

# **V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

## **PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I**

**CELSO HIROSHI IOCOHAMA**

**SÍLZIA ALVES CARVALHO**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

**Representante Discente:** Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

**Secretarias**

**Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

**Comunicação:**

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

**Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

**Eventos:**

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Celso Hiroshi Iochama; Sílzia Alves Carvalho – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-462-4

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Inovação, Direito e Sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Processo. 3. Efetividade da justiça. V Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2022 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



# V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

## PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

---

### **Apresentação**

O Grupo de Trabalhos apresentados tem dezesseis artigos que tratam a respeito de temáticas atuais e instigantes, cuja a abordagem perpassa desde problemas relacionados ao direito do consumidor até as questões da prestação jurisdicional no âmbito da internet. A sistemática da apresentação consistiu em realizar discussões com os autores, considerando a apresentação de cada grupo de 4 trabalhos.

Os conflitos decorrentes das relações de consumo foram tratados especificamente em três trabalhos, com enfoques peculiares. Inicialmente as características da hipervulnerabilidade do consumidor foi apresentada sob o prisma econômico e da expansão da judicialização, considerando a atuação dos Juizados Especiais Cíveis. A reparação do consumidor por desvio de bagagem em viagem internacional e sua regulação por meio de Convenção internacional é estudada a partir da não incidência do CDC, observando-se, entretanto, que o STF entendeu que no caso de seguradora que aciona a companhia aérea por dano, fundada no CC/02, deve ser aplicada a lei brasileira. Entendendo-se a eficiência da jurisdição como a diminuição da taxa de congestionamento, é proposta a criação de critério de definição para um frame work baseado na jurimetria como o meio de identificação de métricas que possibilitem a racionalização das ações consumeristas. Desse modo, é proposta uma possível solução para o problema das lides temerárias, e dos super endividados. Nesse contexto, a efetividade da justiça nas relações de consumo é tratada como a necessidade do Poder Judiciário assegurar o acesso à justiça, por meio da resolução adequada, equânime e célere dos conflitos jurídicos consumeristas.

As questões de processo foram abordadas de forma mais direta em sete artigos, desde a questão da estabilização da tutela antecipada antecedente, até o problema dos precedentes judiciais quanto ao dever de coerência e integridade à luz da teoria dworkiniana. A mudança na ratio decidendi nos julgamentos quanto a recuperação judicial do produtor rural foi tratada, tendo em vista a evolução jurisprudencial ao aplicar o princípio da preservação da empresa, não sendo a constituição da pessoa jurídica uma condição.

O problema do regime da coisa julgada na nova lei de improbidade administrativa é objeto de estudo, observando a questão da insuficiência de provas, da extinção do processo sem julgamento de mérito e da autoriza para que a ação seja proposta novamente, considerando a coisa julgada secundum eventum litis ou secundum eventum probationis. Sobre as provas,

apresenta-se a discussão a respeito do suporte teórico para a validade da prova produzida no ambiente virtual, considerados que os critérios de segurança são totalmente controlados pelo Estado na sistemática atual.

Quanto ao sistema processual, também foi apresentada a questão da tríplice proteção processual do meio ambiente, desenvolvida a partir da análise exploratória, com enfoque no art. 225, par. 3º CF88, na Lei 9.605 – Lei dos crimes ambientais e no art. 927 do CC/02. Conclui-se pelo cabimento responsabilidade subjetiva, considerando-se, portanto, a culpa. CC /02, art. 927. Conclui-se pelo cabimento da Ação Civil Pública, da Ação Popular (preventiva) e do Mandado de Segurança Coletivo. O estudo dos processos estruturais e sua evolução no controle de políticas públicas sob a perspectiva crítica da intervenção do Poder Judiciário nesse campo é interessante, observando que referido instrumento processual está em desuso em outros países, como nos EUA desde 2004..

O enfoque da jurisdição administrativa é realizado por meio de investigação empírica da análise de acórdão do TCU, concluindo-se a priori que o mesmo foi deferente ao texto do STF em relação à definição de sua competência. Os casos da Eletrobras e Petrobras, sob o ponto de vista do problema do controle das SPEs no âmbito da administração pública, é estudado a partir da necessidade de coibir as deficiências no controle. Neste sentido, entende-se como essenciais a previsão e aplicação do controle preventivo e do TCU. Ainda quanto à jurisdição, estuda-se os conflitos transnacionais decorrentes do uso da internet, Tal pesquisa é desenvolvida considerando três partes: 1 – princípio da soberania (jurisdição estatal), 2 – ordenamento jurídico brasileiro e regulação nacional da internet. 3 – as dificuldades detectadas para a efetividade da prestação judiciária.

A avaliação da PGE/PR quanto a arguição preliminar de ausência de interesse processual em cobranças judiciais de honorários de dativos, levou a proposta de uma análise jurídica acerca dessa possibilidade, sendo entendido que o interesse processual no caso, e, o direito ao acesso à justiça não são soberanos, podendo ser restringidos em casos de abuso. A questão da tutela jurisdicional diferenciada é objeto de estudo sob o prisma do problema do acesso a justiça, a partir dos seguintes aspectos: 1 – insuficiência do modelo processual (conflitos individuais); 2 – principiologia do mecanismo diferenciado; 3 – premissas consensuais diferenciadas; situações jurídicas; 4 – litigância repetitiva, litigância de massa.

Considerando-se a efetividade da justiça, é tratada a viabilidade jurídica de delegação de atos processuais a notários e registradores. São destacadas as características do serviço extrajudicial e sua aptidão como substituto jurisdicional. neste sentido a Lei 11.441/2007 indica a tendência ao aumento da extrajudicialização, concluindo-se que não há função

jurisdicional específica para os cartorários, neste sentido há o controle do poder judiciário sobre seus atos.

Estes trabalhos apresentam uma amostragem da consistência das pesquisas a respeito da prestação jurisdicional, do acesso e da efetividade da justiça no Brasil atualmente. Seus referenciais metodológicos e teóricos demonstram o grau de complexidade e cientificidade com que os problemas objeto de estudo foram estudados. Desse modo, são estudos que contribuem significativamente para o desenvolvimento do sistema de justiça no Brasil.

Por derradeiro, prestam-se os agradecimentos a todos que contribuíram para esta importante realização do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), da UFMS – Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul e da Universidade Presbiteriana Mackenzie e, em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea, compartilhando suas pesquisas e reflexões.

