

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
MESTRADO EM DIREITO E INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE JUSTIÇA

DEOMAR DA ASSENÇÃO AROUCHE JUNIOR

**OS PROCESSOS ESTRUTURANTES NO ÂMBITO DA JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL: a construção da decisão adequada por meio do diálogo
institucional**

São Luís

2021

DEOMAR DA ASSENÇÃO AROUCHE JUNIOR

**OS PROCESSOS ESTRUTURANTES NO ÂMBITO DA JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL: a construção da decisão adequada por meio do diálogo
institucional**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça, da Universidade Federal do Maranhão, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Márcia Haydée Porto de Carvalho

São Luís

2021

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Núcleo Integrado de Bibliotecas/UFMA

Arouche Junior, Deomar da Assenção.

Os processos estruturantes no âmbito da jurisdição constitucional: a construção da decisão adequada por meio do diálogo institucional / Deomar da Assenção Arouche Junior. - 2021.

140 f.

Orientador(a): Márcia Haydée Porto de Carvalho.

Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça/ccso, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2021.

1. Ativismo judicial. 2. Jurisdição constitucional. 3. Omissões inconstitucionais. 4. Processos estruturantes. 5. Revisão judicial. I. Porto de Carvalho, Márcia Haydée. II. Título.

DEOMAR DA ASSENÇÃO AROUCHE JUNIOR

**OS PROCESSOS ESTRUTURANTES NO ÂMBITO DA JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL: a construção da decisão adequada por meio do diálogo
institucional**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça, da Universidade Federal do Maranhão, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça.

Aprovada em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dr.^a Márcia Haydée Porto de Carvalho (Orientadora)

Universidade Federal do Maranhão

Prof. Dr. Newton Pereira Ramos Neto (UFMA)

Universidade Federal do Maranhão

Prof. Dr. Sandoval Alves da Silva (UFPA)

Universidade Federal do Maranhão

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos (suplente – UFMA)

Universidade Federal do Maranhão

AGRADECIMENTOS

O início da jornada de construção deste trabalho ocorreu em período de grande tristeza e dificuldade. Em 5 de janeiro de 2018, o meu pai, Deomar da Assenção Arouche, deixou esse plano para descansar junto ao Senhor. Os meses que se seguiram foram extremamente difíceis em razão do inconformismo pela ausência abrupta. Cinco meses após finalmente retornar à São Luís, os acontecimentos foram completamente diferentes do esperado. Em meio a essa circunstância, era difícil manter o foco em atividades rotineiras.

O plano de ingressar no mestrado da Universidade Federal do Maranhão (UFMA) já vinha sendo cogitando há algum tempo. Em meio a essa fase difícil, foi iniciada a preparação de um anteprojeto para participar da seleção que ocorreria no mesmo ano de 2018. Não bastassem as dificuldades mencionadas, veio a mudança de São Luís para Bacabal, que no primeiro momento causou apreensão, mas que posteriormente se transformou em uma fase de grande felicidade, permitindo a vivência de experiências inéditas, intensas e inspiradoras, que tem se somado a esse momento de alegria. Essa contextualização serve para dimensionar a sinceridade dos agradecimentos a seguir.

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, por ter me proporcionado todas as oportunidades durante a vida, que me permitiram chegar até aqui, especialmente por ter concedido a bênção de pertencer à minha família. Agradeço aos meus pais, Maria de Lourdes e Deomar da Assenção Arouche, por terem me dado todo o suporte e formação que me permitiram galgar conquistas ao longo da vida.

À minha esposa, Lorena Michelle Melo Aguiar Arouche, pelo apoio incondicional, compreensão pelos momentos de ausência, carinho e companheirismo.

Aos meus irmãos, Márcio, por dividir as responsabilidades deixadas pelo nosso pai, e Rogério, pelo incentivo permanente.

Aos meus sobrinhos Dimitri, Dante, Emamuel, Davi e João, por proporcionarem alegria e diversão.

À Prof.^a Dr.^a Márcia Haydée, pela orientação de excelência que me permitiu um enorme aprendizado e crescimento profissional e acadêmico, pelo exemplo de dedicação, seriedade e comprometimento com o exercício da docência, especialmente no trato com os alunos.

A todos os meus familiares, primos, tios, tias, sogros, cunhadas e falecidos avós.

A todos os amigos, em especial aos do Dom Bosco (DB) e do Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça (PPGDIR) e da Justiça Federal,

entre os quais menciono, notadamente, o do Grupo Tarja, os da Subseção Judiciária de Tupã/SP, da 7ª Vara Federal de São Luís e da Subseção de Bacabal/Maranhão.

Ressalto a dedicação e a seriedade dos amigos da Subseção de Bacabal, o que me permitiu a tranquilidade para seguir e concluir o mestrado em um período de muitos desafios.

Aos professores doutores Roberto Veloso, Delmo Mattos, Newton Ramos, Edith Ramos, Artenira Silva, Paulo Roberto Ramos, Giovanni Bonato e Cássius Chai.

A todos os servidores do PPGDIR, sempre muito prestativos em auxiliar os alunos.

Por fim, agradeço à UFMA, por mais uma vez contribuir para o meu crescimento e formação acadêmica e humana.

“Tudo aquilo que o homem ignora não existe para ele. Por isso o universo de cada um se resume no tamanho de seu saber” (Albert Einstein).

RESUMO

Esta dissertação tem como objeto de estudo o processamento dos chamados processos estruturantes no âmbito da jurisdição constitucional. Fez-se uma análise das origens dessa categoria no direito norte-americano, com base na doutrina e em casos concretos decididos na Suprema Corte daquele país. Foram analisados outros casos, no direito comparado, ocorridos em países como Argentina, Colômbia, África do Sul e Índia. Após isso, tratou-se de pontos referentes à interpretação constitucional, ao ativismo judicial, ao controle de constitucionalidade, bem como de tópicos relacionados aos limites da atuação judicial e à legitimidade democrática. Considerando que, nas últimas décadas, diversas ações de cunho estruturante relacionadas às deficiências nas ações do Estado têm sido ajuizadas no Supremo Tribunal Federal, tornou-se necessária uma análise mais aprofundada do processamento dessas ações naquela instância. Por isso, o presente estudo analisou a evolução das técnicas de implementação de decisões proferidas em ações dessa natureza no direito comparado, para verificar a sua aplicabilidade no cenário brasileiro. Nesse contexto, buscou-se investigar os mecanismos disponíveis no sistema processual brasileiro que podem ser utilizados para dar mais efetividade à resolução de lides estruturantes. Nessas investigações, constatou-se a tendência de buscar solução para os litígios estruturais por meio de soluções dialógicas sem, no entanto, abrir mão de remédios interventivos mais fortes. Conforme verificado nos casos decididos pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, há quase um consenso de que as medidas a serem aplicadas para efetivar uma decisão devem ser escolhidas de acordo com as particularidades do caso concreto, mas sempre privilegiando a participação de outros atores no processo de construção da solução.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Jurisdição constitucional. Omissões inconstitucionais. Processos estruturantes. Revisão judicial.

ABSTRACT

This dissertation aims to study the process of the structural litigation on the Constitutional Jurisdiction. It has been analyzed the origins of this category of American law based on the doctrine and concrete cases decided by the Supreme Court of the United States of America. Another cases of the comparative law from countries as Argentina, Colombia, South Africa and India were analyzed. After that, some points as constitutional interpretation, judicial activism, judicial review and topics related to the democratic legitimacy of the Judiciary action were approached. Whereas that in the last decades various structural injunction about inefficiency of the State has been filled on the Supremo Tribunal Federal, it makes necessary a profound analysis of the processing of those actions. For this reason, the present study analyzed the evolution of the techniques of implementation of decisions made in structural injunctions in the comparative law in order to verify the applicability in the Brazilian law. In this sense, it was sought to investigate the mechanisms available in the Brazilian procedural law that can be applied to give more efficiency to structural litigation. In those investigations it was found a tendency to sought a solution to structural litigations through dialogical mechanisms without, however, giving up more intense intervention measures. According the cases decided by the Brazilian Supremo Tribunal Federal, it is almost a consensus about the fact that the measures to effectuate a decision, must be chosen for each case considering their particularities but always looking forward the participation of others players in the construction of the solution.

Keywords: Judicial activism. Constitutional jurisdiction. Unconstitutional omissions. Structural litigation. Judicial review.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACP	Ação Civil Pública
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
art.	artigo
CE	Ceará
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
Covid-19	<i>Coronavirus disease</i>
CPC	Código de Processo Civil
CSJN	<i>Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina</i>
DB	Dom Bosco
DF	Distrito Federal
ECI	Estado de coisas inconstitucional
ES	Espírito Santo
HC	Habeas Corpus
HIV	Vírus da imunodeficiência humana
LGBT	Lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais
MC	Medida Cautelar
MI	Mandado de Injunção
MPF	Ministério Público Federal
nº	número
ONGs	Organizações não governamentais
PA	Pará
Pet	Petição
PPGDIR	Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça
PSOL	Partido Socialismo e Liberdade
RJ	Rio de Janeiro
RS	Rio Grande do Sul
STF	Supremo Tribunal Federal
SU	<i>Sentencia de Unificación</i>
T	Tutela
vol.	volume

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	O SISTEMA JUDICIAL, A REALIDADE FÁTICA, INTERPRETAÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS.....	18
2.1	O sistema constitucional e a função de efetivar os direitos fundamentais	19
2.1.1	A legitimidade do ordenamento jurídico e o agir comunicativo	21
2.1.2	Os processos estruturantes e a efetivação dos direitos	24
2.2	O papel das cortes constitucionais e as questões sociais estruturantes	27
2.3	A hermenêutica concretizadora	32
2.3.1	O método concretista.....	36
2.4	O papel do judiciário na atualização da Constituição: a Constituição viva	39
2.5	O ativismo judicial.....	41
2.5.1	O ativismo judicial estrutural	44
2.6	Críticas ao ativismo judicial, ao pós-positivismo brasileiro e ao neoconstitucionalismo	45
3	A SUPREMACIA JUDICIAL E A CONCRETIZAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	50
3.1	As origens do <i>judicial review</i>.....	50
3.1.1	A legitimidade do <i>judicial review</i>	51
3.2	A judicialização da política.....	56
3.3	A democratização do controle de constitucionalidade abstrato.....	58
3.4	Supremacia judicial <i>versus</i> supremacia legislativa	59
3.5	O controle de constitucionalidade e as teorias do diálogo	60
3.6	Sistemas de controle de constitucionalidade	61
3.7	O controle de constitucionalidade no Brasil	62
3.8	As omissões inconstitucionais	63
3.8.1	Parâmetro para identificação da omissão	67
3.9	As sentenças intermediárias	71
3.10	O diálogo institucional na jurisdição constitucional	73
3.10.1	O minimalismo e o maximalismo na decisão judicial.....	75
3.10.1.1	<i>Casos complexos e minimalismo</i>	76
3.11	As omissões por falhas estruturais e o controle de políticas públicas.....	77

3.12	A capacidade institucional do Poder Judiciário para o controle de políticas públicas.....	81
4	OS PROCESSOS ESTRUTURANTES.....	83
4.1	O caso <i>Brown v. Board of Education of Topeka</i>	84
4.1.1	Reforma estrutural e sistema penitenciário no caso <i>Holt v. Sarver</i>	86
4.2	As características do processo estrutural.....	89
4.3	A decisão no processo estrutural.....	90
4.3.1	Dificuldades para cumprimento da decisão na litigância estrutural.....	94
4.3.2	A definição conjunta da forma de cumprimento da decisão	97
4.3.2.1	<i>A definição dos remédios e a efetivação da decisão: as injunctions do processo norte-americano</i>	98
4.3.2.2	<i>Reações à atuação do judiciário</i>	100
5	A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS POR MEIO DOS PROCESSOS ESTRUTURANTES NO BRASIL E EM OUTROS PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO	102
5.1	Direitos sociais e processos estruturantes	103
5.2	O estado de coisas inconstitucional na Colômbia.....	107
5.2.1	Legitimidade democrática do estado de coisas inconstitucional e diálogo institucional	112
5.2.2	Críticas ao estado de coisas inconstitucional	114
5.3	Arguição de preceito fundamental e tutela das omissões fático-substanciais..	117
5.4	A adequação da ADPF aos processos estruturais.....	119
5.4.1	Regras do processo civil brasileiro aplicáveis aos processos estruturais	124
6	CONCLUSÃO	130
	REFERÊNCIAS	134

1 INTRODUÇÃO

Devido às constantes transformações sociais, novas necessidades vão surgindo de modo que o ordenamento jurídico deve acompanhar essas mudanças. Assim, à medida que há uma transformação nas relações sociais, o ordenamento constitucional deve atender às novas necessidades de regulamentação. Quando os Poderes Executivo e Legislativo falham na missão de proporcionar as condições para a fruição dos direitos fundamentais básicos, o Judiciário aparece como última alternativa.

Considerando a estreita ligação entre uma democracia plena e a garantia de direitos sociais, discute-se o papel das cortes constitucionais enquanto garantidoras do processo democrático. Sendo necessário assegurar condições materiais mínimas para o usufruto pleno dos direitos civis e políticos, diante da falha dos demais Poderes em garantir essas condições, a atuação do Judiciário passa a ser legitimada pela afirmação de medidas que assegurem o mínimo existencial a todos os indivíduos.

No dia 9 de setembro de 2015, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou pedido de liminar formulado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) de nº 347. Na oportunidade, a Corte acolheu parcialmente o pedido após declarar a existência de um “estado de coisas inconstitucional” (ECI) no sistema prisional brasileiro. Acolheu-se a tese de que havia um quadro de violação sistemática dos direitos fundamentais no âmbito das prisões brasileiras, ocasionado por uma série de omissões fático-substanciais perpetradas pelo Estado brasileiro em suas diversas esferas de poder.

A declaração de ECI foi o instrumento utilizado pela Corte Constitucional da Colômbia para processar os litígios estruturantes — também denominados estruturais — em trâmite naquele país. O STF utilizou alguns fundamentos dessa técnica para construir a decisão liminar que acolheu pedido de providências formulado pelo autor. O caso foi o primeiro em que a Corte brasileira conheceu um processo estruturante no âmbito de uma ação destinada ao controle concentrado de constitucionalidade.

Os processos estruturantes, de forma resumida, tratam de questões relativas ao funcionamento de políticas públicas e fruição de direitos fundamentais básicos. Têm como objetivo modificar estruturas públicas que não funcionem ou que o façam de maneira não satisfatória. Usualmente, tramitam no Judiciário brasileiro por meio de ações civis públicas ou populares, junto aos órgãos de primeira instância. A solução desse tipo de demanda se mostra extremamente complexa por envolver a atuação de diversos entes e depender de decisões a serem tomadas em distintas esferas.

Devido à falta de efetividade das decisões judiciais proferidas em âmbito local ou regional para solucionar problemas estruturantes de âmbito nacional, como é o caso do sistema prisional brasileiro, tais litígios passaram a ser levados até o STF. Em decorrência da impossibilidade de se antecipar todas as hipóteses necessárias para a efetivação de uma determinada decisão judicial, o processo civil brasileiro há muito tempo já vem adotando a técnica da atipicidade dos meios executivos. Inicialmente, essa precisão era restrita às obrigações de fazer e não fazer, mas, atualmente, essa diretriz se mostra aplicável a todo o processo civil.

Ante o exposto, esta dissertação tem como objetivo analisar a dinâmica dos processos estruturantes no âmbito da jurisdição constitucional brasileira. Com a recorrência cada vez maior dessas lides, torna-se necessário compreender o modo pelo qual devem ser processadas, verificando-se a adequação dos institutos processuais à tutela dos valores que são objeto desse tipo de ação. Nesse sentido, buscou-se analisar os benefícios, as desvantagens e, sobretudo, as possibilidades de implementação das decisões proferidas nesse tipo de processo.

Assim, foram abordados temas como ativismo judicial, ativismo judicial estrutural e críticas ao chamado neoconstitucionalismo e sua aplicação no Brasil. A perspectiva adotada foi direcionada para os processos nos quais se discute o reconhecimento de omissões fático-substanciais que causam impedimento à fruição de direitos fundamentais básicos. Com isso, tratou-se da capacidade institucional para a tomada dessas decisões, da adequação dos remédios para cada eventualidade e dos obstáculos que surgem na efetivação de tais decisões.

Dessa maneira, o presente trabalho reserva um bom espaço para tratar sobre questões controvertidas, como ativismo judicial, interpretação da Constituição e legitimidade do Poder Judiciário para atuação nesses casos. Praticamente, as mesmas questões levantadas quanto à legitimidade do Judiciário para o exercício do controle de constitucionalidade e para resolver questões interpretativas complexas acabam acontecendo quando se trata de processos estruturais que versam sobre a intervenção em políticas públicas. Além disso, temas como limites da interpretação, supremacia judicial na última palavra sobre a Constituição incidem nas ações relativas a provimentos estruturantes.

Por meio do método indutivo, realizou-se uma análise de conteúdo e fez-se um estudo de casos em que foram estudados precedentes considerados precursores desse modelo de litigância, julgados pela Suprema Corte norte-americana. O estudo desses casos se deu por meio de artigos científicos escritos por autores norte-americanos, como Owen Fiss e Abram Chayes, os quais serviram de referencial teórico para a abordagem. Esses casos trataram de

questões como segregação racial em escolas e situação de violação de direitos humanos no sistema prisional.

A pesquisa ocorreu com base em artigos científicos, livros, bancos de dados do STF e matérias jornalísticas nacionais e estrangeiras. Também foram analisados casos de processos estruturantes ocorridos em outros países, como Colômbia, África do Sul, Índia e Argentina. A análise comparativa ocorreu com a finalidade de identificar os problemas enfrentados na concretização dessas decisões e, principalmente, as soluções encontradas no intuito de verificar a viabilidade da incorporação nos casos em trâmite no Brasil.

Todos esses casos têm em comum o fato de versarem sobre situações ocasionadas por omissões do Estado em promover as condições necessárias para a realização de preceitos previstos nas respectivas constituições. Desse modo, foram observadas situações de violação de preceitos constitucionais ocasionadas por omissões legislativas e fático-substanciais.

Diante do exposto, a estrutura desta dissertação divide-se em introdução, conclusão e cinco capítulos.

No primeiro capítulo, trata-se do funcionamento do sistema judicial, sua relação com a realidade fática, a interpretação das normas constitucionais e políticas públicas. Nesse ponto, destaca-se a característica dos sistemas jurídicos de dialogar com outros sistemas, dado o seu caráter de abertura. Assim, afirma-se a comunicação com outros sistemas, como o axiológico, de conflitos sociais, políticos, econômicos e outros.

Em seguida, discorre-se sobre os processos estruturantes e suas possibilidades na efetivação de direitos. Dessa forma, abordam-se os casos que tiveram como objetivo acabar com a segregação racial nas escolas dos Estados Unidos da América, durante os anos 1960, com os seus obstáculos para efetivação e soluções encontradas para superá-los.

Na sequência, trata-se das possibilidades de efetivação de direitos por meio de processos coletivos, analisando problemas como o alcance das decisões proferidas no que se refere às camadas mais desfavorecidas da sociedade. Aborda-se o papel das cortes constitucionais nesse processo, mencionando vantagens e desvantagens de sua atuação. No mesmo tópico, trata-se da pertinência de se exigir a aplicação de direitos sociais pela via judicial e de questões referentes aos limites para a interferência de decisões judiciais em temas que versam sobre políticas públicas.

No terceiro capítulo, faz-se uma abordagem sobre o controle de constitucionalidade, explicando suas origens, modalidades e tratando de questões controvertidas a respeito de sua legitimidade. Dessa maneira, confrontam-se concepções teóricas acerca de sua legitimidade, mencionando doutrinas contrárias a essa possibilidade e argumentos a favor.

No capítulo quarto, trata-se da discussão referente à supremacia judicial na atividade interpretativa e discorre-se sobre as teorias do diálogo institucional. Nessa parte, destacam-se as teorias relativas à inconstitucionalidade por omissão e os novos entendimentos acerca das omissões fático-substanciais que vão subsidiar o desenvolvimento do restante da dissertação. Abordam-se, além disso, os parâmetros para a identificação das omissões inconstitucionais, sentenças intermediárias e o diálogo institucional.

No quinto capítulo, dedica-se ao estudo mais aprofundado dos processos estruturais, de modo a analisar os casos considerados precursores, como *Brown v. Board of Education of Topeka* e *Holt v. Sarver*. Nessa parte, abordam-se as características desse tipo de demanda, com destaque para a análise do tipo de decisão proferida e as particularidades da sua execução. Assim, são analisadas as particularidades desses casos, com ênfase nas soluções encontradas tanto na fase de construção da decisão quanto na fase de implementação das medidas.

Além de serem referência no estudo dos processos estruturantes, esses casos guardam uma grande similitude com o caso da ADPF 347, que tratou do sistema prisional. No Brasil, como nos Estados Unidos, a maior parte da população carcerária é negra, de modo que esse grupo pode ser considerado duplamente vulnerável, pois abarca duas categorias vítimas de exclusão do processo político. Os dois casos do direito norte-americano trazem, portanto, importantes contribuições para o estudo da situação brasileira.

Nesse contexto, realiza-se um estudo comparativo entre o caso da ADPF 347 e os precedentes dos Estados Unidos e de outros países. Sob a perspectiva da legislação processual brasileira, analisam-se as possibilidades de solução para os casos apresentados a partir da combinação de remédios com soluções dialógicas.

Busca-se identificar as possibilidades de acolher soluções adotadas em procedimento de outros países, compatibilizando com os dispositivos previstos no ordenamento jurídico nacional. Nessa análise, dedica-se especial atenção à incidência da cláusula geral de efetivação prevista no Código de Processo Civil (CPC) brasileiro, no artigo 139, V, a qual permite ao órgão judicial adotar as medidas adequadas para a realização da decisão judicial (BRASIL, 2015a).

Nessa esteira, no último capítulo, realiza-se um estudo sobre as características da ADPF e sua aptidão para servir de instrumento de ajuizamento de processos estruturais no âmbito do controle de constitucionalidade. Conclui-se que não há outro instrumento que permita a realização do controle concentrado de constitucionalidade das omissões fático-substanciais. Constata-se que a jurisprudência do STF está se direcionando para admitir a

realização do controle por essa via e pela aplicação dos mecanismos de efetivação, baseados na combinação da cláusula geral de efetivação com diálogos institucionais.

2 O SISTEMA JUDICIAL, A REALIDADE FÁTICA, INTERPRETAÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS

A noção de sistema é importante para compreender o Direito e todas as suas formas de interação com a realidade fática. Sistema é uma forma técnica de conceber os ordenamentos jurídicos, que permite definir os seus contornos, estabelecendo a noção de limites, permitindo-se identificar o que está dentro, o que entra, o que sai e o que permanece fora (CARVALHO, 2008).

Existem várias correntes que tratam do sistema jurídico divergindo em alguns pontos, tais como sobre os elementos que integram esse sistema. No tocante a isso, Marcelo Neves sustenta que o sistema jurídico é pluridimensional, assimétrico e dialético; com isso quer dizer que apresenta três dimensões: fato, valor e norma, que se integram como seus subsistemas. As assimetrias entre esses fatores não eliminam a unidade sistemática, pois se trata de uma unidade dialética, baseada em conflitos e harmonias verificadas (CARVALHO, 2008).

Desse modo, a função prescritiva do sistema jurídico o diferencia dos demais sistemas nomoempíricos teóricos (descritivos), porque o ordenamento não é apenas aberto aos dados da experiência e por eles condicionado, mas também exerce a função principal de controlá-los e dirigi-los diretamente. Porém, vale dizer, o ordenamento jurídico é objeto das proposições descritivas. Toda e qualquer norma jurídica só encontra o seu sentido e a sua validade quando interpretada como parte de um todo, o ordenamento jurídico (NEVES, 1988).

Por ser um sistema nomoempírico prescritivo, o ordenamento jurídico constitui uma conexão de sentido histórica, e o contexto fático-ideológico condiciona-o não só aos atos de produção jurídica, mas também aos momentos de interpretação e aplicação normativas. O estudo do direito, na perspectiva normativa a partir do ordenamento jurídico, tem que levar em conta as relações reais e ideológicas, sob pena de se ter uma falsa compreensão das estruturas de significado da norma (NEVES, 1988).

A condicionalidade histórica do ordenamento jurídico revela-lhe uma de suas características básicas: a dinamicidade. Característica esta que não se limita à questão da criação-revogação de normas jurídicas; abrange fundamentalmente o problema da mutação das significações normativas, o que se manifesta através dos atos de interpretação e aplicação jurídicas. (NEVES, 1988, p. 20).

Em razão do seu caráter aberto, o sistema jurídico comunica-se com outros sistemas, como o axiológico, de conflitos sociais, políticos, econômicos etc., e recebe deles informações que, sendo aceitas, acabam por modificá-lo. O sistema jurídico constitui, assim, um conjunto

de normas jurídicas que se articulam entre si, com o fim de ordenar racionalmente a conduta humana, formando um todo unitário de caráter aberto, que permite ser determinado por elementos dos outros sistemas com os quais se relaciona (CARVALHO, 2008).

Nesse sentido, o ordenamento não constitui um sistema normativo estático na sua construção, mas um sistema dinâmico no sentido de que sua construção, desenvolvimento e transformação se realizam através dos processos de produção e aplicação da norma. Por esse motivo, não se pode falar de completude, mas de completabilidade (NEVES, 1988).

Para Kelsen (2006), a dinamicidade do sistema normativo está no fato de que uma norma fundamental pressuposta atribui poder a uma autoridade legisladora e estabelece uma regra que determina como devem ser criadas as normas do ordenamento fundado sobre essa norma fundamental. A norma fundamental é aquela pressuposta quando o costume, através do qual a Constituição surgiu, é objetivamente interpretado como fato produtor de normas.

2.1 O sistema constitucional e a função de efetivar os direitos fundamentais

Um sistema jurídico instituído através de uma Constituição tem o objetivo de ordenar racionalmente a conduta humana, tendo como norte a dignidade da pessoa humana. No conceito construído por Canaris, citado por Carvalho (2008), o sistema correspondente ao ordenamento jurídico só pode ser uma ordenação teleológica ou axiológica, na qual teleológica deve ser entendida no sentido de realização de valores definidos como princípios gerais do direito. Por isso, conceitua sistema jurídico como ordem teleológica de princípios gerais de direito.

Em virtude da própria natureza das sociedades, não é possível conceber uma ordem constitucional imutável. No entanto, tais mutações só acontecerão através dos mecanismos de reforma nela previstos. Isso significa que as relações de poder, vivenciadas em cada momento histórico, impõem aos homens novas formas de organização e articulação. Por conta disso, há a necessidade da previsão de mecanismos capazes de absorver tais alterações, com a intenção de manter os princípios formadores do constitucionalismo (RAMOS, 2000).

Desse modo, a finalidade do constitucionalismo é garantir a existência dos direitos fundamentais, através da limitação de poder, sem representar um entrave às transformações sociais. Ao contrário disso, deve indicar os mecanismos por meio dos quais será possível alterar a ordem constitucional de forma a se adaptar ao novo momento histórico, sem ferir as conquistas que representam avanços no processo civilizatório (RAMOS, 2000).

A manutenção dessas conquistas deve ser perpetrada também através do controle de constitucionalidade das leis, que constitui um mecanismo de fiscalização dos limites das transformações sociais tendo em vista o resguardo dos direitos fundamentais. O controle de constitucionalidade das leis só tem sentido se analisado a partir de uma legítima ideia de constitucionalismo, o que está visceralmente comprometido com a dignidade do homem (RAMOS, 2000).

Garantir direitos individuais foi sempre a nota suprema ou a razão maior do controle de constitucionalidade, pelo menos como ele se estabeleceu de acordo com a tradição americana desde o julgado da Suprema Corte na demanda “Marbury v. Madison”, a mais perfeita soma de argumentos lógicos, que compõem a essência de uma teoria constitucional da liberdade nos moldes do liberalismo. A alçada judicial, ao conhecer dos atos legislativos, traça limites eficazes à onipotência do Estado, desarmando-o, nos sistemas constitucionais, daquele poder soberano de impor aos governados uma vontade sem freios. O direito que nos tribunais limita a ação política do legislador em verdade tolhe os poderes absolutos do Estado. (BONAVIDES, 2007, p. 322).

Além da manutenção dessas conquistas, o sistema constitucional deve ter mecanismos que propiciem a promoção dos direitos, seja para aumentar o grau de efetividade, seja para assegurar aqueles que ainda não estejam usufruindo do que está previsto no rol dos direitos fundamentais.

Enquanto a validade é uma qualidade das normas que indica o seu pertencimento a um ordenamento jurídico, a validade do ordenamento indica a sua existência como complexo distinto de suas partes integrantes. A validade-existência do ordenamento jurídico se assimila à sua eficácia ou efetividade. Assim, a validade de um ordenamento só pode ser determinada em relação à sociedade que se pretende normatizar, apenas quando ele for efetivo e a maioria das suas regras for observada pela maior parte dos destinatários (CALLEJÓN, 2014).

Nesse sentido, embora o ordenamento tenha como um de seus objetivos guiar a forma de conduta de uma sociedade, também deve permitir mecanismos que tornem possível a sua adaptação às transformações sociais. Logo, em uma sociedade em constante transformação e evolução, novas necessidades devem surgir em termos de regulamentação. Conflitos fundados em novas situações e o clamor por reconhecimento de novos direitos exigirão novas respostas do ordenamento jurídico.

De modo geral, existirão novas circunstâncias em que o antigo ordenamento deverá ser aplicado, sem que, na maioria das vezes, tenha passado por uma alteração formal para atender a essas novas situações. Em vista disso, a evolução social não vai ser represada por

um ordenamento que não seja capaz de atender às novas demandas; caso este não tenha possibilidades de adaptação, poderá ver a sua eficácia comprometida.

Desde o início do século passado, vêm se intensificando essas mudanças na sociedade, ocasionadas pelo desenvolvimento econômico, político, social, científico e espiritual. Por esse motivo, a ordem constitucional não poderia mais seguir unicamente como um instrumento destinado a limitar o exercício do poder estatal. Deveria, então, abarcar mais que isso, não podendo ignorar as novas aspirações e pressões sociais, por correr o risco de cair em desuso (CARVALHO, 2019).

Para Kelsen, a Constituição em sentido material teria validade conferida pela norma fundamental. Já Herbert Hart, seguido por Juan-Ramón Capella, não reconhece como fonte de validade a norma-origem. O complexo normativo originário, composto pela totalidade das normas postas pelo poder constituinte originário ou por fatos costumeiros, é objeto do enunciado fático externo, do juízo de efetividade (NEVES, 1988).

O sistema jurídico da Constituição normativa, por sua vez, pode ser definido como um ordenamento complexo em razão da pluralidade de fontes de produção e da existência de diversos princípios de estruturação do próprio sistema jurídico. Tais características não são exclusivas da Constituição normativa nem intrínsecas à sua estrutura (CALLEJÓN, 2014)

Pode-se afirmar que a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica e não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. Sua pretensão de eficácia só pode ser realizada se for levada em conta essa realidade (HESSE, 1998).

2.1.1 A legitimidade do ordenamento jurídico e o agir comunicativo

Ao tratar da legitimidade de uma ordem social, Max Weber afirma que ela pode ser alimentada por várias fontes, podendo ter como fundamento a crença na tradição, a crença na qualidade especial de uma pessoa e a crença na legalidade, que seria um fundamento racional.

No fundamento racional, o problema da legitimidade não é mais externo, mas vem de dentro, passa a ser autoconstituído. A introdução da ideia de legalidade seria uma tentativa de sanar as deficiências do fundamento tradicional sem cair na ingenuidade empiricista do contratualismo do jusnaturalismo clássico, para justificar a dominação política e a necessidade de legitimação (CELLA, 2005).

No fundamento racional identificado por Weber é que reside a estabilidade da dominação legal, a qual seria a crença de que a legalidade levaria à submissão dos dominados, caracterizada pela positivação do direito e por um quadro administrativo predominantemente

burocrático no seio do Estado. A ideia básica dessa dominação é que qualquer direito pode ser criado e modificado mediante um estatuto sancionado corretamente quanto à forma. Desse modo, o procedimento formal concreto é que vai permitir uma identificação do que é, ou não, legal (CELLA, 2005).

O problema é que o direito, à medida que se autolegitima por um procedimento formal próprio, dispensa qualquer fundamentação externa a ele. A transformação do problema da legitimidade em um problema de procedimento e a consequente absorção da legitimidade pela legalidade embasam a versão de Kelsen da teoria weberiana.

Kelsen (2006) fundamenta a sua teoria na ideia de que a norma de uma ordem é válida até a sua validade terminar por um modo determinado, por meio dessa mesma ordem jurídica, ou até ser substituída pela validade de outra norma. Ele percebe, no entanto, que esse conceito de legitimidade só se aplica a uma ordem jurídica estável, o que o leva a examinar a situação limite de uma revolução em que o poder instituído é substituído por um poder revolucionário. Diante disso, ele afirma que a norma fundamental que serve de fundamento de validade para todas as outras é substituída por uma nova, modificando o fundamento de validade de toda a ordem jurídica.

Nesse contexto, há uma mudança no fundamento de validade, isto é, as normas antigas continuam com o mesmo conteúdo, mas com outro fundamento de validade. Quando constata as possibilidades de coexistirem normas produzidas sob procedimentos diferentes e de extinção de normas pelo modo determinado por uma ordem jurídica diversa, Kelsen percebe a impossibilidade de sustentar que a legitimidade está exclusivamente ligada ao procedimento.

O filósofo acaba por introduzir um elemento que limita o princípio da legitimidade acima descrito: a efetividade do governo. Dessa forma, a dominação legítima passa a ser aquela efetiva, o procedimento só vai exercer o seu papel legitimador da ordem jurídica a partir do momento em que estiver fundado em um poder efetivo (KELSEN, 2006).

Voltando a Weber, ele afirmava que, no caso da dominação legal, o fundamento da legitimidade era a ordem racional assentada na crença na legalidade. O procedimento, então, definiria o que seria legal, e a definição de legitimidade ficaria a cargo do procedimento.

Essa noção de legitimidade apresenta, pois, limitações que impedem a compreensão da questão no âmbito da sociedade moderna. Nesse contexto, Jürgen Habermas construiu um conceito mais amplo a partir da Teoria da Ação Comunicativa.

Nessa teoria, Habermas constrói uma crítica ao conceito de legitimidade elaborado por Weber. Ele aponta uma contradição na concepção weberiana sobre a legitimação do direito

mediante o procedimento, já que o respeito à legalidade só cria legitimidade caso se suponha, de antemão, que a legitimidade da ordem jurídica determina o que é legal (CELLA, 2005).

Ao apontar essa contradição, Habermas questiona a legitimidade do próprio procedimento, visto que a crença na legalidade de um procedimento não pode surgir de si mesma. Assentar a legitimidade do direito no procedimento não resolve o problema, apenas o desloca para o procedimento, persistindo a indagação sobre quem confere legitimidade ao procedimento legitimador (CELLA, 2005).

Habermas conclui que Weber acreditava que, uma vez existente o procedimento, as pessoas não mais se preocupariam com o seu fundamento racional e ele se transformaria em uma tradição. Entretanto, para Habermas, mesmo nessas hipóteses em que o procedimento se torna tradição, o que dá o caráter legítimo a uma decisão legal é a confiança nos fundamentos racionais subjacentes ao ordenamento jurídico como um todo (CELLA, 2005).

Segundo Habermas, a tensão entre os fatos sociais e a sua validade normativa se desenvolve no campo do direito e do poder, incluindo-se as suas formas de institucionalização na sociedade e no Estado de Direito.

