociais dispostos no artigo 6º da Constituição da República. Na condição de direitos fundamentais, possuem aplicabilidade imediata e incorporam a teoria constitucional comprometida com a transformação social. Contra a sua aplicação, assim como no caso de todos os direitos fundamentais, não cabe alegação de mínimo existencial ou de reserva do possível por parte do Estado. Isso devido ao dever fundamental vinculante das funções Executiva, Legislativa e Judiciária. Com isso, seu descumprimento, caso se encaixe no conceito estabelecido pelo STF na ADPF 347, gera Estado de Coisas Inconstitucional.

Diante do descumprimento desses preceitos fundamentais da Constituição brasileira gerando Estados de Coisas Inconstitucionais em diversas áreas, surge um desafio aos sistemas de justiça: fiscalizar e induzir a transformação social e o cumprimento do projeto constitucional. Usa-se o termo desafio, pois a situação se mostrará complexa. Os sistemas de justiça se verão diante de situações de violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais, como no caso do sistema prisional. Para tais situações, uma das formas de enfrentamento é o denominado Processo Coletivo Estrutural.

O Processo Coletivo Estrutural, de que se tratou na seção 3, pode ser considerado uma forma de tutela diferenciada dentro do campo do direito processual coletivo. Na presente pesquisa, foi adotada a denominação Processo Coletivo Estrutural para ambos os sistemas de acesso à justiça previstos constitucionalmente: o sistema de acesso por adjudicação e também o sistema de resolução consensual de conflitos, pois em ambos o que se almeja é que não apenas se decida, mas que sejam efetivadas as decisões.

Quanto à origem dos processos coletivos estruturais, ampla doutrina foi analisada. O paradigmático caso *Brown v. Board of Education of Topeka* em 1955, em que a Suprema Corte americana teve que lidar com a questão da segregação racial, pode ser considerado de grande importância para o desenvolvimento dos Processos Coletivos Estruturais. Do caso americano até os dias atuais, passou-se por uma evolução doutrinária e jurisprudencial. Ao analisar tal caso, foi possível concluir que, a forma de atuação que se tem mostrado mais eficaz não é a de uma imposição de comportamento, mas ao contrário, a de participação de todos os envolvidos na questão.

Como consequência do raciocínio exposto acima, concluiu-se que os processos estruturais não devem ser uma carta branca para que o Judiciário interfira na esfera de atribuição das demais funções. A atuação judicial deve sempre se pautar pelo respeito, tendo em mente a viabilidade, o diálogo, a autonomia e a independência funcional. Para isso, averiguou-se ser de grande importância os comandos flexíveis, uma vez que eles dão opções aos executores das políticas públicas. Nesse contexto, não se pode deixar de mencionar como essencial a necessidade de estabelecimento de planos de atuação, mesmo que posteriormente sejam alterados por alguma razão, com base na flexibilidade.

Além dos elementos acima mencionados, é relevante a dosimetria na rigidez de atuação por parte do magistrado no caso dos processos judiciais. Trata-se de uma atuação que não poderá ser tímida a ponto de dar total liberdade àquele a quem cabe implementar a política pública, pois corre-se o risco de inviabilizar a garantia de direitos fundamentais e a superação do ECI. Por outro lado a atuação ao longo do processo também não poderá ser ativista a ponto de inviabilizar o devido processo legal.

As experiências analisadas ao longo da pesquisa mostraram ser mais importante a solução de problemas por meio da corresponsabilização, ao contrário de uma imposição de responsabilização a apenas um dos envolvidos, mas sem a solução do problema. Para a efetiva participação dos agentes envolvidos apurou-se ser de grande importância também mecanismos como audiências públicas e a presença do *amicus curiae*, o que não impede o surgimento de outras formas de interação, sobretudo na esfera extrajudicial.

A análise do Processo Coletivo estrutural levou a caracterizar esse tipo de tutela como diferenciada. Trata-se de uma tutela que visa à realização de uma alteração estrutural que somente se efetivará por meio de uma nova organização das funções públicas, mudanças de comportamento de agentes públicos ou até mesmo de toda a sociedade, de forma a garantir direitos sociais fundamentais antes não efetivados.

