

VOTO

O Senhor Ministro Gilmar Mendes: Trata-se de *habeas corpus* coletivo impetrado pela Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo, contra acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, assim ementado:

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS DE INTERNOS. HABEAS CORPUS COLETIVO. INADMISSIBILIDADE. NECESSIDADE DE AMPLA DILAÇÃO PROBATÓRIA E ESTABELECIMENTO DO CONTRADITÓRIO. EXISTÊNCIA DE VIA ADEQUADA AO TRATAMENTO DA MATÉRIA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO CARACTERIZADA. INSURGÊNCIA DESPROVIDA. 1. No caso, a Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo pretende deflagrar demanda coletiva em favor de todos os adolescentes que se encontram privados de suas liberdades na Unidade de Internação Regional Norte, em Linhares/ES, noticiando a existência de condições que violam a dignidade da pessoa humana. 2. Embora seja certo que as alegações formuladas pela Defensoria Pública têm reflexo na liberdade de locomoção dos internos, as pretensões recursais são voltadas contra o Poder Executivo do Estado do Espírito Santo, de cunho eminentemente administrativo, recomendando a adoção de 9 (nove) providências por parte da administração pública que, supostamente, teriam o condão de superar a alegada violação aos direitos humanos dos adolescentes.

3. A pretensão, de nítida natureza de tutela coletiva, transborda os limites cognitivos próprios da via eleita, já que se revela imprescindível não só o estabelecimento do contraditório com a administração pública que poderá suportar os efeitos de eventual decisão de mérito, mas ampla dilação probatória para que haja suporte suficiente à esmerada análise da pretensão recursal, tudo em respeito à garantia processual prevista no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. 4. Havendo no ordenamento jurídico via adequada ao tratamento da matéria, para a qual, inclusive, a Defensoria Pública é legitimada, nos termos do artigo 5º, inciso II, da Lei n. 7.347/85, não se vislumbra ilegalidade no acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, que não conheceu da tutela coletiva pretendida, afastando-se eventual alegação de violação ao artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. 5. Esta Corte Superior de Justiça tem entendimento no sentido de não ser cabível a impetração de *habeas corpus* coletivo, sendo imprescindível a identificação dos pacientes e a individualização do

alegado constrangimento ilegal. Precedentes. 6. Agravo regimental desprovido". (RHC-AgR 69.773/ES)

A impetrante pugna pela concessão da ordem, a fim de que: a) seja tutelada a liberdade ambulatorial de Paulo Alvarez Marques Cesário, Miqueias dos Santos Barbosa, Adenilson Ribeiro Damião e Flávio da Silva, adolescentes que teriam sido vítimas de maus-tratos e tortura; e b) seja tutelada a liberdade ambulatorial de todos os internos da UNINORTE, devido ao quadro de violação aos direitos humanos, sugerindo, como solução, a adoção do princípio do *numerus clausus*.

Inicialmente, o relator julgou o *habeas* prejudicado em relação aos pacientes especificados, tendo em vista que não se encontram mais custodiados na UNINORTE, e não conheceu do restante da impetração, pois " a jurisprudência desta Corte entende ser manifestamente incabível *habeas corpus* que busque beneficiar uma coletividade indeterminada de pessoas, ou seja, quando os pacientes não podem ou não são identificados ". (eDOC 61)

Interposto agravo regimental, o relator **reconsiderou a decisão**, tendo em vista os precedentes assentados pela Segunda Turma no HC 143.641 e HC 269.265.

Conforme relatado, **há grave quadro de desrespeito aos direitos humanos na Casa de Custódia UNINORTE**. Nesse sentido, destaca-se a superlotação; as condições degradantes do local; os relatos de agressões, maus-tratos e torturas; o elevado número de mortes ocorridas no local; as violações já reconhecidas pela CIDH; entre outros argumentos.

Nos termos expostos pelo relator, a **situação é claramente alarmante**. Assim, conclui que " os direitos fundamentais dos adolescentes internados estão a sofrer graves violações motivadas pela superlotação, razões pelas quais não podem permanecer na situação degradante em que se encontram ".

Diante disso, a partir da aplicação do princípio do *numerus clausus*, fixou limite de internos na UNINORTE de Linhares/ES em um percentual de 119% da ocupação. Assim, determinou:

“9.1 que na Unidade de Internação Regional Norte em Linhares /ES, onde há execução de medida socioeducativa de internação, a delimitação da taxa de ocupação dos adolescentes internos em 119%, procedendo-se a transferência dos adolescentes sobressalentes para outras unidades que não estejam com capacidade de ocupação superior à taxa média de 119%;

9.2 subsidiariamente, caso a transferência não seja possível, o magistrado deverá atender ao parâmetro fixado no art. 49, II, da Lei 12.594/2012, até que seja atingido o mencionado percentual máximo de ocupação;

9.3 na hipótese de impossibilidade de adoção das medidas supra, que haja conversão de medidas de internação em internações domiciliares;

9.4 alternativamente, a adoção justificada pelo magistrado das diretrizes sucessivas constantes do pedido inicial”. (eDOC 87, p. 11)

Conforme informações prestadas pelo Juízo de origem, a liminar deferida no STF foi devidamente cumprida, estando a UNINORTE com taxa de ocupação inferior aos 119% autorizados. (eDOC 106)