24 de junho de 2022.

Professora Dra. Sílzia Alves Carvalho

Docente do PPGD da Universidade Federal de Goiás

[silzia.ac@gmail.com](mailto:silzia.ac@gmail.com)

Professor Dr. Celso Hiroshi Iocohama

Docente da Graduação e do Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense - UNIPAR

[celso@prof.unipar.br](mailto:celso@prof.unipar.br)

# PROCESSOS ESTRUTURAIS E CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA ABORDAGEM CRÍTICA

## STRUCTURAL INJUNCTION AND JUDICIAL REVIEW: A CRITICAL APPROACH

Ana Luiza Goulart Peres Matos <sup>1</sup>

### Resumo

O presente estudo tem como objetivo traçar uma análise crítica dos processos estruturais e do estado de coisas inconstitucional. Tais teorias propõem um novo modelo de controle judicial de políticas públicas, evidenciado por um forte ativismo judicial. Para alcançar o escopo proposto, serão delineados as origens, os conceitos, os pressupostos e as características mais preponderantes dessas teorias. Para este trabalho, utilizou-se de pesquisa bibliográfica e do raciocínio hipotético-dedutivo e como referencial teórico o livro Estado de Coisas Inconstitucional e Processos Estruturais de Alexandre Vitorino Silva.

**Palavras-chave:** Controle judicial de políticas públicas, Processos estruturais, Estado de coisas inconstitucional, Ativismos judicial, Adpf nº 347

### Abstract/Resumen/Résumé

This study aims to critically analyze structural injunction and the theory of unconstitutional state of affairs. Those theories introduced a new model for Judicial review of public policies which might lead to intense judicial activism. In order to achieve this article's purpose the origins, concepts and main characteristics of each theory will be outlined. This paper was produced based on bibliographical research and formulating hypothesis-deductive reasoning, having as a theoretical framework the book The Unconstitutional State of Affairs and structural processes written by Alexandre Vitorino Silva.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Judicial review of public policies, Structural processes, Unconstitutional state of affairs, Judicial activism, Adpf nº 347

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito Público na Universidade FUMEC. Graduação em Direito pela Universidade FUMEC. Procuradora do Estado de Minas Gerais.

## 1 INTRODUÇÃO

Em setembro de 2015, na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, inspirado pela Corte Constitucional da Colômbia, reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) do sistema penitenciário brasileiro (BRASIL, 2015), isto é, a existência de violações massivas e sistemáticas de direitos fundamentais da população carcerária, decorrentes de repetidos bloqueios institucionais e políticos, cuja superação de inconstitucionalidade exige a imposição de medidas estruturais aos Poderes Públicos.

O ECI é uma espécie de processo estrutural, que, por sua vez, é originário do Direito norte-americano. Ambas as teorias propõem uma atuação forte do Judiciário sobre os demais Poderes, com o objetivo de sanar um quadro fático de violação de direitos fundamentais. Dessa maneira, o debate de uma determinada política pública é transportado para dentro do processo judicial, que, para alcançar o objetivo proposto, torna-se menos engessado. Com efeito, permite-se a flexibilização de termos processuais clássicos, como pedido, sentença, a título de exemplo.

Ao tomar de empréstimo tal teoria, o Supremo Tribunal Federal tornou concebível a ideia de ações estruturais serem conduzidas sob sua autoridade. Nesse passo, instaurou-se a possibilidade um novo paradigma de controle judicial de políticas públicas: mais abrangente, mais forte e mais duradouro.

À vista disso, o objetivo do presente ensaio é traçar uma análise crítica dos processos estruturais e do ECI, especialmente por permitirem a ingerência do Judiciário em matérias comumente decididas no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo, em nítido caráter ativista.

Para tanto, num primeiro momento, será apresentado o conceito de políticas públicas, bem como a evolução jurisprudencial acerca da legitimidade constitucional do Poder Judiciário para intervir em tais políticas.

Ato contínuo, será abordado o processo estrutural, partindo de considerações acerca de sua origem histórica, notadamente pela análise do caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, passando pela exibição de seu conceito e de suas características.

Na sequência, será analisado o estado de coisas constitucional, o que exigirá uma rápida compreensão do Direito Constitucional colombiano.

Por último, serão apresentadas as principais objeções e desvantagens dos processos estruturais e do ECI.

No que atine aos aspectos metodológicos, a pesquisa se insere em perspectiva jurídico-social, adotando, como raciocínio predominante, o hipotético-dedutivo e, como setor de conhecimento, a investigação multidisciplinar. Por fim, trata-se de pesquisa do tipo bibliográfica, com o emprego de dados primários (leis e jurisprudência do STF) e secundários (doutrinas referentes ao tema proposto), tendo como referencial teórico o livro Estado de Coisas Inconstitucional e Processo Estrutural de Alexandre Vitorino Silva.

## **2 POLÍTICAS PÚBLICAS COMO FOCO DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO**

No Brasil, por longo tempo, imperou o entendimento de que o mérito administrativo era impassível de controle jurisdicional, porquanto inserido no campo da discricionariedade do agente público – espaço de liberdade dado à Administração Pública para agir e tomar decisões dentro dos limites da lei (GRINOVER, 2013).

Segundo Grinover (2013), a Lei de Ação Popular (BRASIL, 1965) abriu o caminho para o Judiciário apreciar o mérito administrativo, porém a verdadeira mudança ocorreu efetivamente com a promulgação da Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988), na medida em que trouxe em seu corpo uma série de direitos e garantias fundamentais a ser exigida do Estado. Da mesma forma, democratizou o acesso à justiça e fortaleceu as instituições do sistema de justiça, como o Ministério Público e a Defensoria Pública.

Noutras palavras, com a instauração do Estado Democrático de Direito<sup>1</sup>, a atuação estatal passou a ser pautada na efetivação do comando constitucional; falhando, sua conduta é passível de controle pelo Judiciário.

A formulação e implementação desses direitos dá-se por meio de políticas públicas. Bucci (2006, p. 241) as define como programas de ação governamental, cujo objetivo é “coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”. Na mesma linha, sintetiza Fonte (2015, p.57): “políticas públicas compreendem o conjunto de atos e fatos jurídicos que têm por finalidade a concretização de objetivos estatais pela Administração Pública”.