Diante tantas particularidades e inovações, constatou-se a necessidade de averiguar se o direito brasileiro seria compatível à aplicação dos Processos Coletivos Estruturais. Apesar de não haver legislação específica sobre o tema, verificou-se tal compatibilidade analisando inclusive projetos de normas sobre os temas de que tratam este estudo e encontram-se em tramitação em órgãos estatais.

Ainda sobre o tema da compatibilidade ao Direito brasileiro foi visto que a Constituição da República e a legislação infraconstitucional preveem mecanismos que permitem pleitear ao Judiciário que declare ordens estruturais. Entre os mecanismos com tal capacidade analisados no presente trabalho estão o mandado de injunção e, sobretudo, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Chegou-se à conclusão de que a ADPF é o principal mecanismo disponível - em caso de controle concentrado de constitucionalidade - para se pleitear atuação judicial em caso de falhas estruturais, falência de políticas públicas ou omissão prolongada de autoridades no cumprimento de suas obrigações de garantir direitos fundamentais. Todavia, além do controle abstrato, foi verificada a possibilidade de controle difuso, exercido pelos juízes e tribunais de justiça ordinária, estadual ou federal de todo o país, quando estes estiverem diante das mesmas situações.

Na seção 4 realizou-se um estudo do papel do Ministério Público no contexto de implementação de políticas públicas efetivadoras de direitos fundamentais. A motivação para o estudo do papel da instituição neste tema se deve não apenas à área de pesquisa do presente curso se concentrar em “Ministério Público e o Novo Constitucionalismo”, mas também pelo papel essencial da instituição no ajuizamento, monitoramento, fiscalização, diálogo e mediação no Processo Coletivo Estrutural. Ademais, discorreu-se sobre o fato de, após a promulgação da Constituição da República, o Ministério Público ter passado a ser instrumento da transformação social e de acesso à Justiça, cabendo-lhe a proteção e efetivação dos direitos mais relevantes do ordenamento.

Apurou-se que a atividade prática do Ministério Público no dia a dia deve ser transformadora, proativa e ter caráter resolutivo, ou seja, deve priorizar a atuação extrajudicial e prestigiando a desburocratização. No entanto, a conclusão é que esse perfil resolutivo não está totalmente internalizado pela maioria dos membros nos dias atuais. Assim, para cumprir sua função constitucional, será necessário que o Ministério Público invista em projetos e atividades capazes de proporcionar mudanças na mentalidade e de paradigma de parte seus membros, pois a postura tradicional de atuação repressiva pela via judicial ainda é fortemente arraigada em parte da instituição.

Durante a realização do presente trabalho foi possível assimilar também a ideia de que a atuação extrajudicial deve ser prestigiada levando-se em consideração a visão ampliada de acesso à Justiça. Como decorrência da aplicação dos princípios constitucionais ao processo, há que se levar em consideração que o conceito de acesso à Justiça vai muito além de acesso ao judiciário, pois os mecanismos da Justiça vão muito além dos mecanismos jurisdicionais. Com isso, conclui-se que a atuação extrajudicial do Ministério Público, uma vez que bem sucedida na proteção e efetivação de direitos, terá garantido o acesso à Justiça tão ou mais eficazmente - a depender do caso concreto - que o Judiciário.

No que tange aos objetivos a que se propôs no presente estudo, pode-se afirmar que foram cumpridos. Apurou-se que, o Processo Coletivo Estrutural, confirmando a hipótese formulada, apresenta-se atualmente como mecanismo mais adequado para lidar com o Estado de Coisas Inconstitucional. Apesar de recentes e muitas vezes ainda em andamento, as experiências em outros países já se mostraram suficientes para elegê-lo como o procedimento mais adequado para lidar com as políticas públicas efetivadoras de direitos fundamentais em toda a sua complexidade. Sobretudo nos casos que envolvam alteração de comportamento dos envolvidos, ou cujas vítimas sejam um grande número de pessoas.

Quanto ao segundo objetivo proposto, o de se averiguar se o Processo Coletivo Estrutural seria compatível com o sistema normativo brasileiro, também se verificou seu cumprimento. Pelo menos em teoria, é possível afirmar que no Brasil se poderá usar tal tipo de tutela como forma de realizar a implementação de políticas efetivadoras de direitos fundamentais, sobretudo nos casos em que haja Estado de Coisas Inconstitucional.