Além disso, o CNJ remeteu informações, afirmando que, no Brasil, verifica-se **taxa média de ocupação nacional de 99%** nas Unidades de Internação e Semiliberdade, segundo dados de inspeções realizadas no 3º bimestre de 2018. Contudo, há diversos estados com percentuais elevados, como, por exemplo, Acre (153%), Bahia (146%), Espírito Santo (127%), Pernambuco (121%), Rio de Janeiro (175%), Rio Grande do Sul (150%) e Sergipe (183%). (eDOC 122)

Em manifestação posterior, a Defensoria Pública do Espírito Santo informou o descumprimento da liminar a partir do final de outubro de 2018 e noticiou que “ *inúmeras liminares vêm sendo deferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, que não está se atentando para a situação de descumprimento da decisão exarada neste Habeas Corpus Coletivo* ”. (eDOC 187)

Em seguida, o GAETS requereu a **extensão da decisão liminar** “ *para as unidades socioeducativas localizadas nos estados da BAHIA, CEARÁ, PERNAMBUCO E RIO DE JANEIRO, que enfrentam situação semelhante ao Estado do Espírito Santo* ” (eDOC 247). Quanto a tal pedido, a PGR opinou favoravelmente (eDOC 258).

Diante disso, o relator concedeu a extensão, afirmando que “ a farta documentação acostada aos autos revela similitude e está a reclamar identidade de tratamento jurídico aos pacientes de outras unidades da federação, adotando provisoriamente a mesma taxa de ocupação (119%) “. Assim, determinou:

“14.1 que nas Unidades de Internação dos Estados do Ceará, Bahia, Pernambuco e Rio de Janeiro, onde há execução de medida socioeducativa de internação, se observe a delimitação da taxa de ocupação dos adolescentes internos em 119%, procedendo-se a transferência dos adolescentes sobressalentes pra outras unidades que não estejam com capacidade de ocupação superior à taxa média de 119%:

14.2 subsidiariamente caso a transferência não seja possível, o magistrado deverá atender ao parâmetro fixado no art. 49, II, da Lei 12.594/2012, até que seja atingido o mencionado percentual máximo de ocupação;

14.3 na hipótese de impossibilidade de adoção das medidas supra, que haja conversão de medidas de internação em internações domiciliares;” (eDOC 259)

A Procuradoria-Geral dos Estados do Rio de Janeiro e de Pernambuco interpuseram agravo regimental em relação à extensão concedida. (eDOC 286 e 315)

1. Do conhecimento do HC coletivo

Embora não previsto de modo expresso na legislação, o *habeas corpus* coletivo tem sido aceito por este Tribunal, a partir de marcante virada jurisprudencial. Anteriormente, tais impetrações não eram conhecidas ao argumento de que seria indispensável a individualização de cada paciente e a especificação de sua situação fática.

Contudo, em julgados recentes avançou-se na temática no sentido de viabilizar a verificação de situação de lesão a direitos individuais homogêneos, conforme previsto no art. 81, III, do CDC, perfeitamente identificáveis e com objeto cindível e divisível. (LEWANDOWSKI, Ricardo. *O habeas corpus coletivo*. In: ARABI; MALUF; MACHADO NETO (org.). **Constituição da República 30 anos depois**. Fórum, 2019. p. 59)

O art. 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos prevê que toda pessoa tem direito a um instrumento processual simples, rápido e efetivo, apto a tutelar um direito fundamental lesionado ou ameaçado. Nos termos decididos pela **Corte Interamericana de Direitos Humanos**, o *habeas corpus* “*cumprе com o objetivo de verificação judicial da legalidade da privação de liberdade*”, motivo pelo qual é essencial para “*controlar o respeito à vida e à integridade da pessoa, para impedir seu desaparecimento ou a indeterminação do lugar de sua detenção, assim como para proteger contra tortura ou outros tratamentos ou penas cruéis, inumanos ou degradantes*”. (*Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, j. 23.10.2010)

No ordenamento brasileiro, podemos encontrar argumentos favoráveis ao HC coletivo. Primeiramente, nos termos do art. 580 do CPP, os efeitos de uma concessão devem ser estendidos a corréu que se encontre em idêntica situação. Além disso, conforme o art. 654 do CPP, autoriza-se a concessão de *habeas corpus* de ofício quando os juízes e tribunais verificarem, no curso de qualquer processo, que uma pessoa sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.

Em termos funcionais, pode-se afirmar que a inadmissão da ação coletiva poderá gerar uma multiplicidade de processos individuais, com o indevido congestionamento do Poder Judiciário e a consequente demora na resolução da questão.

Diante disso, o STF tem conhecido e concedido *habeas corpus* coletivos. O principal precedente foi assentado pela Segunda Turma no HC 143.641, em favor de todas as mulheres presas preventivamente que ostentassem a condição de gestantes, puérperas ou mães de crianças, bem como em benefício das próprias crianças encarcerados.