No campo da divisão dos poderes, compete ao Legislativo formular tais políticas, e, ao Executivo, efetivá-las. Entretanto, há uma constante falta de coordenação entre a lei e a ação

---

<sup>1</sup> Destaca-se o seguinte trecho do preâmbulo da Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988): “[...] instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica da controvérsia”.



administrativa, culminando não só em políticas públicas inexistentes ou ineficientes como também no fenômeno da judicialização. Melhor dizendo, forçadamente, o Poder Judiciário, de mero aplicador de leis, tornou-se agente político, responsável pela elaboração de políticas públicas<sup>2</sup>.

Tal deslocamento de atuação é visível na jurisprudência brasileira. A decisão monocrática proferida pelo Min. Celso de Melo, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 (BRASIL, 2004), em que pese a perda de seu objeto, é considerada um marco para a temática de controle jurisdicional da políticas públicas. O entendimento doutrinário anterior, alicerçado no respeito à previsão orçamentária e nos princípios da separação das funções e da reserva do possível, foi superado com vistas a promover a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais pela via judicial.

A respeito:

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens, cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado (BRASIL, 2004).

A partir daí, inúmeros outros julgados foram confeccionados nessa mesma direção, isto é, reconhecendo-se a legitimidade constitucional do Poder Judiciário para intervir em políticas públicas em situações emergenciais. A título de amostra, o Supremo Tribunal Federal, no *leading case* RE 592.581/RS (BRASIL, 2015), com repercussão geral, fixou a seguinte tese no Tema 220:

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 (BRASIL, 2015).

---

<sup>2</sup> O Ministro Ricardo Lewandowski, no ano de 2015, à época presidente do Supremo Tribunal Federal, em palestra proferida no Estado de Goiás, idealizou que a missão do Poder Judiciário no século XXI é a de ajudar a pensar em políticas públicas para melhorar o país: “essa era uma ideia impensável algum tempo atrás, mas hoje alguns juízes participam da formulação dessas políticas, especialmente na proteção de minorais desprotegidas” (LUCHETE, 2015).

No entanto, não há dúvida de que esse protagonismo judicial em detrimento dos demais poderes inspira cuidado, mormente por colocar em risco o princípio da separação das funções. Isso porque algumas decisões reduzem a zero os espaços de discricionariedade administrativa e legislativa, bem como desconsideram os argumentos de cunho financeiro-orçamentário (reserva do possível) e, até mesmo, questões relacionadas à prática administrativa, como a necessidade de se fazer licitação (FONTE, 2015).

Dessa feita, constata-se, na jurisprudência dos Tribunais pátrios, uma linha tênue entre controle judicial políticas públicas e ativismo judicial.<sup>3</sup>

Entretanto, tal ativismo ficou mais visível no ano de 2015, quando o STF, na Medida Cautelar na ADPF nº 347 (BRASIL, 2015), tomou de empréstimo a teoria do estado de coisas inconstitucional da Corte colombiana. Como se verá a seguir, o ECI bem como os processos estruturais não preveem uma atuação excepcional do Judiciário, mas uma fiscalização abrangente de um poder sobre outro, algo até então inédito na jurisprudência brasileira.

Estabelecida a evolução jurisprudencial acerca do controle judicial de políticas públicas, passa-se agora ao exame dos processos estruturais e do estado de coisas inconstitucional.

### **3 APRESENTANDO OS PROCESSOS ESTRUTURAIS**

A origem do processo estrutural deu-se de forma pragmática e não teórica: seu surgimento denota do emblemático caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, julgado pela Suprema Corte norte-americana em 1954.

Em linhas resumidas, Linda Brown (1943-2018) era uma menina negra que precisava atravessar toda a cidade de Topeka, no Estado de Kansas, para chegar à escola pública, não obstante existirem escolas próximas de sua casa, todavia, não aceitavam crianças negras (SARAIVA, 2021; ARENHART; JOBIN, 2021). Com o intuito de reverter essa situação, o pai de Brown recorreu ao Judiciário contra o Conselho de Educação estadual (*Board of Education*

---

<sup>3</sup> A expressão ativismo judicial pode ser entendida sob vários sentidos. Há quem defenda o ativismo como algo positivo; outros, como um insulto à ordem democrática. Controvérsias à parte, o presente artigo adota o entendimento de que o ativismo ocorre quando a função jurisdicional ultrapassa os limites impostos no ordenamento jurídico para invadir a função legislativa ou executiva. Para Barroso (2009, p. 14): “A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas”.

*of Topeka*). Em decisão histórica, a Suprema Corte assegurou seu direito de frequentar uma escola exclusivamente de brancos, declarando inconstitucional a doutrina do *separate but equal*<sup>4</sup> no ensino público norte-americano.

Sem surpresa, a decisão do caso *Brown* gerou ampla resistência, notadamente na região sul do país, que ainda respirava os resquícios de uma cultura escravagista (JOBIN; HUGO DA ROCHA, 2021). Temendo que a decisão de inconstitucionalidade ficasse apenas no plano simbólico, a Suprema Corte reuniu-se novamente em 1955, o que ficou conhecido como *Brown II*, precedente das medidas denominadas estruturantes e do ativismo do Judiciário norte-americano (SARAIVA, 2021; ARENHART; JOBIN, 2021).

À vista disso, ações foram implementadas (medidas estruturantes) para dar efetividade ao comando judicial: “como a exigência de novos procedimentos para a escolha de professores, novos critérios para a construção de escolas e do sistema de transporte público foram necessários para enfrentar a sociedade burocratizada e racista” (JOBIN; HUGO DA ROCHA, 2021).

Ainda, a Suprema Corte autorizou a criação de planos que atenderiam a peculiaridade de cada região, cuja execução seria acompanhada pelo Poder Judiciário local (ARENHART, 2021). Ou seja: implementaram-se ações diferidas no tempo, que não se esgotaram na sentença e que exigiam uma cooperação entre as partes e os demais poderes (VIOLIN, 2021).