Os direitos de participação política remetem à institucionalização jurídica de uma formação pública da opinião e da vontade, a qual culmina em resoluções sobre leis e políticas. Ela deve realizar-se em formas de comunicação, nas quais é importante o princípio do discurso em dois aspectos. O princípio do discurso tem inicialmente o *sentido* cognitivo de filtrar contribuições e temas, argumentos e informações, de tal modo que os resultados obtidos por este caminho têm a seu favor a suposição de aceitabilidade racional: o procedimento democrático deve fundamentar a legitimidade do direito. (HABERMAS, 1997, p. 191, grifo do autor).

Após, Habermas passa a afirmar que a ordem institucional legal cria, em sociedades modernas, a legitimidade da ordem, desde que atendidos certos critérios democráticos. A legitimidade dependeria da ordem legal, do direito discursivo e do poder democrático institucionalizado. Para ter validade social e ser efetivamente legítima, ela precisa ter elaborado as suas leis, as normas de sua aplicação e as formas de seu controle, por vias argumentativas que caracterizem os discursos teóricos, éticos e práticos (CELLA, 2005).

Nesse sentido, Habermas afirma:

Entretanto, o caráter discursivo da formação da opinião e da vontade na esfera pública política e nas corporações parlamentares implica, outrossim, o sentido prático de produzir relações de entendimento, as quais são “isentas de violência”, no sentido de H. Arendt, desencadeando a força produtiva da liberdade comunicativa. O poder comunicativo de convicções comuns só pode surgir de estruturas da intersubjetividade intacta. E esse cruzamento entre *normatização discursiva do direito e formação comunicativa do poder* é possível, em última instância porque no

agir comunicativo os argumentos também formam motivos. (HABERMAS, 1997, p. 191, grifo do autor).

Assim, Habermas forma o seu conceito de legitimidade defendendo a tese de que o direito moderno não se encontra desconectado da moral e da política e que é justamente na relação com a moral, limitada na sua relação com a política, que reside a legitimidade do direito positivo. Ele observa que o aparecimento de um poder político organizado por meio de um poder coercitivo se torna possível apenas quando surge uma moral convencional. O poder, de fato, pode impor normas jurídicas no momento em que recebe uma autoridade normativa conferida por uma norma jurídica que tenha caráter moral e convencional (CELLA, 2005).

Nesse caso, trata-se de uma moral convencional que apresenta uma racionalidade própria. A legitimidade do direito só pode ser obtida mediante procedimentos que assegurem a imparcialidade dos juízos por via de uma argumentação que justifique fundamentalmente as normas. Ao encarar o direito como um sistema aberto a questões procedimentais de cunho moral e influenciado profundamente pela política, Habermas resgatou questões que os juristas positivistas acreditavam que não deveriam estar junto ao direito (CELLA, 2005).

Dessa forma, o procedimento racional pelo qual se dá a fundamentação e justificação das normas deve permanecer aberto a uma crítica racional por meio do discurso, sendo continuamente reconstruído pelos participantes desse processo. A legitimidade moderna exige a participação de todos os que serão atingidos pelas normas criadas ou aplicadas, de modo que somente com essa participação pode ser garantida a imparcialidade exigida pela razão prática (CELLA, 2005).

2.1.2 Os processos estruturantes e a efetivação dos direitos

Em que pese o fato de a realidade fática gerar necessidades que, a uma primeira análise, não sejam atendidas pelo ordenamento, isso obviamente não leva a um conformismo das partes interessadas com a situação. A insatisfação, diante de uma determinada situação, certamente leva o interessado a buscar os instrumentos disponíveis no ordenamento para fazer valer o que entende ser seu direito. Essa busca pode ocorrer por meio de uma ação individual ou coletiva. Dentro dessa última categoria, encontram-se os chamados processos estruturantes ou estruturais. Muitas vezes, a solução do direito pleiteado passa pela transformação de uma série de procedimentos e estruturas que podem ser estatais ou privadas. Por conta disso, diz-se que tais ações têm como objetivo uma reforma estrutural.

Os litígios de reforma estrutural constituem um tipo de processo coletivo e são originários dos Estados Unidos, onde são chamados de *structural injunctions*. Nesse tipo de ação, a implementação da sentença requer do Poder Judiciário um avanço em determinadas áreas e instituições de outros ramos do poder público. Assim, sua principal característica é, normalmente, versar sobre questões relacionadas com distintos tipos de políticas públicas e resultar na imposição de ordens complexas, tanto no que se refere à definição de seus contornos quanto à sua execução (VERBIC, 2019).

O momento histórico de maior desenvolvimento do fenômeno teve lugar com a experiência dos direitos civis a partir dos anos 1960. O processo estrutural erigiu-se como a via processual, por excelência, para levar adiante a reforma de diversas instituições burocráticas, tais como prisões, estabelecimentos de saúde mental, escolas com problemas de segregação racial, entre outras (VERBIC, 2019).

A denominação “estrutural” das sentenças proferidas nesses processos é dada pelo fato de que, pelo seu intermédio, os tribunais se envolvem na gestão de estruturas burocráticas e assumem certo nível de supervisão sobre políticas e práticas institucionais diversas. Como regra geral, nesse tipo de sentença, os juízes não estabelecem detalhadamente e de forma antecipada cada uma das atividades que devem ser realizadas pelo demandado (VERBIC, 2019).

Em vez disso, cabe ao julgador indicar os resultados que a execução deve produzir e estabelecer critérios gerais que devem ser observados. As maneiras de se obter as finalidades podem ser, em alguma medida, deixadas para serem decididas pela discricionariedade do órgão que opera a mando do tribunal, no lugar do demandado. A execução passa a se constituir uma etapa de contínua relação entre o tribunal e as partes, de modo que ocorra uma supervisão do cumprimento das medidas determinadas (VERBIC, 2019).

São essas características próprias contidas na sentença que permitem diferenciar os processos coletivos de reforma estrutural dos ordinários. Então, o que justifica a distinção não é só o fato de que o seu objeto envolve a necessidade de discutir determinada política pública, mas o tipo de decisão que resulta da discussão, o tipo de remédio¹ aplicado ao caso (VERBIC, 2019).

Nesse sentido, os litígios estruturais são aqueles que envolvem conflitos multipolares, de alta complexidade, cujo objetivo é promover valores públicos pela via jurisdicional, mediante a transformação de uma instituição pública ou privada. No tocante a isso, Vitorelli

¹ O termo “remédio” aqui referido deve ser compreendido como o instrumento judicial com a respectiva providência adotada pelo Judiciário para a tutela do direito.

(2019) desenvolveu uma ideia de que a tutela coletiva deve partir da classificação do litígio empiricamente verificado, ou seja, da análise do direito em situação de litígio. Essa construção deve ser orientada por dois indicadores: a complexidade e a conflituosidade.

A complexidade seria a variável que indica as possibilidades de tutela adequada de um direito. Representa a percepção de que a solução dos litígios pode ser de fácil delimitação, mas também altamente variável em contextos de divergências científicas ou sociais justificáveis. Já a conflituosidade seria o indicador que dá conta do grau de dissenso existente entre os integrantes da sociedade, titular do direito litigioso. Assim, muitas vezes, as pessoas que integram a sociedade lesada discordam quanto à forma de tutela que deve ser concedida, existindo subgrupos que apresentam pretensões total ou parcialmente antagônicas em relação ao direito violado (VITORELLI, 2019).

Esses dois indicadores permitem a classificação dos litígios coletivos em três distintas categorias: litígios globais, locais e irradiados. Litígios globais são aqueles que atingem a sociedade como um todo, mas nenhum dos seus integrantes em particular. Litígios locais representam as violações que atingem, de modo específico, pessoas que integram uma sociedade altamente coesa, unida por traços identitários de solidariedade social, emocional e territorial. Finalmente, os litígios irradiados são aqueles em que a lesão afeta, de modo desigual e variável, tanto em intensidade quanto em natureza, uma sociedade que se divide em vários grupos (VITORELLI, 2019).

Os litígios estruturais fazem parte dessa terceira categoria. Quando há necessidade de se alterar o funcionamento de grandes instituições, públicas ou privadas, para a promoção de valores públicos relevantes, invariavelmente haverá impactos graves sobre grupos distintos de pessoas, com interesses não alinhados, que pretenderão promover os seus próprios interesses (VITORELLI, 2019).

Em se tratando de ações que têm por objetivo o cumprimento de preceitos constitucionais pelo Estado, as controvérsias a respeito da interpretação, controle de constitucionalidade, ativismo judicial e demais assuntos correlatos são rigorosamente as mesmas. Da mesma maneira que a revisão judicial das leis sofre questionamentos, principalmente quanto à legitimidade, os litígios estruturais sofrem críticas sob o argumento de que há violação da separação de poderes.

Como mencionado, o processo estrutural foi desenvolvido nos Estados Unidos, quando do julgamento de casos relativos à segregação racial em escolas — precedente que será analisado em tópico posterior. No caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, a Suprema Corte delegou aos órgãos da Justiça Federal locais a tarefa de implementar a

decisão, voltando-se para o uso das *injunctions*². Na era pós-Brown, elas se tornaram o principal instrumento para determinar que os servidores públicos encarregados da organização escolar adotassem providências necessárias à dessegregação (VITORELLI, 2019).

No caso Brown está a marca do início de uma teoria de um novo modelo de direito processual, o estrutural. Assim, a base do pensamento do litígio estrutural se confunde com a história do julgamento do caso Brown, que, para vencer uma ambiência cultural escravagista centenária, rompeu com julgamentos passados (em especial, *Plessy v. Ferguson*) e, com isso, anunciou a derrocada final da doutrina segregacionista conhecida como *separate but equal* (JOBIM, 2019).

Posteriormente, a Suprema Corte norte-americana se viu no desafio de concretizar o que foi decidido e, no caso conhecido como Brown II, de 1955, desenvolveu o processo para, de fato, se realizar a reforma estrutural (*structural reform*) por meio de uma série de medidas concretas (JOBIM, 2019).

O processo estrutural possui uma conformação diferente de um processo tradicional, quer seja individual ou coletivo, para comportar decisões que são efetivadas por determinadas técnicas. Assim, em que pese o processo estrutural se utilizar dos institutos inerentes aos processos coletivos em geral e ao processo civil, deve haver uma preocupação em responder questionamentos acerca de sua legitimidade democrática. Nesse contexto, a decisão judicial, sua legitimidade, suas técnicas de concretização, a tripartição de poderes e as polêmicas sobre o ativismo judicial e a judicialização da política são pautas constantes no litígio estrutural (JOBIM, 2019).

2.2 O papel das cortes constitucionais e as questões sociais estruturantes

As constituições modernas superaram o debate acerca da pertinência de inserir em seus textos direitos sociais. A noção de que o exercício de qualquer direito depende de mínimas condições materiais se espalhou mundo afora em um processo relativamente rápido. A própria noção de democracia plena passou a englobar a existência desse mínimo vital que permita o usufruto dos direitos de participação. A partir desse momento, as discussões passaram a ocorrer em torno dos mecanismos de cobrança da efetivação desses direitos perante o Poder Judiciário.

² As *injunctions*, no direito norte-americano, são ordens judiciais extraordinárias utilizadas em casos especiais para tutelar possíveis injustiças, que constituem obrigações de fazer ou não fazer algo (FLORES; PINHEIRO NETO, 2020).

Alguns questionavam se fazia algum sentido colocar direitos sociais e econômicos nas constituições e defendiam que apenas os direitos de proteção, negativos, deveriam constar nos textos. Para essas pessoas, a Constituição deveria ser um bastião dos direitos de liberdade e propriedade, e os direitos sociais requereriam ação do Estado, ao invés de proteger a esfera individual do cidadão (SUNSTEIN, 2001).

Mas há diversos problemas nessa visão, pois, mesmo os direitos individuais, como a liberdade de expressão e a propriedade privada, requerem ação estatal. A propriedade privada não existiria sem a proteção de um aparato estatal capaz de dar a segurança necessária. De fato, todos os direitos, até os mais simples, sejam de propriedade ou liberdade de expressão e religiosa, possuem custos e necessitam de suporte financeiro do Estado (SUNSTEIN, 2001).

Em qualquer caso, deve-se destacar que o abuso e a opressão exercida por um governo não consistem apenas em trancar as pessoas contra a sua vontade ou impedi-las de falar, mas também criar situações em que as necessidades materiais mínimas não lhes são garantidas. Dessa maneira, a garantia dessas necessidades mínimas deve ser vista como parte necessária da proteção à imunidade individual contra o abuso estatal (SUNSTEIN, 2001).

Se a preocupação central é com a cidadania e a democracia, a linha entre direitos negativos e positivos é bastante tênue. Da mesma forma que o direito à propriedade privada poder ser visto como garantia de uma democracia deliberativa, a mínima proteção contra a fome, a falta de moradia e outras privações também o são. Para as pessoas viverem como cidadãos, elas devem ter o mínimo de independência que só o mínimo existencial garante (SUNSTEIN, 2001).

Tais premissas levam à conclusão de que medidas para a garantia dessas condições mínimas, independentemente de se tratar de direitos positivos ou negativos, são exigíveis perante o Poder Judiciário. Dependendo da circunstância, esses direitos de ações estatais consubstanciadas nas políticas públicas muitas vezes deixam de ser efetivados total ou completamente, não atingindo grupos sociais mais desfavorecidos. Com isso, a discussão passa a acontecer sob a perspectiva da possibilidade de análise, pelo Poder Judiciário, das omissões estatais em realizar tais políticas.

Para além das questões a respeito da legitimidade e limites do controle judicial sobre políticas públicas, considerando que já é fato consolidado em muitas democracias mundo afora, discute-se, atualmente, a efetividade desses provimentos judiciais. Principalmente nos chamados países em desenvolvimento, como o Brasil, o grau incipiente de efetivação de direitos fundamentais em geral e a falta de iniciativa do Estado de implementar as políticas

públicas necessárias têm levado a um crescente número de ações objetivando o suprimento dessas faltas.

Nesse contexto, demandas por inscrição em programas de habitação, construção de escolas e hospitais em comunidades pobres e melhoria das condições de trabalho exemplificam as ações que têm sido ajuizadas. Em resposta, cortes de países em desenvolvimento têm proferido um grande número de decisões, reformando políticas públicas e legislações em favor dos autores (SANTOS, 2019).

A título de exemplo, desde os anos 1990, a Corte Constitucional da África do Sul tem proferido notáveis decisões obrigando o respeito ao direito de moradia, ao direito a tratamento aos portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV) e ao direito à seguridade social. Seguindo a mesma tendência, a Corte Constitucional da Índia determinou ao governo de Bengali Ocidental a elaboração de um plano, garantindo estrutura médica adequada para tratar casos de emergência, depois que oito hospitais, em Calcutá, se recusaram a admitir pacientes por falta de vagas (SANTOS, 2019).

Nesse contexto, os estudiosos do assunto se dividiram em duas linhas de pensamento, quais sejam, a dos minimalistas e a dos ativistas, cada uma com suas próprias concepções acerca do nível ideal de aplicação judicial dos direitos sociais e econômicos. Ambas as correntes se inspiraram na literatura norte-americana sobre o papel das cortes em relação às políticas públicas e à legitimidade da revisão judicial (*judicial review*) (SANTOS, 2019).

A primeira corrente, em regra, trata a atuação judicial como usurpação das funções legislativas e administrativas. Por isso, os juízes deveriam adotar posição autorrestritiva, em razão da falta de legitimidade democrática para interferir em outros Poderes e da ausência de capacidade institucional para tratar dessas questões. Sob essa visão, uma aplicação judicial mais fraca seria preferível a uma mais forte (SANTOS, 2019).

A segunda corrente defende a aplicação de direitos sociais e econômicos como tarefa atribuída às cortes, legitimada constitucionalmente, pela reiterada procrastinação dos outros Poderes de entregar os direitos sociais previstos na Constituição. Assim, a transformação social resulta da realização desses direitos, preserva a normatividade constitucional e justifica a intervenção do Judiciário mediante aplicação forte dos direitos (SANTOS, 2019).

No entanto, o foco da discussão não deveria acontecer sob uma falsa dicotomia entre dois graus de intervenção das decisões judiciais. Nenhuma das duas correntes oferece uma resposta completa ao verdadeiro problema: a aplicação equivocada dos direitos, o que acaba por gerar mais desigualdade ao proteger certos grupos e excluir outros (SANTOS, 2019).

Existem casos de sucesso envolvendo tanto intervenções fortes quanto fracas, o que leva à conclusão de que não há uma conexão necessária entre o êxito da decisão e o tipo de remédio aplicado. Dessa forma, apenas a força da revisão não é critério suficiente para definir uma fórmula a fim de solucionar os litígios relacionados a direitos prestacionais. A dicotomia minimalismo *versus* ativismo falha justamente quando elege esse critério para avaliar o comportamento das cortes nesses casos (SANTOS, 2019).

Devido às variadas hipóteses que podem surgir e à complexidade dos casos desse tipo, a melhor opção é expandir o espectro de escolhas para permitir que as cortes se utilizem de um vasto repertório com combinação de procedimentos. Em alguns casos, as cortes podem entender que uma intervenção fraca é suficiente; já em outros casos, uma intervenção forte se faz necessária (SANTOS, 2019).

Ao tratar de ações relativas ao direito à saúde, Santos (2019) afirma que normalmente são opostos dois tipos de argumentos, um em relação ao outro. O primeiro argumento é que as cortes positivamente aplicam os direitos constitucionais, preenchendo o espaço deixado pelo Executivo e Legislativo. A aplicação judicial, então, reduziria a desigualdade e melhoraria a distribuição de riquezas e a democracia. O outro argumento é que as cortes interfeririam negativamente no estabelecimento de políticas públicas e não teriam capacidade nem legitimidade para realizar uma intervenção exitosa.

Nesse contexto, Santos (2019) destaca que nenhum dos dois argumentos são precisos porque escondem outros problemas gerados pela elevada quantidade de ações pleiteando individualmente direitos sociais. O autor analisa o grande número de ações em trâmite no Brasil, versando sobre direito à saúde, e chama atenção para o fato de que, com o alto número de casos tratados individualmente, outros direitos sociais podem ser colocados em risco. Isso se dá em razão das limitações orçamentárias que obrigam o Executivo a realocar valores a fim de atender a essas demandas.

Desse modo, a inclusão do demandante ou de um grupo em uma política pública, por força de decisão judicial, poderá implicar a exclusão de outros indivíduos dessa política. O Judiciário estaria, pois, estabelecendo quais grupos ou necessidades mereceriam prioridade — ação que seria adequada apenas se os recursos fossem ilimitados. Outro ponto identificado é a concentração do ajuizamento da maior parte dessas ações nas regiões mais ricas do país, o que demonstraria a exclusão dos mais necessitados. Em geral, constata-se que os beneficiários das decisões concedendo direitos relativos à saúde seriam um número relativamente pequeno e que os grupos mais necessitados ficariam excluídos (SANTOS, 2019).

Nessa linha, Landau (2012) assevera que estudiosos têm defendido que, por meio de uma aplicação robusta dos direitos sociais, as cortes poderiam garantir que os cidadãos mais pobres tenham assegurado o mínimo necessário no que tange à alimentação e à moradia, por exemplo. Ele aduz que a aplicação de muitos direitos sociais não tem como alvo as camadas mais pobres da sociedade, e sim as classes média e superior. Quando as cortes nos países em desenvolvimento evitam que se faça uma reforma da previdência ou que um corte de salários afete servidores públicos, quando determinam que o Estado expanda tratamentos médicos ou asseguram aposentadoria a uma classe profissional, elas estão decidindo casos que ajudam a classe dominante, e não as marginalizadas.

Landau (2012) afirma ainda que, para atingir os grupos mais desfavorecidos, as cortes devem promover uma renovação nos remédios utilizados, os quais deveriam se tornar mais agressivos — estratégias não convencionais, especialmente através de *structural injunctions*, que podem ser muito mais efetivas em promover os direitos sociais para os mais pobres.

Em sentido contrário às opiniões de Santos e Landau, Ferraz (2019) assinala que o problema da falta de efetividade junto aos mais pobres não seria necessariamente decorrente dos remédios utilizados. Assim, ele aduz que o problema não estaria em utilizar remédios estruturais (coletivos) em detrimento dos individuais, que seriam mais facilmente acessados pelos que detêm conhecimento acerca dos seus direitos e condições financeiras de iniciar e finalizar um processo.

Segundo Ferraz (2019), algumas iniciativas podem diminuir essas barreiras de ordem intelectual (conhecimento acerca dos direitos) e financeira, como a promoção da assistência judiciária e o acesso a defensores públicos. Entretanto, isso não é suficiente para superar a distância entre ricos e pobres no tocante à habilidade de utilizar a litigância como ferramenta de promoção dos seus interesses. Embora os litígios estruturais tenham maior potencial que os litígios individuais para beneficiar as camadas mais pobres, os resultados concretos dependem ainda da vontade daqueles que recebem a ordem judicial de cumprir o determinado.

Já para Sarlet (2019), as ações coletivas não devem substituir a litigância individual, mas atuar de forma complementar a elas. O autor explana que, nos casos em que a omissão legislativa e administrativa é aguda e prolongada, decisões estruturantes servem para assegurar uma solução mais coesa e sistêmica. Sua execução prolongada pode gerar resistência ao cumprimento espontâneo, e demandas individuais poderiam afastar problemas emergenciais existentes no cumprimento da decisão.

O problema apontado por Santos (2019), de concentração das ações de saúde em estados mais ricos, indica que talvez haja a necessidade de um tratamento uniforme em todo o

território nacional. Essa tarefa, obviamente, não se mostra fácil. Problemas estruturais são comuns no país como um todo e, normalmente, vêm tendo tratamento desigual nas diferentes regiões, por inúmeros fatores. Caso, por exemplo, o Ministério Público ou a Defensoria Pública de dado estado ingressem com ações em determinados estados, é possível que obtenham uma tutela para a situação local.

Contudo, às vezes, nem mesmo uma tutela concedida localmente tem força para superar os obstáculos institucionais existentes. Tal situação tem levado a uma busca por essa tutela coletiva em âmbito nacional, o que só pode ser obtido por meio de um órgão judicial com jurisdição de âmbito nacional — nesse caso, o STF. Com isso, devem ser discutidas questões relativas a instrumentos processuais disponíveis para ações dessa natureza, bem como mecanismos de efetivação.

2.3 A hermenêutica concretizadora

A hermenêutica jurídica passou por um longo processo de construção e evolução, transpondo diversas fases. No início, Friedrich von Savigny identificou os métodos clássicos de interpretação, quais sejam, gramatical, sistemático, histórico e teleológico. Esses métodos têm a sua origem ligada às normas de direito privado.

Diante da necessidade de se acompanhar as transformações sociais, houve também a necessidade de se modernizar o processo de interpretação das normas. Os antigos métodos de interpretação deixaram de ser suficientes para atender à complexidade das normas constitucionais de cunho principiológico e textura aberta.

A partir desse momento, o poder político passou a apresentar uma nova conformação, o Estado deixou de ser puramente liberal para apresentar inclinações socializadoras, passando a intervir nas relações econômicas de modo a restringir os direitos individuais, controlando eventuais abusos do poder econômico. Esse processo se intensificou a partir do instante em que as constituições passaram a regular os direitos sociais, econômicos, políticos e culturais (CARVALHO, 2019).

Diante disso, a interpretação constitucional passou por um momento de grandes transformações, pois os métodos tradicionais, desenvolvidos até então, já não eram suficientes para solucionar as complexas questões que surgiam. Devido à abertura e ao grau de amplitude de muitas normas constitucionais, os problemas de interpretação são mais frequentes em razão da possibilidade de se extrair mais de um sentido para o texto normativo.

Nesse contexto, surgiram métodos de interpretação constitucional na tentativa de abarcar a complexidade das novas questões constitucionais. O método científico-espiritual ou integrativo tinha como um dos seus principais teóricos Rudolf Smend, o qual entendia que a Constituição deveria ser interpretada de modo a destacar aspectos teleológicos e sociológicos, exigindo uma compreensão dos fins constitucionais. O método tópico teve como principais expoentes Theodor Viehweg e Josef Esser; por meio dele, a lei fundamental teria caráter aberto, de onde poderiam ser retirados vários pontos de vista para solucionar o problema prático. Já o método concretista será tratado em tópico adiante.

Diversas teorias foram desenvolvidas nas últimas décadas do século XX, na intenção de solucionar as complexas questões relacionadas à interpretação da Constituição. Entre algumas das principais correntes, estão aquelas representadas pelos positivistas, realistas e defensores da análise econômica do direito.

O positivismo jurídico tem, entre as suas vertentes, a que entende o direito como fato social e produto de decisões históricas tomadas por quem detém o poder político. Para Hart, as proposições jurídicas não são verdadeiras apenas por esse motivo, mas por representarem uma convenção social aceita pela sociedade. Outra base do positivismo seria a separabilidade do direito e da moral, defendendo-se a ideia de que não existe uma relação necessária entre ambos (FERNANDES, 2018).

Para os realistas, nos processos de seleção da prática de decisão judicial, aparecem determinantes extrajurídicos que podem ser explicados por meio de análises empíricas. Tais fatores externos podem explicar como juízes preenchem o seu espaço de decisão. A prática de decisão não é mais determinada pela seletividade de procedimentos, do caso e do fundamento de direito, na medida em que o resultado de um processo judicial pode ser explicado pelos interesses, pelo processo de socialização, pela pertença a camadas, por enfoques políticos e pela estrutura da personalidade dos juízes, por tradições ideológicas ou outros fatores dentro e fora do sistema jurídico (HABERMAS, 1997).

A lógica própria do direito, amolecida na perspectiva da hermenêutica jurídica já relativizada, desaparece agora por completo, sob uma descrição “realista” do processo de aplicação do direito. Na visão do realismo da Escola do Direito Livre e da jurisprudência de interesses, não é possível fazer uma distinção clara entre direito e política. As escolas realistas submeteram a representação idealista dos participantes do processo, segundo a qual todos os casos podem ser decididos correta e consistentemente na base do direito vigente (HABERMAS, 1997).

Já a análise econômica do direito tem como base o pensamento de que o direito é um instrumento para a consecução de fins sociais, e, por conta disso, o fim central seria o da eficiência econômica. Para tanto, Richard Posner considera que a economia é, por excelência, a ciência das escolhas racionais; ela guia a versão da análise econômica do direito, de modo que as pessoas são maximizadoras racionais das suas satisfações (FERNANDES, 2018).

Cabe mencionar ainda a doutrina do Estudo Crítico do Direito (*critical legal studies*), que teve como um de seus principais expoentes o professor brasileiro Roberto Mangabeira Unger. Essa corrente defende que o direito deveria estar ligado às questões sociais, abandonando o formalismo positivista e permitindo uma discussão que levasse em conta as necessidades da sociedade. Como tal, apresenta uma forma de interpretar que confronta o pensamento jurídico voltado à manutenção de um sistema de mercado.

Já Robert Alexy, inicialmente, desenvolveu a Teoria da Argumentação Jurídica e, posteriormente, na Teoria dos Direitos Fundamentais reformulou alguns pontos da sua tese, especialmente quanto à posição dos princípios no ordenamento jurídico, destacando-os da dogmática e determinando o seu método argumentativo de aplicação. Assim, os princípios passaram a ser considerados dentro da categoria das normas, e não mais como mandamentos nucleares propostos ou sistematizados pela dogmática de otimização (CARDOSO, 2013).

Para Alexy, diferentemente de Ronald Dworkin, os princípios não se limitam a direitos individuais, pois abrangem também os bens coletivos — políticas públicas para Dworkin e objetivos para Habermas. Ele identifica dois tipos fundamentais de princípios: os de conteúdo ou materiais e os formais ou procedimentais. Esses últimos determinam que o legislador democrático deve tomar decisões importantes para a comunidade. A intenção de Alexy era propor um procedimento metódico de aplicação e fundamentação de normas de direito em decisões judiciais (CARDOSO, 2013).

Na sua Teoria dos Direitos Fundamentais, Alexy destaca a distinção entre regras e princípios, que seria a base da fundamentação no âmbito desses direitos. Sem essa distinção, não haveria uma doutrina adequada acerca de restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória a respeito de colisões, nem sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico (ALEXY, 2008).

Para o autor, o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que estes são normas que ordenam a realização de algo, na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Já as regras consistem em normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas; se uma regra vale, então deve-se fazer exatamente aquilo que ela

exige. Essa diferença fica mais clara nos casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras (ALEXY, 2008).

No caso de conflito de regras, a solução será encontrada no campo da validade, se uma delas for declarada inválida ou se existir uma cláusula de exceção que elimine o conflito. Já quando há colisão entre princípios, um deles terá que ceder — o que não significa que o princípio cedente deverá ser declarado inválido, nem que uma cláusula de exceção deverá ser incluída nele. Ocorre que um dos princípios tem precedência sobre o outro, em determinadas condições (ALEXY, 2008).

Dessa forma, os conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto os princípios, na dimensão do peso. No segundo caso, o conflito deveria ser resolvido por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes, em que a aplicação da regra da proporcionalidade, mais especificamente a proporcionalidade em sentido estrito (ponderação), seria o meio mais adequado à solução do conflito. Compete ressaltar que a ponderação deverá se pautar em critérios de racionalidade, seja na interpretação, seja na aplicação no espaço de discricionariedade (CARDOSO, 2013).

Dworkin, afirma que:

O princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor — a comunidade personificada —, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade [*sic*]. [...] Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade [*sic*] e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade. (DWORKIN, 1999, p. 271).

Nesse sentido, o autor ainda afirma que “o direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que o seu enfoque contemporâneo assim o determine” (DWORKIN, 1999, p. 272). Entretanto, não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos, superando a “vontade do legislador” como critério de objetividade na interpretação (DWORKIN, 1999).

Na solução dos *hard cases*, Dworkin destaca a figura hipotética do juiz Hércules, que deverá construir um esquema de princípios abstratos e concretos que ofereça uma justificação coerente para todos os precedentes, os princípios, as leis e a Constituição. Como não existem Hércules no mundo real, deve-se buscar técnicas de julgamento que reduzam o número de erros judiciais, baseadas na capacidade relativa que possuem aqueles que atuam no processo de decisão (CARDOSO, 2013).

O julgador teria a função de escolher as possibilidades de interpretação dos casos concretos em diálogo com as partes envolvidas no processo. Assim, ele deverá interpretar a história institucional como um movimento contínuo que possibilite uma interpretação construtiva do direito. Nessa esteira, o juiz atuaria como um escritor que deveria interpretar o que já foi escrito por outros julgadores, atuando como um redator de um romance. Desse modo, explica-se a metáfora do “romance em cadeia”, no qual o trabalho do juiz consiste em dar continuidade ao que já vinha sendo feito em julgamentos anteriores (DWORKIN, 1999).

Portanto, interpretação constitucional é concretização, e aquilo que, como conteúdo da Constituição, ainda não é unívoco deve ser determinado com base na realidade a ser ordenada. A interpretação jurídica tem caráter criador, o conteúdo da norma interpretada é estabelecido através da interpretação. A concretização pressupõe um entendimento do conteúdo da norma a ser concretizada, e o intérprete não pode compreender o conteúdo da norma de um ponto situado fora da existência histórica concreta em que ele se encontra (HESSE, 1998).

Tarefa de interpretação é encontrar o resultado constitucionalmente “exato” em um procedimento racional e controlável, fundamentar esse resultado racional e controlavelmente e, deste modo, criar certeza jurídica e previsibilidade – não, por exemplo, somente decidir por causa da decisão. (HESSE, 1998, p. 55).

O intérprete entende o conteúdo da norma partindo de uma pré-compreensão, que lhe permite primeiro olhar a norma e projetar um sentido. Por causa dessa pré-compreensão, é importante fundamentar e expor as razões da interpretação para evitar o arbítrio das ideias (HESSE, 1998).

2.3.1 O método concretista

Diante das exigências levadas ao Poder Judiciário em termos de proteção a direitos, a atividade interpretativa cada vez mais deve ser realizada em cotejo com a realidade fática da sociedade. Na linha do exposto no item anterior, uma interpretação limitada a abstrações em torno de sentido do texto normativo não se mostra capaz de revelar o teor e o alcance da norma. No caso das demandas estruturantes, uma teoria de interpretação que possibilite ao julgador avaliar as condições fáticas em que a norma deve ser aplicada permite ao Judiciário avaliar os casos nos quais se alega a existência de omissões materiais por parte do Estado.

Conforme Hesse (1998), o intérprete deve relacionar a norma que ele quer entender ao problema, a aplicação ao caso concreto em um procedimento uniforme, e não a aplicação

posterior de um enunciado geral entendido previamente. Logo, não existe interpretação constitucional independente de problema concreto.

A vinculação da interpretação à norma a ser concretizada, à pré-compreensão do intérprete e ao problema concreto a ser resolvido significa que não pode haver método de interpretação autônomo, separado desses fatores. O procedimento de concretização deve ser determinado pelo objeto de interpretação, pela Constituição e pelo respectivo problema. Se a Constituição não for um sistema concluído e uniforme, lógico-axiomático ou hierárquico de valores, ela requer um procedimento de concretização que propicie essa complementação de forma vinculada normativamente (HESSE, 1998).

Nesse sentido, Müller (2005), em seu método concretista, distingue normatividade, texto da norma e a própria norma. O autor assinala que o teor literal de uma prescrição juspositiva é apenas a “ponta do iceberg” que serve à formulação do programa da norma. Já a normatividade não seria produzida pelo texto, mas a partir de dados extralinguísticos de tipo estatal-social que não poderiam constar no texto da norma (MÜLLER, 2005).

O texto da norma não contém a normatividade e sua estrutura material concreta; ele dirige e limita as possibilidades legítimas e legais de concretização materialmente determinada do direito no âmbito do seu quadro. Conceitos jurídicos em textos de normas não possuem significado, e enunciados são desprovidos de sentido segundo a concepção de um dado orientador acabado (MÜLLER, 2005).

A estrutura da norma e a normatividade serviram de deixa para a análise da relação entre direito e realidade na hermenêutica jurídica — que dizer, para uma área parcial do enfoque indagativo de uma metódica do direito. O teor literal expressa o programa da norma, a ordem jurídica tradicionalmente assim compreendida. Além disso, há o âmbito da norma, que seria equivalente ao recorte da realidade social na sua estrutura básica que o programa escolheu. O âmbito da norma, por ter sido gerado ou não pelo direito, pode apresentar componentes das duas formas (MÜLLER, 2005).

No Direito Constitucional evidencia-se com especial nitidez que uma norma jurídica não é um “juízo hipotético” isolável diante de seu âmbito de regulamentação, nenhuma forma colocada com autoridade por cima da realidade, mas uma inferência classificadora e ordenadora a partir da estrutura material do próprio âmbito social regulamentado. Correspondentemente, elementos “normativos” e “empíricos” do nexo de aplicação e fundamentação do direito que decide o caso no processo da aplicação prática do direito provam ser multiplamente interdependentes e com isso produtores de um efeito normativo de nível hierárquico igual. (MÜLLER, 2005, p. 43).

Como para as normas da Constituição é importante a realidade a ser ordenada, a mera interpretação do texto ainda não possibilita a concretização suficiente dos fatos concretos, é necessário compreendê-los na colocação da questão, determinada pelo programa da norma, na sua configuração e peculiaridade material. Esse avanço fornece elementos adicionais de concretização, mais pormenorizados, e permite também a resolução do problema de forma apropriada, com base nos pontos de vista relativos aos casos (HESSE, 1998).

O âmbito da norma é um dos fatores constitutivos da normatividade, não é uma soma de fatos, mas um nexos formulado em termos de possibilidade real de elementos estruturais destacados da realidade social, na perspectiva seletiva e valorativa do programa da norma, e formatados de modo parcialmente jurídico. A interpretação do teor literal da norma consiste em um dos elementos mais importantes no processo de concretização normativa, mas apenas um elemento (MÜLLER, 2005).

Uma metódica destinada a ir além do positivismo legalista deve indicar regras para a tarefa da concretização da norma no sentido abrangente da práxis efetiva. Não pode aferrar-se nem ao dogma da evidência nem ao dogma voluntarista. Não pode conceber o processo, bem como a tarefa da realização do direito normativamente vinculada, como uma mera reelaboração de algo já efetuado. (MÜLLER, 2005, p. 47).