Em relação à legitimidade, o voto condutor do relator, Ministro Ricardo Lewandowski, consignou a aplicação por analogia do art. 12 da Lei 13.300 /2016, que trata do mandado de injunção coletivo. A ementa restou assim definida:

“HABEAS CORPUS COLETIVO. ADMISSIBILIDADE. DOUTRINA BRASILEIRA DO HABEAS CORPUS. MÁXIMA EFETIVIDADE DO WRIT. MÃES E GESTANTES PRESAS. RELAÇÕES SOCIAIS MASSIFICADAS E BUROCRATIZADAS. GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS. ACESSO À JUSTIÇA. FACILITAÇÃO. EMPREGO DE REMÉDIOS PROCESSUAIS

ADEQUADOS. LEGITIMIDADE ATIVA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI 13.300/2016. MULHERES GRÁVIDAS OU COM CRIANÇAS SOB SUA GUARDA. PRISÕES PREVENTIVAS CUMPRIDAS EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. INADMISSIBILIDADE. PRIVAÇÃO DE CUIDADOS MÉDICOS PRÉ-NATAL E PÓS-PARTO. FALTA DE BERÇARIOS E CRECHES. ADFP 347 MC/DF. SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL. CULTURA DO ENCARCERAMENTO. NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO. DETENÇÕES CAUTELARES DECRETADAS DE FORMA ABUSIVA E IRRAZOÁVEL. INCAPACIDADE DO ESTADO DE ASSEGURAR DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS ENCARCERADAS. OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO DO MILÊNIO E DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. REGRAS DE BANGKOK. ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA. APLICAÇÃO À ESPÉCIE. ORDEM CONCEDIDA. EXTENSÃO DE OFÍCIO. I – Existência de relações sociais massificadas e burocratizadas, cujos problemas estão a exigir soluções a partir de remédios processuais coletivos, especialmente para coibir ou prevenir lesões a direitos de grupos vulneráveis. II – Conhecimento do writ coletivo homenageia nossa tradição jurídica de conferir a maior amplitude possível ao remédio heroico, conhecida como doutrina brasileira do habeas corpus. III – Entendimento que se amolda ao disposto no art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal - CPP, o qual outorga aos juízes e tribunais competência para expedir, de ofício, ordem de habeas corpus, quando no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal. IV – Compreensão que se harmoniza também com o previsto no art. 580 do CPP, que faculta a extensão da ordem a todos que se encontram na mesma situação processual. V - Tramitação de mais de 100 milhões de processos no Poder Judiciário, a cargo de pouco mais de 16 mil juízes, a qual exige que o STF prestigie remédios processuais de natureza coletiva para emprestar a máxima eficácia ao mandamento constitucional da razoável duração do processo e ao princípio universal da efetividade da prestação jurisdicional VI - A legitimidade ativa do habeas corpus coletivo, a princípio, deve ser reservada aqueles listados no art. 12 da Lei 13.300/2016, por analogia ao que dispõe a legislação referente ao mandado de injunção coletivo. (...)”. (HC 143.641, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe 9.10.2018)

Além de tal *leading case* da Segunda Turma, ao julgar o *Habeas Corpus* 118.536, o Ministro Dias Toffoli conheceu da impetração e concedeu a ordem para determinar ao STJ que processasse *writ* coletivo impetrado

perante aquela Corte. (HC 118.536, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 24.6.2018). Nos termos da decisão referida, “ o habeas corpus, que tutela direito fundamental tão caro para sociedade brasileira - a liberdade -, necessita ser repensado, justamente porque nossa Constituição prevê que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (CF, art. 5º, inciso XXXV), sobretudo dos mais vulneráveis, cujo tratamento coletivo desempenhará a relevantíssima função de promoção efetiva de acesso à justiça ”.

Portanto, não há óbice para o conhecimento desta impetração, de modo que passo a analisar o seu mérito.

2. Das premissas assentadas na ADPF 347: estado de coisas inconstitucional e encarceramento em massa

O Supremo Tribunal Federal há muito tem reconhecido a situação de calamidade que permeia o sistema carcerário brasileiro. Como já ressaltai anteriormente, a situação de penúria do sistema prisional do país é tão notória, o que quer se diga será expletivo e, claro, vergonhoso para todos nós. E como tenho destacado, não temos, no âmbito do Judiciário, sequer a desculpa de dizer que isso é responsabilidade da Administração, porque somos nós os administradores do sistema.

Em julgamento histórico, o Plenário deste Tribunal reconheceu um estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, ressaltando a violação sistemática e reiterada de direitos fundamentais em razão do tratamento desumano e da superlotação carcerária. Nos termos da ementa da ADPF 347 MC:

“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'. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão". (ADPF 347 MC, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJe 19.2.2016)

Sem dúvidas, tal estado de coisas inconstitucional, descrito em relação ao sistema penitenciário brasileiro em geral, **também pode ser verificado em diversos locais de internação de adolescentes**. Afirma-se que " *o quadro geral que se apresenta é de uma Justiça Juvenil que opera como um subsistema muito mais agressivo em relação aos adolescentes do que o sistema penal comum é para adultos* ", especialmente em razão da situação de vulnerabilidade de tal população. (SOUZA, Flora S.; FERRAZ, Hamilton G. A responsabilidade do judiciário brasileiro no encarceramento em massa juvenil. *RBCCRIM*, v. 129, mar./2017, p. 266)

Vivemos um cenário claro de **encarceramento em massa** e expansão do Direito Penal, eminentemente com fins simbólicos. Pode-se afirmar que o encarceramento em massa não se restringe à incorporação de populismo punitivo por parte das agências legislativas, mas pressupõe que os atores com poder de decisão na esfera processual penal legitimem as diretrizes punitivistas, concretizando-as através da racionalidade jurídico-instrumental (CARVALHO, Salo. *O Papel dos Atores do Sistema na Era do Punitivismo*. Lumen Juris, 2010, p. 59-60).