Dworkin (1999), ao comentar a atuação jurisprudencial no caso *Brown*, destacou:

Os juízes federais promulgaram e supervisionaram decretos que os levaram a interferir na jurisdição normal de diretores de escola e outras autoridades locais. Exigiram mudanças radicais na organização escolar e traçaram planos detalhados para tais mudanças; criaram programas para transportar crianças negras para escolas localizadas em bairros de brancos, e vice-versa. Nunca, na história norte-americana, suas decisões pareceram tão diferentes do trabalho normal dos juízes ou atraíram tanta hostilidade do público e da imprensa. Alguns intelectuais, inclusive vários que deram sua aprovação ao projeto, afirmaram que as decisões judiciais assinalaram uma importante mudança na natureza e no caráter do cargo de juiz. (DWORKIN, 1999, p. 467).

Dessarte, a partir desse julgamento<sup>5</sup>, a teoria do processo estrutural começou a ser desenhada pela doutrina especializada. A respeito Fiss (2017), um dos autores pioneiros no estudo sobre a temática, conceitua:

---

<sup>4</sup> A doutrina do *separate but equal* (separados, mas iguais) permitia que setores públicos ou privados como os de serviços, instalações, acomodações, moradia, cuidados médicos, educação, emprego e transporte pudessem ser separados baseado em raça, desde que a qualidade de cada um destes serviços fosse igual. Tal doutrina foi implantada por meio das chamadas leis de Jim Crow, que foram declaradas constitucionais pela Suprema Corte Americana no julgamento do caso *Plessy v. Ferguson* (1896) (FACHIN; SHINEMANN, 2018).

<sup>5</sup> O caso *Brown* deu início ao uso de processo estrutural pela Suprema Corte norte-americana: “Em si, o caso *Brown* tratava dos sistemas das escolas públicas da nação, mas, no decorrer de várias décadas seguintes, esse modelo de decisão judicial, que denominei reforma estrutural, alastrou-se para as prisões, as instituições para

O processo judicial de caráter estrutural é aquele no qual um juiz, enfrentando uma burocracia estatal no que tange aos valores de âmbito constitucional, incumbe-se de reestruturar a organização para eliminar a ameaça imposta a tais valores pelos arranjos institucionais existentes. Essa *injunction* é o meio pelo qual essas diretivas de reconstrução são transmitidas. (FISS, 2017, p.26).

Em solo brasileiro, o estudo do processo estrutural é propagado por Vitorelli (2021), que assim o define:

São demandas judiciais nas quais se busca reestruturar uma instituição pública ou privada, cujo comportamento causa, fomenta ou viabiliza um litígio estrutural. Essa reestruturação envolve a elaboração de um plano de longo prazo para alteração do funcionamento da instituição e sua implementação, mediante providências sucessivas e incrementais, que garantam que os resultados visados sejam alcançados, sem provocar efeitos colaterais indesejados ou minimizando-os. A implementação desse plano se dá por uma execução estrutural, na qual suas etapas são cumpridas, avaliadas e reavaliadas continuamente, do ponto de vista dos avanços que proporcionam. O juiz atua como um fator de equilíbrio de disputa de poder entre os subgrupos que integram a sociedade que protagoniza o litígio, a qual é policêntrica e conflituosa. (VITORELLI, 2021, p.90).

O processo estrutural possui características próprias e distintas que não se encaixam na dialética processual clássica bipolar e na rigidez procedimental, especialmente por envolver um litígio policêntrico, isto é, marcado pela presença simultânea de múltiplos polos de interesses (ARENHART; OSNA; JOBIM, 2021). Nesse passo, há uma flexibilização de conceitos processuais tradicionais, tais como, parte, legitimidade, pedido, sentença, preclusão, coisa julgada, bem como uma ressignificação do papel de atuação do magistrado (ARENHART; OSNA; JOBIM, 2021).

O modelo tradicional de processo é marcado por uma disputa entre autor e réu, cuja resolução se dará por um terceiro (juiz), na literal compreensão do que preceitua o artigo 490 do Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015): “o juiz resolverá o mérito acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, os pedidos formulados pelas partes.” Segundo Fiss (2017), a ação judicial é visualizada com a ajuda do ícone da Justiça segurando a sua balança. O juiz age como um árbitro imparcial, que observa e decide quem está certo e declara o que deve ser feito.

A demanda estrutural se distancia desse padrão tradicional. A função do magistrado não é pôr termo a um litígio – decidir qual lado está certo –, mas estabelecer quais reformas devem ser implementadas em prol da efetivação de determinado direito fundamental (PORFÍRIO, 2018; FISS, 2017). Melhor dizendo, a prática de julgar é pautada no modelo de adjudicação (*adjudication*):

A adjudicação é o processo social por meio do qual os juízes dão significado aos valores públicos. A chamada reforma estrutural é um tipo de adjudicação, distinto pelo caráter constitucional dos valores públicos e, principalmente, pelo fato de envolver

---

incapacitados mentais, os departamentos de polícia, os projetos de abrigos, as agências de bem-estar, no sentido de promover uma reforma estrutural que incluísse o inteiro âmbito do Estado Moderno. (FISS, 2005, p.29).

um embate entre o Judiciário e as burocracias estatais. O juiz tenta dar dignificado aos valores constitucionais na operacionalização dessas organizações. A reforma estrutural reconhece o caráter verdadeiramente burocrático do Estado moderno, adaptando formas de procedimentos tradicionais para a nova realidade social.

O conceito de parte é pulverizado, mormente por existir um número significativo de pessoas, grupos, associações, agentes públicos e políticos com interesse na causa e que serão diretamente afetados. No entendimento de Fiss (2017, p.43), “a unidade implícita no conceito de partes desintegra-se, os componentes tornam-se isolados e a perspectiva individualista é alterada, passando a incluir grupos sociais e advogados institucionais”.

Mais uma particularidade dos processos estruturais é a presença do fenômeno conhecido como provimentos em cascatas. Arenhart (2013) explica que, primeiramente, em tais processos, é fixada uma “decisão núcleo”, com as linhas gerais da proteção do direito a ser tutelado. Em sequência, outras decisões serão proferidas para resolver problemas eventuais surgidos no decorrer do processo (KLUGE; VITORELLI, 2021). Nesse passo, conclui-se que a sentença não esgota, por si só, o ofício jurisdicional, uma vez que outras decisões serão necessárias. Isto é, trata-se de verdadeira sentença em movimento (CAMPOS, 2019).