Desse modo, a concretização não pode ser um procedimento meramente cognitivo. A normatividade comprova-se apenas na regulamentação de questões jurídicas concretas. Normas jurídicas não são dependentes do caso, mas referidas a ele. A norma constitucional não é nenhum juízo hipotético que possa ficar isolado do âmbito normativo ou se sobrepor, por meio de autoridade, à realidade de fato. A efetivação dessas normas deve sempre considerar os elementos normativos e empíricos, de forma a compreender direito e realidade como duas entidades interligadas e interdependentes (MÜLLER, 2005).

Normas típicas de direito constitucional não podem ser concretizadas com a ajuda da lógica formal. Deve-se, no interesse da maior racionalidade e clareza do direito, tentar circunscrever materialmente de outro modo as normas ou partes que as integram, as quais se subtraem a um tratamento silogístico, e introduzi-las de maneira controlável no processo da concretização (MÜLLER, 2008).

Não importa quão apurada seja a formulação do texto da norma e do nexos das normas em termos de técnica formal, estes contêm teores materiais como momentos da instituição, eficácia social e normatividade jurídica. É uma ficção a ideia de ter firme controle sobre as questões práticas detalhadas da concretização jurídica, com ajuda da ideia genérica de

dialética. Com isso, não se pode mais continuar tratando como canônicos os cânones de interpretação do direito herdados da tradição (MÜLLER, 2008).

2.4 O papel do judiciário na atualização da Constituição: a Constituição viva

Um dos princípios a serem observados na interpretação constitucional é o critério da exatidão funcional: “Se a Constituição ordena a respectiva tarefa e a colaboração dos titulares de funções estatais em uma determinada norma, então o órgão interpretador tem de manter-se no quadro das funções a ele atribuídas” (HESSE, 1998, p. 67).

Não deve o órgão interpretador alterar a distribuição de competências ao realizar essa função. Ao Tribunal Constitucional caberia, diante do legislador, apenas uma função controladora, sendo vedado atuar para além dos limites impostos pela Constituição. O princípio da separação de poderes seria o principal limitador dessa atuação e constitui a origem das maiores controvérsias acerca da atuação judicial quando da interpretação de normas.

Apesar da controvérsia, é certo que o Poder Judiciário realiza a interpretação das normas constitucionais conforme os casos concretos que lhes são apresentados. Para isso, precisa levar em consideração o contexto em que estão inseridas as novas demandas sociais. A teoria da Constituição Viva (*Living Constitution*) advoga a tese de que esse papel deve ser desempenhado pelas cortes judiciais.

Dessa forma, a *Living Constitution* seria aquela que envolve mudanças ao longo do tempo e se adapta a novas circunstâncias, sem passar pelo processo formal de emenda. Strauss (2010) cita, como exemplo, a Constituição norte-americana, que foi escrita há mais de 220 anos e, embora possa sofrer emendas, o processo é difícil, podendo ser demorado. Enquanto isso, o mundo se transformou de diversas formas, a tecnologia avançou, a economia mudou, as relações internacionais sofreram mudanças e diversas outras transformações sociais.

Todas essas mudanças ocorreram de modo que, na época em que a Constituição foi escrita, ninguém poderia prever como aconteceriam. Então, seria inevitável a alteração da Constituição; caso contrário, não seria capaz de regulamentar adequadamente a sociedade e se tornaria um obstáculo ao seu desenvolvimento (STRAUSS, 2010).

Em contrapartida, há corrente que se opõe a esse pensamento e defende a manutenção da Constituição fundada nos princípios que lhe deram origem. Para os defensores dessa tese, a *Living Constitution* é uma constituição manipulável, já que alguém poderia modificá-la de acordo com suas próprias ideias. Esse alguém seria certos juizes que, imbuídos desse poder

em determinada época, poderiam impor a sua maneira de pensar ao restante da sociedade (STRAUSS, 2010).

Nesse sentido, os defensores do chamado Originalismo são adeptos à tese de que o significado do texto constitucional seria aquele atribuído e pensado pelos elaboradores dessa Constituição. As correntes originalistas mais radicais simplesmente negam que exista algum dilema em relação à *Living Constitution* e afirmam que a Constituição não necessita de qualquer mudança ou adaptação, exceto as feitas através de emendas (STRAUSS, 2010).

Para certas matérias, é fácil identificar quando o sentido original da Constituição deve ser preservado. No caso, por exemplo, de autorizar a vigilância eletrônica sobre cidadãos indiscriminadamente, é evidente que isso contraria a intenção dos redatores do texto. No entanto, quando se trata de matérias constitucionais mais controversas, o Originalismo se mostraria totalmente inadequado (STRAUSS, 2010).

Além disso, há uma questão de legitimidade dos criadores da Constituição para impor as suas concepções sobre governo, direitos básicos e visão política a toda uma nação e por sucessivas gerações. Alguns argumentos são utilizados para justificar essa legitimidade, o primeiro afirma que a visão dos elaboradores do texto deve nortear a interpretação porque eles, de algum modo, saberiam melhor como isso deveria ser feito. Os originalistas, por um lado, questionam ainda a legitimidade moral de juízes para realizar a interpretação do texto constitucional, em detrimento do sentido atribuído pelos criadores. Por outro lado, ao exigir que os juízes tenham uma deferência com o texto original, estão impondo as suas próprias visões políticas e morais (MARMOR, 2005).

Os originalistas alegam também que a Suprema Corte não é uma instituição democrática, por não ter os seus membros escolhidos pelo povo e não refletir as vontades destes. Entretanto, atualmente, muitos adeptos da corrente já admitem que essa deferência aos criadores da Constituição pode implicar grandes problemas. Certamente, não faria sentido confiar nas visões de pessoas que viveram em uma época muito distante sobre coisas que sequer saberiam que viriam a existir (MARMOR, 2005).

Portanto, não faria sentido vincular a interpretação constitucional à intenção dos antigos criadores porque eles não poderiam prever os tipos de necessidades dos dias atuais. Contudo, Dworkin, citado por Marmor (2005), defende que a história deve ser consultada para se entender os princípios políticos e morais buscados pelos criadores quando elaboraram o texto. Marmor assevera que Dworkin está correto, porém ressalta que, antes de decidir consultar a história, primeiro se forma uma visão própria dos valores inerentes e relevantes para o caso. Na interpretação constitucional, depende-se dessas visões para estabelecer o que

faz a Constituição boa ou ruim, mas, caso se recorra, logo no início, às intenções dos criadores, toda essa visão própria se perderá.

Como exemplo, Strauss (2010) menciona a Oitava Emenda da Constituição norte-americana, que proíbe a aplicação de penas cruéis e iníquas aos seres humanos. O sentido da palavra cruel não é claro da maneira que uma expressão que diga um número o é. Quando tal emenda foi adotada em 1791, certamente não se acreditava que a pena de morte pudesse ser considerada inconstitucional. De acordo com a concepção originalista, a pena de morte não poderia ser considerada cruel e iníqua porque, no ano em questão, não era vista como violadora da Oitava Emenda. Então, não poderia ser assim avaliada atualmente ou em qualquer momento.

Um exemplo citado por Strauss (2010) que demonstraria o equívoco da doutrina originalista é o caso da segregação racial em escolas públicas. No famoso caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, a Suprema Corte garantiu que a segregação racial nas escolas era inconstitucional sob a cláusula da igualdade de proteção prevista na Quarta Emenda. Mas, quando essa emenda foi adotada, não ficava claro que a segregação seria proibida em escolas públicas. Diante disso, a Corte afirmou que o entendimento original sobre esse dispositivo não possuía mais sustentação.

Cabe salientar que Cass Sunstein, considerado o principal teórico do minimalismo, reconhece que o contexto e as circunstâncias podem justificar a adoção de uma postura maximalista como alternativa interpretativa. Para ele, o maximalismo se traduz em decisões judiciais que estabelecem regras gerais para o futuro e justificativas teóricas ambiciosas. São decisões que terão como característica a profundidade (*depth*) e a largura (*width*) (FERNANDES, 2018).

Segundo Sunstein, existem algumas hipóteses nas quais pode ser recomendável uma postura mais ativa. Assim deve ocorrer no caso de alguma solução mais ampla reduzir o custo de incerteza da decisão para o próprio tribunal e as partes litigantes, fornecendo segurança jurídica e previsibilidade para os atores. Da mesma forma, pode ocorrer quando uma postura mais ativista promove objetivos democráticos, ativando pré-condições essenciais para o funcionamento da democracia deliberativa. A decisão do caso Brown seria o exemplo mais adequado dessa última situação (FERNANDES, 2018).

2.5 O ativismo judicial

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, por meio de uma maior interferência no espaço de atuação dos demais Poderes. A postura ativista pode se manifestar em condutas que incluem a aplicação direta da Constituição a situações não contempladas em seu texto, independentemente da manifestação do legislador, a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos com base em critérios menos rígidos de violação do texto constitucional e a imposição de condutas ou abstenções do poder público (BARROSO, 2012).

O ativismo judicial originou-se na jurisprudência norte-americana e, em um primeiro momento, teve natureza conservadora. Com a atuação proativa da Suprema Corte, os setores mais reacionários encontraram amparo em decisões como *Dred Scott v. Sandford*, em que se validou a segregação racial (BARROSO, 2012).

Apenas a partir da década de 1950, essa situação se inverteu, quando a Suprema Corte, sob a presidência do *Justice Warren* (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), passou a produzir jurisprudência progressista. A partir desse momento, julgamentos importantes em matéria de direitos fundamentais foram realizados, como o caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, que pôs fim à segregação racial nas escolas públicas (BARROSO, 2012).

Já na Europa Ocidental, essa prática se intensificou após o fim da Segunda Guerra, com o avanço da justiça constitucional e do papel político das cortes constitucionais. A partir desse momento, houve a difusão de um novo modelo de Constituição que se caracterizava por ser rígida, titular de supremacia normativa, axiológica e informativa de um modelo de Estado que deixou de lado a supremacia parlamentar (CAMPOS, 2014).

Em razão desse novo modelo, foram criadas cortes constitucionais que passaram a adotar um protagonismo na defesa e no desenvolvimento dos direitos fundamentais. O Tribunal Constitucional da Alemanha (1949) e a Corte Constitucional da Itália (1956) se destacaram por manterem posturas ativistas de interpretação constitucional e de proteção de direitos fundamentais diante dos poderes políticos (CAMPOS, 2014).

Conforme a doutrina norte-americana, o primeiro uso público do termo “ativismo judicial” teria sido feito pelo historiador Arthur Schlesinger Jr., no artigo intitulado *The Supreme Court: 1947*, publicado na revista *Fortune*, vol. XXXV, nº 1, no mês de janeiro de 1947. No texto, o historiador afirmou que, quanto mais uma corte se apresenta como instituição vital para o país e a sociedade, mais ela e seus juízes deverão sujeitar-se ao julgamento crítico sobre as suas motivações (CAMPOS, 2014).

Schlesinger Jr. apresentou o termo “ativismo judicial” como oposto à “autorrestrrição judicial”. Para ele, os juízes ativistas substituem a vontade do legislador pela própria porque acreditam que devem atuar ativamente na promoção das liberdades civis e dos direitos das minorias, dos destituídos e dos indefesos, mesmo que se aproximassem da correção judicial dos erros do legislador. Já os adeptos da autorrestrrição judicial têm uma visão diferente e acham que a Suprema Corte não deve intervir no campo da política e agir com deferência (CAMPOS, 2014).

O marco filosófico desse processo é o pós-positivismo, movimento caracterizado pela superação de dogmas ligados à prevalência do texto legal e à supremacia do Parlamento enquanto intérprete do direito. Em busca de superar o direito natural, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia, dominando o pensamento jurídico da primeira metade do século XX (BARROSO, 2005).

Parte da doutrina brasileira associa a decadência do positivismo à derrota do nazismo e do fascismo na Itália, pois tais regimes teriam se sustentado sob a proteção do manto da legalidade. Tal afirmação é alvo de contestação por parte da doutrina mais recente com base em argumentos que serão abordados mais adiante.

No caso brasileiro, esse movimento no Direito Constitucional ocorreu com o advento da promulgação da Constituição de 1988. Nesse contexto, a Constituição passou a ser não apenas um sistema em si, mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Esse fenômeno, identificado como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados (BARROSO, 2005).

O movimento também ficou conhecido como Neoconstitucionalismo, e seus adeptos buscam embasamento no pensamento de juristas que se filiam a linhas bastante heterogêneas, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino. Entre esses autores, nenhum se definiu como neoconstitucionalista, possuem ampla diversidade de posições jusfilosóficas e de filosofia política (SARMENTO, 2009).

Independentemente da utilização do termo, é fato que algumas concepções do Direito Constitucional passaram a ter predominância nesse período após a Segunda Guerra e, no caso brasileiro, após 1988.

No neoconstitucionalismo, a leitura clássica do princípio da separação de poderes, que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial. No lugar de concepções estritamente

majoritárias do princípio democrático, são endossadas teorias de democracia mais substantivas, que legitimam amplas restrições aos poderes do legislador em nome dos direitos fundamentais e de proteção das minorias, e possibilitem a sua fiscalização por juízes não eleitos. E ao invés de uma teoria das fontes do Direito focada no código e na lei formal, enfatiza-se a centralidade da Constituição no ordenamento, a ubiquidade da sua influência na ordem jurídica, e o papel criativo da jurisprudência. (SARMENTO, 2009, p. 2).

Dessa forma, o foco desse modelo é o Poder Judiciário, e o Direito é analisado a partir de uma perspectiva interna, daquele que participa do processo de interpretação e aplicação, relegando a um segundo plano a perspectiva externa, do observador. Esse protagonismo atribuído ao Judiciário levou a certa desconsideração do papel desempenhado pelo Legislativo na interpretação constitucional. O juiz é concebido como guardião das promessas civilizatórias dos textos constitucionais, o que expõe o neoconstitucionalismo a várias críticas, como a de que seria elitista e refratário ao autogoverno popular (SARMENTO, 2009).

Até 1988, a lei valia muito mais do que a Constituição no Direito Público, o decreto e a portaria ainda valiam mais do que a lei. Nesse cenário, o Judiciário não desempenhava um papel político tão importante e não tinha o mesmo nível de independência de que passou a gozar posteriormente. As constituições consagraram, pois, diversos direitos, mas a efetivação deles ainda é incipiente e depende exclusivamente da vontade do governante (SARMENTO, 2009).

2.5.1 O ativismo judicial estrutural

O ativismo judicial é multifacetado, possui diferentes dimensões, responde a diferentes incentivos e fatores, de modo que a análise da sua legitimidade deve ser contextual. A legitimidade dependerá, portanto, não do exercício puro e simples de ativismo judicial, mas das circunstâncias do caso e da medida de ativismo tomada diante dos outros Poderes (CAMPOS, 2016).

Nesse contexto, quando as cortes contemporâneas expandem o seu espaço institucional e a influência sobre os outros Poderes de governo, é possível fixar cinco premissas normativas para a definição do que seja ativismo judicial. A primeira é que constitui uma postura expansiva do poder político-normativo de juízes e cortes, quando de suas decisões, e não de correção de mérito dessas decisões judiciais. A segunda é que o ativismo não seria aprioristicamente legítimo ou ilegítimo. A terceira aponta o caráter dinâmico e contextual da identificação e da validade do ativismo judicial. A quarta identifica-se como a pluralidade das variáveis contextuais que limitam, favorecem e moldam o ativismo.

A quinta e última indica que o ativismo se manifesta como uma estrutura adjudicatória multidimensional (CAMPOS, 2016).

No ativismo estrutural, o juiz não crê, ante as circunstâncias envolvidas, em espaços de decisão ou em temas imunes à sua interferência por tratar-se de questões políticas ou por exigir capacidades cognitivas específicas. Para o juiz ativista em sentido estrutural, todas as decisões e omissões relevantes dos outros poderes, assim como as razões políticas ou empíricas dessas decisões ou omissões, estão sujeitas ao controle de legitimidade constitucional, sem gozar de precedência normativa. (CAMPOS, 2016, p. 224).

Ao interferir no ciclo das políticas públicas, na agenda de governo, na formulação, na implementação e no monitoramento dos resultados, as cortes constitucionais atuam em esferas de atuação próprias do Executivo e do Legislativo. Identificam omissões e falhas estruturais, apontam a ineficiência ou mesmo a inexistência de políticas públicas e relacionam a violação massiva de direitos fundamentais e essas falhas. Nessa conjuntura, determinam a formulação de normas e ações administrativas dirigidas à superação da proteção deficiente dos direitos fundamentais (CAMPOS, 2016).

2.6 Críticas ao ativismo judicial, ao pós-positivismo brasileiro e ao neoconstitucionalismo

Sunstein e Vermeule (2002) afirmam que muitas teorias de interpretação falhavam na tarefa de fornecer o suporte necessário para solucionar questões complexas, o que revelaria ainda um sério problema com as visões contemporâneas a respeito da interpretação. As questões interpretativas eram tipicamente tratadas em um grau muito elevado de abstração, na base de questões como a natureza da interpretação, democracia, legitimidade, autoridade e constitucionalismo. Entretanto, as grandes questões postas em juízo muitas vezes não podem ser resolvidas na base de teorias abstratas.

Dessa maneira, os autores ressaltam que deve haver um foco sobre duas questões normalmente deixadas de lado: a das capacidades institucionais e a dos efeitos dinâmicos da interpretação. Analisando as capacidades institucionais, é preciso questionar como algumas instituições, dentro de suas possibilidades e limitações, deveriam interpretar certos textos. Já a análise dos efeitos dinâmicos da interpretação deve levar em conta as consequências para os destinatários que sentirão os efeitos. Com ênfase nas capacidades institucionais e nos efeitos dinâmicos, será possível perceber que as grandes discussões em torno da interpretação não

deveriam se limitar a discutir como se deve interpretar um texto (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002).

Assim, no debate teórico, é possível notar que os argumentos favoráveis ou contrários ao controle de constitucionalidade, por exemplo, foram produzidos em uma discussão cujo foco principal é o significado dos direitos e o papel das instituições em uma democracia constitucional. Contudo, deve-se notar que o controle de constitucionalidade não lida apenas com questões dessa natureza (SOBRINHO, 2020).

Em grande parte das democracias constitucionais, as cortes, no exercício do controle de constitucionalidade, também desempenham a função de árbitras de conflitos federativos e institucionais e, desse modo, tratam de disputas que envolvem o significado de direitos, bem como o da própria estrutura governamental (SOBRINHO, 2020).

Além disso, como já mencionado, as cortes têm assumido um papel mais ativo na promoção de direitos. Com isso, cada vez mais, têm tratado de questões ligadas a condições fático-substanciais necessárias para o usufruto de direitos fundamentais. As mesmas questões relativas à legitimidade, limites e formas de atuação do Judiciário em relação à interpretação de direitos se aplicam, então, a questões estruturais.

Nessa ótica, Sarmiento (2009) evidencia que expectativas no sentido de concretização dos ideais emancipatórios presentes nas constituições, por meio da atuação dos juízes, sofrem contestações em razão do suposto caráter antidemocrático. Essa crítica se baseia na crença de que, em uma democracia, é essencial a tomada de decisões políticas por representantes eleitos pelo próprio povo.

É verdade que a maior parte dos teóricos contemporâneos da democracia reconhece que ela não se esgota no respeito ao princípio majoritário, pressupondo antes o acatamento das regras do jogo democrático, que incluem a garantia de direitos básicos, visando a viabilizar a participação igualitária do cidadão na esfera pública, bem como alguma proteção às minorias. (SARMENTO, 2009, p. 6).

O autor ressalta, nesse ponto, que deve haver uma dosagem, pois, se a imposição de alguns limites para a decisão das maiorias pode ser justificada em nome da democracia, o exagero tende a revelar-se antidemocrático, por cercear em demasia a possibilidade do povo de se autogovernar. O cerne do debate está no reconhecimento de que, diante da abertura de parte das normas constitucionais, quem as interpreta também participa do seu processo de criação — daí a crítica de que esse viés acaba por conferir aos juízes uma espécie de poder constituinte permanente, uma vez que lhes permite moldar a Constituição de acordo com as

suas preferências políticas e valorativas, em detrimento daquelas do legislador (SARMENTO, 2009).

Nesse contexto, o pós-positivismo brasileiro, que tem no Ministro Luís Roberto Barroso um de seus maiores expoentes, sofre algumas críticas de parte da doutrina. Torrano (2019) afirma que juristas brasileiros e estrangeiros têm insistido em construir teorias do direito a partir de concepções fortes sobre a justiça e os direitos. Nesse processo, o jurista afilia-se a uma corrente de pensamento que considera mais correta ou mais justa, convicto de que os princípios da corrente de sua preferência são superiores a visões alternativas de mundo, procede ao exame da natureza do direito e de todas as implicações hermenêuticas subsequentes, a partir de sua concepção pessoal de bem. Ao se deparar com dispositivos constitucionais ou legais que afrontam os seus ideais, tenta convencer os seus pares de que a correção moral deve ser feita pelo Poder Judiciário (TORRANO, 2019).

Ele destaca que, por um lado, a pesquisa sobre a legitimidade moral do direito, à luz de teorias da Justiça, é um empreendedorismo teórico dos mais relevantes, mas alerta que, por outro lado, o conceito de democracia carrega em si pressupostos morais inegociáveis — entre os quais, a proteção dos direitos individuais como a liberdade de expressão, a igualdade política e a propriedade privada. Desse modo, ressalta que a luta política, pela não aplicação da lei, seja papel e dever de todos. Em circunstâncias consolidadas de participação política igualitária e de preservação dos direitos e garantias individuais, o respeito à lei democrática e procedimentalmente promulgada é uma das formas mais sublimes de reverência, pluralismo e tolerância (TORRANO, 2019).

O autor afirma que o magistrado tem uma obrigação de meio e deve decidir os casos sem apelo ao que, pessoalmente, pensa ser mais justo ou adequado, mesmo discordando da solução dada pelo Poder Legislativo. Logo, se o direito positivo construído deve ser aplicado mesmo o juiz discordando da solução resultante dos pactos políticos antecedentes, pressupõe-se que tal direito detenha objetividade suficiente para comunicar uma perspectiva política ou moral ao intérprete distinta da que este tem e com a qual pode discordar (TORRANO, 2019).

Mais, pressupõe-se que o magistrado tenha sido educado de tal forma a estar ciente de que a melhor das alternativas diante de questões que envolvem desacordos morais razoáveis é a tal de “engolir a seco”, e não agir impulsivamente à luz de suas emoções imediatas, ou, ainda, à luz de pressões populares ou midiáticas. (TORRANO, 2019, p. 54).

No Brasil, há áreas em que o próprio Poder Legislativo, voluntariamente, deposita maior discricionariedade no aplicador do direito, autorizando-o a empregar, a depender do

caso, argumentos consequencialistas, econômicos ou de política, enquanto há outras áreas em que se projeta contundente inibição de discricionariedade. Assim, existem áreas nas quais o magistrado está mais adstrito aos limites da lei, como Direito Penal e Tributário, ou em casos de normas que, mesmo tendo textura linguística vaga, possuem um mínimo semântico que foi violado (TORRANO, 2019).

O modo pelo qual o pós-positivismo brasileiro entende ter refutado o positivismo jurídico nada tem a ver com o modo pelo qual são conduzidos os debates anglo-americanos sobre positivismo/não positivismo. No Brasil, é um conceito que age pelo seu efeito de induzir emotivamente as pessoas a acreditarem que se trata de uma teoria jurídica sofisticada e insuperável, quando, na maior parte dos casos, não passa de um artifício retórico que ganhou notabilidade pelas reiteradas críticas ao positivismo (TORRANO, 2019).

Na Europa continental, a referência ao pós-positivismo geralmente é feita por autores que, como Müller, são contrários ao método positivista de aplicação do direito, mas que estão de acordo com a teoria da validade jurídica propiciada pelo positivismo. Muitos autores pós-positivistas gostam de expressar a sua satisfação quando atribuem às suas teorias o resgate dos valores e a reaproximação entre Direito e Ética (TORRANO, 2019).

Partindo de premissas filosóficas heterogêneas, por vezes até mesmo conflitantes, os partícipes dessa linha de pensamento sustentam que a identificação de uma norma jurídica não constitui tão só operação de revolvimento de fatos sociais dotados de alguma característica especial, e sim pressupõe o apelo a juízos de aprovação e desaprovação que são jurídicos em razão de seu mérito moral (TORRANO, 2019).

O pós-positivismo brasileiro é o principal aliado teórico do neoconstitucionalismo. Esse, por sua vez, é constituído por um paradigma moral fundado nas teses da universalidade e indisponibilidade dos direitos humanos. Constitui-se também de um paradigma econômico fundado por críticas marxistas ao liberalismo econômico e por aportes keynesianos, que veem a intervenção do Estado na economia como único meio de atenuar as desigualdades sociais. Por fim, é formado por um paradigma jurídico de supremacia da Constituição dirigente e de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, sem discriminação hierárquica entre direitos de liberdade e direitos sociais (TORRANO, 2019).

No Brasil, é comum vincular-se ativismo judicial e posições sociais progressistas, porém tal vinculação é indevida. O Poder Judiciário pode atuar bloqueando mudanças importantes promovidas pelos outros Poderes em favor dos excluídos, inclusive usando a retórica de proteção dos direitos fundamentais. Isso ocorreu nos Estados Unidos no período conhecido como era de *Lochner*, quando a Suprema Corte impediu sistematicamente a edição

de legislação trabalhista e outras medidas que implicavam interferência na esfera econômica em proveito das classes desfavorecidas, com base em uma leitura substantiva da cláusula do devido processo legal (SARMENTO, 2009).

De qualquer modo, parece não haver dúvidas de que o Judiciário tem um papel essencial na concretização da Constituição. Diante do quadro de sistemática violação de direitos de certos segmentos da população, o ativismo jurídico se justificaria em certas searas como a tutela de direitos fundamentais, a proteção de minorias e a garantia do funcionamento da própria democracia (SARMENTO, 2009).

Essa última posição, sustentada por Sarmento, indica que, sob um certo *prima*, o ativismo judicial seria justificável em situações como as descritas no parágrafo anterior. No entanto, para aquelas correntes que entendem o ativismo como uma forma de atuação indevida do Judiciário, por extrapolar as suas atribuições, os casos mencionados seriam hipótese de atuação judicial legítima, mas não ativista.

3 A SUPREMACIA JUDICIAL E A CONCRETIZAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

A partir da leitura das Declarações de Direitos editadas após as Revoluções Francesa e Norte-Americana, é possível perceber forte confluência quanto ao conteúdo dos direitos e à sua fundamentação jusnaturalista, embora já se pudesse perceber a índole filosófica da francesa e o pendor judicialista das norte-americanas. Em que pesem esses aspectos em comum, o constitucionalismo europeu e o norte-americano seguiram caminhos bastante distintos no século XIX (BRANDÃO, 2017).

Enquanto na França a necessidade de ruptura com o antigo regime levou ao fortalecimento do Legislador recém-dotado de legitimidade democrática, nos Estados Unidos os direitos naturais foram opostos ao Parlamento inglês em razão de um alegado exercício abusivo de suas competências, sobretudo no tocante à instituição de tributos sobre os colonos, sem a anuência das assembleias locais (*no taxation without representation*) (BRANDÃO, 2017).

Diante desse cenário, os norte-americanos, naturalmente, jamais confiariam a tutela de seus direitos fundamentais a um legislador soberano. Ao contrário, conferiu-se tal papel à Constituição, assim entendido o documento legislativo escrito que goza de maior hierarquia em relação às deliberações dos poderes constituídos. O conceito norte-americano de poder constituinte apresenta-se, desde a sua gênese, vinculado à ideia de supremacia da Constituição, pois ela se consubstancia em um conjunto de normas cuja impossibilidade de supressão por maiorias eventuais, por meio de leis, se justifica ante o objetivo de colocar os direitos individuais a salvo do arbítrio dos poderes (BRANDÃO, 2017).

3.1 As origens do *judicial review*

Costuma-se atribuir ao famoso caso *Marbury v. Madison* a origem do *judicial review*. Para compreender por que a sociedade passou a consentir a prática por meio da qual os juízes se recusam a aplicar a lei editada pelo legislador, com o argumento de sua incompatibilidade com a Constituição, é preciso compreender o contexto anterior ao precedente mencionado (CONTINENTINO, 2016).

Desse modo, cabe salientar que o caso *Marbury v. Madison* não seria o marco inicial do *judicial review*. A origem dessa prática estaria ainda relacionada com a prática judicial anterior ao caso e à própria Constituição norte-americana, juntamente à necessidade de limitar

a autoridade do Poder Legislativo. Nesse contexto, outros fatores também contribuíram para a consolidação do controle judicial (CONTINENTINO, 2016).

Antes do referido caso, algumas decisões já haviam sido proferidas e indicavam uma transição para um novo modelo que viria a se consolidar com tal julgamento. Decisões de recusa de aplicação de leis surgiram de diversas cortes estaduais, de maneira a consolidar o seu papel de guardiães da Constituição. Tais práticas ocorreram em um período em que as concepções políticas sustentadas após 1776, com ênfase na soberania popular, estavam em revisão conforme os debates sobre as constituições revolucionárias estaduais revelaram (WOOD apud CONTINENTINO, 2016).

A noção do Direito inglês da supremacia do Parlamento sofreu alterações ao longo de todo o processo revolucionário norte-americano, e as práticas de controle das leis já indicavam o processo de ruptura com esse modelo (CONTINENTINO, 2016).

3.1.1 A legitimidade do *judicial review*

Três principais pontos sobre a legitimidade do *judicial review* são bastante discutidos. O primeiro é que não seria uma característica necessária de um regime constitucional porque seria possível conceber um sistema legal com uma Constituição escrita sem conceder o poder de interpretação a um poder específico. O segundo é que a legitimidade para a realização do *judicial review* é uma questão de escolha da própria Constituição. O terceiro ponto seria que o poder da revisão judicial não é facilmente conciliável com os princípios gerais democráticos (MARMOR, 2005).

No contexto da ratificação da Constituição dos Estados Unidos, foi travado um debate acirrado entre federalistas e antifederalistas. Em uma série de artigos publicados em um semanário nova-iorquino, um antifederalista que usava o pseudônimo Brutus formulou uma série de argumentos contra a possibilidade de juízes invalidarem atos do Parlamento. Entre esses argumentos, sustentava que a Constituição não estabelecia nenhum mecanismo de controle dos erros da Suprema Corte e que as suas decisões teriam força de norma constitucional vinculando os demais Poderes (BRANDÃO, 2017).

Essa circunstância, somada à natureza ambígua da linguagem constitucional e à tendência natural do homem para a ampliação dos seus poderes, conduziria a uma supremacia judicial, muito embora a Constituição tenha estabelecido a independência entre os Poderes (BRANDÃO, 2017).

Respondendo pelo lado dos federalistas, Alexander Hamilton, citado por Brandão (2017), publicou, sob o pseudônimo *Publius*, escrito no qual salientava ser o Judiciário o departamento estatal menos perigoso, pois não possuía a espada (como o Executivo) nem a chave do cofre ou o poder de ditar normas obrigatórias a todos (como o Legislativo). Sendo o Judiciário, portanto, o Poder mais fraco, a liberdade geral do povo nunca seria ameaçada.

Diante do argumento de que o controle de constitucionalidade daria ao Judiciário uma posição de preeminência ante os outros Poderes, Hamilton afirma que não há que se falar em supremacia judicial, mas apenas em supremacia da Constituição, quer dizer, na prevalência da vontade constituinte do povo, em face da vontade dos seus representantes contidas nas leis (BRANDÃO, 2017).

A tese desenvolvida por Marshall, no caso *Marbury*, segue o raciocínio de Hamilton no Federalista nº 78 e consiste, ainda hoje, na “justificativa padrão” para o controle de constitucionalidade. Segundo tal raciocínio, a nulidade da lei inconstitucional seria decorrente dos seguintes fatores: da supremacia da Constituição sobre as leis, já que, enquanto a primeira é fruto da vontade constituinte do povo, a segunda é resultado da deliberação dos representantes do povo; e do Estado de Direito, na medida em que, se a Constituição visa a instituir e limitar os três departamentos estatais, parece intuitivo que suas normas prevaleçam sobre as manifestações ordinárias dos três Poderes (BRANDÃO, 2017).

Mesmo aqueles que apoiam a legitimidade da revisão judicial sabem da existência de uma tensão entre o compromisso com a democracia e o poder das cortes de superar decisões tomadas por legisladores democraticamente eleitos. Não é possível deduzir que a legitimidade seja extraída do simples fato de que, se a Constituição escrita é superior às normas ordinárias e às cortes cabe interpretar a Constituição, o que fosse dito por estas deveria prevalecer (MARMOR, 2005).

Segundo Marmor (2005), ainda que seja verdadeiro que as previsões constitucionais prevalecem sobre a legislação ordinária e que deve haver uma instituição com o poder de determinar, nos casos concretos, se determinados conflitos existem ou não, não se pode deduzir naturalmente que essa instituição seja a Suprema Corte. Um dos argumentos em favor dessa tese é que a Constituição é um documento legal e, portanto, sua interpretação é matéria legal, e a Corte, tendo expertise no assunto, seria a melhor instituição para essa tarefa.

Sobre esse ponto, o referido autor afirma que o problema desse argumento é que ele depende de duas premissas questionáveis. A primeira é relativa à necessidade de expertise em matéria legal, pois muitas decisões são baseadas em razões morais ou políticas. Isso porque grande parte dos casos decididos envolvem questões morais e éticas, como as que tratam de

direitos humanos básicos. Diante disso, se coloca a questão de saber se essas cortes são o tipo de instituição para conduzir discussões morais.

Por sua vez, Jeremy Waldron é um dos maiores críticos da revisão judicial e a diferencia em duas dimensões: a revisão forte e fraca. Suas críticas são dirigidas à revisão forte, em que os tribunais têm autoridade para recusar a aplicação de um estatuto em um caso específico, mesmo que esse estatuto, conforme os seus próprios termos, seja aplicável ao caso. Além disso, os tribunais têm autoridade conferida pela Constituição para tornar essa lei inválida e retirá-la do ordenamento. Já em um sistema de revisão fraco, os tribunais podem examinar a compatibilidade da lei com os direitos individuais, mas não podem se recusar a aplicá-la simplesmente porque os seus direitos seriam violados (WALDRON, 2006).

Waldron (2006) questiona a legitimidade da revisão judicial de leis em casos de democracias consolidadas, nas quais as políticas públicas são definidas pelo povo e seus representantes trabalham através das instituições. Nesse ambiente, ele pressupõe que os membros do Legislativo se veem como representantes dos interesses e das opiniões de seus eleitores e da sociedade como um todo. Ele ainda presume que os procedimentos legislativos são mantidos sob constante revisão, de modo que, se o ideal de igualdade não for observado, o sistema eleitoral deve ser revisto.

A principal crítica de Waldron quanto à legitimidade do Judiciário para a revisão das leis é que os membros dessa instituição não ocupam cargos eletivos, não possuem representatividade, pois não foram escolhidos através de eleições e, por isso, não devem prestar contas aos eleitores.

Outro aspecto abordado pelo autor refere-se aos direitos, ele presume que o respeito aos direitos individuais e das minorias resulta de um amplo consenso na sociedade. Por um lado, existirão desacordos sobre esses direitos — algumas vezes, com base em argumentos morais. Por outro lado, nem sempre essas discordâncias são relativas à interpretação, sendo muitas vezes questões práticas que impactam a realidade da comunidade. Esses desacordos, em muitos casos, são razoáveis e decorrem da boa-fé das pessoas e sua resolução deve contar com a participação delas, o que não acontece por meio de Judiciário. Temas como aborto, ações afirmativas, intervenção na economia, direitos das minorias, além de outros, deveriam ser decididos pelos que representam a vontade da sociedade (WALDRON, 2006).