Conforme dados internacionais, os Estados Unidos são o país com a maior taxa de aprisionamento. Em 2011, analisando recurso proveniente de julgamento por colegiado judicial da Califórnia nas ações coletivas movidas por Coleman, Plata e outros contra os governadores Brown e Schwarzenegger, a Suprema Corte confirmou decisão local. Considerou que as reiteradas violações a direitos à assistência médica dos presos estavam ligadas à superpopulação carcerária. Em consequência, determinou que o

Estado da Califórnia elaborasse, em prazo curto, plano de redução da superpopulação, de forma a reduzir a ocupação – e aqui realmente é uma situação limítrofe – a um máximo de 137,5% (cento e trinta e sete vírgula cinco por cento) do número de vagas. Admitiu, portanto, esse excesso de 37,5% em relação às vagas existentes.

Trata-se de panorama semelhante, que embasou medidas ativas do Estado para sanar o cenário de violação massiva de direitos fundamentais dos presos.

3. Da proteção integral aos adolescentes em âmbito nacional e convencional

Conforme bem exposto pelo relator, nos termos da Constituição Federal, as crianças e os adolescentes são merecedores de proteção integral por parte da família, da sociedade e do Estado (arts. 227 e 228). Afirma-se que “ o princípio da humanidade está referido especificamente, quer na Constituição, quer na lei ordinária, em função da relevância atribuída pelo legislador à criança e ao adolescente ” (SHECAIRA, Sérgio S. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*, 2ª ed. RT, 2015. p. 149).

Em âmbito convencional, assegura-se:

Art. 19, CADH: “Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado”.

Art. 37, Conv. sobre Direitos da Criança (Dec. 99.710/1990): “Os Estados Partes zelarão para que:

a) **nenhuma criança seja submetida a tortura nem a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes . (...)**

(...)

c) **toda criança privada da liberdade seja tratada com a humanidade e o respeito que merece a dignidade inerente à pessoa humana** , e levando-se em consideração as necessidades de uma pessoa de sua idade. (...)

d) toda criança privada de sua liberdade tenha direito a rápido acesso a assistência jurídica e a qualquer outra assistência adequada, bem como direito a impugnar a legalidade da privação de sua liberdade perante um tribunal ou outra autoridade competente, independente e imparcial e a uma rápida decisão a respeito de tal ação”.

A **Corte Interamericana de Direitos Humanos** assentou precedente representativo na temática: *Caso “Instituto de Reeducação do Menor” vs. Paraguai*, julgado em 2004. Na situação analisada, comprovou-se que era um estabelecimento para internar adolescentes em conflito com a lei, o qual era integrado majoritariamente por meninos que vinham de setores marginalizados e chegou a nível de superpopulação de 50%, com internos detidos em celas insalubres, com escassas instalações higiênicas. Diante disso, a CIDH decidiu que “ *aos internos do Instituto não foi dado um tratamento em conformidade com sua dignidade de pessoas e não foram respeitados os padrões específicos para os meninos em relação à privação de liberdade*”.

Em diversos precedentes, a Corte assentou que “ *presos têm direito a viver em condições de detenção compatíveis com sua dignidade pessoal, e o Estado deve garantir-lhes o direito à vida e à integridade pessoal* ” (Caso Bulacio; Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outro; Caso Cantoral Benavides).

Consagram-se, portanto, obrigações positivas de atuação do Estado para efetivação dos direitos convencionais. Nos termos decididos pela CIDH, “ *o direito à vida e o direito à integridade pessoal não somente implicam em que o Estado deve respeitá-los (obrigação negativa), mas, além disso, requer que o Estado adote todas as medidas apropriadas para garanti-los (obrigação positiva), em cumprimento de seu dever geral estabelecido no artigo 1.1 da Convenção Americana* ”.

Em caso envolvendo especificamente o Brasil (*Caso Crianças e Adolescentes Privados de Liberdade no Complexo do Tatuapé da FEBEM v. Brasil*), a **Corte Interamericana de Direitos Humanos** deferiu medidas provisórias para determinar a proteção de crianças e adolescentes privados de liberdade no Complexo do Tatuapé da FEBEM. Relatava-se a ocorrência de problemas graves de saturação e deficientes condições de higiene e saúde. Diante disso, a Corte assentou o dever do Estado de resguardar tais pessoas.

Por óbvio, **não se defende aqui a absoluta soltura de adolescentes que tenham cometido fatos graves**, especialmente com violência contra outra pessoa. Tais fatos precisam ser devidamente acautelados e medidas precisam ser adotadas para evitar a sua ocorrência ou reincidência.