Arenhart e Jobim (2021, p.17) destacam que na demanda estrutural, o magistrado não se limita à correção de fatos pretéritos, “mas projeta para o futuro sua própria visão de como a instituição destinatária deve se organizar e se comportar”. E prosseguem os autores: “a atividade do juiz torna-se mais parecida com a do legislador, que analisa o passado para moldar o futuro, e não com o perfil clássico da jurisdição, que analisa o passado para remediá-lo” (ARENHART; JOBIM, 2021, p.17).

À luz dessas premissas, o processo estrutural propõe uma releitura dos institutos da coisa julgada e da preclusão. A respeito, Arenhart, Osna e Jobim (2021, p. 17) falam em um modelo de permanência tendencial, “que assegura a estabilidade (a priori) da situação criada pela decisão judicial, atenuada por um regime de continuidade que assegure modificações suaves, sempre que necessário.”

A demanda estrutural é marcada pelo uso constante de audiências públicas e pela presença de *amici curiae*. Stephen Yeazell, referenciado por Vitorelli (2021), denominou tal método dialógico de condução de processo de *town meeting*:

O juiz, nesse modelo, toma a frente da direção do processo, delimitando as questões relevantes e conduzindo a produção de provas, para fomentar ocasiões de diálogo ampliado com a sociedade impactada, nos moldes da atuação de órgãos administrativos ou legislativos. Realizam-se audiências e eventos públicos para permitir a participação direta e informal de uma ampla gama de interessados. (VITORELLI, 2021, p. 506).

A par de tudo isso, arremata-se que o processo estrutural tem como pano de fundo um caso de violação de direitos fundamentais de alta complexidade, com múltiplas partes envolvidas, cuja solução judicial passa por uma reestruturação de uma determinada instituição ou política pública.

#### **4 APRESENTANDO O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL**

Para se compreender o estado de coisas inconstitucional é necessário, previamente, traçar um breve relato acerca do Direito Constitucional colombiano.

No ano de 1991, foi promulgada a Constituição da Colômbia, vigente até os dias atuais, com uma extensa lista de direitos fundamentais e comprometida com os direitos sociais (CAMPOS, 2019). A Corte Constitucional foi ali instituída, com amplo acesso à sua jurisdição e significativas competências e poderes de controle sobre os atos dos demais poderes via controle de controle misto de constitucionalidade das leis (CAMPOS, 2019).

Desde de sua origem, a Corte Constitucional colombiana participa das questões políticas e sociais do país, sendo considerada o paradigma do ativismo judicial na América Latina (CAMPOS, 2019). Nesse sentido:

O avanço dos trabalhos da Corte insere-se no movimento iniciado no fim dos anos 80 e começo dos 90, quando vários países da América Latina experimentaram profundas reformas constitucionais dirigidas a estabelecer ou fortalecer a democracia institucionalizando, em novas Cartas, extensa lista de direitos fundamentais e sociais, além de cortes constitucionais ou, simplesmente, novos e amplos poderes para as cortes já existentes (como foi o caso do Brasil). Nesse novo cenário político-institucional, houve marcante avanço da política e do ativismo judicial envolvendo a proteção desses direitos. (CAMPOS, 2019, p. 106).

Tal caráter ativista tornou-se mais evidente com a declaração de um “estado de coisas inconstitucional”, o que significa o reconhecimento da existência de violação massiva de direitos fundamentais decorrentes de falhas sistêmicas na ação do Estado, que exigem a adoção de medidas estruturais pelos Poderes Públicos para superar a situação de inconstitucionalidade. (CAMPOS, 2019).

Nas palavras de Campos, o ECI representa uma

Técnica de decisão por meio da qual cortes e juízes constitucionais, quando rigorosamente identificam um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais decorrentes de falhas estruturais do Estado, declaram a absoluta contradição entre os comandos normativos constitucionais e a realidade social, e expedem ordens estruturais dirigidas a instar um amplo conjunto de órgãos e autoridades a formularem e implementarem políticas públicas voltadas à superação dessa realidade institucional (CAMPOS, 2019, p.23).

Campos (2019), Rêgo (2020), Lazari e Pires (2017) enumeram quatro pressupostos para a declaração do ECI: (i) constatação de um quadro de violações generalizadas, contínuas e

sistemáticas de direitos fundamentais; (ii) falha estatal estrutural configurada na ausência ou deficiência de políticas públicas; (iii) adoção de medidas estruturais para superar a situação de inconstitucionalidade; (iv) número elevado e indeterminado de pessoas afetadas.

Sobre o tema, Lazari e Pires (2017) fazem a seguinte reflexão:

O Estado de Coisas Inconstitucional não se assemelha às ações diretas de inconstitucionalidade, por exemplo, porque não se fixam em um dado caso ou uma dada inconstitucionalidade de determinada lei, emenda ou ato normativo, mesmo que de foram abstrata. É mais que isso. Parte sim, de uma visão generalizada do problema, o qual tem expressão mais caótica e que afeta a todos no Estado de Direito, direta ou indiretamente. (LAZARI; PIRES, 2017).

Vê-se, portanto, que o ECI guarda estrita ligação com o chamado litígio estrutural ou processo estrutural. A propósito, Silva (2020) classifica o ECI como uma espécie do gênero processo estrutural. Noutras palavras, as medidas estruturais foram incorporadas ao direito colombiano pelo instituto do estado de coisas inconstitucional.

Dantas (2019), ao comparar o processo estrutural e o ECI, afirma:

O Estado de Coisas Inconstitucional é uma criação da jurisprudência da Corte Constitucional colombiana, uma nova espécie de ação estrutural e de técnica decisória com requisitos mais rígidos, haja vista a necessidade de comprovação da violação massiva e generalizada de direitos fundamentais, do envolvimento de vários órgãos públicos para a resolução da questão e a demonstração da adoção de práticas inconstitucionais pelo poder público (DANTA, 2019, p.68).