Na mesma linha, Rawls (2000) afirma que não é razoável esperar que as opiniões das pessoas a respeito de questões complexas e preocupantes sobre direitos sempre convirjam para o consenso. Ele enfatiza que todas as diferenças acerca dessas questões estão enraizadas

unicamente na ignorância e perversidade ou, então, nas rivalidades por poder, status ou ganho econômico.

O autor aduz ainda que, em uma sociedade democrática, a razão pública é a razão de cidadãos iguais que, enquanto corpo coletivo, exercem um poder político final e coercitivo uns sobre os outros, ao promulgar leis e emendar a sua Constituição. No entanto, os limites impostos à razão pública não se aplicam a todas as questões políticas, mas apenas àquelas chamadas de elementos constitucionais essenciais. Isso significaria que somente valores políticos deveriam resolver questões fundamentais, como quem tem direito ao voto ou quais religiões devem ser toleradas (RAWLS, 2000).

Embora Waldron (2006) reconheça que os legisladores nem sempre podem prever questões de direito que possam surgir, o que leva à necessidade de um mecanismo que permita aos cidadãos levantar essas questões, ele diz que esse mecanismo deve funcionar por meio de uma revisão judicial fraca. Para o autor, o foro adequado para a resolução dessas questões é o Parlamento, pois o processo legislativo permite àqueles que foram escolhidos pela comunidade decidir as questões atinentes aos desacordos que venham a surgir.

Entretanto, esse fator de legitimidade que seria detido pelo Parlamento, e não pelos Tribunais, acaba por não existir nem mesmo no Poder Legislativo. Waldron pressupõe que os representantes eleitos, ao manifestarem os seus votos, refletirão exatamente a vontade dos seus eleitores. Nessa concepção, deveria existir uma relação de identidade entre a voz dos representantes e a dos representados. Entretanto, há outra questão que deve ser levada em consideração: a de que os representantes têm uma independência para decidir quais interesses devem prevalecer nas decisões políticas (SOBRINHO, 2020).

Além disso, a própria indeterminação dos interesses dos cidadãos e o fato de que, em muitas circunstâncias, legisladores estabelecem uma lei sem que eleitores tenham sequer conhecimento sobre o assunto ou, até mesmo, manifestado seus interesses acerca da questão reforçam a ideia de que o representante dispõe de alguma independência em relação ao eleitor (SOBRINHO, 2020).

A partir dessas premissas, é possível concluir que não se identifica nenhum problema com o procedimento legislativo, em razão desse grau de independência dos representantes, de modo que o mesmo raciocínio deve ser aplicado a um sistema de revisão judicial forte (SOBRINHO, 2020).

A crítica sobre o fato de juízes não serem eleitos pelo voto popular é complementada com o fato de não terem de prestar contas (*accountability*), dado o exercício do cargo não estar submetido ao controle dos cidadãos, mediante novas eleições que o premiem ou o

castiguem. Frente a essa crítica, os defensores da atuação judicial afirmam que existe uma concepção limitada e idealizada do que seja democracia (RODRÍGUEZ-GARAVITO; FRANCO, 2010).

Na prática, os canais tradicionais de prestação de contas, como o voto, são demasiadamente esporádicos e manipuláveis para garantir a vigência da ordem democrática e dos direitos constitucionais. Para garantir a manutenção da democracia e do Estado de Direito, são igualmente importantes os mecanismos horizontais de prestação de contas, que supõem a existência de agências estatais que têm autoridade legal e estão capacitadas a realizar o controle com sanções legais (RODRÍGUEZ-GARAVITO; FRANCO, 2010).

Esta dimensão da democracia exige das cortes precisamente o tipo de atuação que os críticos condenam, incluindo a intervenção judicial para fazer valer os direitos, frente às ações ou omissões da administração pública ou o Legislativo. Especialmente em burocracias complexas como as do Estado democrático contemporâneo, a transparência e a responsabilidade dos poderes públicos frente aos cidadãos não podem ser garantidas apenas mediante o mecanismo das eleições. (RODRÍGUEZ-GARAVITO; FRANCO, 2010, p. 39).

No tocante às ações estruturantes, é possível dizer que, na verdade, promovem a democracia em vez de enfraquecê-la, pois, ao contrário do que sugerem os críticos, esses casos fazem florescer a deliberação pública e o controle social sobre os órgãos públicos, estimulando a cidadania e a participação social (RODRÍGUEZ-GARAVITO; FRANCO, 2010).

Silva (2016) afirma que para garantir a concretização dos direitos sociais, a divisão das funções estatais entre os poderes, com base na divisão do trabalho, na cooperação e na interação dos poderes constituídos, mostra-se mais adequada, visto que a proteção insuficiente de um poder e o excesso de atividade prejudicial aos direitos humanos confere ao outro a possibilidade de cumprimento de normas que consagram tais direitos.

O autor afirma que na verdade, vários problemas de legitimidade democrática surgem quando surgem quando se atribui ao Poder Judiciário ou a outro órgão distinto do Legislativo, como o Ministério Público, quando elabora um acordo, a tarefa de afastar leis que não sejam compatíveis com a interpretação das normas constitucionais. Isso porque, usualmente, o ingresso na carreira desses órgãos não se submete a regras de recrutamento por escolha eleitoral e prestação de contas (SILVA, 2016).

Nesse sentido, Ackerman (2000) propõe uma mudança na forma de encarar os dogmas da separação de poderes e funções estatais. Para ele, a nova dinâmica da separação de poderes

leva em conta o papel central dos tribunais e das agências e sugere uma análise da separação de poderes como uma divisão de funções.

O autor propõe modificações substanciais no sistema de governo, o reconhecimento e a estruturação constitucional de funções. Ele critica a possibilidade de um determinado grupo político ter autoridade total, quando, por exemplo, comanda o Executivo e o Legislativo. Além disso, defende que a limitação ao poder majoritário do Parlamento deve ser função de uma corte constitucional, que terá a tarefa de aplicar a Constituição e proteger minorias (ACKERMAN, 2000).

Sem o controle por meio da revisão judicial, a maioria parlamentar poderá se sentir incentivada a ignorar atos de soberania popular e somente um Tribunal Constitucional forte poderá cumprir essa função (ACKERMAN, 2000).

O autor propôs ainda um maior intercâmbio entre as cortes constitucionais, de modo a abandonar uma forma provinciana de atuar. Um tribunal canadense não deve se ater apenas a sua realidade e poderia muito bem aprender com fatos ocorridos na Índia. Nesse seguimento, a sua proposta é que, identificado um problema comum enfrentado por diferentes tribunais constitucionais, se deve buscar as distintas estratégias que tais tribunais tenham adotado para solucionar o problema (ACKERMAN, 1997).

Assim, definido um problema comum, logo se estudaria distintas soluções doutrinárias implementadas por diferentes tribunais, para, depois, se emitir uma decisão. Entretanto, esse estudo não deve ser feito considerando apenas o marco normativo, mas deve explorar as condições políticas e institucionais que os tribunais tenham enfrentado. Com tal enfoque, dois cenários podem ser definidos para a atividade judicial: um baseado na coordenação e outro, chamado “novo começo”, baseado em um estilo mais ativista (ACKERMAN, 1997).

O estilo de coordenação evita uma elaboração prematura de princípios gerais e rígidos que possam enfraquecer, com o tempo, em razão das mudanças nas relações de poder. Já o cenário “novo começo” suscita uma orientação diferente, em que o tribunal entende que as constituições não são meras promessas e atuam para afirmar os seus princípios e aplicá-los diretamente ao proferir as suas decisões (ACKERMAN, 1997).

3.2 A judicialização da política

O processo de expansão do Poder Judiciário foi acompanhado da judicialização da política, assim compreendido o processo pelo qual as cortes e os juízes passam a dominar progressivamente a produção de políticas públicas e de normas que, antes, vinham sendo

decididas pelo Legislativo e Executivo. Cuida-se, portanto, de um processo de transferência do poder de tomada de decisões sobre determinadas questões de alta conotação política, em favor dos juízes e em detrimento dos legisladores e do chefe do Executivo (BRANDÃO, 2017).

As tentativas de elaboração de teorias explicativas da “expansão global” do Poder Judiciário apresentam enormes dificuldades, destacando-se as diferentes culturas jurídicas e o fato de os processos de reconstitucionalização terem ocorridos em cenários distintos. Entre tais cenários, vale mencionar: a reconstrução política após a Segunda Guerra, a independência em relação à antiga metrópole (Índia e países africanos), a transição do regime ditatorial para democrático (América Latina e Europa Continental), a evolução de regimes comunistas para democracias constitucionais de livre-mercado (Leste Europeu) e a incorporação de tratados internacionais ao direito interno (BRANDÃO, 2017).

Atualmente, há um grande consenso doutrinário acerca da vinculação entre expansão da democracia e ampliação do controle de constitucionalidade, ainda que as virtudes e os vícios do fenômeno comportem interpretações distintas. Embora recorrentemente criticado no sentido de ser antidemocrático, o controle de constitucionalidade é, sobretudo, um produto da democracia e tende a expandir-se em compasso com a sua ampliação. Na prática, a relação que se verifica entre a democracia e o controle de constitucionalidade se pauta pela sinergia e não pela mútua exclusão (BRANDÃO, 2017).

Ginsburg, citado por Brandão (2017), afirma que a democracia aumenta a incerteza eleitoral, de maneira que grupos políticos temerosos de perder as futuras eleições terão fortes incentivos para estimular a “constitucionalização”, a fim de impor limites materiais ao poder do grupo vitorioso, evitando que as eleições se tornem um jogo no qual o vencedor leva tudo.

Não se trata simplesmente da ampliação objetiva das funções do Judiciário, com o aumento do poder da interpretação, a crescente disposição para litigar ou, em especial, a consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador, principalmente no continente europeu após as duas guerras mundiais. Acompanha essa evolução uma representação da Justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa. (MAUS, 2000, p. 185).

Em regimes de forte difusão do poder político, são produzidos dois efeitos importantes: a necessidade de o Judiciário resolver conflitos de coordenação entre entidades semiautônomas (poderes, entes federativos, agências reguladoras etc.) e de dirimir questões políticas controvertidas nas quais não há consenso na coalizão majoritária. Além disso, a fragmentação da coalizão governamental dificultará reações políticas à decisão judicial sobre

a matéria, de modo que as dificuldades de decisão e de reação, pelas instâncias majoritárias, em questões fortemente controvertidas pavimentam o caminho para a expansão do Judiciário (BRANDÃO, 2017).

Dessa forma, a tradição norte-americana de desconfiança em qualquer concentração de poderes, com a consequente adoção de um arranjo institucional fortemente descentralizado e baseado em direitos, para evitar que um governo com amplas atribuições muito amplas não se convolasse em tirano, consistiu em um importante fator para o avanço da judicialização (BRANDÃO, 2017).

Outro aspecto importante é que as constituições contemporâneas atribuem ao Estado multifárias atividades, de maneira que, se as instituições majoritárias não conseguem realizá-las de forma efetiva e adequada à luz da visão do povo e dos líderes de grupos de interesse, há uma tendência natural de os cidadãos em geral e os grupos de interesse mobilizarem o judiciário com vistas à realização da sua agenda política (BRANDÃO, 2017).

O processo de judicialização da política e o alargamento do rol de direitos fundamentais também são fatores determinantes desse processo. A tradicional noção dos direitos fundamentais como direitos do indivíduo a exigir abstenções estatais vem sendo consideravelmente alargada com a afirmação dos direitos sociais prestacionais e dos direitos difusos e coletivos, caracterizados, respectivamente, pela dimensão positiva e pela titularidade coletiva. A existência de um catálogo de direitos é mais uma condição facilitadora da judicialização da política (BRANDÃO, 2017).

3.3 A democratização do controle de constitucionalidade abstrato

O acesso à jurisdição constitucional tem variado bastante entre os diversos países. Então, existe desde os modelos mais restritivos, como o modelo original do Tribunal Constitucional austríaco, que limitava o acesso aos governos federal e estadual, até sistemas bastante elásticos, como é o caso do controle abstrato na Hungria, que conferiu legitimidade ao cidadão em geral (BRANDÃO, 2017).

Assim, quanto maior for o acesso, maior será a tendência de judicialização da política. Especial atenção deve ser conferida à concessão de legitimidade a entidades da sociedade civil e a minorias parlamentares, visto que tal fator torna o judiciário uma nova frente de batalha para os derrotados nas arenas políticas, estimulando a contestação em juízo de normas jurídicas ambíguas (BRANDÃO, 2017).

Além da legitimidade, outro aspecto fundamental à análise do acesso à jurisdição constitucional se refere aos atos passíveis de impugnação no controle de constitucionalidade, na medida em que, quanto mais amplo for o rol dos respectivos atos, maior será o estímulo à judicialização (BRANDÃO, 2017).

Nesse contexto, ao permitir-se a impugnação não apenas de atos normativos, mas também de atos concretos, ou a ausência deles, abre-se um espectro de possibilidades cada vez maior para a judicialização. A elevada quantidade de obrigações impostas pelos textos constitucionais contemporâneos, principalmente referentes a direitos prestacionais, acaba por servir de fundamento para a cobrança da efetivação desses direitos pela via judicial, em razão da inércia dos outros Poderes.

Em tal conjuntura, o maior rigor no procedimento formal de emenda acarreta uma demora natural, o que faz com que se queira uma resposta mais rápida. Além disso, como já ressaltado, as mudanças sociais levam a situações em que não se pode aguardar deliberação legislativa para solucionar um caso concreto. Por isso, recorre-se ao Judiciário em busca de uma solução mais rápida à situação em questão.

Tratando especificamente do caso brasileiro, constata-se que o sistema adotado é um dos mais abrangentes do mundo. Referido como híbrido, ele combina aspectos dos sistemas norte-americano e europeu, pois, no Brasil, adota-se o controle incidental e difuso, bem como o concentrado, por meio de ação direta que permite o encaminhamento de determinadas matérias diretamente ao STF.

Soma-se a isso o direito de propositura conferido a um amplo número de legitimados, o que, conseqüentemente, resulta em um grande número de ações ajuizadas. Dessa forma, diversos órgãos e entidades públicas e privadas, incluindo-se sociedades de classe de âmbito nacional e confederações sindicais, podem ajuizar ações diretas.

3.4 Supremacia judicial *versus* supremacia legislativa

Os casos *Marbury* e *Dred Scott* demonstram ser ilusória a assertiva de que a interpretação do texto constitucional é uma tarefa puramente jurídica, cumprindo à Suprema Corte dar a última palavra sobre o sentido da Constituição sem qualquer interferência dos demais Poderes e atores sociais (BRANDÃO, 2017).

A supremacia judicial tende a se sustentar na crença de que o Judiciário apresenta uma capacidade institucional superior à do Legislativo. Entre os argumentos para a defesa dessa tese, está a alegação de uma maior propensão de o Judiciário proteger minorias insulares no

processo majoritário, zelar pelo tratamento dos indivíduos com igual consideração e respeito, preservar o pré-compromisso do povo contido na Constituição diante de maiorias transitórias que logrem aprovar leis e ser um guardião da Lei Magna, função que pode ser cumprida somente por um agente externo ao Parlamento (BRANDÃO, 2017).

Assim, o insulamento político decorrente de garantias e vedações da magistratura, tais como a vitaliciedade, a inamovibilidade, a irredutibilidade de vencimentos, o impedimento de atividades vedadas aos juízes, além do dever de fundamentar as decisões, daria ao Judiciário condições de atuar de forma mais neutra na tarefa de interpretar a Constituição (BRANDÃO, 2017).

Já os adeptos da supremacia parlamentar apresentam uma visão bastante crítica acerca das capacidades atribuídas aos juízes, pelos defensores da supremacia judicial. Põe-se em dúvida o nível de insulamento político dos juízes, pois, apesar das garantias e vedações, existem mecanismos de reação dos poderes políticos a tribunais que venham a atuar de forma a confrontar outras instituições. Portanto, impeachment de juízes, controle de orçamento e competências dos Tribunais e sobre os salários dos membros do Judiciário seriam formas de fazer com que esse poder tenha uma atuação política que poderia influenciar a sua atividade de decidir (BRANDÃO, 2017).

Diante dos argumentos contrários e a favor da supremacia judicial ou legislativa, é natural que surja o questionamento sobre quem deve ter a última palavra a respeito da interpretação da Constituição. Para responder a essa pergunta, no tópico seguinte, o trabalho aborda as teorias do diálogo.

3.5 O controle de constitucionalidade e as teorias do diálogo

A concepção de uma Supremacia Judicial na interpretação da Constituição acabou por se consolidar nas diversas democracias mundo afora. A divergência que perdura é quanto aos limites e à forma como deve ser exercida. Desse modo, o controle de constitucionalidade de atos do poder público consolidou-se como forma de proteção do Estado Democrático de Direito.

Nas últimas décadas, tanto no Brasil quanto em outros países do mundo, as demandas versando sobre a constitucionalidade de atos do poder público se intensificaram e ganharam em complexidade. Conforme será demonstrado, o grau de efetivação das constituições e, por decorrência, de desenvolvimento dos países determina a quantidade e o tipo de ações dessa natureza.

À medida que o catálogo de direitos considerados fundamentais se ampliou, o paradigma do controle ganhou outros contornos. A constatação da interdependência entre direitos de liberdade e prestação também alterou o perfil das ações de controle de constitucionalidade. A partir do instante em que velhas concepções que limitavam a exigibilidade dos direitos sociais foram superadas, as cortes passaram a ser demandadas em relação a essas questões.

3.6 Sistemas de controle de constitucionalidade

Os principais sistemas de controle de constitucionalidade são os de matriz americana, austríaca e francesa. A matriz americana teve início com o já mencionado caso *Marbury v. Madison*, julgado em 1803. As principais características desse modelo são a possibilidade de realização desse controle por todos os membros do Poder Judiciário; ocorre sempre em casos concretos; a declaração de inconstitucionalidade gera efeitos retroativos.

A matriz austríaca teve como marco a Constituição da Áustria de 1920 e foi delineada por Hans Kelsen. Tem como características a realização pelo Poder Judiciário, que atuaria como uma espécie de legislador negativo; a existência de um único órgão autorizado a realizar o controle, denominado Corte Constitucional; a realização de modo direto, e não na via incidental. No caso, a constitucionalidade da norma não é analisada dentro de um caso concreto, mas em um processo objetivo cuja decisão terá efeito *erga omnes* e efeitos *ex nunc* (FERNANDES, 2018).

A última matriz a surgir foi a francesa, desenvolvida a partir da Constituição da V República da França de 1958. Esse sistema, basicamente, não tem o Poder Judiciário como órgão de controle, mas um órgão de cunho político, com composição eminentemente política, intitulado Conselho Constitucional. Tem como características centrais ser, em regra, prévio, realizado sobre o ato normativo em tese e dependente de provocação pelo Presidente da República, Primeiro Ministro, Presidente da Assembleia Nacional, Presidente do Senado ou de sessenta deputados ou essa mesma quantidade de senadores. Em julho de 2008, após uma reforma constitucional, a França passou a trabalhar com a possibilidade de apreciação de constitucionalidade de leis e atos normativos por meio de um controle abstrato, permitindo, além do Conselho de Estado, à Corte de Cassação a possibilidade de alegar exceção de inconstitucionalidade (FERNANDES, 2018).

As concepções que orientam esses modelos — o norte-americano voltado para a proteção de direitos fundamentais e o europeu para a proteção da ordem constitucional de

competências — continuam influenciando o funcionamento concreto dos sistemas. O reconhecimento de que continuam sendo identificáveis diferenças importantes entre os dois modelos torna necessária a construção de categorias que propiciem classificar os vários sistemas. Essa nova classificação visa a facilitar a análise comparativa da justiça constitucional, bem como identificar as principais variáveis que permitem compreender o funcionamento de cada ordenamento (MAUÉS, 2010).

Na classificação tradicional, o ponto de partida é a distinção entre sistemas concentrados e sistemas difusos. No entanto, a criação da via incidental alterou o funcionamento dos sistemas concentrados, trazendo um elemento de difusão para o seu interior, que seria o juízo de constitucionalidade efetuado pelos órgãos judiciais para decidir sobre o acionamento do Tribunal Constitucional pela via incidental (MAUÉS, 2010).

Devido à inadequação da tipologia tradicional à realidade atual, há um uso crescente da categoria “mistos” para definir sistemas de controle de constitucionalidade. Assim, entre as diversas tipologias propostas pela doutrina, a que se mostra mais adequada é a defendida por Lucio Pegoraro, que diferencia os sistemas em unitários (órgãos de justiça constitucional que operam em posição monopolistas) e plurais (operam em concorrência com outros). Pegoraro, então, reconhece que, entre um modelo de monopólio e um modelo de completa difusão, podem ser posicionados vários sistemas particulares, em que existe, ao lado da jurisdição ordinária, um Tribunal Constitucional ou uma Corte Suprema para exercer o controle de constitucionalidade (MAUÉS, 2010).

O sistema brasileiro admite o controle difuso, abstrato, judicial, político, preventivo, repressivo, por ação e por omissão. De acordo com os objetivos do presente trabalho, será realizada uma análise mais detalhada das inconstitucionalidades por omissão.

3.7 O controle de constitucionalidade no Brasil

A Constituição Federal (CF) de 1988 foi o marco jurídico do processo de redemocratização do país. Além do rol detalhado de normas sobre as mais diversas matérias, acompanhado de um extenso catálogo de direitos, o texto trouxe importantes mudanças no que se refere ao controle de constitucionalidade. Como já dito nos tópicos anteriores, algumas dessas modificações nesse sistema contribuíram sobremaneira para a ampliação da jurisdição constitucional no país.

Assim, conforme a doutrina majoritária, podem-se estabelecer alguns pressupostos clássicos do controle de constitucionalidade. Seriam eles: a existência de uma Constituição

formal e rígida; o entendimento da Constituição como uma norma jurídica fundamental, que confere fundamento ao ordenamento; a existência de, pelo menos, um órgão dotado de competência para a realização da atividade de controle; uma sanção para a conduta (positiva ou negativa) realizada contra a Constituição (FERNANDES, 2018).

A conduta que contrariar preceitos constitucionais pode ser tanto positiva quanto negativa, o que resulta nos tipos de inconstitucionalidade por ação e por omissão. A primeira diz respeito a uma conduta positiva que contraria normas constitucionais. A segunda decorre de uma conduta negativa do poder público que, com a sua inércia, deixa de viabilizar direitos previstos na Constituição. A omissão pode ser total, quando não há uma norma que viabilize direitos previstos na Lei Maior, e parcial, quando existe ato normativo, mas não é suficiente para viabilizar os direitos previstos (FERNANDES, 2018).

A inconstitucionalidade também pode ser formal ou material. A primeira ocorre quando há um vício no processo de produção das normas jurídicas, quando as leis ou atos normativos são editados em desconformidade com as normas previstas constitucionalmente. Já a segunda ocorre quando o conteúdo das leis ou atos normativos está em desconformidade com o conteúdo das normas constitucionais.

3.8 As omissões inconstitucionais

Conforme já mencionado, a situação de inobservância da Constituição não ocorre só através da edição de leis ou atos normativos contrários ao texto constitucional. A falta de um desses atos também pode configurar ato inconstitucional quando resultar na inaplicabilidade de um preceito constitucional. Em momento mais recente, passou a ser considerado apto a provocar o controle de constitucionalidade a ausência de atos materiais por parte de poder público.

Nesse sentido, tão grave quanto atuar em desconformidade com o texto constitucional é omitir-se em face de uma determinação nele contida. A CF de 1988, marcada pela influência da Constituição portuguesa de 1976, instituiu a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) para resolver, em sede de controle abstrato, o problema da inatividade do poder público que possa comprometer a efetividade constitucional (CUNHA JÚNIOR, 2007).

No artigo 103, § 2º, a Constituição dispõe que, declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, tratando-se de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. Consoante Cunha Júnior (2007), interpretando esse dispositivo

junto a outros preceitos constitucionais, revela-se um direito fundamental à efetivação da Constituição.

Desse modo, a ADO deve ser compreendida como um efetivo instrumento de controle concentrado principal das omissões do poder público, destinado a suprir, de forma geral e abstrata, a inércia inconstitucional dos órgãos de direção política, em falta com o dever de realização das imposições constitucionais. Com isso, por meio de um instrumento de controle abstrato das omissões, o constituinte quis superar, em favor da supremacia e efetividade da Constituição, o estado de inconstitucionalidade decorrente das omissões do poder público (CUNHA JÚNIOR, 2007).

Ademais, outro instrumento concebido para a tutela das omissões inconstitucionais é o Mandado de Injunção (MI), com a finalidade de viabilizar o exercício de direitos cuja fruição esteja impossibilitada pela ausência de norma regulamentadora de norma constitucional.

Segundo Rodrigo Mazzei, citado por Fernandes (2018), no que concerne aos efeitos da decisão proferida em sede de MI, três correntes se formaram. A primeira defende a teoria da subsidiariedade, em que o Poder Judiciário se limita a tão somente declarar a mora legislativa. A segunda defende a teoria da independência jurisdicional, em que cabe ao Poder Judiciário editar a norma geral se estendendo de forma abstrata a todos, inclusive àqueles que não pleitearam a tutela. Por fim, a terceira defende a teoria da resolutividade, em que a sentença produz a norma para o caso concreto com natureza constitutiva interpartes.

Também no STF formaram-se posições em torno do tema, explicitadas pelo Ministro Néri da Silveira em sessão extraordinária realizada em 16 de março de 1995, com publicação em 4 de abril do mesmo ano. A síntese dessas posições foi feita pelo Ministro Alexandre de Moraes, que as identificou como teses concretista e não concretista (FERNANDES, 2018).

A tese concretista encampa a posição de que a decisão deve viabilizar o exercício do direito até que sobrevenha norma regulamentadora. Divide-se em concretista geral, em que a decisão de elaborar a norma teria efeitos para todos, e concretista individual, em que a decisão produziria efeitos somente entre as partes. A concretista individual divide-se também em concretista direta, segundo a qual o Judiciário deve viabilizar o direito de forma imediata, e concretista indireta, em que deveria ser reconhecida a mora e dada ciência ao poder competente para supri-la. Apenas no caso de não ser suprida em um prazo estabelecido, caberia ao Judiciário atuar (FERNANDES, 2018).

Já a tese não concretista reconhece a mora, mas não implementa o exercício do direito para o autor da ação, apenas recomendando ao legislador que a supra. Essa corrente foi, por muito tempo, adotada pela maioria dos ministros da Corte. Entretanto, o cenário começou a se

modificar a partir da mudança na composição do Tribunal durante os anos 2000. Diante da excessiva demora do Legislativo em adotar providências relativas à aprovação de atos legislativos, o Tribunal passou a excepcionar a adoção da tese não concretista.

Em MI impetrado com base no artigo 195, § 7º, o de nº 232/RJ, foi decidido que o legislador teria o prazo de seis meses para suprir a mora e, se não suprisse, o impetrante (entidade beneficente de assistência social) passaria a gozar da imunidade pretendida (isenção de contribuição para a seguridade social). Já nos MIs 670/ES, 708/DF e 712/PA, o Tribunal analisou a ausência de norma regulamentadora do direito de greve dos servidores públicos e decidiu que, já caracterizada a mora dos poderes públicos, deveria o Pretório Excelso concretizar o direito dos servidores públicos, até que sobreviesse lei regulamentadora. Para viabilizar o exercício, ficou decidido que seria aplicada a Lei de Greve da iniciativa privada – Lei nº 7.783/1989 (FERNANDES, 2018).

Essas decisões, portanto, indicam uma ruptura com a corrente não concretista e a adoção da efetivação plena do MI. A adoção da tese concretista geral foi na linha do que vem sendo chamado de objetivação dos processos subjetivos, em que a decisão de uma lide passa a ter efeitos para todos. Além disso, assumindo posturas teóricas do direito europeu, a Corte passou a adotar sentenças aditivas (FERNANDES, 2018).

No mês de junho de 2019, o STF realizou julgamento da ADO 26 e do MI 4.733, em que acolheu, parcialmente, o pedido para reconhecer o estado de mora constitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do artigo 5º da CF, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais (LGBT) (BRASIL, 2019a, 2019b).

Os referidos incisos dispõem que:

Art. 5º [...]

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei (BRASIL, 2020, p. 1).

Nesse sentido, a Corte declarou, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União e deu interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos dispositivos citados, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/1989.

A decisão determinou que tal enquadramento deve perdurar até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso. Assim deveria ocorrer haja vista que, conforme os termos do voto vencedor, as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo STF no julgamento plenário do Habeas Corpus (HC) de nº 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que essas condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero (BRASIL, 2019a, 2019b).

A outra razão esposada no voto foi que tais comportamentos de homotransfobia se ajustam aos conceitos de atos de discriminação e ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão. Ressaltou, ainda, que o conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos. Esse conceito resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável, são considerados estranhos e diferentes (BRASIL, 2019a, 2019b).

Nesse julgado, o STF apontou a existência da omissão não somente a partir da não existência de leis que protegessem os direitos em questão, mas apontou um quadro geral de deficiências na defesa dos direitos de proteção do grupo de vulneráveis LGBT. Mencionou que o referido grupo é alvo de racismo enquanto manifestação de poder de uma construção de índole histórico-cultural.

Dessa forma, verifica-se, nos fundamentos externados pela Corte, que há um quadro de completa ineficiência da norma constitucional que garante os direitos a não discriminação e outros daí decorrentes, em que a falta da norma que punisse os transgressores era apenas um dos instrumentos necessários para promover a efetividade dos dispositivos citados como paradigma. Além de suprir a lacuna legislativa, para dar concretude à norma constitucional, será necessária uma série de outros atos, principalmente materiais, que possam alterar o quadro de violação sistemática dos direitos em questão.

Nesses casos, os riscos de violação de direitos fundamentais, contra os quais o Estado deve exercer os seus deveres de proteção, podem decorrer de atos dos próprios indivíduos, e o cumprimento desses deveres resulta na limitação de liberdades em favor de outras liberdades (CAMPOS, 2016).

Para Alexy (2008), caberia ao Estado deveres de proteção contra ameaças externas não estatais, o que exigiria a edição de leis que protegessem direitos fundamentais, assegurando as

condições necessárias ao exercício das liberdades individuais. O controle sobre diagnósticos e prognósticos do legislador inclui elementos substanciais, cuja análise permitirá verificar se a limitação de uma conduta que protege determinado direito deve, ou não, ficar unicamente nas mãos de uma eventual maioria parlamentar. Portanto, tal situação pode abrir a possibilidade de um controle judicial sobre a escolha do legislador.

Na hipótese, vislumbra-se a incidência do princípio da proporcionalidade e proibição da proteção insuficiente. Essa nova dimensão desse princípio corresponde à proibição de proteção deficiente (*Untermaßverbot*) dos direitos fundamentais. A finalidade é coibir a inação ou a atuação deficiente do Estado, exigindo-lhe a adoção de medidas normativas suficientes para alcançar uma proteção adequada e eficaz dos direitos fundamentais (CAMPOS, 2016).

3.8.1 Parâmetro para identificação da omissão

Parte da doutrina brasileira sempre considerou que só haveria omissão inconstitucional no domínio das normas constitucionais consideradas de eficácia limitada, pois seriam as únicas que dependeriam de regulamentação normativa ou prestações positivas por parte do Executivo. Contudo, isso não significa que as normas de eficácia plena e contida não possam depender de atuação material e legislativa para produzir plenos efeitos (CUNHA JÚNIOR, 2007).

Sob uma perspectiva histórica, o reconhecimento das omissões inconstitucionais deve-se ao Estado Social. Em razão disso, com as chamadas constituições dirigentes, o Estado foi elevado a uma condição de maior responsável pela promoção do bem-estar social, sendo confiadas a ele múltiplas tarefas e atividades voltadas à realização dos fins sociais (CUNHA JÚNIOR, 2007).

Assim, em princípio, apenas aquelas normas consideradas programáticas poderiam necessitar de medidas legislativas e materiais para serem efetivadas. Essa concepção é baseada na clássica divisão das normas constitucionais feita por José Afonso da Silva. Ocorre que essa classificação, ou pelo menos os seus critérios, já há certo tempo, vem passando por uma releitura.

Nesse sentido, Lima (2016) aponta que o conceito de normas de eficácia plena se baseia em uma falsa crença de autossuficiência de determinadas normas constitucionais, que seria equivocada. Conforme esse entendimento, o dever do Estado, em matéria de legislação, estaria plenamente cumprido com a mera positivação constitucional da norma. Se a norma

fosse de eficácia plena e de aplicação imediata, não haveria mais nada a ser feito no nível legislativo, visto que não necessitaria de complemento, sendo inadequado falar-se de omissão inconstitucional pela ausência da regulação da referida norma.

Nessa esteira, Silva (2010) explana que José Afonso da Silva, ao delimitar o seu objeto de estudo, fez questão de enfatizar o caráter estritamente jurídico do seu conceito de eficácia: a capacidade de produzir efeitos jurídicos. Com isso, pretendeu se afastar de outro problema, a efetividade das normas constitucionais.

Ao assim fazer, parece-me que o conceito de *eficácia jurídica* utilizado deixa de ter a importância que poderia ter na compreensão da eficácia das normas constitucionais. Isso porque, ao tentar afastar todas as outras variáveis que não o próprio texto constitucional, fica a impressão de que, na produção de efeitos jurídicos, algumas normas jurídicas seriam – para utilizar expressão de Pontes de Miranda – “bastantes em si”. Contudo, a capacidade para produção de efeitos depende sempre de outras variáveis que não somente o dispositivo constitucional ou legal. Em outras palavras: mesmo a eficácia *estritamente jurídica* – nos termos de José Afonso da Silva – depende de outras variáveis que não apenas o texto constitucional. (SILVA, 2010, p. 229-230, grifo do autor).

As normas constitucionais que definem direitos fundamentais impõem ao Estado um complexo variado de tarefas, que vão muito além do mero agir em conformidade com a norma constitucional. Além disso, exigem um dever de proteção, promoção, organização etc., que normalmente demandam complementação normativa para alcançarem os resultados desejados. Esses deveres que emanam das normas de direitos fundamentais não dependem da forma textual em que a norma é expressa. O que importa é o fundamento de valor emanado da norma e o tipo de comportamento que pode ser exigido a partir daquele fundamento (LIMA, 2016).

Lima (2016) exemplifica afirmando que o pleno cumprimento da igualdade, por exemplo, não se restringe a um respeito estatal ao mandamento da não incriminação (dever de respeito). É fundamental, do mesmo modo, que o Estado desenvolva mecanismos para evitar que as pessoas pratiquem a discriminação, devendo ser criada uma estrutura jurídico-institucional de combate ao preconceito (dever de proteção) e adotadas medidas para reduzir as desigualdades socioeconômicas existentes na sociedade, inclusive mediante a previsão de mecanismos de ação afirmativa (dever de promoção da igualdade).

Para que o ideal de igualdade seja plenamente alcançado, são necessárias, sem dúvida, intervenções legislativas e administrativas que proporcionem uma maior densificação do mandamento constitucional. Para isso, é preciso aprovar normas de combate ao racismo ou de favorecimento de grupos vulneráveis, entre outras medidas semelhantes (LIMA, 2016).

Nessa linha, o direito à integridade física e moral, por exemplo, independentemente de regulamentação, veda uma série de atos estatais que seriam violadores da integridade, como prática da tortura ou maus-tratos. Para tais garantias, não há qualquer necessidade de uma ação judicial visando suprir uma suposta omissão legislativa (LIMA, 2016).

Entretanto, alguns efeitos dessa norma dependem de regulamentação. Por exemplo, no caso Maria da Penha, a responsabilização internacional do Brasil foi justamente pela ausência de um sistema eficiente de proteção das mulheres contra a violência doméstica, que resultou na aprovação da Lei nº 11.340/2006 (LIMA, 2016).