Contudo, o Estado deve respeitar um padrão mínimo de dignidade no cumprimento das medidas socioeducativas de internação determinadas. Precisamos, como sociedade, entender que ao tratarmos os internados de modo desumano, abusivo e agressivo, **corrompem-se claramente os objetivos de ressocialização que orientam o sistema**. Ou seja, ao invés de reduzir o cometimento de novos fatos graves, amplia-se o ciclo de violência e seletividade, que só acarretará mais criminalidade à sociedade.

4. Ações estruturais e atuação judicial sobre políticas públicas

Este caso apresenta todas as características de uma ação estrutural. Com efeito, na doutrina constitucional, as ações estruturais são compreendidas como aquelas destinadas a corrigir falhas estruturais de políticas públicas que violam direitos e garantias fundamentais de um número significativo de pessoas.

Essas violações decorrem do *deficit* de atuação do poder público e comumente exigem soluções complexas, que devem ser implementadas de forma progressiva e gradual, por meio de um processo contínuo que demanda tempo e atenção dos atores envolvidos (ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism** : tempest in a teapot? *Ottawa Law Review*, v. 41, n. 2, 2010, p. 200).

É importante destacar que as ações estruturais tiveram origem nos Estados Unidos, a partir do precedente firmado no caso *Brown v. Board of Education*.

Esse julgamento, ocorrido em 1954, deu origem a um conjunto de demandas destinadas a promover a dessegregação racial no sistema de ensino dos Estados Unidos, em intervenções que duraram até, aproximadamente, a década de 1990.

Os resultados atingidos em *Brown* levaram ao ajuizamento de outras ações semelhantes nos Estados Unidos, bem como a utilização dessa experiência de litigância estratégica em outros países, como no Canadá, na África do Sul, Índia, Colômbia, Argentina, Peru e no Brasil.

Na Colômbia, a Corte Constitucional promoveu uma releitura própria da doutrina das ações estruturais, adaptando-a ao contexto das graves violações de direitos encontradas em países de desenvolvimento tardio da América Latina. Essa adaptação deu origem ao instituto do **estado de coisas**

inconstitucional, reconhecido pelo STF na ADPF 347, que trata das condições degradantes do sistema penitenciário nacional.

Anote-se que a utilização desses institutos que buscam promover a melhoria da *performance* do Estado na tutela e proteção dos direitos fundamentais exige rigor teórico e prático, sob pena de distanciamento das suas verdadeiras origens e finalidades, com o uso meramente retórico de modelos estrangeiros e o possível conflito com outros princípios e valores constitucionais caros ao nosso sistema, como o princípio da separação dos poderes e do Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF/88), que privilegiam, *a priori*, as opções legitimamente chanceladas pelo voto popular na definição e implementação de políticas públicas.

Nessa linha, a literatura estrangeira aponta para a existência de alguns requisitos que caracterizam uma as **demandas ou ações estruturais** como, por exemplo:

a) a situação de violação real e atual de direitos de um grupo significativo de pessoas, o que não resta comprovado quando se está diante de violações já ocorridas no passado, em questões que envolvam o interesse público, de forma mais ampla ou, ainda, de expectativas legítimas da sociedade na melhoria da eficiência estatal, por exemplo (FISS, Owen. Foreword: The Forms of Justice. **Harvard Law Review**, v. 93, n. 1, p. 23, 1979);

b) a caracterização de uma situação de inércia e/ou omissão estatal na proteção e promoção desses direitos fundamentais. Nesse sentido, a doutrina entende que para os casos de desatenção ou desconhecimento do Estado sobre determinada situação, deve-se optar pela prolação de decisões declaratórias. Já nos casos de omissão que decorram de persistente incompetência ou intransigência estatal, admite-se o uso de instrumentos mais interventivos de atuação judicial (ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey . **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism** : tempest in a teapot? *Ottawa Law Review*, v. 41, n. 2, 2010, p. 198; ROACH, Kent; BUDLENDER, Geoff. *Mandatory Relief and Supervisory Jurisdiction: when is it appropriate, just and equitable?* **The South African Law Journal**, p. 345 e ss.);

c) a urgência e necessidade da intervenção judicial, de modo que nos casos em que a demora na atuação do Estado possa causar prejuízos irreparáveis aos indivíduos prejudicados, há uma maior legitimidade para a atuação judicial. Por outro lado, quando esses direitos podem ser equacionados através do processo político

ordinário, ainda que de maior duração, deve-se privilegiar a atuação das instâncias representativas (ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey . **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism** : tempest in a teapot? Ottawa Law Review, v. 41, n. 2, 2010, p. 199);

d) a complexidade da demanda e das medidas necessárias à concretização dos direitos fundamentais impactados. Nesse sentido, essas ações normalmente não podem ser resolvidas com base em apenas uma ordem simples e detalhada (*one-stop shop remedy*), mas sim através de diversas medidas complexas que compõem um processo contínuo, progressivo e gradual (ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey . **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism** : tempest in a teapot? Ottawa Law Review, v. 41, n. 2, 2010, p. 200).

Por outro lado, a jurisprudência do estado de coisas inconstitucional, firmada pela Corte Constitucional da Colômbia e incorporada ao Brasil durante o julgamento da ADPF 347, prevê, entre outros, os seguintes requisitos para a sua configuração: (i) a violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais que afetam um número significativo de pessoas ; (ii) a prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantia desses direitos; (iii) a adoção de práticas inconstitucionais; (iv) a não expedição de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias necessárias para evitar a violação dos direitos; (v) a existência de um problema social cuja solução requer a intervenção de várias entidades e a adoção de um conjunto completo e coordenado de ações.