Para Shinemann e Fachin (2018), o ECI rendeu à Corte Constitucional da Colômbia o status de exportadora de uma nova teoria, servindo de exemplo para os países que compõem o Sul Global (Colômbia, Índia, Argentina, Brasil, África do Sul etc.), algo inédito no Direito comparado, que sempre privilegiou as teorias e os estudos originários dos países do Norte Global (Estados Unidos, Alemanha, Itália):

A Corte colombiana, outrora mera expectadora do direito produzido nos países de “tradição jurídica”, passou a ser exportadora de uma jurisprudência institucionalmente inovadora, que assegurasse o cumprimento de decisões ambiciosas na tutela de direitos – o que é extensível, em maior ou menor grau, a todas as experiências estruturantes do Sul Global (SHINEMANN; FACHIN, 2018, p.223)

Sob influência da Corte colombiana, em 2015, na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento nº 347 (BRASIL, 2015), o Supremo Tribunal Federal, de forma pioneira, reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro. Nesse primeiro momento do processo não foi determinada nenhuma medida estruturante, apenas foram deferidos os pedidos referentes à obrigação de realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas da prisão e à liberação do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização na finalidade para a qual foi criado, proibindo a realização de novos contingenciamentos (BRASIL, 2015).

Com efeito, a referida decisão instaurou a possibilidade de o STF conduzir, sob sua autoridade, ações estruturais, o que, hodiernamente, vem se confirmando. Nesse sentido, citam-se: a ADPF nº 822 (BRASIL, 2021), com relação à demora do Executivo na condução das políticas públicas diante da pandemia da COVID-19; a ADPF nº 743 (BRASIL, 2020) que visa o reconhecimento do ECI especialmente dos biomas da Amazônia e Pantanal; ADPF nº 708 (BRASIL, 2020), que questiona a omissão da União ao não adotar providências administrativas em relação ao Fundo Clima e a ADPF 760 (BRASIL, 2020), também envolvendo a tutela do meio ambiente.<sup>6</sup>

Entretantes, como se verá a seguir, a importação da teoria colombiana pelo STF trouxe à tona uma série de questionamentos e objeções (SILVA, 2020; MEYER, 2021; COSTA, 2021), sobretudo por representar uma ameaça ao postulado da legitimidade democrática e ao princípio da separação das funções.

## **5 PROCESSO ESTRUTURAL E ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: UM PANORAMA CRÍTICO**

As críticas direcionadas às ações estruturais convergem para o ativismo judicial. As objeções centrais apontam para a violação do princípio da separação das funções, para a ausência de legitimidade democrática, para a falta de capacidade técnica do Poder Judiciário na coordenação de políticas públicas e, por fim, para a judicialização da política (CAMPOS, 2019; SILVA, 2020; PORFIRIO, 2018).

O processo estrutural bem como o ECI propõem uma fiscalização contínua do Judiciário sobre os demais poderes públicos. Dito de outra forma: trata-se de uma jurisdição sem fim definido. Conquanto, a ADPF nº 45 (BRASIL, 2004) tenha autorizado, excepcionalmente, o controle judicial de políticas públicas, de maneira alguma fixou a possibilidade de o Judiciário coordenar e supervisionar políticas públicas por meio de monitoramento e por prazo indeterminado (SILVA, 2020).

---

<sup>6</sup> Destacam-se, outrossim: a ADPF nº 786 (BRASIL, 2021), que buscava o reconhecimento do ECI do sistema tributário nacional, no sentido de ser determinado ao Executivo e ao Legislativo a elaboração de uma reforma tributária com base nos parâmetros da progressividade e da igualdade material tributária; a ADPF nº 682 (BRASIL, 2020), cujo objeto era a suspensão de novos cursos de Direito, com o reconhecimento do ECI em decorrência da violação sistemática ao preceito constitucional que garante a qualidade do ensino jurídico superior; e por fim, a ADPF nº 866 (BRASIL, 2021) na qual a Associação Nacional do Ministério Público de Contas (AMPCON) pediu à Corte o reconhecimento do ECI na política pública de saúde brasileira. Tais ações foram rejeitadas liminarmente pelo Supremo Tribunal Federal. Sem embargo, não deixam de ser uma amostra acerca do uso do ECI pelos operadores do direito.



Trata-se o ECI, portanto, de um controle judicial contínuo, forte e generalizado, porquanto visa a reestruturação de uma determinada política pública por inteiro. Sem embargo, Costa (2021) adverte que o controle de um poder sobre o outro deve se dar de forma excepcional:

Por força da garantia da separação de poderes [CF, artigos 2º e 60, § 4º, III], é necessário que essas regras sejam excepcionais, claras, objetivas e expressas. Daí por que a Constituição não prevê sanção para toda e qualquer negligência. Ademais, nem sempre a sanção consiste na substituição ad hoc de um poder por outro. Vigê um regime fragmentário, pois: visto que a interferência de um poder sobre outro deve ser mínima, as hipóteses constitucionalmente qualificadas de negligência e de conseguinte substituição ad hoc se reservam a situações graves selecionadas com pudor pela própria Constituição (COSTA, 2021).

À vista disso, não há dúvida de que os processos estruturais evidenciam uma atitude ativista do Poder Judiciário, que assume funções típicas de agente político, passando a definir quais serão as políticas públicas necessárias para solucionar uma falha estrutural da Administração Pública geradora de violações de direitos fundamentais. Noutras palavras, tem-se aqui a figura do juiz-governante ou juiz-administrador, embora não submetido ao escrutínio eleitoral.

Ocorre que o Judiciário não possui uma visão geral dos problemas da administração pública, não estando apto a definir qual situação terá prioridade dentre as demais. Ademais, falta-lhe capacidade institucional. Conforme, Dantas (2019, p. 80): “deve-se privilegiar, portanto, a *expertise* e as capacidades institucionais do Legislativo e Executivo na definição de políticas públicas e conhecimento de questões técnicas e efeitos sistêmico”.

A isso, somam-se as seguintes desvantagens: o processo estrutural é trabalhoso e demorado; o sistema processual brasileiro não tem a cultura do consenso e do diálogo; depende de juízes dispostos a realizar a condução do processo sob essas premissas; a implementação do plano pressupõe a flexibilização de conceitos processuais tradicionais, ainda bastante arraigados no ordenamento jurídico (VITORELLI, 2021). E mais: trata-se de procedimento extremamente novo para o Direito brasileiro, o que o torna, indubitavelmente, mais desafiador.