No entanto, não se pode deixar de mencionar que, apesar dos avanços alcançados pela doutrina e pela jurisprudência no que se refere às teorias relacionadas a direitos fundamentais e às maneiras de garanti-los, passados quase 30 anos da promulgação da Constituição da República, a ausência de políticas públicas eficazes em diversas áreas e as desigualdades sociais persistem. Diante desse quadro, não seria difícil, apontar outras situações concretas no país graves o suficiente para também acarretarem eventual declaração de Estado de Coisas Inconstitucional.

Todavia, a simples declaração do Estado de Coisas Inconstitucional – como fez o STF na ADPF 347 - sem a posterior adoção de uma série de medidas estruturais capazes de superar a situação de inconstitucionalidade de nada adianta. E para que sejam tomadas essas medidas estruturais é que existe o Processo Coletivo Estrutural. São medidas que dificilmente serão concretizadas de outra forma, com uma simples ordem judicial, pois diante das análises realizadas no presente estudo, foi possível verificar que o cumprimento das decisões nesse

tipo de processo será muito mais complicado e ele terá uma duração razoável muito mais longa. Isso porque, conforme se viu, não haverá apenas uma decisão, mas um verdadeiro projeto a ser implementado, com diversas fases, passível de revisões, monitoramentos, ajustes, possibilidades de erros e retornos a fases anteriores.

No caso da ADPF 347, verificou-se que dos diversos pedidos do requerente, apesar do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, o STF não acatou nenhuma medida cautelar pleiteada voltada à alteração de comportamento do Judiciário em relação às prisões para o futuro e nem em relação às prisões já existentes. Como consequência, na prática, tornou a sentença proferida meramente declaratória, sem reais efeitos concretos para a superação do ECI.

Dessa maneira, resta concluir que houve um avanço do Supremo Tribunal Federal ao reconhecer o Estado de Coisas Inconstitucional. No entanto, o reconhecimento do instituto sem serem tomadas posteriores medidas para cessá-lo por meio de um Processo Coletivo Estrutural, muito pouco adianta. A decisão se torna de pouca ou nenhuma eficácia, uma vez que meramente declaratória de uma situação de gravíssima inconstitucionalidade, massiva e reiterada, dentro de um Estado Democrático de Direito.

Por fim, impende dizer que o tema da presente pesquisa, nem de longe poderia ser aqui esgotado. Não apenas pela sua amplitude e riqueza, mas também pelo fato de que há muito ainda a se desenvolver com o desenrolar do tempo. Os casos mais emblemáticos para o desenvolvimento deste estudo, que são os de Brasil e Colômbia, ainda estão em andamento. Seus temas são motivo de polêmicas e embates no dia a dia de cortes supremas e de gestores públicos. Assim, haverá ainda muito que pesquisar até que se chegue a uma solução pronta e eficaz para o complexo tema da concretização de políticas públicas que tornem realidade a todos os seres humanos usufruir de seus direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. 641 p.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo no direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. 665 p.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. Neoconstitucionalismo e a nova *summa divisio* adotada na Constituição da República de 1988. In: Curso de Aperfeiçoamento para Agentes Políticos do Ministério Público Brasileiro. Palestra proferida no Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público de Minas Gerais em 2017, Belo Horizonte. (Gravação em pasta virtual).

ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson. **Temas Atuais do Ministério Público**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. cap. 2, p.55-124.

ALMEIDA, Gregório Assagra de; DAHER, Lenna Luciana Nunes; LOPES, Ludmila Reis Brito. O Ministério Público como garantia constitucional fundamental da sociedade de acesso à Justiça: interpretação ampliativa e rol meramente exemplificativo dos mecanismos de atuação jurisdicional e extrajurisdicional na Instituição. 2017. Disponível em: <<https://congressonacional2017.ammpp.org.br/public/arquivos/teses/51.pdf>>. Acesso em: 14 dez 2017.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista Eletrônica** do Grupo de Pesquisa “Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo”, linha de pesquisa: “Processo Coletivo”, vinculado ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), v. 68, n. 6, 4. trimestre, 01 out a 31 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.com.br/index.php/68-volume-6-numero-4-trimestre-01-10-2015-a-31-12-2015/1668-decisoes-estruturais-no-direito-processual-civil-brasileiro>>. Acesso em: 12 fev. 2018.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no Direito brasileiro: reflexões a partir do Caso da ACP do Carvão. **Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região**, Brasília, v. 29, p.70-79, n. 1/2, jan./fev. 2017. Disponível em: <<http://www.mpsp.mp.br/portal/>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

ASSOCIAÇÃO DA INDÚSTRIA FARMACÊUTICA DE PESQUISA. Judicialização da Saúde na Prática: fatos e dados da realidade brasileira. São Paulo: Posipress, 2016. Disponível em: <<https://www.interfarma.org.br/biblioteca>> Acesso em: 06 dez. 2017.p.7.