A atuação judicial nessas demandas também suscita as mais variadas críticas. Em termos gerais, a principal crítica às ações e decisões de natureza estrutural converge para o fato de elas serem exemplos típicos do ativismo judicial que gera o risco de criação de um sistema político dominado por uma aristocracia de agentes públicos não eleitos pelo povo, a ditadura da toga ou dos juízes (DANTAS, Eduardo Sousa. *Ações Estruturais e o Estado de Coisas Inconstitucional: a tutela de direitos fundamentais em casos de graves violações pelo poder público*. Curitiba: Juruá, 2019. p. 71).

Analisando-as em termos específicos, três pontos se destacam: a crítica de caráter democrático, a crítica institucional e a crítica liberal. A primeira entende que a intervenção judicial em atos praticados pelos demais Poderes, que são eleitos pelo povo, seria antidemocrática. A segunda defende a falta de conhecimento e *expertise* do Poder Judiciário para intervir em questões técnicas ou que demandem um intenso debate público. A terceira defende a usurpação, pelo Judiciário, das atribuições dos demais

Poderes (DANTAS, Eduardo Sousa. *Ações Estruturais e o Estado de Coisas Inconstitucional: a tutela de direitos fundamentais em casos de graves violações pelo poder público*. Curitiba: Juruá, 2019. p. 73).

Em relação à crítica democrática, é importante assentar que ela pressupõe o funcionamento em um bom nível do Poder Legislativo e das instituições democráticas no tratamento de questões envolvendo políticas públicas, não levando em consideração questões práticas como a omissão no trato de assuntos relevantes e, por vezes, a persistente e insustentável omissão inconstitucional do Legislativo e Executivo na concretização de direitos fundamentais, além da influência do poder econômico, a sobre-representação de grupos hegemônicos e a sub-representação das minorias.

A título de exemplo, o jurista neozelandês Jeremy Waldron, um dos mais ferrenhos críticos ao *judicial review* e importante defensor das prerrogativas do Parlamento de decidir sobre o conteúdo e as implicações dos direitos e garantias fundamentais, embasa sua teoria em observações empíricas realizadas em países desenvolvidos, como a Inglaterra, a Nova Zelândia, o Canadá e a Austrália.

Esse autor afirma, expressamente, que o seu modelo contrário à intervenção judicial demanda a implementação de algumas condições, dentre as quais destacam-se: a) o bom funcionamento das instituições democráticas, o que inclui a existência de um Poder Legislativo eleito em bases representativas, a partir do sufrágio universal e do direito à igual participação política dos indivíduos; b) o comprometimento da maior parte dos membros da sociedade e da maioria dos agentes públicos com as ideais de direitos individuais e das minorias.

Portanto, os *déficits* de atuação das instâncias democráticas na proteção dos direitos das minorias e a invisibilidade desses grupos no processo político, inclusive pela ausência de representantes desses setores sociais, desconstrói grande parte das críticas e dos pressupostos daqueles que defendem a adoção de posturas judiciais de maior autocontenção judicial (*judicial self-restraint*) em casos de graves violações de direitos.

Os defensores da crítica democrática à atuação judicial também ignoram que nem todas as questões decididas judicialmente se encontram dentro do que é negociável ou transigível, em termos políticos.

Sabe-se que o Parlamento é o *locus* adequado para a realização de acordos e negociações que permitam a acomodação dos mais variados

interesses existentes na sociedade, possibilitando a tomadas de decisões em amplas bases consensuais.

Contudo, há diversos casos que demonstram a impossibilidade de negociação ou de espera pela decisão política, justamente porque tratam da aplicação dos direitos e garantias fundamentais já reconhecidos a todos os indivíduos mas que não alcançam determinadas minorias.

A legitimidade da atuação judicial nestes casos é reconhecida mesmo para os defensores das teorias procedimentalistas de justiça, democracia e direitos fundamentais, que veem com ressalvas a possibilidade de efetivação de direitos descritos em cláusulas vagas e ambíguas por tribunais compostos por juízes não eleitos e nem submetidos diretamente ao controle do eleitorado.

A título de exemplo, John Hart Ely, em sua conhecida obra *Democracy and Distrust*, não só admite como exalta a possibilidade de atuação judicial em favor de minorias hostilizadas e estigmatizadas, os eternos perdedores do processo político, para que elas desfrutem do mesmo nível de proteção de direitos atribuído às maiorias (ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980. p. 103).

Isso porque se compreende que essas minorias se encontram em verdadeiras situações de brechas ou fossos inconstitucionais, espaços do não direito para os quais esses grupos sociais invisíveis e impopulares são empurrados. Os exemplos dessas minorias são os presidiários, os adolescentes infratores e a população negra e pobre no Rio de Janeiro submetida a alarmantes níveis de letalidade policial, como tratado na ADPF 635.

Nesses casos, os direitos fundamentais dessas pessoas permanecem, na maior parte do tempo, abaixo do radar das discussões da opinião pública. Ademais, os casos de graves violações de direitos fundamentais por vezes não envolvem grandes divergências acerca da existência, definição ou conteúdo do direito em disputa já que, em inúmeras situações, as violações aos direitos fundamentais são flagrantes e evidentes.