No caso, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos constatou que o problema não se restringia àquela vítima em particular e, portanto, a solução estrutural do problema demandaria a adoção de uma política pública mais integral de combate à violência doméstica, visando dar plena eficácia ao dever de proteção que emana da norma garantidora da integridade. Nas palavras da comissão, a *“violação segue um padrão discriminatório com respeito a tolerância da violência doméstica contra as mulheres no Brasil por ineficácia da ação judicial”*, razão pela qual o Brasil deveria, além de apurar as responsabilidades daí decorrentes, reparar pronta e efetivamente a vítima da violência, bem como adotar *“medidas, no âmbito nacional, para eliminar essa tolerância do Estado ante a violência doméstica contra mulheres”*. (LIMA, 2016, p. 185, grifo do autor).

Em tais hipóteses, não há dúvidas de que alguns efeitos produzidos pelas normas constitucionais independem de regulamentação, sobretudo aqueles relacionados ao dever de respeito. No entanto, algumas intervenções legislativas poderiam ser necessárias para que alguns efeitos fossem plenamente alcançados. Assim, poderia se considerar a necessidade de regulamentação da internet com vistas a garantir a neutralidade estatal no controle das informações transmitidas ou proporcionar a grupos desfavorecidos o pleno acesso aos meios tecnológicos por meio de políticas públicas (LIMA, 2016).

Nesse sentido, é possível afirmar que qualquer direito implica custos ao Estado, ou seja, não são apenas aqueles direitos garantidos pelo que se convencionou chamar de normas de eficácia limitada que exigem uma ação onerosa ao Estado, mas também todos os outros direitos. Logo, a limitação da eficácia de determinada norma não é algo intrínseco a ela. Uma norma não é de eficácia limitada por uma questão meramente textual, essa limitação depende muito mais de opções político-ideológicas que não têm necessária relação com o texto constitucional (SILVA, 2010).

Toda norma, a partir desse ponto de vista, tem eficácia limitada, mas algumas delas, por razões extrínsecas, têm melhores condições de produzir efeitos. Chega-se a tal conclusão comparando, no plano da eficácia estritamente jurídica, uma norma que garanta o sufrágio

universal e eleições livres cujo voto tenha valor igual para todos (CF, art. 14) e outra que garanta a todos o direito à saúde (CF, art. 6º).

A primeira seria uma norma de eficácia plena que não dependeria de regulamentação para produzir os efeitos pretendidos, enquanto a segunda seria norma de eficácia limitada cuja produção plena de efeitos depende de atuação estatal. Para que a norma do artigo 14 produza os seus efeitos, são necessárias a criação e manutenção de seções eleitorais e de juntas de apuração e a organização e manutenção de um órgão responsável pela organização das eleições, além de outras providências.

Sem essas medidas, o texto constitucional é despido de qualquer possibilidade de produzir efeitos. Já no que se refere ao artigo 6º, pode-se mencionar, como providências necessárias para a produção dos efeitos desejados, a construção de hospitais, a contratação de médicos, enfermeiros, além de outras medidas. Dessa forma, nenhuma dessas normas basta em si mesma, todas dependem da ação estatal para produzir efeitos (SILVA, 2010).

A distinção entre normas de eficácia plena e limitada seria justificável apenas se as liberdades públicas continuarem a ser compreendidas como meros direitos de cunho liberal, que garantem um direito subjetivo dos indivíduos a uma abstenção estatal. Ocorre que esse conceito de liberdade pública é bastante restritivo e há muito já foi superado (SILVA, 2010).

Considerando a chamada dimensão objetiva dos direitos fundamentais, pode-se dizer que as liberdades públicas não garantem somente direitos subjetivos aos indivíduos, mas constituem também uma dimensão objetiva de valores fundamentais. Assim, a superação de uma concepção que garante apenas uma abstenção estatal deu lugar a três novas formas de efeitos jurídicos para essas liberdades: os efeitos horizontais, os direitos de proteção e os direitos à organização e procedimentos (SILVA, 2010).

A partir desse paradigma, ficaria difícil sustentar que as normas que garantem liberdades públicas tenham eficácia plena já a partir do dia da promulgação da Constituição. Sobretudo no que diz respeito aos direitos de proteção e aos direitos à organização e procedimentos, a eficácia plena da norma só pode surgir a partir do momento em que a proteção estatal é efetiva e as organizações e os procedimentos necessários forem estabelecidos. (SILVA, 2010, p. 236).

A omissão legislativa inconstitucional pode, sim, pressupor enunciado normativo constitucional de direitos fundamentais com eficácia plena e aplicabilidade imediata. Isso porque a atuação concreta desses enunciados não é um a priori, denunciado simplesmente por elementos semânticos, mas é modelada e condicionada pelas limitações fáticas e institucionais envolvidas nos processos de concretização (CAMPOS, 2016).

Nesse contexto, sem toda uma estrutura que viabilize a fruição dos direitos de liberdade e sua proteção, a norma não tem capacidade de produzir os efeitos desejados. Portanto, tal constatação é importante para se estabelecer o âmbito de abrangência daquilo que se considera omissão inconstitucional. Sendo assim, as premissas colocadas não apenas servem para uma releitura da classificação de normas em eficácia limitada e plena, mas, sobretudo, para delinear um novo parâmetro das inconstitucionalidades por omissão.

A partir da concepção de que a normatividade do dispositivo é extraída do contexto fático em que está se analisando o caso concreto, é possível determinar se determinada norma está, ou não, sendo efetiva. No que tange às normas constitucionais, a partir dessa premissa, é possível constatar, a partir do âmbito normativo, se determinada situação caracteriza, ou não, o descumprimento dessa norma.

Diante disso, pode surgir a contestação, por parte de qualquer legitimado, quanto aos fatores determinantes do descumprimento da norma. Sendo o fator determinante a ausência de prestações materiais pelo Estado, abre-se a possibilidade de exigir a correção do problema por meio de um provimento judicial.

Desse ponto em diante, surge a controvérsia a respeito dos limites da atuação judicial nesses casos, por quase sempre tratar de matéria referente a políticas públicas, o que, a princípio, seria de competência dos demais Poderes. Aparentemente, já não é suficiente que o Judiciário atue para suprir omissões legislativas e tentar a superação de barreiras reais à efetivação de normas constitucionais, passou a ser exigida uma atuação voltada para a resolução das omissões materiais.

3.9 As sentenças intermediárias

Conforme as premissas anteriores, inicialmente a função atribuída às cortes constitucionais era apenas de controle das ações do Estado, entretanto, a partir do momento em que se reconheceu a força normativa das constituições, o papel do Judiciário passou a ser também de controlador das omissões estatais em relação ao cumprimento dessa missão. Dessa forma, o Judiciário deixa de atuar meramente como legislador negativo para assumir uma função de fiscalização da efetivação das normas constitucionais.

Devido aos tipos de questões surgidas, a antiga dicotomia entre constitucionalidade e inconstitucionalidade deixou de ser suficiente para abarcar os tipos de resultados que as cortes precisavam entregar. A função de atuar meramente como legislador negativo deixou de ser suficiente para atender às demandas que chegavam às cortes constitucionais. A variedade de

situações fez com que os dois resultados habituais não fossem mais aptos para oferecer uma prestação jurisdicional adequada, levando à necessidade de se criar soluções intermediárias à tradicional dicotomia.

Nesse contexto, surge uma diversidade de tipologias de decisões utilizadas pelos Tribunais Constitucionais em sede de controle de constitucionalidade, com o objetivo de relativizar o padrão binário do direito baseado na declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Chama-se sentenças intermediárias o conjunto de decisões que relativizam o dogma constitucionalidade/inconstitucionalidade. Assim, à luz de fatores políticos, econômicos, sociais e jurídicos, o Poder Judiciário passa a trabalhar com técnicas de decisão e efeitos no controle de constitucionalidade que vão além da mera declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei (FERNANDES, 2018).

A despeito da adoção do dogma da nulidade das leis inconstitucionais como regra, o STF adota técnicas de decisão intermediárias, por meio das quais produz comandos que se colocam entre a declaração de inconstitucionalidade da lei e o reconhecimento da constitucionalidade da lei. Tais técnicas intermediárias de decisão procuram conservar o ato normativo impugnado ou minimizar os impactos adversos decorrentes do reconhecimento da sua nulidade plena (BARROSO; MELLO, 2019).

No que tange à sua força criativa e inovadora, essas decisões intermediárias podem assumir a natureza de decisões interpretativas ou de decisões construtivas. Dois exemplos de sentenças intermediárias são as sentenças aditivas e as sentenças substitutivas (chamadas pela doutrina italiana de manipulativas).

As decisões designadas como construtivas correspondem àquelas que se consolidaram na experiência italiana e estão em processo de estabilização também na prática brasileira, sob a denominação decisões manipulativas. Trata-se de técnica de decisão por meio da qual o intérprete introduz novos conteúdos da norma, que não poderiam ser extraídos diretamente do seu programa normativo, no intuito de compatibilizá-lo com a Constituição (BARROSO; MELLO, 2019).

Barroso e Mello (2019) afirmam que, a despeito da ampla utilização da expressão “manipulativa” para designar tal técnica, a nomenclatura parece não ser a mais adequada. O termo “manipulativa” pode expressar uma tentativa de deformar o conteúdo da lei ou de induzir a uma compreensão que não é a mais fiel a seu significado. Essa conotação é bastante negativa sugerindo um comportamento ardiloso, incompatível com a função de um julgador, e pode acabar por gerar resistências à adoção da técnica (BARROSO; MELLO, 2019).

Nesse sentido, sentenças aditivas são aquelas nas quais o Poder Judiciário entende que a norma é inconstitucional por sua insuficiência, sem declarar a sua inconstitucionalidade. Ao invés disso, amplia o conteúdo dessa norma estendendo o seu âmbito com um novo conteúdo. A norma passa a ser constitucional em razão do seu alargamento. As sentenças substitutivas são aquelas em que o Poder Judiciário entende que a norma é inconstitucional por ser inadequada; com isso, a substitui por outra que entende adequada (FERNANDES, 2018).

As sentenças aditivas surgiram para evitar um estado de inconstitucionalidade mais grave imputável ao legislador ou à própria decisão de inconstitucionalidade. Seu surgimento deu-se, essencialmente, para dar resposta à necessidade de suprimento das omissões relativas inconstitucionais — normalmente violadoras do princípio da igualdade — ou lacunas geradas pela própria decisão (RAMOS NETO, 2010).

Com isso, onde antes somente era cabível ao Tribunal Constitucional posicionar-se pela declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, agora, existe uma pluralidade de medidas intermediárias que relativizam esses julgamentos, abrindo-se um espectro de possibilidades aos juízes constitucionais (FERNANDES, 2018).

3.10 O diálogo institucional na jurisdição constitucional

O diálogo denota uma relação horizontal e não hierárquica, carrega um valor sedutor para justificar decisões de autoridades. Indivíduos dialogam em ambientes formais e informais da política, no interior das instituições, decisões não costumam ser tomadas sem uma prática mínima de diálogo. Teorias de diálogo, em geral, não fazem grandes demandas normativas sobre o tipo ideal de legislador ou de juiz (MENDES, 2011).

Desse modo, tais teorias estão preocupadas em entender o significado de sua interação, apresentam uma nova forma de olhar a revisão judicial e o processo legislativo, vítimas de desconfiança por parte das teorias da última palavra. Essa mudança de perspectiva pretende produzir impacto relevante, ao defender que a decisão da corte não é e não tem como ser o fim da linha (MENDES, 2011).

O pensamento de que uma interlocução institucional deve ser incorporada à justificativa da revisão judicial existe na literatura norte-americana desde a década de 1960, quando Alexander Bickel falava em “colóquio contínuo” (*continuing colloquy*) e “conversa permanente” (*permanent conversation*). Nas décadas de 1970 e 1980, Louis Fisher se referia a

diálogos constitucionais, já Bruce Ackerman considera tal hipótese para pensar a separação de poderes norte-americana (MENDES, 2011).

As teorias do diálogo com nuances variadas buscaram amenizar a preocupação com a “dificuldade contramajoritária”. Tentam escapar da armadilha da última palavra e defendem uma atitude teórica que rompa essa camisa de força. São propostas como uma terceira via, possuem diferentes nuances e versões, recusam a visão juricêntrica e do monopólio judicial na interpretação da Constituição, afirmando que pode e deve ser legitimamente exercida pelos outros Poderes (MENDES, 2011).

Essas teorias dividem-se em duas categorias gerais. A primeira propõe uma teoria da decisão judicial que leve em conta a interação com o legislador. Não se trata de um método de interpretação, mas de uma demanda para que a corte reconheça e participe do diálogo. É uma forma de compreensão normativa do seu papel. A segunda define o diálogo como produto necessário da separação de poderes (MENDES, 2011).

Os que defendem o diálogo no interior da decisão judicial divergem quanto ao grau em que deve ocorrer. Alguns preferem atuações deferentes, passivas e minimalistas; outros, uma ação ativa e maximalista. Tais posicionamentos refletem a complexidade da decisão em controle de constitucionalidade, que há muito já não se restringe a uma escolha binária entre o constitucional e o inconstitucional. Ainda que do ponto de vista formal essas decisões tenham que se encaixar em uma das duas opções, há diferentes intensidades em fazê-lo (MENDES, 2011).

Bickel ajuda a perceber que há mais no controle de constitucionalidade do que interpretação e aplicação do direito. A perspectiva dele é inovadora por defender as virtudes políticas da corte e as inserir em uma teoria normativa da revisão judicial. Conforme Mendes (2011, p. 109): “Não se trata apenas de dizer que é inevitável a corte ser influenciada por fatores externos ao direito, mas de sustentar que é assim que deve ser, a depender de quais forem esses fatores”.

Desse modo, juízo político é tabu na teoria constitucional normativa. Quando se desconfia de algum traço discricionário na decisão, o objetivo é censurá-lo, evitá-lo, controlá-lo ou, eventualmente, escondê-lo. O juízo político que Bickel tem em mente não é associado à predileção ideológica, continua a ser informado por uma vontade desinteressada e isenta. Consiste em um juízo qualificado pela virtude da prudência, e é no exercício da prudência que a corte se comporta como uma animal político (MENDES, 2011).

De acordo com Bickel, citado por Mendes (2011), em todo ato de governo, podem-se observar dois aspectos: o seu efeito concreto imediato e a sua relação com os valores

duradouros que dão coesão e unidade à comunidade política. O gerenciamento da tensão entre ambos é a essência da arte de governo, e isso se aplica tanto ao juiz quanto ao legislador, ainda que em doses diferentes.

A corte, diante de um caso, dispõe de três alternativas: em primeiro lugar, tem o poder de revogar uma lei por inconstitucionalidade; em segundo lugar, pode validar e legitimar essa lei, se entendê-la constitucional; em terceiro lugar, pode não fazer nenhuma das duas coisas e decidir não decidir — para tanto, lança mão de uma série de técnicas de não decisão, as chamadas virtudes passivas (MENDES, 2011).

As virtudes passivas seriam ferramentas processuais por meio das quais a corte evita emitir a sua opinião sobre o caso, pois ela não pode estar obrigada a legitimar tudo aquilo que não considere inconstitucional. Segundo Bickel, a corte deve tentar persuadir antes de coagir, pois, se seguir rumo contrário à opinião pública, ao longo do tempo sua autoridade ruirá. Em algumas circunstâncias, não seria sábio intervir no processo democrático por meio de um julgamento, já que a obrigação de decidir todo o tempo levaria a um processo manipulativo da democracia (MENDES, 2011).

Para Bickel, a corte tem uma missão educativa; ao evitar decidir, estimula um colóquio com os outros Poderes e a sociedade. Esse colóquio tende a gerar uma pressão por ação legislativa que, não raro, é mais efetiva que uma ordem judicial inflexível. A corte deve ter sabedoria para deixar o colóquio decantar novos valores e decidir somente quando a solução pareça uma decorrência natural desse processo (MENDES, 2011).

3.10.1 O minimalismo e o maximalismo na decisão judicial

Cass Sunstein batizou a teoria de Bickel de minimalismo, que seria a prática de dizer não mais do que o necessário para justificar o resultado, e deixar o máximo possível não decidido. Sunstein busca explorar uma faceta mais produtiva das virtudes passivas, olhando para os momentos em que a corte decide, mas decide pouco (MENDES, 2011).

Enquanto para Bickel a corte deve deixar de decidir lançando mão de ferramentas processuais discricionárias, para Sunstein a corte deve decidir o mínimo possível. Nesse caso, a atuação ainda está dentro do poder de invalidar ou legitimar com base em princípio. A principal qualidade da prática minimalista seria a redução do ônus da decisão judicial, pois não força os juízes a concordar com formulações muito gerais e, por isso, tornaria os erros menos frequentes (MENDES, 2011).

Contudo, Sunstein faz algumas concessões ao maximalismo, de modo a afirmar que o minimalismo é mais adequado em algumas situações e o maximalismo em outras. O teórico oferece alguns parâmetros que podem ser conferidos caso a caso. Assim, recomenda a atuação maximalista quando o juiz tenha considerável confiança no mérito da solução, quando a solução possa reduzir o custo da incerteza para litigantes futuros, quando o planejamento for importante, quando lidar com as precondições da democracia ou criar incentivos que tornem mais provável a prestação de contas das instituições eleitas (MENDES, 2011).

Já o minimalismo seria mais adequado quando o caso envolver grande incerteza factual ou moral, quando uma solução tiver o risco de confundir casos futuros, quando a necessidade de planejamento não for premente e quando as precondições da democracia não estiverem em jogo. Os argumentos de Sunstein são flexíveis o suficiente para acomodar o minimalismo e o maximalismo. As duas estratégias são legítimas e adequadas, a depender do contexto. Não se deve apoiar ou rejeitar um ou outro em abstrato e sem maiores qualificações (MENDES, 2011).

As cortes, de maneira implícita ou explícita, frequentemente fornecem conselhos em suas decisões. Em grande parte dessas decisões, de forma mais ou menos direta, é possível identificar quais alternativas legislativas a corte aceitaria. Caso essa prática não seja permitida, acabará o conselho sendo sub-reptício no texto da decisão, ficando longe do controle público. Uma tradição aberta de aconselhamento diminuiria a chance de trocas de bastidores e reforçaria a legitimidade da corte — a qual cria condições para que os Poderes conversem produtivamente e evita uma postura que oscila entre a hostilidade ou a pura deferência (MENDES, 2011).

3.10.1.1 Casos complexos e minimalismo

Segundo Sunstein e Vermeule (2002), em matérias em que grasse forte complexidade, a Corte pode se deparar com a falta de informações, circunstâncias mutáveis e desacordo moral razoável e irremediável, fatores que aumentam bastante os custos da decisão e as possibilidades de erro, recomendando, assim, postura cautelosa e humilde.

Desse modo, diante de questões ligadas à bioética, por exemplo, parece recomendável que o juiz reconheça que não possui as informações adequadas para construir regras aptas a deixar tudo decidido a respeito dos diversos e complexos aspectos constitucionais suscitados pela evolução genética. A celeridade dessa evolução tecnológica sugere um modelo de decisão experimental, em que o tomador de decisão constrói progressivamente as soluções, a

fim de beneficiar-se das novas descobertas científicas e evitar que as circunstâncias mutáveis subjacentes à questão conduzam a consequências não antecipadas pela decisão original.

A frequente desconsideração da capacidade institucional e dos efeitos sistêmicos faz com que as tradicionais teorias de interpretação do Direito pressuponham uma visão idealizada e romântica das capacidades judiciais, segundo a qual o juiz teria todo o conhecimento e tempo necessários para obter resultados ótimos, ou, em outras palavras, para construir a “correta interpretação” (first-best theories) mesmo em face de questões muito complexas. (BRANDÃO, 2017, p. 229).

No próprio caso *Marbury v. Madison*, embora a Corte tenha afirmado, historicamente, o poder de revisão judicial da Suprema Corte, ela teve uma atuação considerada ativista e restritiva ao mesmo tempo. Se em um aspecto a Corte faltou com deferência ao Congresso, recusando-lhe competência normativa, sem encontrar na Constituição qualquer dispositivo que a afastasse expressamente; em outro, adotou uma postura de restrição judicial (CAMPOS, 2014).

Desse modo, apesar de ter realizado uma espetacular autoafirmação de poder (*judicial review*) para a Suprema Corte, o resultado imediato da decisão foi o de negar a competência originária para controle sobre atos de altas autoridades do governo, abstendo-se de intervir na ação ilícita do governo federal sobre a violação do direito de Marbury. Sob essa perspectiva, foi uma decisão autorrestritiva, porque a Corte retraiu o alcance do próprio poder decisório (CAMPOS, 2014).

Como explicar tal paradoxo? A explicação só é possível se assumir-se a perspectiva multidimensional de Marbury e transcenderem-se as motivações puramente jurídicas e metodológicas do caso para investigá-lo do ponto de vista estratégico imposto pelo contexto político. Marbury foi construída tendo em conta os conflitos políticos contemporâneos que exigiram de Marshall muita habilidade institucional. Isso não pode ser ignorado. (CAMPOS, 2014, p. 44).

3.11 As omissões por falhas estruturais e o controle de políticas públicas

No momento da interpretação e aplicação de enunciados normativos abstratamente autoaplicáveis, podem surgir obstáculos e necessidades organizacionais que exijam a intermediação e a coordenação do legislador, como sujeito político mais democraticamente legitimado, para criar as condições necessárias e essenciais para o pleno gozo dos direitos fundamentais (CAMPOS, 2016).

A falta dessas condições institucionais em decorrência da inércia ou atuação insuficiente do legislador prejudicará a atuação concreta das normas constitucionais,

caracterizando a omissão legislativa inconstitucional independentemente de elementos puramente semântico-estruturais terem apenas, a princípio e formalmente, dispensado a atuação legislativa. A estrutura semântica do enunciado constitucional nunca será garantia do implemento do direito fundamental enunciado. (CAMPOS, 2016, p. 62).

Durante as últimas duas décadas, tanto a doutrina quanto a jurisprudência evoluíram no que tange ao tratamento das omissões inconstitucionais legislativas como se pode constatar com as premissas dos tópicos anteriores. Esse movimento foi sucedido por uma busca cada vez maior por provimentos judiciais visando tutelar omissões do Estado.

Conforme demonstrado no item anterior, a efetivação de preceitos constitucionais que prevejam quaisquer espécies de direitos pode necessitar de providências legislativas e político-administrativas. Muitas vezes, as providências relativas a atos legislativos até são implementadas, porém, por falta de condições materiais a serem proporcionadas pelo poder público, o preceito deixa de produzir plenos efeitos.

Diante disso, passou-se a discutir no âmbito nacional uma forma de tutelar as omissões fático-substanciais provocadas pela inércia estatal. Cada vez mais, o Judiciário passou a ser demandado com o objetivo de solucionar problemas crônicos de falta de efetividade de normas constitucionais. Esse tipo de litígio sempre foi usual nas instâncias ordinárias, que possuem instrumentos processuais mais adequados a essa finalidade, como a Ação Civil Pública (ACP) e a Ação Popular.

No entanto, passaram a chegar até a jurisdição constitucional, em sede de controle concentrado, ações que tratam de omissões fático-substanciais denominadas vícios de falha estrutural. O compromisso do Estado democrático de direito deve ser com a efetividade dos direitos fundamentais. Tais direitos e sua realização prática representam a própria razão de ser do Estado. A relevância da tarefa constitucional de promover e proteger esses direitos deve ser a última fonte da identificação das omissões inconstitucionais (CAMPOS, 2016).

A ausência de efetividade dos direitos pode decorrer não somente da falta de lei, e sim da falta de coordenação entre legislador, órgãos e entidades públicas, responsáveis por regulamentar e dar concreção aos comandos legais, o que resulta na falência prática da própria lei e, por decorrência, dos preceitos constitucionais sobre direitos. A solução da omissão, nesses casos, não pode ser imposta a um único órgão, porque a omissão em proteger e promover direitos fundamentais pode ser decorrente de falhas estruturais (CAMPOS, 2016).

Portanto, a falha estrutural, também chamada de coordenação, constitui uma modalidade de disfunção constitucional distinta da omissão legislativa e da prática de atos normativos contrários à Constituição. A falha de coordenação é um vício de interação

dinâmica entre os poderes constituídos, que afeta estruturalmente os ciclos de formação ou de execução de uma política pública. Na raiz de um defeito no planejamento ou na execução de uma política pública, está uma falha de coordenação de poderes ou uma falha estrutural de representação democrática que pode levar a uma omissão fático-substancial no gozo dos direitos fundamentais (SILVA, 2020).

Graves e sistemáticas violações de direitos são originadas e agravadas por falhas estruturais nos procedimentos de desenho, implementação, avaliação e financiamento de políticas públicas. Essas falhas têm origem em prolongadas omissões dos agentes e autoridades públicas, em limitações das políticas públicas correspondentes, na falta de medidas administrativas, legislativas ou orçamentárias voltadas para a superação dos problemas de direitos (CAMPOS, 2016).

A configuração da omissão inconstitucional dependerá de saber se o legislador e os órgãos de governo, de forma coordenada, estabeleceram, ou não, os meios necessários para a realização dos direitos diante das circunstâncias e limitações fáticas envolvidas (CAMPOS, 2016).

A violação dos direitos ou sua falta de proteção podem decorrer de deficiências legislativas, assim como do descompasso entre o que é previsto em lei e o que é implementado como política pública. Isso significa que haverá omissão inconstitucional sempre que a falta ou deficiência de políticas públicas encerrarem uma *proteção insuficiente* dos direitos fundamentais, independentemente da tipologia dos enunciados constitucionais correspondentes. (CAMPOS, 2016, p. 93, grifo do autor).

Dessa maneira, a omissão inconstitucional não é só legislativa, tampouco apenas administrativa, é sempre normativa. Isso significa que omissões e condutas descoordenadas dos poderes políticos podem dar ensejo à afirmação de inconstitucionalidade por omissão, por resultarem em falhas estruturais no ciclo de elaboração e execução de políticas públicas (CAMPOS, 2016).

As omissões fático-substanciais que resultam na inviabilização da fruição de direitos fundamentais podem ter razões diversas. As limitações de recursos financeiros tornam quase impossível atender todas as necessidades coletivas, além de perdas ligadas a um quadro endêmico de corrupção, desvio de finalidade e questões de má gestão administrativa, que podem afetar a eficiência das políticas públicas (SILVA, 2020).

Ademais, essas omissões podem ser resultado de uma falha estrutural de representação democrática, o que leva a não priorização das necessidades de certos grupos de indivíduos. No processo de representação democrática popular, é comum haver bloqueios deliberativos e

até certa hostilidade em relação a grupos minoritários que seriam beneficiários de políticas públicas (SILVA, 2020).

O bloqueio institucional atrapalha o funcionamento da democracia procedimental como instrumento legítimo de disputa entre facções representadas, pois ocorre em cenário de resistência ativa de grupo majoritário à implementação de direitos de dada minoria. (SILVA, 2020, p. 52).

Sendo assim, caso se restrinja o campo de possibilidades de configuração da omissão inconstitucional, favorece-se a debilidade dos direitos fundamentais diante de casos de inércia deliberada dos poderes políticos, de impossibilidade real de consenso parlamentar (*deadlock*), de autênticos “pontos-cegos legislativos” (*legislative blind spots*) e de bloqueios institucionais (CAMPOS, 2016).

Um exemplo de bloqueio institucional pode ser observado no que ocorreu com a intensa resistência ao movimento de dessegregação racial norte-americano, haja vista que a política de desigualdade era institucionalizada pelas leis de separação no espaço público, as denominadas leis *Jim Crow*. Além disso, essa política redundava em conflitos raciais pesados, como o ocorrido quando da deflagração do movimento dos *freedom riders*, que buscavam abolir a segregação racial nos transportes públicos (SILVA, 2020).

Nessa modalidade, que compreende a igualdade e o direito de participação política, a falha de coordenação merece ganhar um adjetivo adicional de falha de coordenação estrutural política, já que a inabilidade de os poderes construírem políticas públicas adequadas deriva de um vício do próprio processo democrático (SILVA, 2020).

A visão de falha estrutural legitimaria o ativismo judicial em doses elevadas de intervenção, porquanto considera que o processo democrático não se reputa legítimo, a menos que certas condições mínimas de igualdade material tenham sido já alcançadas entre todos os cidadãos. Quando esse quadro de falhas de coordenação se estende por um tempo considerável, o que sobrevém, em muitas ocasiões, é um cenário de falência institucional de graves proporções. Como resultado desse fenômeno, direitos fundamentais podem ser violados em massa, e o sentimento de crença na normatividade da constituição pode cair em desprestígio, na medida em que promessas feitas em seu texto passam a ser vistas como meramente nominais, semânticas, programáticas ou simbólicas por aqueles a quem a representação política faltou (SILVA, 2020).

Em outras palavras, a falha de coordenação pode conduzir a uma modalidade qualificada e diferenciada de omissão, a omissão fático-substancial, que não está

relacionada à falta de regulamentação de preceitos constitucionais, ou à falha de um único poder, mas à existência de uma deficiência sistêmica de coordenação entre as diversas autoridades constitucionalmente competentes para dar cabo a uma tarefa de implementação de direitos fundamentais. (SILVA, 2020, p. 58).

Embora essa falha tenha muitas causas, a mais citada, pelo direito comparado, como justificadora de um tipo de remédio específico (remédio estrutural) é a violação ao princípio do autogoverno representativo (falha estrutural política), que ocorre quando do isolamento de minorias. Em outros países, esse tipo de falha vem sendo combatida por meio de instrumentos de litigância estrutural, gênero do qual o ECI, desenvolvido pela Corte Constitucional Colombiana e utilizado pelo STF no julgamento da ADPF 347 (SILVA, 2020).

3.12 A capacidade institucional do Poder Judiciário para o controle de políticas públicas

Os mesmos argumentos apresentados no debate acerca da legitimidade da revisão judicial de leis são utilizados quando se trata do controle da implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário, com alguns acréscimos.

A esse respeito, Waldron (2006) afirma que a natureza do processo judicial o torna inadequado para discussões que tratem de questões políticas. Ele retoma o argumento de que há uma deficiência de legitimidade, pela ausência de participação popular. Além disso, as formalidades processuais com a rígida separação entre a fase de conhecimento e execução podem impedir que questões materialmente complexas tenham uma solução adequada. O autor explana que o processo é pensado a partir de uma premissa cognitiva segundo a qual os problemas precedem as soluções; por isso, se alguém pleiteia um provimento judicial para resolver um problema é porque este já estaria suficientemente diagnosticado e o pedido da inicial refletirá a solução (VITORELLI, 2019).

Outro ponto comumente levantado é que juízes não teriam condições de avaliar as inúmeras questões que envolvem uma política pública, como orçamento, cronograma de execução e fiscalização técnica. Assim, Judiciário não teria capacidade institucional para a coordenação dessas políticas. Tal crítica foi ilustrada por Mark Tushnet, em palestra proferida na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, em que afirmou que, da mesma forma que um guarda de trânsito situado em um determinado cruzamento não consegue avaliar bem o fluxo de veículos de toda a cidade, um juiz também não consegue avaliar corretamente o impacto econômico e social de suas decisões (PORFIRO, 2018).

Em contrapartida, há os que se posicionam contra essas críticas e entendem que o Judiciário é a única alternativa nos casos de bloqueios institucionais que inviabilizam a fruição de direitos fundamentais.

4 OS PROCESSOS ESTRUTURANTES

O processo de superação da escravidão nos Estados Unidos foi longo e complexo. Nesse percurso, o Poder Judiciário teve participação destacada, tanto para retardar esse processo, como no já citado caso *Dred Scott*, quanto para acelerar e consolidá-lo, como no caso *Brown v. Board of Education of Topeka*.

Nesse contexto, a escravidão, admitida pela Constituição de 1787, e a negativa de conhecimento originário de direitos políticos aos escravos e seus descendentes retardaram a realização do ideal de igualdade política entre os cidadãos, que somente passou a ser esboçado com a Reconstrução, após o término da Guerra Civil (SILVA, 2020).

A litigância estrutural, nessa conjuntura, foi importante instrumento para reverter esse quadro em que a minoria negra, até então excluída em razão da escravidão, pudesse superar obstáculos de participação política, criados por bloqueios institucionais. Tais bloqueios se manifestavam sobretudo no âmbito de educação e do igual acesso às urnas, que isolavam os descendentes de escravos do projeto político liberal de construção de uma sociedade orientada para o mercado e a igualdade política formal (SILVA, 2020).

No entanto, o papel desempenhado pelo Judiciário na litigância estrutural pôs em xeque o princípio da separação de poderes e o da igualdade perante a lei, na forma que foi pensada pelos pais fundadores federalistas, aumentando as tensões entre a União e os Estados Federados, tendo em vista que a litigância estrutural de maior relevância ocorreu perante a Justiça Federal (SILVA, 2020).

A compreensão da complexidade da litigância estrutural passa pela análise das dificuldades de implementação das decisões proferidas nessa espécie de litígio. De acordo com Fiss (1979), o processo estrutural é aquele em que um juiz confronta burocracias estatais com valores de dimensão constitucional e empreende reestruturar a organização de maneira a eliminar ameaças postas contra esses valores, pelos arranjos institucionais do momento. A *injunction* é a forma pela qual as diretrizes para reforma são transmitidas.

Como gênero da *constitutional litigation*, a reforma estrutural tem as suas raízes na era Warren da Suprema Corte norte-americana e no extraordinário esforço para traduzir, em prática, o que foi decidido no caso *Brown v. Board of Education of Topeka*. Esse esforço foi exigido das cortes para conseguir modificar radicalmente o *status quo*, de forma a reconstruir uma realidade social. As cortes tiveram que superar enorme resistência e, mais difícil ainda, penetrar e reestruturar em larga escala organizações do sistema público de ensino (FISS, 1979).

Conforme Chayes (1976), os litígios dessa natureza exigem uma nova forma de conduzir a ação judicial, de maneira que o foco não esteja mais na execução tradicional de direitos particulares, e sim na melhoria das políticas públicas com fim de efetivar os direitos dos grupos envolvidos. Os juízes passariam, então, a participar da confecção e implementação dessas políticas públicas.

4.1 O caso *Brown v. Board of Education of Topeka*

O marco das decisões estruturantes, no âmbito da Suprema Corte norte-americana, foi o caso Brown. Linda Brown (1943-2018) era uma criança em idade escolar, habitante da cidade de Topeka, no Estado do Kansas, nos Estados Unidos. Em 1951, ao tentar matricular a filha em escola próxima à sua residência, o seu pai, Oliver Brown, teve o pedido rejeitado. Linda e Oliver eram negros, tendo sido essa a razão da recusa, pois a escola só aceitava crianças brancas (FACHIN; SCHINEMANN, 2018).

Após a Guerra Civil norte-americana, houve a aprovação da Décima Terceira Emenda à Constituição do país, que aboliu o instituto da escravidão. Sua proposição ocorreu durante a guerra, e nenhum dos chamados Estados Confederados participou da deliberação. Posteriormente, oportunizou-se aos derrotados a ratificação da emenda, o que foi feito por oito estados, juntando-se a outros dezenove, do Norte, perfazendo o quórum necessário de $\frac{3}{4}$ dos 36 estados, para promover a emenda à Constituição (SILVA, 2020).

Em seguida, houve a elaboração da Décima Quarta Emenda, que proclamou a igualdade de proteção pelas leis dos estados, impedindo que a raça seja considerada para a restrição de direitos. A aprovação dessa emenda foi igualmente problemática haja vista que parte dos representantes dos estados do Sul, no Congresso, não foram considerados aptos por não terem sido eleitos em sufrágio com a participação da população negra (SILVA, 2020).