ÁVILA, Luciano Coelho. **Políticas públicas de prestação social**: entre o método, a abertura participativa e a revisão judicial. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016. 199 p.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 18 Nov. 2017.

BAUERMANN, Desirê. Structural Injunctions no Direito norte-americano. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. Processos estruturais (Org.). Salvador: Juspodivm, 2017. 608 p.

BECATTINI, Sérgio Rubens Birchall. **Dilemas da Atuação do Poder Judiciário**. Belo Horizonte: D'Plácido (Livros Digitais), 2015. E-book.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Despacho Instaurativo. Instaura-se, com base na Portaria CN nº 087, de 16 de maio de 2016, procedimento de estudos e de pesquisas visando realizar pesquisas, estudos, análises e a apresentação de propostas e orientações sobre a atuação do Ministério Público na Proteção e Efetivação de Direitos Fundamentais relacionados pela via do Jurisdicional e Extrajurisdicional de Políticas Públicas. Brasília, 06 jul. 2017. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/>>. Acesso em: 16 dez 2017.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Proposta de Recomendação nº 2, de 07 de agosto de 2017. Dispõe sobre a atuação do Ministério Público em políticas públicas efetivadoras de direitos fundamentais e estabelece diretrizes para a realização ou referendo de acordos. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/>>. Acesso em: 16 dez 2017.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Recomendação de caráter geral CN-CNMP nº 04, de 07 de agosto de 2017. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/>>. Acesso em: 14 dez. 2017. p.1-5.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Recomendação nº 57, de 5 de julho de 2017. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/>>. Acesso em: 14 dez. 2017. p.1-5.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 21 dez. 2016.

BRASIL. Corregedoria Nacional; Corregedorias-Gerais dos Estados; Corregedoria-Geral da União. Carta de Brasília: modernização do controle da atividade extrajurisdicional pelas Corregedorias do Ministério Público. Acordo firmado entre a Corregedoria Nacional e as Corregedorias-Gerais dos Estados e da União em sessão pública ocorrida no dia 22 de setembro de 2016, no 7º Congresso de Gestão do Conselho Nacional do Ministério Público. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm> Acesso em: 02 jan. 2018.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm> Acesso em: 02 jan. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.882/1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm> Acesso em: 01 jan. 2018.

BRASIL. Projeto de Lei nº 8.058/2014. Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=687758>> Acesso em: 06 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 45-9. Arguinte: Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB). Arguido: Presidente da República. Relator: Celso de Mello. Brasília, DF, 29 abr. 2004. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 708/DF. Impugnante: Sintem - Sindicato Dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa. Impugnado: Congresso Nacional. Relatora: Rosa Weber. Brasília, DF, 25 de outubro de 2007. Diário da Justiça Eletrônico, n. 206, divulgado em 30 de outubro de 2008, p. 207. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 06 dez. 2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na ADPF nº 347. Propositor: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Intimados: União e outros. Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, 09 de setembro de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**, v. 181, p. 40-42, 2015. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 29 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem nas ADI nº 4.357 e 4425. Requerente: Confederação Nacional da Indústria (CNI). Intimado: Congresso Nacional. Relator: Luiz Fux. Brasília, DF, 25 de outubro de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**, n. 70, p. 58-59, 2015. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/diariojusticaeletronico/>. Acesso em: 25 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 592.581. Requerente: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Requerido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 13 de agosto de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**, v. 18, p. 5, 2015. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada nº 241-7. Requerente: Estado do Rio de Janeiro. Requerido: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, DF, 10 de outubro de 2008. Diário da Justiça Eletrônico, n. 196, divulgado em 15 de outubro de 2008, p. 54-57. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 08 nov. 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari. et al. **Direitos Humanos e Políticas Públicas**. São Paulo: Pólis, 2001. 60 p.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Audiência Pública Ordinária**. Discussão do Projeto de Lei 8.058/14, que institui o processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário. Comissão de Finanças e Tributação. 05 dez. 2017. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/agenda>> Acesso em: 06 dez. 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016. 336 p.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. **Revista Consultor Jurídico**, 1 set. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/>> Acesso em: 21 dez. 2016.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. A efetivação dos Direitos Fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo poder judiciário. São Paulo, 2009. Tese (Doutorado) Faculdade de Direito da USP. 151 p. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-03062011-114104/pt-br.php>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. O orçamento e a “reserva do possível”: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Fossense, 2013. p. 240-255.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asunto de determinados centros penitenciarios respecto de Brasil: Unidad de Internación Socioeducativa, Complejo Penitenciario de Curado, Complejo Penitenciario de Pedrinhas e Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2017. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es>>. Acesso em: 03 jan. 2018.