Nessas situações, o foco da questão não é sobre a existência ou delimitação de um direito fundamental, mas sim sobre como concretizar ou garantir minimamente direitos básicos já definidos pelos poderes

democráticos a todos os cidadãos, mesmo diante de uma situação de prolongada inércia e omissão do poder público na efetivação dessas garantias básicas a determinados grupos.

Em situações como essa, na qual já há, por vezes, até mesmo a definição de determinada prestação material por parte do poder público, que só não é cumprida em virtude das falhas burocráticas do Estado, não há de se falar sequer em ativismo judicial.

Por exemplo, em casos envolvendo a saúde pública, restou definido na decisão proferida na Suspensão de Tutela Antecipada 175, de minha Relatoria, que a efetivação judicial de uma política pública já prevista pelos demais poderes não representaria intervenção ilegítima ou violação aos princípios da democracia e da separação de poderes.

Ademais, a atuação judicial nesses casos pode trazer à lume o debate público sobre a *performance*, a *accountability* (responsabilização) e transparência da atuação dos órgãos públicos, aproximando-se de uma concepção de democracia participativa direta.

No que se refere à crítica institucional, esse argumento ganha relevância e pertinência por conta das características das ações que envolvem intervenções em políticas públicas em larga escala, em especial a partir da complexidade desses casos, que envolvem problemas policêntricos e intimamente conexos, bem representados pela metáfora da teia de aranha de Lon Fuller e Keneth Winston (FULLER, Lon L.; WINSTON, Keneth I. The Forms and Limits of Adjudication. *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, p. 395).

Para Fuller e Winston, as políticas públicas de larga escala possuem diversos pontos de contato e tensão, de modo semelhante a uma teia de aranha.

Portanto, a modificação de determinado ponto de uma política pública faz com que a tensão exercida sobre essa teia imaginária seja redistribuída para todas as outras partes e problemas conexos, seguindo um padrão complexo que não pode ser inteiramente previsto (FULLER, Lon L.; WINSTON, Keneth I. The Forms and Limits of Adjudication. *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, p. 395).

Essa crítica certamente valoriza a *expertise* dos órgãos públicos e das partes. Contudo, a adoção de instrumentos de decisão e implementação de decisões judiciais dotados de maior horizontalidade, como a aplicação da

teoria dos diálogos institucionais e de **instrumentos como a autocomposição, o monitoramento judicial, a realização de audiências públicas e a nomeação de peritos permite a superação dessa crítica.**

Até mesmo porque a valorização da *expertise* da parte demandada pode representar, em inúmeras situações, na manutenção de situações flagrantemente inconstitucionais.

Há uma certa variante dessa crítica institucional que aponta para o fato de que a incorporação dessas teorias estrangeiras demandaria um redesenho ou aperfeiçoamento institucional do processo decisório do STF (VIEIRA, Jose Ribas. **Estado de coisas fora do lugar (?)** . Portal Jota. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/estado-de-coisas-fora-lugar-05102015>>. Acesso em: 02 dez. 2018).

Entendo que essa crítica é, em parte, procedente, em especial quando reforça a necessidade de acompanhamento e fiscalização, por parte do colegiado, de eventual decisão que busque modificar as diretrizes de uma política pública em larga escala como ocorre no caso em análise.

Não é demais ressaltar que as experiências exitosas de ações estruturais ocorreram principalmente nos casos em que houve um adequado monitoramento das medidas de implementação por parte do Poder Judiciário, em cooperação e diálogo com os atores processuais e demais interessados.

Por último, no que se refere à crítica liberal, ela decorre da ideia do liberalismo moderno que consolidou a divisão do poder enquanto garantia dos cidadãos. Não obstante, não se deve vislumbrar o princípio da separação dos poderes de forma estanque e estática, simbolizado através da dicotomia Legislativo/questões de política e Judiciário/questões de princípios ou de direitos (BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais* : a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 223.).

Conforme defendido pela doutrina, esse modelo de separação estanque de funções estatais por vezes se confunde, uma vez que diversas questões de direitos estão umbilicalmente conectadas com questões de políticas. Desta feita, tais questões podem ser decididas em fóruns políticos superpostos e diversamente representativos, incluindo o Poder Judiciário.

Ou seja, parte-se de uma concepção mais fluida do princípio da separação dos poderes, que se aproxima da concepção norte-americana de *checks and balances* ou do controle de um poder pelo outro.

Anote-se que o alegado óbice da separação de poderes não impede sequer a prolação de novas decisões específicas sobre o mérito da causa após a prolação dessa cautelar, ou até mesmo após o julgamento da questão de fundo pelo Tribunal.

Com efeito, analisando essa questão no caso *Doucet-Boudreau*, no Canadá, Paul Rouleau e Linsey Sherman defendem a constitucionalidade da adoção de ordens flexíveis, com a retenção da jurisdição, durante a fase de implementação das medidas estabelecidas em ações estruturais (ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey . **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism** : tempest in a teapot? *Ottawa Law Review*, v. 41, n. 2, 2010, p. 178-183).