Nesse contexto, os estados do Sul, embora derrotados, permaneceram leais a ideias de superioridade racial e passaram a tentar manter a escravidão sob uma nova forma, por meio da aprovação de leis segregacionistas, também conhecidas como Leis Jim Crow. Em uma era de retrocesso conservador, mas de pragmatismo político unionista, a Suprema Corte norte-americana limitou, no julgamento do caso *Plessy v. Ferguson*, a interpretação da Décima Quarta Emenda, para afirmar que a cláusula de igual proteção das leis não impunha aos estados qualquer obrigação de manter espaços públicos e privados abertos, simultaneamente a brancos e negros (SILVA, 2020).

Nesse caso, a Corte analisou a constitucionalidade de lei do Estado da Louisiana, que estabelecia a divisão de vagões de trens entre pessoas brancas e negras. O entendimento prevalecente foi o de que a segregação por si não seria um indicativo de subordinação entre as raças, legitimando a doutrina do “*separate but equal*”³. Contudo, a sociedade norte-americana possuía divisões que iam muito além dos vagões de trem, pois escolas, hospitais, praias, piscinas, hotéis e demais espaços de convivência social possuíam algum grau de segregação entre brancos e negros (FACHIN; SCHINEMANN, 2018).

Nesse julgamento, a Suprema Corte reafirmou ainda que a Décima Terceira Emenda somente serviria como parâmetro para invalidar situações de escravidão e servidão cativas, em situações em que o corpo de alguém se convertesse em propriedade de outrem (SILVA, 2020).

Diante da recusa ao pedido de matrícula de Linda Brown, Oliver Brown ajuizou ação contra o Conselho de Educação (*Board of Education*) da cidade de Topeka, objetivando a admissão da sua filha na escola que anteriormente a recusara. O caso se iniciou em 1951 e foi pautado para a decisão na Suprema Corte em 1954, admitido junto a outros 13 casos nos quais também se discutia a constitucionalidade de segregação em escolas. A questão a ser discutida era se a segregação das escolas públicas, com base em critérios de raça, violaria a cláusula de proteção igualitária da Décima Quarta Emenda (FACHIN; SCHINEMANN, 2018).

A questão discutida era exatamente a mesma decidida em *Plessy v. Ferguson*, e decidir de forma diversa implicaria superação do precedente. Assim, de maneira unânime, a Corte decidiu pela inconstitucionalidade da doutrina *separate but equal*, reconhecendo que a divisão das escolas, a partir de critérios étnico-raciais, carecia de substrato constitucional (FACHIN; SCHINEMANN, 2018).

Com a decisão do caso Brown, os casos com ele admitidos foram devolvidos para as cortes de Justiça Federal, locais a fim de dar cumprimento às ordens antissegregacionistas. Como já era esperado pela própria Suprema Corte, a implementação da decisão encontrou ampla resistência social, de modo que, no ano seguinte, o caso voltou à Suprema Corte sob a denominação de Brown II (FACHIN; SCHINEMANN, 2018).

A tarefa de Brown II cuidava-se de transformar, por completo, um sistema educacional dual, segregado, em um sistema unitário, candidamente cego perante pretensas classificações raciais, o que envolveria o levantamento do número de crianças negras que moravam na vizinhança das escolas, o seu transporte até a sede das atividades escolares e outros aspectos.

³ Tradução: “separados, mas iguais”.

A Corte decidiu que a dessegregação racial das escolas deveria ocorrer de forma gradual, de acordo com o parâmetro que ficou registrado pela expressão “*with all deliberate speed*” (SILVA, 2020).

Dessa maneira, Brown II é considerado o marco inicial da litigância estrutural, em virtude de a Suprema Corte ter enfrentado os obstáculos fáticos à implementação da decisão proferida em Brown I. O precedente reconheceu que o mal constitucional (ilícito) a ser vencido seria a própria burocracia estatal (estrutura inconstitucional) considerada em si mesma. O caso, portanto, concentrou-se no remédio, e não mais no reconhecimento do direito vindicado (SILVA, 2020).

Diante dessa situação, a Corte delegou poderes para as cortes federais de primeiro grau (*district courts*) supervisionarem o processo de redesenho institucional das escolas segregadas, a ser conduzido pelo Conselho de Educação de cada município.

4.1.1 Reforma estrutural e sistema penitenciário no caso *Holt v. Sarver*

Nos anos que se seguiram ao caso Brown, diversas outras ações veicularam pretensões estruturais, especialmente durante as décadas de 1950 e 1960, quando a Suprema Corte norte-americana esteve sob a presidência de Earl Warren. Ao longo desse período, o Judiciário participou, de forma ativa, da reconstrução da realidade social. Nesse contexto, várias ações, envolvendo direito à saúde, à habitação ou erradicação do trabalho infantil, foram ajuizadas no intuito de reformar realidades contrárias aos preceitos constitucionais (VIOLIN, 2019).

No caso *Holt v. Sarver*, questionou-se a constitucionalidade do sistema prisional do Estado do Arkansas. O caso, na verdade, era um conjunto formado por, pelo menos, outros seis, entre ações e recursos que tramitaram entre 1969 e 1982, sendo: *Holt v. Sarver*; *Holt v. Sarver II*; *Holt v. Hutto*; *Finney v. Arkansas Board of Corrections*; *Finney v. Hutto* e *Finney v. Mabry*. O litígio visava à reforma completa do sistema penitenciário do Arkansas e, posteriormente, desencadeou uma série de ações, chegando, no ano de 1993, a um total de 40 estados norte-americanos com ações similares (VIOLIN, 2019).

O sistema prisional do Arkansas era composto por duas grandes fazendas, Cummins e Tucker, distantes aproximadamente 80 quilômetros uma da outra. A viabilidade econômica delas foi comprometida com a abolição da escravatura; então, a saída encontrada foi substituir a mão de obra escrava por mão de obra custodiada. Os presos deveriam construir as suas próprias habitações, produzir o seu próprio alimento e exercer a sua própria vigilância. Os apenados eram mantidos em barracões superlotados e sem ventilação, com alimentação

suficiente apenas para a sobrevivência deles. A vigilância era feita por outros presos chamados de *trusties* (VIOLIN, 2019).

Na Cummins, em torno de 1.600 custodiados cumpriam pena. Tal fazenda ficava bem distante de centros urbanos, o que tornava os acontecimentos do local praticamente invisíveis para a comunidade. Os internos eram obrigados a trabalhar no campo seis dias por semana, dez horas por dia. Em Tucker, a situação não era muito diferente; no ano de 1967, a prisão recebeu a visita do então governador Winthrop Rockefeller. Posteriormente, descobriu-se um instrumento de tortura que ficou conhecido como “telefone Tucker”, constituído por um telefone modificado com a inclusão de baterias e eletrodos que eram plugados aos dedos e aos genitais do preso, o qual era deitado nu sobre uma cama para receber descargas elétricas (VIOLIN, 2019).

A descoberta desse instrumento em 1966, em meio a violentas rebeliões, foi um dos fatores que deram início à reforma do sistema prisional. O relatório feito pela polícia mostrou que o “telefone” era apenas uma pequena parte de um aparelho maior, baseado na brutalidade e corrupção do sistema (VIOLIN, 2020).

Nesse processo, é importante destacar a participação ativa do Poder Executivo, que, na pessoa do Governador Rockefeller, encampou a necessidade de reforma do sistema prisional. A maior parte dos trabalhadores das fazendas era *trusties*, em torno de 300, sendo apenas 35 os que eram, de fato, funcionários — por isso, rapidamente, grande parte deles foi demitida por motivos como cobrança de propina, extorsão e tortura (NELSON, 2002).

Além disso, o Legislativo estadual reconheceu, por meio de lei, que a ressocialização e o treinamento profissional seriam objetivos essenciais de ambas as prisões. A estrutura organizacional do sistema foi reformulada, e cada uma das unidades passou a ter um superintendente. O superintendente de *Tucker*, Thomas Murton, não escondeu da opinião pública os problemas descobertos, abriu as unidades à imprensa, que divulgou intensamente as condições encontradas. Após receber de um interno a informação de que haveria um cemitério clandestino na unidade, Murton determinou a escavação do local, onde foram encontradas três ossadas, o que foi amplamente divulgado pela imprensa (NELSON, 2002).

Em meio a esse processo, os detentos passaram a recorrer ao Judiciário em busca de direitos que as leis estaduais não lhes concediam. Em 1965, diversos internos peticionaram ao juiz J. Smith Henley da Justiça Federal do Arkansas, alegando, em síntese, que eram mantidos em condições incompatíveis com a Oitava Emenda, que veda punições “cruéis e incomuns”, e com a Décima Quarta, no tocante à segregação racial de detentos negros que ficavam em piores condições (SILVA, 2020).

Nessa primeira demanda, *Talley v. Stephens*, a pretensão formulada pelos autores foi de soltura, e não de transformação institucional, embora a causa de pedir relatasse a falta de cuidados médicos, as punições corporais e as condições degradantes de trabalho forçado. Em seguida, apesar de não terem sido libertados, obtiveram algumas providências como a demissão dos guardas responsáveis pelos abusos e a remoção para alojamentos em melhores condições. Tais providências, por parte dos réus, tiveram por objetivo evitar que a ação fosse qualificada como coletiva (SILVA, 2020).

Esse precedente não se tornou um processo estrutural propriamente dito, visto que a sentença não reconheceu a possibilidade de reforma institucional através do Judiciário. O juiz Henley afirmou que as cortes não poderiam encampar a administração do sistema prisional nem rever cada queixa feita por um condenado sobre o seu tratamento na prisão, doutrina que ficou conhecida como *hands-off doctrine* (SILVA, 2020).

Em 1967, três petições de HC foram reunidas para julgamento conjunto, impetradas contra o então superintendente do sistema prisional O. E. Bishop. Todas relatavam ocorrências de agressões e pediam a declaração de inconstitucionalidade de qualquer forma de punição corporal, sendo o caso autuado como *Jackson v. Bishop* (VIOLIN, 2019).

O caso foi instruído com o relatório feito pela polícia, divulgado poucos meses antes e aceito como prova dos abusos na aplicação de punição aos detentos. A decisão proferida em primeiro grau refletiu uma postura de autocontenção do Judiciário e expôs a dificuldade em concretizar conceitos indeterminados como aqueles inscritos na Oitava Emenda à Constituição norte-americana. A decisão afirmou que as punições corporais não seriam por si só inconstitucionais, pois estavam previstas em normas gerais e abstratas. Por conta disso, o pedido principal foi julgado improcedente, mas a sentença proibiu expressamente o uso do telefone *Tucker* e de outros instrumentos de tortura (VIOLIN, 2019).

Ante esse cenário, em 1969, três petições ajuizadas por detentos foram reunidas para julgamento conjunto. Nesse caso, tratava-se de *class actions*, e não ações individuais, sendo autuado como *Holt v. Sarver*. Com fundamento no *Civil Rights Act* de 1964, os requerentes submeteram as seguintes questões à apreciação judicial:

- a) o confinamento na “solitária” configurava “punição, cruel e incomum”?
- b) o tratamento médico e dentário era, de fato, negado aos internos?
- c) a incapacidade de o Estado proteger a vida e a integridade física dos detentos violava os seus direitos fundamentais? (VIOLIN, 2019).

A sentença do caso considerou que não houve prova da negativa de cuidados médicos e odontológicos, resultando na improcedência dos pedidos. Entretanto, reconheceu-se o dever do Estado de resguardar a vida e a integridade dos detentos. Quanto à unidade de isolamento, o juiz Henley considerou degradantes as condições apresentadas e afirmou que, embora a “solitária”, em razão da sua própria natureza punitiva, devesse ser rigorosa, desconfortável e desagradável, essas características não poderiam violar a dignidade (VIOLIN, 2019).

Ainda em 1969, Henley determinou a reunião de oito *class actions* ajuizadas por detentos de ambas as unidades. Como Lawrence Holt novamente estava entre os autores e Robert Sarver permanecia na chefia da Comissão de Correções, o caso foi autuado como *Holt v. Sarver II*, para diferenciá-lo do primeiro julgamento. Nessa nova demanda, o objeto era diverso, pois constituía um ataque a todo o sistema prisional do Arkansas. Além disso, o litígio se caracterizou por sua causa de pedir aberta e os seus pedidos fluídos relativizavam o princípio da demanda. O objetivo era a adoção de medidas concretas para fazer cessar a violação aos direitos dos custodiados (VIOLIN, 2019).

Os autores fizeram pedidos como: não serem mantidos presos sem programas e oportunidades de reabilitação e não sofrerem tratamento cruel. Ao final, a decisão concluiu que as práticas e as condições do sistema prisional estadual configuravam tratamento cruel e declarou a sua inconstitucionalidade. A sentença indicou que a inconstitucionalidade vinha do conjunto de aspectos inadequados que afetavam a vida dos internos em conjunto, e a maneira de corrigir o problema seria por meio de uma reforma estrutural (VIOLIN, 2020).

4.2 As características do processo estrutural

Chayes (1976) identificou as características das chamadas *Public Law Litigation*, que seriam as ações envolvendo entes públicos. Até então, os parâmetros processuais eram estipulados considerando a litigância de duas partes com interesses privados.

O autor menciona que, naquele momento, surgia um modelo de litigância e, por isso, acreditava que a concepção tradicional de adjudicação⁴ e as presunções a respeito dela não ajudariam muito a compreender a nova modalidade — pelo contrário, poderia levar a equívocos no entendimento do papel do Judiciário nesses casos (CHAYES, 1976).

O autor afirma que, até então, na tradição norte-americana, o processo era bipolar, com dois indivíduos ou, pelo menos, dois interesses diametralmente opostos, em que um seria

⁴ Aqui, o termo será utilizado no sentido de decisão.

o vencedor. A litigância ainda é retrospectiva, a controvérsia era identificada por meio de eventos passados, buscava-se apurar se ocorreram, ou não, e as consequências legais daí decorrentes. O direito e a decisão são interdependentes, o réu era obrigado a pagar ao autor compensação proporcional ao dano causado. A decisão proferida ao final tem efeito apenas entre as partes, e o processo é iniciado e impulsionado pelos participantes, sendo o juiz uma figura neutra, decidindo apenas questões que surjam ao longo da contenda (CHAYES, 1976).

O modelo tradicional, independentemente da sua validade histórica, claramente é inválido para descrever a litigância civil nas cortes federais. A principal característica dos processos na área federal é ter como objeto reivindicações de políticas públicas fundadas na Constituição ou em leis. Portanto, as características da *Public Law Litigation* distinguem-se dos processos travados entre indivíduos que defendem interesses particulares (CHAYES, 1976).

Tais litígios têm partes diversas e estrutura amorfa, indeterminada, o objeto é melhor definido ao longo do processo. O sistema adversarial é substituído por um negociado e mediado, e o juiz tem participação ativa na organização e condução do caso, oferece suporte não só para as partes e seus advogados, mas também para interessados de fora, como *experts* no caso em questão. Ademais, o magistrado tem o poder de criar e gerenciar as formas de resolução do caso, as quais devem produzir efeitos à medida que forem implementadas (CHAYES, 1976).

Segregação escolar, discriminação no trabalho e direitos dos presos são algumas das questões tratadas nessa forma de litigância, mas não são as únicas. Diversas outras, como as relativas ao consumidor, meio-ambiente e moradia, podem resultar em litigância estrutural (CHAYES, 1976).

A concepção tradicional de decisão judicial reflete uma visão da sociedade do fim do século XIX, em que predominava a preocupação com os direitos individuais. Mesmo quando se discutiam questões constitucionais, como no caso *Marbury v. Madison*, predominava a influência do modelo concebido para o direito privado (CHAYES, 1976).

4.3 A decisão no processo estrutural

Segundo Fiss (1979), a adjudicação seria um processo por meio do qual os juízes atribuem significado aos valores sociais; já a reforma estrutural seria uma forma de adjudicação que envolve a atuação judicial e a burocracia estatal. Teria como objetivo fazer

com que os procedimentos tradicionais da burocracia estatal sejam adaptados à nova realidade social.

O litígio estrutural é aquele em que o juiz confronta a burocracia estatal com os preceitos constitucionais, visando a uma reestruturação que elimine ameaças a esses valores. As raízes da litigância estrutural foram criadas no caso Brown, quando a Corte foi instada a transformar radicalmente o *status quo*, modificando a realidade social. A Corte teve que superar diversas resistências visando reestruturar, em larga escala, o sistema público de ensino, transformando um sistema dual em único, sem divisões por questões de raça (FISS, 1979).

Na doutrina nacional, Arenhart faz a seguinte consideração em relação às decisões estruturantes:

O fundamental, em relação às decisões estruturais, é perceber que elas foram pensadas para lidar com o caráter burocrático do Estado atual e de várias instituições típicas da sociedade moderna. Ela se volta a proteger os direitos fundamentais diante dos desafios postos por essa burocratização das relações públicas e privadas. (ARENHART, 2013, p. 15).

A retenção da jurisdição é também mais uma característica diferenciadora do processo estrutural comum. Uma mera ação coletiva não retém a jurisdição, embora possa beneficiar uma comunidade difusa de pessoas. A litigância estrutural, porém, pressupõe um contínuo diálogo na fase de execução (SILVA, 2020).

A adjudicação, portanto, tenta promover uma reforma estrutural que se distingue das decisões que tencionam simplesmente atribuir significado às normas constitucionais. Parte das críticas a esse tipo de decisão é justamente a respeito do maior poder que estaria sendo atribuído aos juízes. A reforma estrutural se desenvolveu em um contexto no qual se testaram os limites da teoria da falha legislativa. Os casos de segregação nas escolas, concentrados no Sul dos Estados Unidos, poderiam ser conceituados como um tipo de falha legislativa. A presunção em favor da vontade da maioria claramente saiu de controle. O grupo vitimizado era uma minoria insulada, que tinha o seu direito de participação formal negado no processo majoritário de decisão (FISS, 1979).

Quanto à questão dos poderes conferidos ao juiz na função de decidir por reformas estruturais, há sempre o questionamento no que tange à legitimidade. Entretanto, no modelo estrutural, há novos e distintos pontos acerca da questão da legitimidade. Esses pontos decorrem do fato de que os juízes vão oferecer resposta sobre ameaças de grande escala a preceitos constitucionais e buscarão remover essas ameaças por meio da reestruturação da

organização⁵ responsável. Assim, tais objetivos implicarão na forma como se desenvolverá o processo (FISS, 1979).

Partindo do formato tradicional de processo com autor e réu para uma comparação com o processo estrutural, claramente há uma transformação nos padrões do procedimento. No processo estruturante, o foco está nas condições de vida da sociedade e no papel que as organizações possuem nisso, e não no interesse individual especificamente. No caso, o problema não é o fato de uma criança ter que voltar da porta de uma escola por não ser branca, um incidente como esse é apenas o gatilho para instaurar o processo (FISS, 1979).

O fato em si evidencia um padrão, na prática, de um ato ilegal, racista, mas o objeto do processo não são os incidentes considerados isoladamente, e sim as condições sociais que propiciam esses acontecimentos e violam preceitos constitucionais, bem como a dinâmica que cria e perpetua as condições para isso ocorrer (FISS, 1979).

A vítima do ato ilícito no processo estrutural não é um indivíduo, mas um grupo. Em algumas instâncias, um grupo é identificado conforme certas instituições — os presidiários com as condições de acolhimento e as crianças com o acesso à escola são exemplos. A parte que sofre o ilícito pode, ainda, ser o próprio grupo, que pode possuir uma identidade não correlacionada a uma instituição. No caso da segregação racial, por exemplo, as vítimas não eram só as crianças em idade escolar, mas um grupo maior composto por todos os negros (FISS, 1979).

Nesse contexto, é muito importante o papel do representante do grupo que estará atuando no processo. Deve-se ressaltar que ele não necessariamente precisa ser uma das vítimas, mas o grupo necessita de alguém que fale em seu nome. Embora uma das vítimas possa ser representante, essa posição pode apresentar extrema vulnerabilidade, exigindo uma coragem do indivíduo para se expor a eventual perigo — imagine-se um caso de segregação em uma escola ou, pior ainda, desafiar a administração do sistema penitenciário em busca de melhores condições (FISS, 1979).

Considerando a perspectiva norte-americana, Fiss (1979) destaca que a advocacia institucional pode cumprir esse papel de representar o grupo interessado, evitando a exposição dos seus integrantes a riscos de retaliação. Para isso, ele menciona que tanto organizações públicas, a exemplo do Departamento de Estado, como entidades privadas defensoras de direitos civis podem cumprir esse papel.

⁵ O termo organização pode ser entendido com ente público responsável, para fins de equiparação com casos ocorridos no Brasil.

No caso brasileiro, ocorre da mesma forma; considerando-se o âmbito da jurisdição constitucional, existe a Procuradoria Geral da República, que pode atuar em casos de interesses de grupos de vulneráveis, e entes privados como partidos políticos. Esse ponto será desenvolvido em tópico mais à frente.

No processo tradicional, a parte requerida normalmente reúne as figuras do representante, aquele que praticou o ato ilícito e aquele que deve suportar a condenação. Já no processo estrutural, essas funções são separadas e, algumas vezes, a figura do sujeito que pratica o ato ilícito simplesmente não existe. O transgressor é aquele que, de maneira intencional, provoca um dano violando uma norma. No processo estrutural até pode existir esse sujeito considerado individualmente, como o policial que agride uma pessoa, o guarda prisional que agride um apenado ou quem impede uma criança negra de entrar em uma escola — entretanto, eles não são o alvo do processo (FISS, 1979).

Dessa forma, o foco desse tipo de processo são as condições sociais que levam a esses incidentes, e não eles considerados isoladamente. Além disso, o processo visa atacar a estrutura estatal que propicia as condições para que isso ocorra. Tem como objetivo promover uma reforma das instituições, não porque estejam praticando mal feitos, mas por estarem funcionando de modo a não proteger preceitos constitucionais.

Da perspectiva de certos remédios, como julgamentos por danos causados e penas criminais, essa conclusão parece surpreendente. Esses remédios são retrospectivos no sentido que a condição necessária para cada um é um erro passado, eles requerem um julgamento avaliativo da ilicitude da conduta do réu considerando normas preexistentes. Mas o remédio em um caso estrutural é a decisão mandamental, o que não requer um julgamento sobre atos ilícitos, futuros ou passados. O processo estrutural busca erradicar ameaças em andamento aos nossos valores constitucionais e a decisão judicial pode servir como mecanismo formal, ao qual a Corte estabelece diretrizes sobre como deve ser cumprida. Fala para o futuro. (FISS, 1979, p. 23).

O caráter prospectivo da decisão judicial mais o fato de que isso atribui maior poder aos juízes explicam a proeminência da decisão judicial no processo estrutural. Apenas nos estágios finais do processo estrutural, depois de vários ciclos de auxílio suplementar, quando as diretrizes se tornam mais específicas, sanções criminais e por danos tornam-se possíveis de serem aplicadas no caso de desobediência à decisão judicial (FISS, 1979).

No curso do processo reconstrutivo, o juiz deve adentrar a instituição a fim de entender o seu funcionamento e descobrir os problemas críticos de operação. As diretrizes estipuladas na decisão não devem ser dirigidas aos ocupantes dos cargos nem considerar os atos ilícitos como praticados por eles pessoalmente. Assim, as ordens devem ser dirigidas ao

ente com o objetivo de cessar as ameaças aos ditames constitucionais em questão (FISS, 1979).

A postura do juiz no processo tradicional é caracterizada pela passividade, cabendo ao magistrado observar as partes produzirem as provas para, ao final, declarar o vencedor. Todavia, para Fiss (2019), a postura deve ser outra: o juiz deve assumir um papel mais ativo na busca de informações, de modo que o resultado não fique condicionado a uma loteria sobre qual das partes conseguirá melhor prova. No processo estrutural, esse pensamento também está presente, ainda mais se tratar de caso em que a organização em questão tenha como público classes sociais mais baixas.

Ao juiz, é exigido que participe do processo de forma mais ativa, que fale, mas, ao mesmo tempo, seja independente, imparcial e distante das partes; assim, aumentam-se as probabilidades de que sua decisão não seja uma expressão de suas preferências (FISS, 2019).

O conteúdo da decisão possui grande relevância para a resolução do problema estrutural, pois deve conter o remédio, a medida a ser tomada a fim de promover a desejada reforma estrutural. O remédio terá, portanto, a finalidade de corrigir ou prevenir eventos contrários ao conteúdo declaratório da decisão. A função judicial no processo comum normalmente se exaure com o julgamento, porém, em algumas situações, o réu perdedor resiste em cumprir o que foi determinado, sendo necessário o uso de medidas coercitivas para o cumprimento da decisão (FISS, 1979).

4.3.1 Dificuldades para cumprimento da decisão na litigância estrutural

A decisão nesse tipo de caso também possui uma técnica diferenciada. Como tal, ao contrário do regime preclusivo de decisões do processo, a sentença (*structural decree*) é marcada por seu caráter antipreclusivo, flexível e adaptável às condições específicas do programa a ser modificado por meio da decisão judicial (SILVA, 2020).

A fase de aplicação do remédio na litigância estrutural está longe de ser episódica, esse tipo de processo tem um começo, talvez um meio, mas quase não tem um fim. O desenvolvimento do que Fiss (1979) chama de “fase remedial” envolve um longo e contínuo relacionamento entre o órgão julgador e as instituições destinatárias da decisão. Nessa etapa, a preocupação não é exatamente em forçar o cumprimento das medidas determinadas, e sim com a definição da forma dessas medidas.

A tarefa, então, não é declarar qual das partes está certa ou errada, calcular valor de danos ou determinar a paralisação de algum ato, mas remover as ameaças aos valores

constitucionais. Em algumas situações, o fechamento de uma instituição pode ser aceitável, como na área da saúde mental, no entanto, na maioria dos casos, quando envolvem escolas, prisões, assistência social, departamentos de polícia e autoridades de habitação, essa opção não é viável (FISS, 1979).

O limitado conhecimento sobre o funcionamento da organização, junto à capacidade de adaptação a comandos que modifiquem as relações de poder preexistentes, acaba invariavelmente resultando em intervenções, iniciando um ciclo de auxílio visando corrigir os defeitos da atuação. Uma relação de supervisão por longo prazo entre o órgão julgador e a organização deve ser monitorada, e novas estratégias devem ser desenvolvidas a fim de manter a busca dos objetivos constitucionais previstos na decisão (FISS, 1979).

Entretanto, ao mesmo tempo que essa característica da litigância estrutural permite às autoridades corrigirem os erros detectados, a supervisão judicial pode enfrentar uma série de problemas. Muitas vezes, diante da recalcitrância de autoridades ou da impossibilidade material de atender ao comando judicial proferido na fase declaratória do direito, a retenção da jurisdição origina situações patológicas de guerrilha entre os Poderes e de patrulhamento de políticas públicas por anos a fio (SILVA, 2020).

O processo de superação de uma burocracia organizada de forma contrária ao princípio da igualdade não seria impulsionado por uma ordem específica de não fazer, mas dependeria de uma complexa determinação de reforma estrutural das instituições responsáveis pela segregação. No caso Brown II, coube aos juízes federais de primeira instância a execução da determinação da Suprema Corte, agindo em um modo experimental de tentativa e erro, ora nomeando *special matters* (auxiliares especiais do juízo) com expertise em educação, ora se valendo de planos de dessegregação formulados pelo próprio Estado para dar cumprimento à decisão que transformou o significado de igual proteção das leis (SILVA, 2020).

Houve enfática resistência administrativa de autoridades educacionais diretamente encarregadas de promover a dessegregação. A execução do julgado exigiu grande esforço e imaginação institucional não só da parte da Suprema Corte, do Executivo Federal e dos juízes federais locais, mas do próprio Congresso norte-americano na criação de incentivos metajurisdicionais ao cumprimento (SILVA, 2020).

Desse modo, a utilidade da litigância estrutural teria sido razoavelmente limitada para promover uma radical mudança social, consistindo apenas em um meio institucionalmente extravagante para pautar o debate da segregação racial nas escolas sulistas, ainda marcadas pelas leis Jim Crow, no plano da educação, e pelas leis que reclamavam testes de escolaridade, no caso do registro eleitoral (SILVA, 2020).

Diante da resistência nos casos do sistema prisional, algumas medidas de força foram adotadas visando obter ações de forma coercitiva. Foram proferidas ameaças de prisão de funcionários públicos que se recusavam a cumprir decisões, de soltura de presos que estavam em presídios superlotados, além do fechamento de instituições públicas que não atendessem aos seus ditames, podendo, a qualquer tempo, reavaliar e modificar as suas decisões (BAUERMANN, 2019).

Tais medidas demonstraram que a prática norte-americana deve ser utilizada com cuidado, pois as chances de não alcançar os resultados esperados são enormes. Isso porque os julgadores, quando envolvidos em casos nos quais são proferidas decisões mandamentais, geralmente estão lidando com matérias sobre as quais não possuem conhecimento técnico. Desse modo, tem-se a nomeação de *experts* para ajudar na escolha e na execução das medidas de intervenção nas organizações (BAUERMANN, 2019).

Por essas razões, para o êxito das reformas estruturais determinadas pelo Judiciário, é essencial haver um consenso entre grande parte da sociedade, de que as práticas institucionais realmente privam os indivíduos de direitos constitucionais, e a existência de amplo apoio à decisão judicial entre os operadores do direito, como advogados e doutrinadores (BAUERMANN, 2019).

Após o julgamento de Brown, diversas reações contrárias ocorreram, como a redação do *Southern Manifesto*, uma espécie de declaração de princípios constitucionais lavrada pelos setores mais conservadores — e racistas — da política norte-americana. O manifesto criticou ostensivamente a fundamentação do julgamento e, em atitude muito próxima a um convite à desobediência civil, conclamou as autoridades do Sul do país a oferecerem resistência ao cumprimento da decisão. Os signatários do documento condenaram Brown como um abuso de poder judicial contrário aos precedentes da própria Suprema Corte e o associaram a uma manifestação voluntarista e ativista (SILVA, 2020).

Outros atos de resistência continuaram no Sul, o então governador do Estado do Arkansas, Orval Faubus, incentivou o descumprimento da decisão por parte de agentes públicos, o que motivou o encaminhamento de tropas federais, pelo Presidente Dwight D. Eisenhower, para garantir a matrícula de crianças negras em Little Rock. Em resposta a esse incidente, o Congresso Nacional aprovou uma lei federal (*United States Code* 1509), passando a prever como crime a atuação contrária ao exercício de direitos fundamentais, reconhecido em decisões de cortes federais. Também no Alabama, quase dez anos após o julgamento de Brown, em junho de 1963, o governador eleito George C. Wallace cumpriu

promessa de campanha e bloqueou fisicamente a entrada da Universidade do Alabama, o que só foi desfeito mediante a presença de tropas federais (SILVA, 2020).

O caso Brown iniciou um lento processo de diálogo institucional que levou o congresso a aprovar o *Civil Rights Act* e a criar incentivos econômicos para que os Estados passassem a dessegregar as escolas, sob pena de perderem massivos investimentos federais importantes para a manutenção do bom nível de qualidade das escolas do Sul. Além disso, movimentos populares de desobediência civil também ajudaram a criar as condições necessárias para sepultar a segregação e contribuir para a consolidação do que foi decidido em Brown (SILVA, 2020).

Conforme estudo realizado por Gerald Rosenberg acerca dos efeitos da decisão no caso Brown, a sentença proferida teria tido escassos efeitos e a fé nas cortes como motores de mudanças sociais seria uma esperança vazia. O autor afirma que, diante da resistência das autoridades do Sul em cumprir a decisão, foram a mobilização política nos anos 1970 e a legislação antidiscriminação que conseguiram a dessegregação racial (RODRÍGUEZ-GARAVITO; FRANCO, 2010).

Em contrapartida, autores inspirados em uma visão construtivista da relação entre direito e sociedade têm criticado esse posicionamento por se centrar somente nos efeitos instrumentais e diretos da decisão. De acordo com a crítica, o direito e as decisões judiciais geram transformações sociais não só quando induzem mudanças na conduta de indivíduos e grupos diretamente envolvidos no caso, mas também quando provocam transformações indiretas nas relações sociais ou modificam a percepção dos atores sociais e legitimam as visões de mundo promovidas pelos ativistas e litigantes que vão às cortes (RODRÍGUEZ-GARAVITO; FRANCO, 2010).

4.3.2 A definição conjunta da forma de cumprimento da decisão

Devido às dificuldades que podem surgir no cumprimento da decisão, o julgador deve, na medida do possível, buscar um consenso entre as partes envolvidas. O modelo em que o juiz emite uma decisão sem considerar a situação peculiar de quem deve cumpri-la mostra-se inadequado para os processos estruturais (CHAYES, 1976).

Dessa forma, o julgador poderá instaurar uma fase de negociação com as partes com o objetivo de minimizar a necessidade de uma resolução judicial das questões remediais. A elaboração da decisão pode, então, ser realizada mediante negociação entre o juiz e as partes que facilita a execução da parte prática e diminui o risco de contestação (CHAYES, 1976).

No entanto, isso não retira totalmente a responsabilidade do juízo na construção do remédio, inclusive porque as partes podem não chegar a uma solução negociada ou a solução não venha a atender aos requisitos exigidos pelo juízo. Assim, o julgador deve agir de modo a decidir e escolher, entre as proposições apresentadas pelas partes, as que sejam mais aptas a resolução do caso (CHAYES, 1976).

De qualquer modo, se as partes simplesmente discordarem, é plausível permitir que negociem outras formas de cumprimento, e o juiz deve determinar que apresentem propostas de solução do caso. Para tanto, deve o julgador recorrer a fontes externas de informação a fim de avaliar se as propostas apresentadas são adequadas. Esses participantes externos podem sugerir as medidas (remédios) que entender serem mais adequadas ao caso (FISS, 1979).

Em qualquer demanda estrutural, um dos elementos essenciais é o prolongamento da fase de execução. O alongamento temporal permite ao juízo monitorar a implantação das medidas e seus resultados e mantém os Poderes Legislativo e Executivo sob constante coerção, seja jurídica ou psicológica. No caso Holt III, o juízo adotou diversos instrumentos, além da apresentação periódica de relatórios, agendou audiências para oitiva de testemunhos, inspecionou as unidades *in loco* e acatou como provas as petições escritas de próprio punho pelos presos. Após acordo entre as partes, nomeou-se um *special master* para acompanhar a implementação das medidas (VIOLIN, 2019).

4.3.2.1 A definição dos remédios e a efetivação da decisão: as *injunctions* do processo norte-americano

Os remédios constituem os meios de concretizar aquilo que foi declarado na decisão, ou seja, de implementar as condições fáticas para efetivar os direitos que foram objeto da lide estrutural. O remédio é mais concreto, específico e coercitivo do que a mera declaração de direitos.

O direito junto ao remédio constitui o que Fiss chama de valor público. Ele afirma que um valor constitucional como a igualdade tem o seu significado extraído da declaração e da atualização⁶. Segundo o autor, ambas possuem laços estreitos, e a conexão entre significado do valor e remédio deve ser atribuída pelo juiz. É função do julgador atribuir o significado dos valores, e o remédio deve ser entendido como parte integral desse processo (FISS, 1979).

⁶ Atualização é utilizada em um sentido semelhante à renovação, reforço, a partir do instante em que o julgador declara o direito e as medidas necessárias para a sua implementação.

Tradicionalmente, a relação entre os remédios é hierárquica, existindo um ranking deles. Os que estão no topo desse ranking são os preferidos, já os que estão na parte de baixo até podem ser utilizados, mas dependem de certas condições. A *injunction* era considerada uma medida subordinada, extraordinária, devendo ser utilizada apenas quando todas as outras falharem (FISS, 1978).

Segundo a tradição, a *injunction* não deveria ser emitida até que se demonstrasse que outros remédios eram inadequados. Essa doutrina foi herança de um tempo em que as *injunctions* paradigmaticamente eram utilizadas para proteger direitos de propriedade como aqueles ligados à propriedade da terra. No final do século XIX, um novo paradigma emergiu, a chamada *labor injunction*. Surgiu como uma ferramenta na denominada “guerra industrial”, como forma de impedir o sindicalismo e movimentos grevistas (FISS, 1978).