COELHO, Sérgio Reis. O Ministério Público e as políticas públicas: definindo a agenda ou implementando as soluções? In: **Revista da Ajuris**. Porto Alegre, v.40, n.130, p.373-394, jun. 2013. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/302/237>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. Seguimiento al cumplimiento de la Sentencia T-025 de 2004. Auto 091 de 24 de fevereiro de 2017. Relator: Luis Ernesto Vargas Silva. Ref.: Solicitud de información al Gobierno Nacional y a las entidades territoriales sobre las medidas adoptadas para atender y proteger a las comunidades étnicas de la región del Bajo San Juan y Bajo Calima (Valle del Cauca y Chocó), 1 en el marco del seguimiento a los autos 004 y 005 de 2009. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/T-025-04/A2017.php>>. Acesso em: 18 dez. 2017.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentencia N° T-025 de 2004. Acción de tutela instaurada por Abel Antonio Jaramillo, Adela Polanía Montaña, Agripina María Nuñez y otros contra la Red de Solidaridad Social, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Protección Social, el Ministerio de Agricultura, el Ministerio de Educación, el INURBE, el INCORA, el SENA, y otros. Expediente T-653010 y acumulados. Relator: Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá: 22 jan. 2004. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co>>. Acesso em: 01 fev. 2017.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentencia N° T-153 de 1998. Acción de tutela instaurada por Manuel José Duque Arcila y Jhon Jairo Hernández y otros, respectivamente, contra el Ministerio de Justicia y del Derecho, y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC. Expedientes T-137001 y T-143950. Relator: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá: 28 abr.1998. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentencia N° T-388 de 2013. Acciones de tutela instauradas por varias personas privadas de la libertad, o en representación de estas. Expediente T-3526653 y acumulados. Relatora: María Victoria Calle Correa. Bogotá: 28 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentencia SU-599 de 1997. Actores: Délfida Carrascal Sandoval, Francisca Correa Padilla, Francia Cassiani Peña, Carmen Cecilia Cueto Navarro, Maria Victoria Julio Meza e outros. Relator: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá: 06 nov. 1997. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co>>. Acesso em: 04 out. 2017.

DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. Opinião: Estado de coisas inconstitucional. **Estadão**, São Paulo, 19 set. 2015. Disponível em: <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acesso em 02 out. 2017.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**: processo coletivo. 10. ed., V. 4. Salvador: JusPodivm, 2016. 512 p.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. **Civil Procedure Review**, v.8, n.1: 46-64, jan.-abr. 2017. Disponível em: <https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2017/08/zaneti-didier-cpr-2017_notas-sobre-ad-decisoes-estruturantes.pdf>. Acesso em: 31 out. 2017.

DOSTOIEVSKI, Fiódor Mikhailovitch. Crime e castigo. Tradução: Paulo Bezerra. São Paulo: Editora 34, 2016. E-BOOK. ISBN 9788573266467. Disponível em: <<https://www.saraiva.com.br/>> Acesso em: 30 jan. 2018.

DUARTE, Clarice Seixas. A educação como um direito fundamental de natureza social. **Educação e Sociedade**, v.28, n.100, p.691-713, out. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-73302007000300004&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em 22 nov. 2017.

FARIA, Adriana Ancona de; ALMEIDA, Eloísa Machado de. Medida Cautelar na ADPF 347: estado de coisas inconstitucional. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 25, jul.-ago. 2016. Disponível em: <<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/>>. Acesso em 02 out. 2017.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. ampl. Salvador: JusPodivm. 2016. 1.584 p.