De fato, para os autores, essas medidas não ferem o princípio da separação de poderes e a teoria dos diálogos institucionais, que é da tradição do constitucionalismo canadense (ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey . **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism** : tempest in a teapot? *Ottawa Law Review*, v. 41, n. 2, 2010, p. 178-183).

Pelo contrário, uma medida judicial específica, fechada, excessivamente detalhada e unilateralmente estabelecida pelo Poder Judiciário é que poderia gerar atritos indevidos com a separação dos poderes, já que excluiria qualquer possibilidade de diálogo de modo a permitir a expansão indevida dos poderes judiciais sobre os domínios dos Poderes Executivo e Legislativo (ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey . **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism** : tempest in a teapot? *Ottawa Law Review*, v. 41, n. 2, 2010, p. 178-184).

Por outro lado, as decisões flexíveis, progressivas e graduais nas demandas estruturais podem reafirmar a noção de que Judiciário, Executivo e Legislativo devem trabalhar de forma interdependente no reforço à democracia e na efetivação dos direitos fundamentais (ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey . **Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism** : tempest in a teapot? *Ottawa Law Review*, v. 41, n. 2, 2010, p. 178-184).

É importante ressaltar que essa concepção dos autores acabou sendo acolhida pela Suprema Corte do Canadá, ao final do julgamento do caso *Doucet-Boudreau* (ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey . **Doucet-**

Boudreau, dialogue and judicial activism : tempest in a teapot? Ottawa Law Review, v. 41, n. 2, 2010, p. 178-184).

É certo ainda que a intervenção judicial em políticas públicas deve observar alguns parâmetros, conforme já destacado, entre os quais deve-se reiterar: a) a constatação da violação dos direitos fundamentais de um grupo específico de usuários ou destinatários de determinada política ou serviço público; b) a verificação de que essa violação decorre de uma omissão inconstitucional prolongada e insustentável; c) a demonstração da urgência e necessidade de intervenção judicial.

O próprio STF estabeleceu alguns precedentes nos quais admitiu a intervenção judicial em políticas públicas, como na saúde, na questão penitenciária, entre outras. Podemos destacar, por exemplo, o RE 592.581, no qual a Corte assentou a possibilidade de intervenção judicial para determinar a realização de obras emergenciais em presídios; a própria ADPF 347, no qual determinou-se a liberação de recursos do Funpen em face do estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário; o *Habeas Corpus* coletivo 143.641, que garantiu o direito à prisão domiciliar às gestantes grávidas; o RE 641.320, que deu origem à Súmula Vinculante nº 56, que impede a manutenção de presos em regime prisional mais gravoso, possibilitando, por exemplo, a saída antecipada ou a monitoração eletrônica; e, recentemente, na ADPF 635 sobre letalidade policial no Rio de Janeiro.

O caso em análise se adéqua às premissas acima estabelecidas , em especial por tratar de graves violações de direitos fundamentais dos adolescentes aprisionados em estabelecimentos superlotados, em condições degradantes, em virtude de prolongada e injustificável omissão do poder público na tutela dos seus direitos.

Por fim, ressalto que o acompanhamento das medidas definidas é essencial para o objetivo pretendido com esse julgamento. Desta feita, **a proposta apresentada pelo eminente Relator para criação de observatório para supervisionar a implementação das medidas é pioneira e louvável.**

No processo de implementação das decisões, os tribunais podem se valer da ajuda de terceiros que não integram a lide para a apresentação de

propostas de implementação que envolvam conhecimentos técnicos, para o acompanhamento, in loco, das medidas executivas implementadas ou para a resolução de pequenas divergências surgidas no decorrer desse processo.

De acordo com Colin Diver, esses experts podem desempenhar diversas funções no processo de implementação, como a verificação do cumprimento da decisão, a mediação de disputas, a celebração de acordos e a resolução de pequenas divergências (DIVER, Colin. Judge as political powerbrokers: superintending structural change in public institutions. *Virginia Law Review*, v. 65, p. 105, 1979.)

De fato, nas ações estruturais os mestres e experts auxiliam o tribunal na elaboração do remédio adequado para cada caso, sendo inclusive responsáveis pela criação dos planos judiciais implementados pelas cortes, tal como ocorreu no caso *Swann v. Charlotte-Meckelburg Board of Education* (COLUMBIA LAW SCHOOL. The remedial process in institutional reform litigation. *Columbia Law Review*, v. 78, n. 784, p. 799-800)

Na Colômbia e na Índia, a Corte Constitucional e Suprema Corte daqueles países passaram a adotar a prática de nomearem, em determinados casos, uma comissão de acompanhamento e comissões sociojurídicas responsáveis por acompanhar a fase de implementação das decisões. No caso específico da Índia, essas comissões sociojurídicas foram incumbidas de realizar inspeções em determinados lugares, coletar informações e evidências e efetuar constantes monitoramentos de questões importantes para a resolução dos casos judiciais (GURUSWAMY, Menaka; ASPATWAR, Bipin. Access to justice in India: The jurisprudence (and self-perception) of the Supreme Court. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia*. New York: Cambridge University Press. 2013. p. 351).

5. Dispositivo

Diante do exposto, acompanho o relator para **conceder o habeas corpus coletivo** nos termos delimitados em seu voto.

É como voto.