Esse uso ficou bem simbolizado no caso *Debs*, que envolveu a concessão de uma *injunction* contra Eugene Debs e seus seguidores no sindicato da *American Railway*. Eles apoiaram atos dos trabalhadores da *Pullman* que bloquearam as ferrovias do país. A Suprema Corte, apoiada na lei do incômodo, autorizou medidas de remoção de obstáculos físicos colocados nas ferrovias e hidrovias, sustentando a decisão não na negativa do direito de greve, mas apenas na impossibilidade de obstruir o comércio interestadual (FISS, 1978).

Antes de o caso chegar à Suprema Corte para dar cumprimento à ordem inicial, tropas federais foram utilizadas para acabar com a greve e prender Eugene Debs. Ao tratar do caso, a Corte legitimou a utilização da *injunction* como primeiro recurso em questões de direitos trabalhistas, entendimento que ganhou força nas décadas subsequentes. Quase ao mesmo tempo, a *injunction* ganhou importância na chamada luta contra leis progressistas, as quais regulavam relações econômicas, como as que regulavam jornada de trabalho e taxas para uso de ferrovias (FISS, 1978).

O caso *Lochner v. New York*, já comentado no item sobre ativismo judicial, foi um exemplo de decisão da Suprema Corte contrária às leis progressistas. Entretanto, Fiss (1979) ressalta que não há razões para desprestigiar a *injunction* enquanto remédio e que não há restrições ao seu uso, não aplicáveis a outros remédios. De acordo com o autor, a antiga teoria abriu caminho para uma concepção sem hierarquia no uso dos remédios, em que não haveria presunção antecipada de adequação, mas uma análise do contexto específico, considerando-se vantagens e desvantagens na sua utilização.

Posteriormente, essa concepção ganhou força, de maneira que a decisão acerca do remédio a ser utilizado passou a ser feita com base nas características do caso concreto.

Assim, seja por meio de decisões impondo obrigações diretas aos réus, seja instando a colaboração destes, o julgador passou a ter uma maior margem de escolha.

Nos casos *Holt v. Sarver* e *Holt v. Sarver II*, restou consolidada a técnica de decisão com diretrizes flexíveis combinada com a supervisão judicial de cumprimento (retenção de jurisdição). O processo de reforma prisional, que, no seu auge, chegou a ter a supervisão concomitante de 41 dos 50 sistemas penitenciários estaduais norte-americanos, deu origem a diálogos institucionais com os demais Poderes, bem como a reações do Legislativo para controlar alguns excessos de ativismo judicial quando da prolação de sentenças supervisoras (SILVA, 2020).

As medidas determinadas na sentença de *Holt II* foram descritas de forma genérica. O juiz Henley determinou ao Estado que começasse, imediatamente, a eliminar as condições descritas na sentença. Exigiu, ainda, diligência razoável e empenho vigoroso, oportunizou ao Estado que apresentasse um plano de ação para adequar as unidades prisionais à Constituição. Além disso, estabeleceu requisitos mínimos que deveriam ser seguidos, tais como o fim dos *trusties*, divisão dos barracões em celas menores, construção de mais unidades de isolamento e mudança na forma de servir a comida aos detentos e dessegregação racial (VIOLIN, 2019).

Não foram fixados prazos para que fossem atingidas essas metas, mas determinou-se a apresentação de um relatório. Assim, embora não tenha utilizado um meio coercitivo, deixou consignado indiretamente que, caso as condições não chegassem a um nível condizente com a Constituição, as fazendas seriam fechadas (VIOLIN, 2019).

Com base nos resultados considerados tímidos pelos relatórios de acompanhamento, o juiz Henley, no ano de 1971, proferiu decisão suplementar em que determinava providências específicas a serem adotadas pelo Estado do Arkansas. Essa decisão substituiu parcialmente a sentença original que se limitou a “sugerir” medidas genéricas (VIOLIN, 2019).

O cumprimento da sentença ocorreu de forma circular, em que, a cada ordem, um relatório era apresentado detalhando o modo de implementação. Após análise, caso os resultados fossem insatisfatórios, uma nova ordem seria emitida pelo juízo, que, por sua vez, exigiria um novo relatório e assim por diante (VIOLIN, 2019).

4.3.2.2 Reações à atuação do judiciário

Em alguns casos, as sentenças perderam de vista a sua missão de superar condições contrárias a direitos constitucionais para passar a determinar aspectos da política de

encarceramento que regulavam, até mesmo, a temperatura da água no encanamento dos chuveiros e a espessura dos colchões (SILVA, 2020).

Essas medidas foram objeto de inúmeras críticas, sendo consideradas interferências excessivas na organização interna da Administração Pública e violação à separação de poderes. Questões relativas à falta de legitimidade democrática e expertise do Judiciário para atuar nessa seara representariam uma subversão do papel do Judiciário nas democracias contemporâneas (PORFIRO, 2018).

Por essas razões, desde a década de 1990, houve um claro declínio na concessão de medidas estruturais pelos tribunais norte-americanos. A *Prison Litigation Reform Act*, lei promulgada em 1996, impôs significativos limites aos poderes jurisdicionais e cerceou a aplicação das *injunctions* no sistema prisional norte-americano. A partir dessa lei, somente em último caso as cortes poderiam ordenar a liberação de presos encarcerados em presídios superlotados e adotar remédios estruturais mais fortes (PORFIRO, 2018).

Nesse contexto, após a decisão proferida no caso *Milliken v. Bradley*, a Suprema Corte norte-americana limitou os poderes dos juízes para proferir decisões estruturais. No caso *Lyons v. City of Los Angeles*, a corte restringiu as *injunctions* direcionadas à reorganização de departamentos de polícia e adotou critérios mais rígidos para comprovação do comportamento abusivo por parte dos policiais (PORFIRO, 2018).

Entretanto, em 2011, no julgamento do caso *Brown v. Plata*, a Suprema Corte manteve decisão proferida pelo Tribunal da Califórnia, que determinara a soltura de 46 mil custodiados de menor periculosidade em razão da superlotação dos presídios do estado. No julgamento, os juízes da Califórnia determinaram que as autoridades do estado formulassem um plano para a redução da superlotação para, no máximo, 137,5% da capacidade. Mas, como esse plano não obteve êxito, houve a decisão pela soltura dos presos (PORFIRO, 2018).

5 A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS POR MEIO DOS PROCESSOS ESTRUTURANTES NO BRASIL E EM OUTROS PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO

Conforme já colocado anteriormente, qualquer direito previsto na Constituição pode necessitar de providências materiais para que sejam criadas condições efetivas de usufruto pelas pessoas em geral. Nos chamados países em desenvolvimento, essa necessidade é ainda mais evidente em razão dos constantes obstáculos à efetivação de direitos, seja em razão da escassez de recursos ou da sua má aplicação.

Nesse contexto, o manejo de ações estruturais no mundo em desenvolvimento apresenta particularidades próprias que diferem, em alguns aspectos, daquelas vistas até aqui. No entanto, as cortes constitucionais de países como Colômbia, África do Sul, Índia e Argentina têm sido provocadas a decidir litígios estruturais que exigem usualmente a realização de prestações materiais por parte dos respectivos Estados.

Vinculados à concepção de que ao Estado, incumbe, além da não intervenção na esfera de liberdade pessoal dos indivíduos, garantida pelos direitos de defesa, a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, os direitos fundamentais a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade de autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos. (SARLET, 2004, p. 147).

As decisões do tipo estruturante pressupõem respeito pelas decisões e vontade política de atender às medidas exercendo as competências constitucionais para tal efeito. Sem isso, as medidas estruturantes perdem sua possível eficácia, bem como sua relevância e legitimidade, tornando-se meros apelos que, na melhor das hipóteses, podem gerar um constrangimento e a necessidade de alguma justificação pelos demais atores estatais. Os processos estruturantes não podem substituir a litigância individual, assim como as respectivas decisões, cuidando-se de um processo de recíproca complementação e reforço (SARLET, 2019).

Em casos como o do Brasil, onde a omissão legislativa e administrativa tem sido constante e prolongada, decisões estruturantes servem para assegurar uma solução unitária e mais sistêmica. Mas, em virtude da resistência em relação ao seu cumprimento espontâneo, não pode afastar demandas pontuais para a correção dos problemas existentes (SARLET, 2019).

O recurso às decisões estruturantes parece mais viável no caso brasileiro em razão do caráter analítico da CF e do fato de contemplar direitos sociais, em comparação com os Estados Unidos, por exemplo. Diante disso, há como defender que essas decisões podem ser de grande utilidade para uma série de situações em que a Constituição contempla um conjunto expressivo de direitos sociais e de direitos a prestações em geral (SARLET, 2019).

As considerações a seguir tratam da discussão realizada por alguns autores no que se refere à presença, nas constituições, de direitos prestacionais e à conveniência de medidas determinadas pelo Judiciário para a sua realização. Como afirmado em tópico anterior, não apenas direitos concebidos inicialmente como sociais e econômicos dependem de realizações materiais para se efetivar. Desse modo, a discussão acerca da atividade judicial em se fazer cumprir ditames constitucionais a partir de processos estruturantes se aplica a todos os tipos de direitos.

5.1 Direitos sociais e processos estruturantes

No que diz respeito à efetivação dos direitos econômicos e sociais, David Landau realiza algumas reflexões sobre a postura adotada por estudiosos do tema, em apontar as lides estruturais como capazes de resolver questões dessa natureza principalmente em países em desenvolvimento.

Tratando do caso *Grootboom*, julgado pela Corte Constitucional da África do Sul, que, de forma agressiva, tomou para si a tarefa de definir direitos constitucionais, destaca que, por um lado, apenas remédios limitados foram utilizados para obter o cumprimento da decisão. Por outro lado, a Corte Constitucional colombiana teria dado exemplos de que remédios estruturais são caros, demorados, demandam uma série de habilidades políticas e legais do Judiciário e funcionariam bem apenas em certos contextos. Contudo, teriam o potencial de corrigir algumas tendências observadas em outros instrumentos e pretendem atingir grupos sociais mais desfavorecidos (LANDAU, 2012).

Assim, Landau (2012) defende a utilização de remédios fortes de intervenção judicial, pois entende que abordagens dialógicas não surtiriam efeitos frente a falhas de coordenação entre os entes públicos. Ele explicita que, em muitos casos, os demais Poderes simplesmente deixam de cumprir a decisão do tribunal e não concretizam as políticas ordenadas.

No caso da África do Sul, a Corte Constitucional concluiu que, de fato, os direitos sociais e econômicos deveriam ser objetivo de cumprimento mediante ação do Judiciário. A Corte disse que tais direitos são, em pelo menos alguma medida, justiciáveis e que, decerto,

os recursos devem ter essa finalidade. Afirmou, ainda, que muitos direitos, incluindo-se os chamados direitos negativos, resultarão em impactos orçamentários para serem efetivados (SUNSTEIN, 2001).

Ao lançar a pergunta sobre a possibilidade de as constituições protegerem os direitos sociais e econômicos, Cass Sunstein responde em seguida que, certamente, as necessidades básicas devem ser garantidas não só como forma de assegurar uma vida boa para os cidadãos, mas também a própria democracia. No caso *Grootboom*, a Corte Constitucional sul-africana foi confrontada, pela primeira vez, com a questão a respeito de como exatamente as cortes devem proteger os direitos sociais. A abordagem dos julgadores sugeriu, pela primeira vez, que garantir a proteção de alguma maneira a esses direitos não desrespeitava a democracia, até pelo simples fato de que o orçamento era limitado (SUNSTEIN, 2001).

No caso específico do direito à moradia, não foi determinado, de forma direta, que deveria ser assegurado às pessoas individualmente. A sentença afirmou que o direito constitucionalmente previsto exige que o governo garanta um programa para assegurar o acesso à moradia para pessoas pobres. Esse julgamento garantiu o respeito à autonomia do Executivo para estabelecer prioridades (SUNSTEIN, 2001).

A Corte impediu a desocupação imediata de uma comunidade com aproximadamente 900 pessoas que moravam em barracos de plástico e determinou a reformulação da política pública que tratava de moradia. Estudiosos do caso destacam que a ausência de uma definição de um conteúdo substantivo para o direito à moradia e a ausência de vinculação de valores orçamentários impediram que fosse cumprida a recomendação da Corte de uma forma mais enérgica (SILVA, 2020).

Essa é uma das razões pela qual Landau (2012) afirma que esse caso é um exemplo de uma abordagem dialógica baseada na deferência judicial que não foi bem sucedida. Por sua vez, o caso dos *desplazados*, julgado pela Corte Constitucional da Colômbia em 2004, seria um demonstrativo de que a atuação mais incisiva do Judiciário na concretização da política pública seria a forma mais eficaz de efetivar os direitos sociais.

Em resposta a tais afirmações, Tushnet (2012) diz que, na verdade, as diferenças entre os modelos “fraco” e “forte” de intervenção judicial em políticas públicas são relativamente pequenas. O autor aduz que o fator determinante para o grau de efetividade das decisões não foi a intensidade do remédio utilizado, mas sim o contexto sociopolítico de cada país. Na Colômbia, o ambiente era favorável para proteção de minorias e a Corte contava com amplo apoio social. Já na África do Sul, o ambiente era completamente adverso a uma postura mais

progressista e ativista da Corte. Portanto, as questões do ambiente político, e não relativas às medidas adotadas nas decisões, resultaram na diferença de efetividade.

Essas premissas reforçam o pensamento mencionado anteriormente no sentido de que não só a força das medidas determinadas contribui para o seu cumprimento, mas também a disposição dos demais poderes em cumprir a decisão. Nessa acepção, a disposição de um dado governo em cumprir, ou não, uma decisão certamente vai depender de fatores como o perfil desse governo e de condições externas ao processo. Apoio popular, disponibilidade orçamentária, capacidade técnica são alguns dos fatores que vão influenciar a escolha das prioridades e de que forma determinada decisão será cumprida.

Outro caso que merece abordagem é o da Corte Constitucional da Índia, que também já atuou por meio de processo estrutural para solucionar casos relativos a políticas públicas. O exemplo mais famoso foi o caso *People's Union for Civil Liberties v. Union of India & Others*. Nesse caso, uma organização não governamental questionou a política de distribuição de alimentos do governo federal, arguindo violação do direito constitucional de não passar fome (LANDAU, 2012).

Visando proteger os agricultores exportadores, o governo indiano passou a estocar grandes quantidades de grãos, ao invés de distribuir à população que passava por uma severa escassez de alimentos. A Suprema Corte indiana acolheu a ação, entretanto a sua decisão inicial teve conteúdo mais declaratório, manteve o caso em aberto de maneira que passou a emitir ao governo ordens que foram se tornando cada vez mais abrangentes (LANDAU, 2012).

A Corte, então, determinou a criação de programas específicos para fornecer grãos às famílias pobres, de forma a implementar complexo programa de trabalho por comida e a criação de programas de alimentação nas escolas para crianças. A Campanha pelo Direito à Alimentação, grupo de organizações não governamentais (ONGs) que ajuizou a ação, teve um papel importante, monitorando o cumprimento das ordens emitidas, fornecendo informações à Corte, protocolando novas reclamações e agindo como uma ponte entre a Corte e o público (LANDAU, 2012).

A Corte também estabeleceu uma comissão, no ano de 2002, para monitorar a implementação, e dois conselheiros foram indicados para atuar em cada estado. A comissão coletava informações dos governos de modo que influenciava a construção das ordens e as modificações nas políticas governamentais. De uma maneira geral, a intervenção aparenta ter sido bem sucedida em melhorar a política pública alimentar na Índia e resultou no início de um grande debate a respeito da questão (LANDAU, 2012).

Outro caso relevante foi julgado em 19 de fevereiro de 2015, quando a *Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina* (CSJN) se pronunciou em um HC coletivo ajuizado por um interno da Unidade nº 2 do Serviço Penitenciário Federal, que buscava cessar o agravamento das condições de detenção sofridas na dita instituição. De acordo com a decisão proferida, a causa principal da ação coletiva deduzida se originava da demora no mecanismo de abertura das portas de um dos módulos da citada unidade, que comprometia negativamente a capacidade de atuar em caso de emergências, porque inexistia um sistema de segurança que cumprisse satisfatoriamente com os translados diários dos presos (GIANNINI, 2019).

Tanto na primeira quanto na segunda instância, foi concedida a ordem para o Estado Nacional por meio do Serviço Penitenciário, isto é, a adoção de medidas positivas destinadas a remediar o estado de falência estrutural. Impôs-se em particular: a implementação de um sistema regulamentado que assegurasse uma diminuição no tempo de resposta em caso de emergências no pavilhão que motivou a ação; e a implementação de um sistema de traslado que permitisse atender a todos os perfis de presos (GIANNINI, 2019).

De acordo com a síntese inicial da Corte Suprema, a Câmara Nacional de Cassação Penal proveu o recurso ajuizado pelo Estado e revogou a sentença por considerá-la arbitrária. Entendeu que a ação não iniciada não declarava situação de agravamento das condições de detenção nem ordenava a sua cessação. Sustentou ainda que houve intervenção em funções privativas do Serviço Penitenciário, ao ordenar que se projetassem sistemas vinculados à segurança carcerária que competem à administração.

Contra essa decisão, o autor ingressou com recurso perante a Corte Suprema, que revogou a decisão de cassação mantendo a sentença de origem que havia provido o HC e ordenado ao Estado que implementasse sistemas de segurança adequados para evitar danos à vida e à integridade física dos detentos (GIANNINI, 2019).

A Corte Suprema também proferiu decisões estruturais importantes nos casos *Verbitsky* e *Mendonza*. As questões constitucionais discutidas nesses precedentes eram relativamente de fácil solução, com as dificuldades recaindo sobre a implementação do que foi decidido. Em ambos os casos, não bastava uma declaração de direitos constitucionais e convencionais, mas era necessário estabelecer um diálogo com a Administração Pública para avançar com o cumprimento da decisão (VERBIC, 2019).

Importante ressaltar que, apesar da incorporação de regras para um processo coletivo na Argentina após 1994, nenhuma dessas regras contém previsões relevantes em matéria de execução de sentenças do tipo estrutural nem conferem ao juiz faculdades discricionárias adequadas para trabalhar nesse campo específico. Assim, nos termos de Verbic (2019, p. 79):

“Esta falta de regulação adequada para gerir decisões complexas configura o que chamo de ‘dificuldade procedimental’ que os juízes devem superar para lograr uma sentença coletiva estrutural eficaz”.

Chamada para decidir conflitos que exigiam uma reforma estrutural, a CSJN se viu obrigada a enfrentar essa dificuldade procedimental e a inovar (talvez como nunca antes na sua história) para poder superá-la. Entre os mecanismos idealizados pela CSJN, em *Verbitsky* e *Mendonza*, para lograr uma sentença eficaz, destacam-se: a delegação de execução a um tribunal inferior; o estabelecimento de comitês de controle e supervisão, com a participação de terceiro setor e da comunidade; a intervenção de organismos públicos para controlar certos aspectos técnicos da execução e a criação de mesas de trabalho para avançar em soluções consensuais (VERBIC, 2019).

No caso *Mendonza*, a Corte delegou o processo de execução de sentença ao juiz federal de primeira instância da cidade de Quilmes, a quem também facultou fixar o valor das multas diárias derivadas do não cumprimento do programa estabelecido na sentença. As razões que levaram o Tribunal a adotar essa medida foram: as dificuldades para resolver os incidentes processuais que, certamente, aconteceriam durante o cumprimento das medidas; a necessidade de manter a organização da agenda dos atos a serem praticados e a busca por uma maior aproximação entre o Judiciário e as partes (VERBIC, 2019).

A Corte Constitucional da Colômbia também tem se destacado por proferir decisões estruturantes em casos de alta complexidade. Sob a denominação ECI, a Corte do país sul-americano tem proferido importantes decisões que têm sido objeto de estudo de doutrinadores brasileiros e serviram de parâmetro para a decisão proferida pelo STF na ADPF 347.

5.2 O estado de coisas inconstitucional na Colômbia

Os casos em que a Corte colombiana declarou o ECI foram, em sua maioria, relativos a direitos sociais e econômicos. A Corte se deparou com a ausência ou falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas e orçamentárias, que resultavam na ausência de efetividade do cumprimento, pelo Estado, das suas prestações ligadas a direitos sociais (CAMPOS, 2016).

Em relação a esses direitos, não há desacordos morais, mas institucionais, ou seja, a grande questão é relativa a qual instituição pode ou tem o papel de assegurar a sua efetividade. A análise da legitimidade do ECI não depende da discussão sobre a titularidade dos direitos sociais nem se devem ser efetivados. Há uma concordância geral de que se trata

de direitos de titularidade difusa e que devem ser efetivados. A dúvida fica por conta da instituição capaz e legitimada a efetivá-los (CAMPOS, 2016).

O ECI é um instrumento construído progressivamente pela Corte colombiana. A partir da análise das decisões, se constata que, a cada etapa, a Corte foi agregando pressupostos, fundamentos e técnicas de decisão que, até o caso do deslocamento forçado de pessoas, resultaram na evolução dessa ferramenta interventiva (CAMPOS, 2016).

A declaração de um ECI é uma técnica decisória que pouco se assemelha a uma decisão judicial típica em controle de constitucionalidade. Por isso, muito se diz que se trata mais de uma intervenção política do que de uma decisão judicial. Por meio desse tipo de decisão, a Corte reconhece a existência de uma violação massiva de direitos causada por uma falha de coordenação das instituições estatais (SILVA, 2020).

O ECI é um instrumento construído progressivamente pela Corte Constitucional colombiana: não surgiu pronto e acabado. Pode-se falar, a partir da análise das decisões, em diferentes ciclos, fases ou períodos dessa construção judicial. A cada etapa a Corte foi agregando pressupostos, fundamentos e técnicas de decisão que, até o caso do deslocamento forçado de pessoas, resultaram na evolução dessa ferramenta interventiva. (CAMPOS, 2016, p. 163).

Tanto o conceito como o conjunto de pressupostos do ECI evoluíram conforme os ciclos das decisões da Corte Constitucional colombiana. O ponto alto dessa construção ocorreu com o caso das pessoas deslocadas, julgado na Sentencia de Tutela (T)-125, de 2004. Nessa decisão, fazendo menção às sentenças anteriores, a Corte definiu serem seis os fatores analisados para definir se existe um ECI. Portanto, são necessárias: a presença de vulneração massiva e generalizada de vários direitos constitucionais que afetam um número significativo de pessoas; a propagação da omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantir direitos; a adoção de práticas inconstitucionais; a não aprovação de medidas legislativas e administrativas necessárias para evitar a violação dos direitos; a existência de um problema social cuja solução requer um conjunto completo e coordenado de ações, pois, se todas as pessoas afetadas pelo mesmo problema ajuizassem ações individuais, gerar-se-ia um congestionamento judicial (CAMPOS, 2016).

Sem exaurir sua fundamentação em dispositivos constitucionais específicos, em ordens constitucionais expressas de legislar, a Corte dirige-se contra a “realidade inconstitucional” decorrente da omissão estatal, acusando falhas estruturais que implicam violação massiva ao sistema de direitos fundamentais. O juiz constitucional faz censura à omissão estatal e decide agir ativamente para transformar a realidade social contrária à Constituição. A Corte utiliza remédios processuais que escapam ao esquema tradicional de controle de constitucionalidade. (CAMPOS, 2016, p. 179).

Por mexer na estrutura e dinâmica de atuação de outros Poderes, a Corte deve não ser apenas cautelosa, mas rígida quanto à configuração e identificação dos pressupostos. Campos (2016), no intuito de tornar mais clara e objetiva essa identificação, reduz os pressupostos da Sentencia T-125 para quatro, sendo dois deles diluídos dentro dos outros.

Dessa maneira, o primeiro pressuposto seria a constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva e contínua de diferentes direitos fundamentais, que afeta um grande número de pessoas. A violação se apresenta como grave problema não apenas jurídico, mas também social. Nesse estágio, a atuação em favor exclusivamente dos demandantes implicaria omissão da própria Corte, que estaria ignorando uma vulneração da ordem constitucional como um todo (CAMPOS, 2016).

O segundo pressuposto seria a omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais. A falta de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias representaria uma falha estrutural que gera a violação sistemática de direitos, a perpetuação e o agravamento da situação. A inércia não seria apenas de uma autoridade, mas do funcionamento deficiente do Estado como um todo, que resulta na violação desses direitos. Na realidade, o ECI acaba sendo um estado avançado de violação ou proteção deficiente de direitos fundamentais (CAMPOS, 2016).

O terceiro pressuposto tem relação com as medidas necessárias para a superação das inconstitucionalidades. No plano das soluções, haverá o ECI quando a superação dos problemas de violação de direitos exigir a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, mas a um conjunto. Para a solução do ECI, são necessárias novas políticas públicas ou correção das defeituosas, alocação de recursos, ajustes nos arranjos institucionais e nas próprias instituições (CAMPOS, 2016).

O quarto e último pressuposto diz respeito à potencialidade de um número elevado de afetados transformarem a violação de direitos em demandas judiciais, que se somariam às já existentes, produzindo grave congestionamento da máquina judiciária. Utilizar essa situação como critério para configuração do ECI só faz sentido em sistemas de amplo e fácil acesso à jurisdição constitucional, como no sistema colombiano (CAMPOS, 2016).

O ECI foi criado a partir de uma radical mutação constitucional do instituto da *acción de tutela*, que se converteu de instrumento de defesa de direitos subjetivos em instrumento de defesa da Constituição como ordenação objetiva de valores. A princípio, a eficácia da decisão da *acción de tutela* deveria ser *inter partes*, de forma que a ação constitui instrumento de controle concreto ou incidental. Embora a ação seja julgada em primeiro grau, podendo ser

reanalizada em segunda instância, há uma espécie de remessa oficial das decisões proferidas na segunda instância para a Corte Constitucional (SILVA, 2020).

A revisão do julgamento de tutela ocorrerá somente quando o Tribunal entender conveniente, em face da relevância da questão constitucional tratada ou de outros critérios, como o risco de obstrução dos canais judiciais diante do caráter repetitivo da controvérsia. Esse instrumento foi concebido, inicialmente, como exclusivo de defesa subjetiva de direitos. Na dimensão subjetiva, os direitos fundamentais são considerados posições de defesa dos indivíduos perante a ação do Estado. Na dimensão objetiva, tais direitos reclamam do Estado ações (prestações) voltadas ao exercício do dever de proteção de valores que alcançam a comunidade nacional como um todo (SILVA, 2020).

A Corte Constitucional rejeitou a interpretação segundo a qual a garantia objetiva dos direitos fundamentais estaria além do alcance da *acción de tutela*. Recorrendo ao artigo 113 da Constituição colombiana, que estabelece o dever de colaboração e sinergia entre os vários órgãos do poder público, na *Sentencia de Unificación* (SU)-559 entendeu que a presença de graves disfunções estruturais na concepção ou performance de políticas públicas, que sejam capazes de criar uma situação contrária a um amplo catálogo de direitos fundamentais, autoriza a declaração de um ECI (SILVA, 2020).

O perfil dessa ação, desde então, vem sofrendo uma lenta objetivação, e a eficácia dos julgados proferidos inicialmente com eficácia *inter partes* adquiriu uma transcendência para além do caso concreto. O Tribunal pode, porém, modular a eficácia subjetiva da sentença de modo que seja apenas entre as partes, mas alcançando todos aqueles que tenham aforado casos similares e com efeitos para todos que se encontram sob a mesma situação de fato (SILVA, 2020).

O caráter estrutural da declaração do ECI pode ser notado ainda na *Sentencia T-153*, de 28 de abril de 1998, que trata do sistema carcerário colombiano, em que a Corte declarou o ECI em relação ao grave quadro de superlotação das penitenciárias do país, demonstrando que a violação de direitos da população carcerária era difundida na Colômbia, atingindo todas as instituições penitenciárias (RÊGO, 2020).

No caso, foi determinada pela Corte a elaboração de um plano de construção e de reparação das unidades carcerárias, que o governo providenciasse os recursos orçamentários necessários à superação da crise. A decisão impôs aos governadores a criação e manutenção de presídios próprios, bem como solicitou ao Presidente da República as medidas necessárias para assegurar o respeito aos direitos fundamentais dos presos em todas as penitenciárias da Colômbia (RÊGO, 2020).

Já a Sentencia T-025, de 22 de janeiro de 2004, tratou do deslocamento compulsório de pessoas por conta da violência interna no país, em que elas eram obrigadas, sem qualquer assistência do Estado, a abandonar as suas residências e locais de trabalho, para fugirem da violência urbana e dos grupos de extermínio. A Corte declarou o ECI e deliberou pela aplicação de recursos orçamentários para a resolução do problema e pela criação de políticas públicas para salvaguardar as famílias deslocadas (RÊGO, 2020).

A Sentencia T-025 apontou, como um dos principais problemas da política de atenção à população deslocada, a insuficiência de recursos que se pressupunha suficiente para a implementação da política. Desse modo, a diferença dessa sentença para outras intervenções em casos estruturais da mesma instituição e de outros tribunais é que, nessa decisão, não constou ordens detalhadas de resultado, a Corte exigiu um gasto específico por parte do governo. Porém, determinou que a própria Administração Pública fizesse o cálculo do valor necessário para atender à emergência do deslocamento forçado (RODRÍGUEZ-GARAVITO; FRANCO, 2010).

Tratou-se de um caso clássico de reenvio do problema, em que o Judiciário busca desbloquear o processo de políticas públicas sem avocar o poder de definir os detalhes delas. A reação inicial das entidades governamentais diante dessa ordem foi dilatar o seu cumprimento, o governo acabou pedindo um prazo de dois anos para fazer os cálculos. No entanto, a Corte não aceitou o pedido e manteve um prazo menor, que o governo se viu obrigado a cumprir (RODRÍGUEZ-GARAVITO; FRANCO, 2010).

No caso, a Corte identificou a inatividade das instituições estatais, que gradualmente foram reativadas. Contudo, persistia o problema central, que seria como coordenar essas ações em relação ao problema do deslocamento. Apesar dos avanços ocorridos após a sentença, a falta de coordenação continuou sendo um obstáculo para a atenção à população deslocada. Em 2008, a *Contraloría General de la Nación* informou à Corte que a maior articulação formal não se traduzia, na prática, em uma maior coordenação entre as entidades nem em melhorias para a população deslocada (RODRÍGUEZ-GARAVITO; FRANCO, 2010).

Tais dificuldades levaram a Corte a exigir que as entidades envolvidas prestassem contas e explicações para o baixo desempenho. Para tanto, convocou uma série de audiências públicas relacionadas ao tema. As respostas fragmentárias e dispares das autoridades locais confirmaram que havia uma precariedade e uma falta de coordenação institucional. A atuação do Estado colombiano seguiu apresentando falhas elementares de articulação e intervenção, o que levou a Corte a especificar mecanismos de coordenação interinstitucional (RODRÍGUEZ-GARAVITO; FRANCO, 2010).

5.2.1 Legitimidade democrática do estado de coisas inconstitucional e diálogo institucional

Os mesmos argumentos analisados anteriormente a respeito da legitimidade do Poder Judiciário para o controle de constitucionalidade e das políticas públicas são abordados quando se trata do ECI. Nesse sentido, algumas correntes afirmam que, de fato, o Legislativo e o Executivo são mais legitimados para decidir sobre políticas públicas em razão da menor capacidade institucional do Judiciário.

Campos (2016) afirma que as premissas são verdadeiras, mas, com exceção do repúdio à supremacia judicial, possuem limites de aplicabilidade, o que significa dizer que, embora teoricamente sustentáveis, podem ceder em casos concretos ante a presença de circunstâncias extraordinárias. Nesse contexto, questiona como falar em superioridade democrática e da maior capacidade institucional de legisladores e governantes, frente a juízes e cortes, nos casos de absoluta inércia estatal e de falhas estruturais persistentes. Questiona, ainda, como falar da maior participação política de minorias impopulares e estigmatizadas, se pretende enorme déficit de representatividade parlamentar.

No caso do ECI, dizer da legitimidade dessa atuação dependerá de estarem em jogo os seus pressupostos – a violação massiva de direitos fundamentais decorrente e agravado por falhas estruturais –, bem como de serem tomadas medidas que evitem a supremacia judicial: além de justificadamente estrutural, o ativismo judicial deve ser dialógico. (CAMPOS, 2016, p. 240).

Nesse contexto, o ativismo judicial estrutural, presente na declaração do ECI, pode ser considerado legítimo se, além de se observarem os seus pressupostos, permitir ou catalisar o diálogo entre os Poderes e destes com a sociedade. Ao lado de se assegurar a efetividade dos direitos fundamentais contra falhas estruturais, devem ser elaboradas bases normativas que favoreçam a atuação conjunta dos três Poderes em torno desses propósitos (CAMPOS, 2016).

A preocupação com o monopólio da interpretação constitucional pelas cortes e a relevância do papel que desempenham em assegurar a efetividade dos direitos fundamentais fez surgir a ideia da interpretação constitucional como um processo de colaboração entre os Poderes. No caso das omissões legislativas e administrativas, os custos e riscos são maiores, pois não se estará simplesmente anulando atos dos outros Poderes. Como tal, há dificuldades metodológicas e institucionais próprias da revisão judicial dos diagnósticos e prognósticos legislativos e administrativos, levada a efeito quando da investigação acerca da insuficiência e

da inadequação dos meios eleitos pelo legislador para a proteção dos direitos fundamentais (CAMPOS, 2016).

Existindo situações de paralisia parlamentar e administrativa, o ativismo judicial acaba revelando-se o único instrumento capaz de superar bloqueios políticos decorrentes da falta de representatividade e fazer a máquina estatal funcionar. No caso das populações deslocadas na Colômbia, como visto, somente a intervenção da Corte fez com que os agentes públicos saíssem do estado de omissão e desencadeassem a formulação e a implementação de políticas públicas voltadas a superar as violações de direitos (CAMPOS, 2016).

Além disso, a Corte atuou de forma a construir a coordenação dessas capacidades em um cenário de inércia estatal prolongada. Assim, revelou-se uma fomentadora da ação estatal, tendo em vista que, em vez de substituir os demais Poderes, oferece incentivos e parâmetros necessários para a atuação de cada um conforme capacidade institucional própria (CAMPOS, 2016).

A intervenção judicial estrutural pode ter o efeito de incluir atores sociais no debate, ao invés de excluir a participação popular nas decisões fundamentais. Decisões estruturais, seguidas de monitoramento, como a Sentencia T 0-025 de 2004, podem ter efeitos diretos e indiretos de incluir movimentos e associações de defesa de direitos, que não conseguem alcançar a arena legislativa nas discussões acerca dos temas políticos e sociais essenciais, e de provocar reações e mobilizações sociais. Então, ao invés de substituir o debate popular ou a mobilização social, o ativismo judicial estrutural pode ampliá-los, trazendo novos atores, focos e parâmetros ao debate (CAMPOS, 2016).

Nesse sentido, para não incorrer em supremacia judicial, as cortes devem combinar as dimensões estrutural e dialógica do ativismo judicial, ou seja, praticar o ativismo judicial estrutural dialógico. O Legislativo e o Executivo possuem as ferramentas institucionais apropriadas para tocar as políticas públicas — daí a necessidade de as cortes atuarem para colocar o tema na agenda política e determinar a formulação e a implementação de políticas públicas, sem abrir mão do potencial dos demais Poderes (CAMPOS, 2016).

Para tanto, os juízes devem proferir ordens flexíveis, sujeitas à supervisão, em que apontem a omissão estatal inconstitucional e a consequente violação massiva de direitos. Devem fixar parâmetros e até prazos, mas deixar as escolhas técnicas de meios para os outros Poderes. Os remédios estruturais flexíveis devem deixar margens de criação legislativa e de execução a serem esquematizadas e avançadas pelos outros Poderes (CAMPOS, 2016).