A questão da flexibilização apontada por Vitorelli (2021) merece ser também observada sob outro viés. Como visto, os processos estruturais permitem a alteração constante do pedido e da sentença e, ainda, ignoram os institutos da preclusão e a da coisa julgada. À vista disso, não há dúvida que tal imprevisibilidade gera insegurança jurídica para as partes integrantes da relação processual.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> O princípio da segurança jurídica está previsto no artigo 5º, XXXVI da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a saber: [...] XXXVI: a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Segundo Valim: O princípio da segurança jurídica ou da estabilidade das relações jurídicas impede a

No que atine ao ECI, aditem-se, outrossim, as objeções quanto à possibilidade de ubiquidade, banalização e subjetividade do instituto. Afinal, a luz da realidade brasileira, o que não seria inconstitucional?

A propósito, pontua Silva:

Observa-se que, a adotar-se o modelo colombiano, não será difícil prever situações em que, por má-performance, o Brasil venha a ter diversas de suas políticas – como as relacionadas à saúde pública, educação fundamental, moradia, tratamento de menores em situação de abandono e risco, previdência social e outras – consideradas incompatíveis com padrões mínimos de proteção suficiente (SILVA, 2020, p. 204).

Nota-se que, na Medida Cautelar na ADPF nº 347 (BRASIL, 2015), o Supremo, de forma atípica, declarou como inconstitucional uma omissão fático-substancial. Isto é, uma realidade empírica e não uma norma jurídica. Com efeito, instaurou-se a possibilidade de uma falha estrutural ser objeto de uma nova modalidade de vício constitucional a justificar, nas palavras de Silva (2020, p. 203), “[...] a criação de autêntica jurisdição supervisora em sede de fiscalização abstrata”, algo inédito no Brasil, porquanto nenhuma ação de controle abstrato foi criada para conferir a adequação fática de um estado de coisas com o texto constitucional (SILVA, 2020).

Para culminar, o debate acerca da ineficácia dessas ações não pode ser menosprezado. Os processos estruturais entraram em declínio no Direito norte-americano a partir da década de 80, haja vista a ausência de resultados satisfatórios (ROSEMBERG, 2008). Há controvérsias, inclusive, quanto aos resultados do caso *Brown*. Segundo Rosemberg (2008), somente após a aprovação do *Civil Rights Act*, em 1964, e do *Elementary and Secondary Education Act*, em 1965, a almejada integração, de fato, ocorreu.

Fiss, notório defensor do processo estrutural, afirmou, em palestra realizada em junho de 2005, na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, que a estrutura de “escola só para brancos”, que existia em 1954, foi eliminada. No entanto, reconheceu que a segregação ainda persistia em algumas escolas: “o que temos agora são escolas no centro da cidade que são, de certa forma, integradas, mas são quase todas de negros, ao passo que escolas suburbanas são integradas” (FISS, 2005).

Da mesma forma, o ECI caiu em desuso pela Corte Constitucional da Colômbia, sendo reconhecido pela última vez no distante ano de 2004 (CAMPOS, 2019).

---

desconstituição injustificada de atos ou situações jurídicas, mesmo que tenha ocorrido alguma inconformidade com o texto legal durante sua constituição. Muitas vezes o desfazimento do ato ou da situação jurídica por ele criada pode ser mais prejudicial do que sua manutenção, especialmente quanto a repercussões na ordem social. Por isso, não há razão para invalidar ato que tenha atingido sua finalidade, sem causar dano algum, seja ao interesse público, seja os direitos de terceiros (VALIM, 2010, p.28).

O caso envolvendo o deslocamento forçado de pessoas em decorrência das ações violentas de grupos armados (*Sentencia T-025/2004*), que, obteve, à época, resultados satisfatórios (PORFÍRIO, 2018; SANTOS, 2019), deixou de ser um exemplo de sucesso do ECI. Atualmente, a situação de inconstitucionalidade está fora de controle pelas autoridades públicas. Segundo dados do Escritório das Nações Unidas para a Coordenação de Assuntos Humanitários (2022), em 2021, constatou-se um aumento de 181% do número de migrantes em relação ao ano anterior. Em remate, conclui-se que é impossível um Poder exercer uma fiscalização contínua sobre o outro.

A contenda envolvendo os direitos da população carcerária também foi objeto de ECI pela Corte colombiana (*Sentencia de Tutela n° 153/1998*), todavia, decorridos mais de vinte anos da decisão, a situação de inconstitucionalidade ainda está longe de ser sanada, principalmente pela ausência de monitoramento da decisão (CAMPOS, 2019; MAGALHÃES, 2019).

Por fim, conquanto não se possa apontar, com precisão, o resultado da ADPF n° 347 (BRASIL, 2015), é grande a evidência de que a declaração do ECI será incapaz de mudar a drástica realidade do sistema carcerário brasileiro. A condução morosa do processo, que nem sequer teve seu mérito julgado, não obstante passados quase sete anos de sua distribuição, não deixa dúvida quanto a isso.

## **6 CONCLUSÃO**

Como visto, com a promulgação da Constituição da República de 1988, houve uma ressignificação do princípio da separação dos poderes. O Poder Judiciário assumiu novas funções e teve o seu papel alterado, especialmente por enfrentar questões que antes eram exclusivas dos Poderes Legislativo ou Executivo. Noutras palavras, o juiz “boca da lei”, como conjecturado por Montesquieu (2000), deu lugar ao juiz definidor e executor de políticas públicas.

Tal mudança de atitude foi considerada legítima pelo Supremo no julgamento da ADPF n° 45 (BRASIL, 2004). Melhor dizendo, reconheceu-se a legitimidade de o Poder Judiciário intervir em políticas públicas.

No entanto, em 2015, o STF ao tomar de empréstimo a teoria do estado de coisas inconstitucional da Corte colombiana, instaurou a possibilidade de ser aplicado no ordenamento jurídico brasileiro um novo paradigma de controle jurisdicional de políticas públicas, caracterizado, sobremaneira, por uma forte interferência do Judiciário sobre os demais poderes.

Este ensaio não desconhece as mazelas do sistema carcerário, nem a necessidade premente de serem adotadas medidas pelos Poderes Públicos visando superar os bloqueios institucionais e políticos que cercam o problema. Outrossim, não se está aqui negando a importância do Judiciário na proteção dos direitos fundamentais, atitude essencial para a sobrevivência do Estado Democrático de Direito.

No entanto, o ponto de reflexão cinge-se ao remédio a ser utilizado pelo Supremo. A experiência comparada do Direito não pode ser ignorada. Como visto, o ECI não produziu os resultados almejados pela Corte colombiana, revelando-se a teoria apenas mais uma faceta do ativismo judicial.