FERRARESI, Eurico. A responsabilidade do Ministério Público no controle das políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Fossense, 2013. p. 512-528.

FERRARO, Marcella Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural**. Curitiba, PR, 2015. Dissertação (Mestrado): Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. 231 p. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1884/39322>>. Acesso em: 07 mar. 2017.

FISS, Owen M. The forms of Justice. **Harvard Law Review**, Vol.93, n.1, nov. 1979, Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1220>. Acesso em: 07 de nov. 2014.

GLEZER, Rubens Eduardo. ALMEIDA, Eloísa Machado de. Decide mas não muda: STF e o Estado de Coisas Inconstitucional. **Repositório Digital FGV**. 09 set. 2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/17311>>. Acesso em: 19 dez. 2017.

GOULART, Marcelo Pedroso. **Elementos para uma teoria geral do Ministério Público**. Belo Horizonte: Arraes, 2013. 310 p.

GRAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social: cómo la corte constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Dejusticia, 2010. 290 p. Disponível em: <www.dejusticia.org/files/>. Acesso em: 23 mar. 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A Coletivização de ações individuais após o veto. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 628-638.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 423-448.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Projeto de Lei 8.058/2014: considerações gerais e proposta de substitutivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 609-650.

GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)Pensando a Pesquisa Jurídica**. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. 278 p.

JOBIM, Marco Félix. As medidas estruturantes e a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal para sua implementação. Porto Alegre, RS, 2012. Tese (Doutorado): Faculdade de Direito, Pós-Graduação em Direito Público, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Texto parcial. 72 p. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10923/2538>>. Acesso em: 07 nov. 2017.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional**. Curitiba, PR, 2015. 715 p. Tese (Doutorado): Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br>>. Acesso em: 29 jan. 2017.

O CANSAÇO do Povo. **O Estado de São Paulo**. São Paulo, 11 fev. 2018. Disponível em: <opiniao.estadao.com.br>. Acesso em: 11 jan. 2018.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, v.13, n.13, p.229-258, jul. 2014. Disponível em: <<http://www.epublicacoes.uerj.br/>>. Acesso em: 11 jan. 2017.

RESTREPO, Juan Diego. Bajas notas del Estado en atención a desplazados. **Revista Semana**. Bogotá, 16 set. 2016. Seção Opinión. Disponível em: <<http://www.semana.com/opinion/articulo/juan-diego-restrepo-e-bajas-notas-del-estado-en-atencion-a-desplazados/493915>>. Acesso em: 18 dez. 2017.

ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey E., Doucet-Boudreau. Dialogue and judicial activism: tempest in a teapot? **Ottawa Law Review** Vol. 41:2, 2009, p. 171-206. Disponível

em: < <https://commonlaw.uottawa.ca/ottawa-law-review/doucet-boudreau-dialogue-and-judicial-activism-tempest-teapot>> Acesso em: 26 out. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e mínimo existencial. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais* (Org.). Salvador: Juspodivm, 2017. 608 p.

SILVA, Cátia Aida. Promotores de Justiça e novas formas de atuação em defesa de interesses sociais e coletivos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 16, n. 45, p. 127-144, fev. 2001. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v16n45/4334.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 383-396.

SOUZA, Jadir Cirqueira de. Ministério Público e os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. In: ALMEIDA, Gregório Assagra; SOARES JÚNIOR, Jarbas (Coord.). **Teoria Geral do Ministério Público**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. Coleção Ministério Público e os direitos fundamentais. p. 269-287.

STRECK, Lenio Luiz. Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de Ativismo. Consultor Jurídico, 24 out. 2015. Colunistas. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em 02 out. 2017.

VIEIRA, José Ribas; BEZERRA, Rafael. Estado de Coisas Fora do Lugar: uma análise comparada entre a *Sentencia* T-025 e a ADPF 347/DF-MC1. In: VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta (Coord.). **Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 203-223 Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br>>. Acesso em: 11 jan. 2017.

YAMADA, Erika; BURITY, Valéria. O Supremo e a (não) demarcação de terras indígenas. **Revista Carta Capital**, São Paulo, 28 jun. 2017. Seção Justificando. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/>>. Acesso em: 19 dez 2017.