Por fim, longe de se esgotar o tema, o objetivo do presente ensaio foi traçar uma análise crítica dos processos estruturais e do ECI. Certamente, as discussões acerca da temática vão render muitos estudos e aprimoramentos pelos operadores do direito, mormente por ser um tema incipiente no cenário jurídico brasileiro.

## REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos Estruturais**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021

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

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 10 jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965**. Regula a ação popular. Brasília, DF: Presidente da República, 1965. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm). Acesso em: 6 mai. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Instituiu o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidente da República, 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 3 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão monocrática). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 786**. Relator Min. Rel. Alexandre de Moraes, 9 de fevereiro de 2021. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345629715&ext=.pdf>. Acesso em: 3 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**. CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente 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, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. [...]. Relator: Min. Rel. Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 24 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário nº 592.581/RS**. REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL. I - 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. [...]. Relator: Min. Rel. Ricardo Lewandowski. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308563123&ext=.pdf>. Acesso em: 3 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 822**. Relator: Min. Rel. Marco Aurélio [Data da última movimentação: 10 ago. 2021]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6150239>. Acesso em: 3 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 743**. Relator: Min. Rel. André Mendonça. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6150239>. Acesso em: 24 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 708**. Relator: Min. Rel. Roberto Barroso [Data da última movimentação: 10

ago. 2021]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6150239>. Acesso em: 3 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 682**. Relator: Min. Rel. Ricardo Lewandowski, 15 de maio de 2020.

Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343124071&ext=.pdf>. Acesso em: 3 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 866**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 20 de junho de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15347092070&ext=.pdf>. Acesso em: 3 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 760**. Relator: Min. Rel. Carmen Lúcia. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6049993>. Acesso em: 3 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF**. ARGÜIÇÃO 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 ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO) [...]. Relator: Min. Rel. Celso de Melo, julgado em 29 de abril de 2004. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2175381>. Aceso em: Acesso em: 2 maio 2022.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2019.

COLÔMBIA. [Constitución (1991)]. **Constitución Política de la República de Colombia**. Bogotá: Asamblea Nacional Constituyente, 1991. Disponível em:

<https://www.cijc.org/es/NuestrasConstituciones/COLOMBIA-Constitucion.pdf>. Acesso em: 3 maio 2022.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T-025/04**. [...]ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN LA POBLACION DESPLAZADA-Elementos/ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN LA POBLACION DESPLAZADA- Declaración

formal. Varios elementos confirman la existencia de un estado de cosas inconstitucional respecto de la situación de la población internamente desplazada [...]. Julgado em 2004. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: 3 maio 2022.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T-153/98. ESTABLECIMIENTO CARCELARIO-Condicion de hacinamiento/ESTABLECIMIENTO CARCELARIO-Perspectiva histórica del hacinamiento en Colombia/LEY DE ALTERNATIVIDAD EN LA LEGISLACION PENAL Y PENITENCIARIA-Descongestión carcelaria/ESTABLECIMIENTO CARCELARIO-Algunas causales explicativas de la gestión/ESTABLECIMIENTO CARCELARIO-Infraestructura y administración/ESTABLECIMIENTO CARCELARIO-Consecuencias del hacinamiento [...]**. Julgado em 28 de abril de 2004. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm>. Acesso em: 3 maio 2022.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Dez senões do processo estrutural. **Empório do direito**, [s. l.], 2021. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-181-dez-senoes-do-processo-estrutural>. Acesso em: 24 jan. 2022.

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

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FACHIN, Melina Girardi; SHINEMANN, Caio César. Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais de tutela jurisdicional de direitos prestacionais. **Revista Estudos Institucionais**, vol.4, 1, 2018.

FISS, Owen. **Direito como razão pública**: processo, jurisdição e sociedade. Curitiba: Juruá, 2017.

FISS, Owen. **Models of Adjudication** – Transcrição da apresentação do professor Owen Fiss. Caderno Direito GV.v.1, n 8, nov. 2005, p. 29. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/themes/Mirage2/pages/pdfjs/web/viewer.html?file=https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2810/direito%2008.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 2 maio 2022.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini, KAZUO, Watanabe. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

JOBIM, Marco Félix; HUGO DA ROCHA, Marcelo. **Medidas Estruturantes: origem em Brown v. Board of Education**. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marc, Marco Félix (Coord.). **Processos Estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2021.

LAZARI, Rafael de. Pires Hugo. **Estado de coisas inconstitucional**: um dilema judiciário da contemporaneidade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Revista dos Tribunais. Ano 25, vol. 100, mar-abri/2017.

LUCHETE, Felipe. Elaborar políticas públicas também é papel do judiciário. **Conjur**, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-30/elaborar-politicas-publicas-papel-judiciario-dizlewandowski>. Acesso em: 2 maio 2022.

MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. **Direito GV**, [s. l.], v. 15, n. 2, 2019. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/80272/76708>. Acesso em: 25 jan. 2022.

MEYER, Emilio Peluzo Neder. **Decisão e jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução Cristina Martins. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PORFIRIO, Camila Almeida. **Litígios estruturais**: legitimidade democrática, procedimento e efetividade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

REGO, Carolina Noura de Moraes Rêgo. **O Estado de Coisas Inconstitucional**: entre o constitucionalismo e o estado de exceção. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

ROSEMBERG, Gerald N. **The Hollow Hope**: Can Courts Bring about Social Change? Chicago: University Chicago, 2008.

SARAIVA, Carolina Barros. **Condução dialógica dos processos estruturais no Supremo Tribunal Federal**. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marc, Marco Félix (Coord.). **Processos Estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2021.

SILVA, Alexandre Vitorino. **Estado de Coisas Inconstitucional e processo estrutural**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2020.

UNITED STATES COURTS. History - **Brown v. Board of Education Re-enactment**. Disponível em: <http://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/history-brown-v-board-education-re-enactment>. Acesso em: 10 jan. 2022.

VALIM, Rafael Ramires Araújo. **O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros. 2010.

OCHA. United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs. **Global humanitarian overview 2022**. Disponível em: <https://www.unocha.org/sites/unocha/files/Global%20Humanitarian%20Overview%202022.pdf>. Acesso em: 05 mai. 2022

VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural**: teoria e prática. Salvador: Editora