Nesse contexto, destaca-se o modelo fraco de intervenção em políticas públicas, em que os tribunais deixam de conhecer o mérito administrativo e não designam especificamente

qual política é mais adequada ao caso. O modelo fraco permite um maior diálogo entre as cortes e a Administração Pública, a qual, possivelmente, estará mais comprometida com a efetivação da política caso participe do seu processo de elaboração (PORFIRO, 2018).

De tal maneira, decisões em que são determinadas ordens mais abertas permitem uma maior margem de escolha por parte dos entes envolvidos. Há um incentivo à discussão das alternativas de políticas públicas para solucionar o problema estrutural. O maior detalhamento tende a surgir no curso do processo de acompanhamento. A implementação das decisões acontece por meio de mecanismos de monitoramento periódico e público (RODRÍGUEZ-GARAVITO; FRANCO, 2010).

Ao manter a sua competência após a prolação da sentença, as cortes dialógicas costumam ditar novas decisões, à luz dos avanços e retrocessos do processo, e fomentar a discussão entre os autores do caso em audiências públicas e deliberativas. As decisões dialógicas tendem a envolver um espectro mais amplo de atores sociais no processo de monitoramento. O detalhamento excessivo de algumas decisões estruturais acabou, em certa medida, tornando mais difícil a implementação de julgamentos (RODRÍGUEZ-GARAVITO; FRANCO, 2010).

5.2.2 Críticas ao ECI

A incorporação do ECI ao ordenamento brasileiro não ficou isenta da análise crítica de alguns autores. Streck (2015) afirma que a tese é muito abrangente, tornando até difícil combatê-la. O autor aduz que, em um país continental, presidencialista, em que Poderes Executivo e Legislativo vivem às turras e tensões que tornam o Judiciário cada vez mais forte, nada melhor que uma tese que ponha a “cereja no bolo”, vitaminando o ativismo.

Nesse sentido, Campos (2016) afirma que o ECI funciona como uma senha de acesso à tutela estrutural e o STF não desenhará as políticas públicas, apenas frisar a necessidade urgente de o Congresso e o Executivo estabelecerem tais políticas. Ao comentar tal assertiva, Streck (2015) aduz que essa caracterização não é livre de problemas, pois faltaria dizer quais as referências conteudísticas e procedimentais.

Streck (2015) exemplifica e menciona que os alemães inventaram a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (*Unvereinbarkeitserklärung*) e o apelo ao legislador (*Appellentscheidung*), com caráter mandamental e preventivo, respectivamente. Pode-se dizer que, nesses casos, realmente se tem uma senha de acesso que o Tribunal fornece ao legislador.

O autor explana ainda:

O que quero dizer é que, sendo factível/correta a tese do ECI, a palavra “estruturante” poderá ser um guarda-chuva debaixo do qual será colocado tudo o que o ativismo quiser, desde os presídios ao salário mínimo. Mas *qual será a estrutura a ser inconstitucionalizada*? Sabemos que, em uma democracia, quem faz escolhas é o Executivo, eleito para fazer políticas públicas. [...] Temo que, com o tempo, a simples evocação do ECI seja motivo para que se reconheça qualquer tipo de demanda por inconstitucionalidade ao Judiciário. O que não é inconstitucional? Imaginemos os Estados da federação demandados por uma enxurrada de ações. Sim, o STF poderá dizer que só a ele compete julgar o ECI. Mas, até lá, como segurar os demais atores jurídicos? Como segurar as demandas sociais? (STRECK, 2015, p. 1, grifo do autor).

Além desses pontos, o autor contesta a possibilidade de se realizar um controle de constitucionalidade sobre a realidade empírica vista de uma forma cindida. Ele afirma que o objeto do controle é a norma jurídica, e o problema da eficácia do direito, sobretudo após o giro linguístico, não pode mais ser tratado como um problema de dicotomia entre norma e realidade, que seria um verdadeiro ranço jusnaturalista. Não haveria, portanto, um “abismo” entre norma e realidade, mas uma construção normativa, hermenêutica e argumentativamente inadequada da compreensão da situação de aplicação. Afinal, a compreensão da realidade dos “fatos” faz parte do próprio processo de concretização de sentido da norma, no sentido de Müller, não sendo, nesse viés, uma mera circunstância externa ao processo hermenêutico de interpretação e aplicação do direito, uma simples limitação a uma suposta realização plena da normatividade da norma (STRECK, 2015).

Quanto ao risco de uso difuso do ECI, em que toda a situação contrária à Constituição poderia ser enquadrada nessa categoria, Campos (2016) afirma que a crítica não procedente em razão do caráter de excepcionalidade da medida. Para assegurar que a declaração de ECI seja sempre excepcional, o tribunal deve ser rigoroso no reconhecimento dos seus pressupostos, reservando essa intervenção para casos excepcionais.

O relator Ministro Marco Aurélio deu atenção a esse ponto e lançou algumas considerações em seu voto na ADPF 347:

Ante os pressupostos formulados pela Corte Constitucional da Colômbia para apontar a configuração do “estado de coisas inconstitucional”, não seria possível indicar, com segurança, entre os muitos problemas de direitos enfrentados no Brasil, como saneamento básico, saúde pública, violência urbana, todos que se encaixariam nesse conceito. Todavia, as dificuldades em se definir o alcance maior do termo não impedem, tendo em conta o quadro relatado, seja consignada uma zona de certeza positiva: o sistema carcerário brasileiro enquadra-se na denominação de “estado de coisas inconstitucional”. (BRASIL, 2015b, p. 30).

Dessa forma, não há de se falar em ECI no tocante à saúde, educação e transporte, porque, apesar da não realização plena, trata-se de temas que constam na agenda política, são pautas que contam com disposição política e social. Nessas áreas, existem programas públicos voltados à universalização e à racionalização do acesso, em que pese a judicialização para solucionar alguns aspectos, não estão configurados os pressupostos do ECI (CAMPOS, 2016).

No que concerne à possibilidade de se exercer controle de constitucionalidade sobre a realidade empírica, o relator também se manifestou entendendo pela possibilidade.

Os direitos apontados como ofendidos consubstanciam preceitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, vedação de tortura e de tratamento desumano, assistência judiciária e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos. Há relação de causa e efeito entre atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, atacados nesta ação, e o quadro de transgressão de direitos relatado. O afastamento do estado de inconstitucionalidades, conforme se pretende nesta ação, só é possível mediante mudança significativa do comportamento do Poder Público, considerados atos de natureza normativa, administrativa e judicial. (BRASIL, 2015b, p. 21).

Quanto às críticas referentes ao risco de subjetivismo decisório e violação à separação de poderes, destaca-se o fato de que não há pretensão de que a Corte resolva toda a questão isoladamente. Nesse sentido:

Há dificuldades, no entanto, quanto à necessidade de o Supremo exercer função atípica, excepcional, que é a de interferir em políticas públicas e escolhas orçamentárias. Controvérsias teóricas não são aptas a afastar o convencimento no sentido de que o reconhecimento de estarem atendidos os pressupostos do estado de coisas inconstitucional resulta na possibilidade de o Tribunal tomar parte, na adequada medida, em decisões primariamente políticas sem que se possa cogitar de afronta ao princípio democrático e da separação de poderes. (BRASIL, 2015b, p. 31).

Em seguida, trata da função de catalisar os debates e provocar os demais Poderes a saírem da inércia.

Há mais: apenas o Supremo revela-se capaz, ante a situação descrita, de superar os bloqueios políticos e institucionais que vêm impedindo o avanço de soluções, o que significa cumprir ao Tribunal o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados. Isso é o que se aguarda deste Tribunal e não se pode exigir que se abstenha de intervir, em nome do princípio democrático, quando os canais políticos se apresentem obstruídos, sob pena de chegar-se a um somatório de inércias injustificadas. Bloqueios da espécie traduzem-se em barreiras à efetividade da própria Constituição e dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos. (BRASIL, 2015b, p. 31).

É possível observar que o STF se preocupou em afastar a crença de que estaria utilizando a técnica do ECI para tentar encontrar uma solução para o caso sem a participação de outros Poderes. Ao contrário disso, a decisão enfatiza justamente a necessidade de uma combinação de instrumentos que permitam a construção de uma solução dialogada.

5.3 Arguição de preceito fundamental e tutela das omissões fático-substanciais

Como visto nos casos de outros países, devido aos problemas estruturais terem dimensões nacionais, os processos estruturais acabaram por serem decididos pelas respectivas cortes constitucionais. Em alguns casos, as cortes foram acionadas diretamente; já em outros, por meio de sua competência recursal. No caso brasileiro, em muitas situações, houve a constatação de que parte das omissões fático-substanciais não poderia ser solucionada unicamente com o reconhecimento da falta de normas e o suprimento da lacuna por meio de sentenças substitutivas.

Além disso, em alguns desses casos, houve a prolação de decisões estruturantes nas instâncias iniciais sem que, no entanto, tenham obtido os resultados desejados. Como visto, esses litígios se caracterizam pela alta complexidade, apresentando grandes dificuldades de implementação. No ordenamento jurídico brasileiro, há ações civis públicas e populares que constituem instrumentos processuais com uma grande amplitude, porém mais voltados ao manejo perante a jurisdição ordinária, normalmente chegando aos tribunais pela via recursal.

No âmbito da jurisdição constitucional brasileira, não há um instrumento construído essencialmente para essa finalidade, o que não impediu que litígios versando sobre problemas estruturais cheguem ao STF. Em alguns casos, a ausência de um tratamento uniforme e eficaz de questões de âmbito nacional fez com que a Corte brasileira fosse acionada por meio de sua competência originária.

O primeiro caso de alta relevância, considerado exemplo de lide estrutural, foi o da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol — mediante Petição (Pet) de nº 3.388-4. Nessa ação, houve um deslocamento da competência para o STF, em razão do surgimento de conflito federativo entre o estado de Roraima e a União. O caso originou-se de uma ação popular ajuizada na primeira instância da Justiça Federal (BRASIL, 2013). Esse precedente não será objeto de análise, tendo em vista o objetivo da dissertação se restringir à análise de ações ajuizadas dentro da competência originária do STF.

Diante da necessidade da ausência de resultados efetivos por meio de ações esparsas, ainda que de cunho coletivo, litígios estruturais passaram a ser levados ao STF na via do

controle concentrado através de ADPFs. Os precedentes a serem analisados foram ajuizados por partidos políticos, o que pode indicar uma constatação de que as vias por meio do próprio Legislativo e do Executivo não geraram os resultados esperados.

Ante esse cenário de ausência da resolução de problemas que possuem repercussão nacional e que encontram obstáculos institucionais nas esferas de decisão políticas nacionais, os setores que desejavam conduzir a discussão ao Judiciário em sede de controle de constitucionalidade precisaram encontrar um instrumento que viabilizasse essa pretensão. Segundo o artigo 1º da Lei nº 9.882/1999, a ADPF terá por objetivo evitar ou reparar lesão no preceito fundamental resultante de ato do poder público. A ação é cabível sempre que houver violação desses preceitos, mas há certa divergência quanto à sua existência (BRASIL, 1999).

Consoante Fernandes (2018), existem os que defendem a não existência de preceitos fundamentais diferenciados dentro da Constituição e que todas as normas seriam preceitos fundamentais por excelência, sendo essa a corrente minoritária. Já a outra corrente defende que, apesar de a Constituição ser fundamento de validade para outras normas do ordenamento, há preceitos fundamentais que se diferenciam de outras normas constitucionais. Essa última corrente é adotada pelo STF. Nesse sentido:

Preceito fundamental é toda norma construída validamente ante a concorrência de todos os interesses individuais, difusos e coletivos em um processo discursivo democraticamente instituído. É mais do que princípio fundamental e garantia constitucional. É a soma de ambos com direitos humanos. É tudo aquilo necessário à preservação da identidade individual e coletiva na diversidade, ou seja, ao exercício efetivo da cidadania, movido pelos princípios da autonomia, da implicação e da participação. (CHAI, 2004, p. 117).

A intenção do legislador foi criar uma forma diferenciada de controle concentrado destinada a proteger os preceitos constitucionais relacionados aos valores mais relevantes. Assim, seriam considerados os preceitos essenciais à conformação e à organização do Estado e referentes aos direitos fundamentais e valores supremos da sociedade (NEVES, 2018).

O STF vem construindo, por meio de suas decisões, um rol de disposições às quais deve ser atribuído o status de preceitos fundamentais — entre elas, estariam, por exemplo, as regras que tratam de direitos e garantias individuais, os princípios constitucionais sensíveis e as cláusulas pétreas (NEVES, 2018).

Enquanto expressão direta das ideias fundamentais do ordenamento jurídico, não podem deixar de ser consideradas como fontes imediatas das demais normas. Se é certo que por vezes muitos dos preceitos fundamentais são utilizados pela hermenêutica constitucional, ou seja, apresentam, marcadamente, uma função interpretativa, nem por isso deixam de apresentar, simultaneamente, a função de

fonte do Direito. De outra parte, não se apresentam tampouco como simples normas programáticas, pautas ou como meras aclamações de desejos inalcançáveis, antes sendo imediatamente aplicáveis e exigíveis. Ainda que concentrem grande carga valorativa, os preceitos fundamentais principiológicos não podem ter sua eficácia normativa afastada. (TAVARES, 2001, p. 154-155).

É admitido o cabimento da ADPF autônoma contra ato administrativo, normativo ou judicial, de modo que os atos normativos podem ser tanto primários quanto secundários. É possível ainda empregá-la no controle de atos concretos da Administração Pública, incluindo-se atos administrativos, atos ou fatos materiais, atos regidos pelo direito privado, decisões judiciais, atos políticos e omissões em realizar esses atos quando necessários para a realização dos preceitos fundamentais (CUNHA JÚNIOR, 2007).

De acordo com o artigo 4º da Lei nº 9.882/1999, a ADPF deve ser utilizada de forma subsidiária, ou seja, quando não houver outro meio eficaz para sanar a lesividade. Tavares (2001) explica que, embora esse caráter residual, secundário ou subsidiário da arguição tenha sido o intuito do legislador conforme debates legislativos, esse entendimento não deve prevalecer. Além do mais, o autor aduz que isso implica relegar o instrumento a uma posição subalterna no âmbito da jurisdição constitucional e que uma nova interpretação, mais correta, deve ser feita para entender a ADPF como um mecanismo principal, pois não faria sentido concebê-la para tutelar valores mais relevantes e considerá-la menos importante que outros instrumentos.

5.4 A adequação da ADPF aos processos estruturais

No Brasil, a ADPF 347 foi ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), que alegou a existência de litígio estrutural, motivado por múltiplas inconstitucionalidades fático-substanciais a afetar, de forma generalizada e massiva, a fruição de direitos fundamentais negativos e positivos por parte da população carcerária brasileira (SILVA, 2020).

Na ação, solicitou-se o reconhecimento do ECI e a adoção de providências estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos, que alegam decorrerem de ações e de omissões dos poderes públicos da União, dos estados e do Distrito Federal (DF) (BRASIL, 2015b).

Asseverou o autor que a superlotação e as condições degradantes do sistema prisional configuravam cenário fático incompatível com a CF, presente a ofensa de diversos preceitos fundamentais, tais como a dignidade da pessoa humana, a vedação de tortura e de tratamento desumano, o direito de acesso à Justiça e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e

segurança dos presos. Sustentou que o quadro era resultado de uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos poderes públicos — incluídos os de natureza normativa, administrativa e judicial. Narrou, assim, que os órgãos administrativos olvidavam preceitos constitucionais e legais ao não criarem o número de vagas prisionais suficientes ao tamanho da população carcerária de modo a viabilizar condições adequadas ao encarceramento, à segurança física dos presos, à saúde, à alimentação, à educação, ao trabalho, à assistência social, ao acesso à jurisdição (BRASIL, 2015b).

Nessa conjuntura, os autores pretendiam a declaração do ECI à imagem e semelhança da construção jurisprudencial desenvolvida na Corte Constitucional colombiana, sobretudo nos julgamentos das sentenças T-025 e T-153. Pretendiam que o STF pronunciasse o ECI no âmbito das unidades prisionais e carcerárias das 27 unidades federadas e das administradas pela União, bem como a adotar medidas abrangentes para a sua superação, com base nos regramentos legais regulamentadores e do processo e julgamento da ADPF (SILVA, 2020).

O requerente ponderou também que o provimento jurisdicional estruturante requerido no mérito teria, em harmonia com as finalidades constitucionais e legais da arguição, o condão de orientar a aplicação dos preceitos fundamentais. Além disso, teria capacidade de outorgar efetividade concreta aos direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos a essa minoria, alegadamente incapaz de se fazer representar no processo democrático nacional, tanto no plano federal como no âmbito dos estados-membros, tendo em vista a suspensão dos direitos políticos incidente como efeito acessório das condenações principais (SILVA, 2020).

O autor menciona que, ante a gravidade da situação, é indispensável a intervenção do STF no exercício do papel contramajoritário próprio das cortes constitucionais, em proteção à dignidade de grupos vulneráveis. Esclareceu qual técnica de declaração do ECI permitiria ao juiz constitucional impor aos poderes públicos a tomada de ações urgentes e necessárias ao afastamento das violações massivas de direitos fundamentais, assim como supervisionar a efetiva implementação (BRASIL, 2015b).

Diz não ofender a democracia a atuação judicial voltada à proteção de direitos fundamentais, principalmente quando envolvidas minorias impopulares, como são os presos. Sustenta que os poderes políticos não possuem qualquer motivação para resolver o problema ante a antipatia da opinião pública relativamente à população carcerária. Enfatiza mais uma vez, a “falência total das políticas públicas existentes para a questão prisional”. Esclarece não estar formulando pedidos cujo deferimento implicará determinações judiciais rígidas e soluções ditadas pelo próprio tribunal, e sim a intervenção judicial por meio de ordens flexíveis que, baseadas no diálogo e na cooperação entre os diversos Poderes estatais, atribuam ao Governo e ao legislador a possibilidade de formulação de planos de ação para a superação do “estado de coisas inconstitucional”. Aponta caber ao Supremo, ou quem lhe faça as vezes, o monitoramento da fase de implementação, devidamente auxiliado por

entidades dotadas do indispensável conhecimento, inclusive com a participação deliberativa da sociedade civil. Dessa forma, o Tribunal interviria sem abrir mão “do potencial institucional dos outros poderes”. (BRASIL, 2015b, p. 13).

Nesse contexto, o autor da ADPF pediu em caráter liminar uma série de providências destinadas a atenuar as deficiências do sistema prisional nacional e a atacar o problema central da superlotação. Solicitou medidas como a determinação para que juízes e tribunais motivem expressamente as razões para imposição de prisões cautelares, a determinação para que fossem realizadas audiências de custódia e a determinação para que sejam consideradas as condições do sistema prisional na concessão de cautelares penais.

Outras medidas foram solicitadas, como o reconhecimento do cumprimento de penas em condições mais severas do que as admitidas pelo ordenamento, o reconhecimento da autoridade do juízo da execução penal para abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos do preso. Ademais, solicitou o reconhecimento do poder-dever do juízo da execução penal para abater tempo de prisão da pena a ser cumprida, quando se evidenciar que as condições de cumprimento foram mais severas que o previsto, a determinação para o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) coordenar um ou mais mutirões carcerários e a imposição do descontingenciamento das verbas do Fundo Penitenciário Nacional (BRASIL, 2015b).

No mérito, pediu-se a declaração do ECI, a determinação para que o Governo Federal elaborasse e encaminhasse ao STF, no prazo máximo de três meses, um plano nacional para obter a superação do ECI no sistema prisional brasileiro e a submissão do plano à análise do CNJ, da Procuradoria Geral da República, da Defensoria-Geral da União, do Conselho Nacional do Ministério Público e de outros órgãos.

Solicitou-se, ainda, a deliberação sobre o plano para a homologação ou imposição de medidas alternativas ou complementares e a determinação para os estados e o DF formularem e apresentarem ao STF, no prazo de três meses após a homologação do plano nacional, um plano estadual e municipal. Da mesma maneira, foi requerida a submissão dos planos dos demais entes à análise dos órgãos que tiverem avaliado o plano nacional e o monitoramento da implementação de todos os planos com o auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do CNJ (BRASIL, 2015b).

Essa complexa lista de pedidos formulada pelo PSOL é suficiente para que se note a utilização da ADPF com finalidade bem distante do controle abstrato subsidiário de eventual omissão legislativa ou de atos comissivos normativos violadores de preceitos fundamentais.

Desse modo, o propósito da ação é alcançar providências jurisdicionais concretas capazes de corrigir e implementar políticas públicas substitutivas das existentes (SILVA, 2020).

Em caráter inovador, o autor em questão defende que, diante da alegada falência generalizada de fruição de direitos fundamentais pela população encarcerada, o controle de constitucionalidade exercitado no STF, pela via da ADPF, teria aptidão para inaugurar um concreto diálogo institucional com as unidades federadas, a fim de suprir concretamente providências administrativas necessárias à superação do ECI (SILVA, 2020).

Entretanto, muitos autores levantam objeções ao uso do ECI pela Corte brasileira. Silva (2020), por exemplo, afirma que nenhuma ação de controle abstrato teria sido concebida originariamente para verificar a compatibilidade fática de um estado de coisas ou o modo de ser de uma burocracia. O problema seria que a análise de um estado de coisas se confunde com a análise da deficiência constitucional de uma política pública.

Questões envolvendo políticas públicas são usualmente tratadas em processos de cunho subjetivo, por meio de ações civis públicas e populares. Na jurisdição constitucional, aparentemente, nunca houve uma preocupação do legislador em conceber um instrumento processual com tal finalidade, que permitisse o acionamento da Corte constitucional brasileira por sua competência originária para conhecer o controle concentrado de constitucionalidade.

Silva (2020) conclui que a ADPF seria um instrumento bastante limitado para o controle de políticas públicas. Porém, ele afirma que, descartados o cabimento da ação direta de inconstitucionalidade por ação ou omissão (na acepção de omissão normativa), a própria ADPF surgiria como natural candidata a instrumento de controle de constitucionalidade de uma política tida como deficiente a ponto de gerar um ECI.

Ademais, o autor ressalta que a ADPF, em sua concepção regulamentada pela Lei nº 9.882/1999, estaria vocacionada para o controle de ações e omissões do poder público, tendo sido pensada para o reforço do sistema abstrato de controle de constitucionalidade. Nas raras hipóteses em que a lei autoriza o manejo contra atos e omissões concretas violadoras de preceito fundamental, o próprio regramento indica aparentemente a necessidade de o arguente apontar, com especificidade, o ato do poder público hostilizado e fazer prova documental da sua existência, o que, teoricamente, dificultaria o controle de uma realidade institucional (SILVA, 2020).

Diante disso, o problema consistiria em ter que equiparar a política pública a uma norma ou reduzir a sua existência a um ato do poder público para fins de controle. Todavia, devido à sua complexidade e sua composição por diversos atos, a política pública não poderia

ser assimilável à categoria de ato jurídico ou de norma geral, como sustenta Comparato, citado por Silva (2020).

A ADPF 347, então, inaugurou o debate sobre a possibilidade de controle de políticas públicas por essa via. O STF afirmou que, naquilo que a deficiência da política pública for materializável em inércia, contumácia e omissão permanente, haveria a possibilidade de controle por meio da ADPF. Entre os votos proferidos no julgamento da medida cautelar (MC), houve ainda posicionamento pela não necessidade de utilização do ECI.

Dessa forma, o Ministro Gilmar Mendes teceu as seguintes afirmações:

É claro que, na evolução que tivemos – e agora já passando ao tema da ADPF –, é importante assinalar, claro, que a ADPF ficaria com um objeto muito restrito se estivesse afeita tão-somente a atos normativos. [...] Mas, nesse contexto, tem-se de ser ressaltado que é possível, sim, *proceder-se ao controle de situações decorrentes de uma omissão*. É verdade que o texto constitucional, com alguma ambiguidade, tratou de omissão de maneira, às vezes mais ampla, às vezes mais restrita, *mas contemplou também, a situação da omissão de providências administrativas, como todos nós sabemos, como objeto da ação direta por omissão*. Mas, tendo em vista a própria estrutura dessa ação direta, é claro que ela não serviria a abranger as situações que estão focadas numa ação de complexidade como aqui está colocado. (BRASIL, 2015b, p. 132, grifo do autor).

Em seguida, o ministro passou a tecer considerações no sentido de que deveria haver uma preocupação com a técnica decisória adequada para se obter os resultados pretendidos, o que independeria da aplicação da técnica do ECI, a princípio.

Então, Presidente, não tenho dúvida quanto ao cabimento dessa ação, ainda que eu não me animasse, desde já, a subscrever a ideia ou a aceitação da tese do estado de coisa inconstitucional. Bastaria que nós indicássemos a existência de uma omissão administrativa sistemática, tal como já apontei em escritos, para que se aceitasse, na espécie, a ação proposta. (BRASIL, 2015b, p. 133).

Após, o voto passou a tratar das técnicas decisórias e do caso Brown julgado pela Suprema Corte norte-americana como paradigma a ser seguido.

Por outro lado, esta decisão que se requer ao Tribunal é daquelas que desafia as próprias técnicas decisórias. Não basta uma liminar de caráter suspensivo, temos de nos embrenhar nas técnicas de caráter mais flexível. E, talvez, o modelo que mais se aproxime do caso que agora estamos a enfrentar, em termos de paradigma no Direito Constitucional, pelo menos mais recente, talvez, seja, inegavelmente, o caso *Brown v. Board of Education*, de 1954, o célebre caso que deflagra o modelo de dessegregação racial dos Estados Unidos, em que, como se sabe, o *justice* Warren vai ter um papel importantíssimo nessa etapa de dessegregação. (BRASIL, 2015b, p. 133).

No momento seguinte, o Ministro ressalta o caráter inovador do caso e a necessidade de se estabelecer novas orientações que sejam adequadas às particularidades do caso concreto.

Este, portanto, é um caso, sem dúvida nenhuma, paradigmático e que chama a atenção, inclusive, à responsabilidade da Corte neste caso, porque não se trata apenas, ministra Rosa, de expedir uma liminar que suspenda determinados atos, ou expedir determinadas orientações, mas há uma exigência de que haja acompanhamento, sob pena de o esforço que se está a fazer aqui resultar pouco significativo. Então, é extremamente importante que estejamos atentos a isso. E, claro, vamos ter oportunidade de, já agora, em sede de cautelar e, depois, na própria decisão de mérito, proceder à análise para realmente encontrar um encaminhamento. (BRASIL, 2015b, p. 134).

Confirmando a tendência da Corte em acatar a utilização de ADPF em questões estruturais, o Ministro Edson Fachin monocraticamente concedeu MC, para determinar que não se realizem operações policiais em comunidades durante a pandemia da *coronavirus disease 2019* (Covid-19). A decisão proferida na ADPF 635 limitou tais operações a hipóteses absolutamente excepcionais devidamente justificadas por escrito pela autoridade competente, com a comunicação imediata ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Nos casos extraordinários de realização dessas operações durante a pandemia, devem ser adotados cuidados excepcionais, para não colocar em risco ainda maior a população e a prestação de serviços sanitários (BRASIL, 2020b).

A decisão, que posteriormente foi referendada pelo plenário por maioria, entendeu que a situação narrada no pedido demonstrou a gravidade da omissão do Estado brasileiro. Foi assinalada pela decisão que o uso da força é legítimo somente se for comprovadamente necessário para a proteção da vida e do patrimônio de outras pessoas, e tal exigência de proporcionalidade decorre da necessidade de proteção do direito à vida e integridade corporal (BRASIL, 2020).

5.4.1 Regras do processo civil brasileiro aplicáveis aos processos estruturais

No Direito brasileiro, a base normativa para a execução das decisões estruturais necessariamente atípica decorre da combinação dos artigos 139, IV, e 536, § 1º, do CPC. Os dispositivos são cláusulas gerais executivas, das quais decorre para o órgão julgador o poder de promover a execução de suas decisões por medidas atípicas (DIDIER JUNIOR; ZANETTI JUNIOR; OLIVEIRA, 2019).

Nesse contexto, é preciso que se admita certa atenuação da regra da congruência objetiva externa, que exige correlação entre a decisão e a demanda que ela resolve, de forma

que permita ao magistrado uma margem de atuação na escolha dos mecanismos de tutela do direito. Em casos dessa natureza, é fundamental libertar o magistrado das amarras dos pedidos das partes, uma vez que a lógica que preside os processos estruturais não é a mesma que inspira os litígios individuais, em que o julgador se põe diante de três caminhos a seguir: o deferimento, o deferimento parcial ou o indeferimento da postulação.

A ideia dos processos estruturais é a de alcançar uma finalidade mediante a execução estruturada de certas condutas. Entretanto, nem sempre é possível à parte antever todas as condutas que precisam ser adotadas ou evitadas, pela parte contrária, para alcançar essa finalidade. Em muitos casos, isso somente é verificável no curso do processo — por isso, a necessidade de ser maleável com a regra da congruência objetiva externa (DIDIER JUNIOR; ZANETTI JUNIOR; OLIVEIRA, 2019).

Desse modo, o andamento do processo, com a revelação de novas consequências do episódio, vai paulatinamente transformando o objeto litigioso e exigindo novas providências judiciais. A interpretação do pedido é seguida, de perto, pela necessidade da interpretação das decisões em razão do conjunto da postulação, da decisão e da boa-fé (CPC, art. 489, § 3º).

Segundo essa perspectiva, o artigo 493 do CPC também ajuda a compreender a disciplina dos processos estruturais. Ao autorizar e impor que a decisão judicial seja ajustada à realidade atual dos fatos, o legislador diz ao julgador que ele deve interpretar a demanda — e, de resto, as diversas manifestações de interesse e postulações deduzidas ao longo do processo estrutural — segundo o cenário vigente ao tempo da prolação da decisão, flexibilizando a regra da congruência. A dinamicidade com que se altera o cenário fático dos litígios subjacentes aos processos estruturais torna esse art. 493 do CPC uma ferramenta fundamental para que o juiz, na etapa de efetivação das decisões estruturais, corrija os rumos da tutela executiva de modo a contemplar as necessidades atuais dos interessados. (DIDIER JUNIOR; ZANETTI JUNIOR; OLIVEIRA, 2019, p. 348).

Segundo essa linha, as modalidades executivas devem ser idôneas às necessidades de tutela dos diferentes direitos substanciais, o direito ao meio executivo adequado passou a ser visto como corolário do direito à efetividade da tutela jurisdicional. Entretanto, isso exigiria do legislador a instituição de tantos procedimentos e técnicas processuais quantas fossem as necessidades carentes de tutela, o que se revela inviável dada a impossibilidade de prever todas as situações futuras (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2019).

Sendo assim, as legislações processuais se utilizam de cláusulas abertas que permitem ao julgador uma ampla possibilidade de ajustar o instrumento processual ao objetivo do caso concreto. No CPC anterior, já existiam dispositivos com essa configuração, como os artigos 461 e 461-A, que versavam sobre o cumprimento das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa. Se no código anterior essa técnica era restrita a alguns tipos de execução, no CPC de

2015, passou a constar como um dos poderes do juiz. O artigo 139, IV, permite ao julgador “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento da ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2019, p. 785).

O *caput* do artigo 497, ao se referir às prestações de fazer e de não fazer, enfatiza de forma categórica a conduta objeto do dever jurídico, sem se preocupar, necessariamente, com que maneira a ação ou a omissão em si será cumprida pelo demandado.

A visão de um poder geral de efetividade, assegurado pelo artigo 139, IV, garante ao juízo a possibilidade de superdimensionar as ordens judiciais com o intuito de garantir a efetividade do cumprimento e a eficácia do que for por ele decidido. Com a possibilidade de adoção de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais e sub-rogatórias para garantir que a decisão seja realmente cumprida, abre-se um leque de possibilidade para o juízo. Há uma nova ótica de efetividade da decisão judicial, mediante a concessão de um poder de realizar-se medidas que não estão positivadas de modo tipificado no ordenamento (LEMOS, 2019).

O intuito da inserção dessa atipicidade passa pela necessidade de efetivação, do cumprimento e respeito às decisões judiciais com maior alcance prático das medidas e sua eficácia plena. Essa ampla abertura para medidas atípicas deve dialogar com o devido processo legal como forma de assegurar a própria legalidade dos atos. A legitimidade das medidas atípicas, desde a sua concessão até a sua validade, passa pelo diálogo necessário com as normas fundamentais do CPC, devendo guardar relação com a boa-fé processual e a cooperação (LEMOS, 2019).

Nessa toada, Arenhart (2015) afirma que o processo brasileiro não comporta, sob os seus princípios e procedimentos tradicionais, os requisitos para uma adequada discussão acerca de políticas públicas. Ele prossegue afirmando que, embora sem a previsão específica de um rito diferenciado ou sem a percepção da lógica diversa imposta por esse tipo de demanda, vários processos judiciais comportam-se segundo esses novos critérios e, com isso, aproximam-se daquilo que se espera para tal modalidade de atuação jurisdicional.

Em janeiro de 2000, foi proferida sentença pelo então Juiz Federal Paulo Afonso Brum Vaz, hoje Desembargador Federal no Tribunal Regional Federal da 4ª Região Ação Civil Pública, ajuizada pelo Ministério Público Federal (MPF), contra a União e mineradoras. Impôs aos réus obrigação de apresentar, em seis meses, um projeto de recuperação ambiental de região degradada pela mineração, contemplando um cronograma mensal de etapas a serem executadas, além de executar referido projeto no prazo de três anos. Em apoio à ordem, foi cominada multa e imposta medida de sub-rogação, consistente na contratação, às expensas

dos condenados, de terceiro para a elaboração e a execução do citado projeto (ARENHART, 2015).

A ação transcorreu com recursos que excluíram algumas partes e reformaram pontos referentes às responsabilidades de cada um dos condenados. Transitou em julgado em setembro de 2014, após a não admissão de Recurso Extraordinário. O MPF já havia iniciado a execução provisória da sentença em razão de antecipação de tutela, e a complexidade da matéria fez com que o cumprimento se desdobrasse em vários procedimentos autônomos, um para cada réu condenado (ARENHART, 2015).

O curso da ação levou a ocorrência de várias situações que exigiram soluções técnicas específicas, destacam-se, no caso, as soluções consensuais trabalhadas a partir do diálogo entre as partes. Esse tipo de solução se mostrou muito mais eficaz do que a imposição de decisões mandamentais. Nesse contexto, o direito processual atual oferece ferramentas úteis que podem viabilizar o emprego de técnicas de mediação e conciliação (ARENHART, 2015).

Pensar o processo que lida com políticas públicas sem a pressão do tempo e da rigidez da sequência de atos processuais pode contribuir para oferecer a maturação suficiente para encontrar soluções mais adequadas ao caso concreto. Ademais, o diálogo franco entre as partes – eventualmente sem a participação do juiz, cuja intervenção pode, em alguns casos, inibir certas colocações ou dificultar a exposição de algumas informações – pode colaborar para que cada parte tenha a exata dimensão dos problemas enfrentados pela outra e, assim, para que se possa ter contornos mais precisos do conflito a ser resolvido. (ARENHART, 2015, p. 15).

Assim, é imperioso que o julgador esteja munido de novas formas de atuação com maior flexibilidade na adequação das decisões à realidade do caso. Primeiro, tem-se uma decisão mais genérica, que fixa as diretrizes a serem cumpridas pelas partes processuais. A partir disso, o juiz agirá como um administrador, executando a decisão de forma gradual; após a primeira medida é que se terá ideia de eventuais problemas que poderão surgir. Nesse seguimento, se o caso assim demandar, serão tomadas novas providências, e o juiz deverá adequar as medidas à realidade, as quais deverão ser adaptadas de forma precisa ao problema (PINHO; CÔRTEZ, 2014).

O artigo 536 do CPC autoriza o juiz a determinar a modalidade executiva que reputar idônea, independentemente de requerimento do autor, e a conceder a tutela específica ou seu resultado prático equivalente (BRASIL, 2015a). Como tal, ao se perceber que, para tratar adequadamente das novas situações de direito substancial, era necessário conferir mais poder à jurisdição, foi conferido ao autor a possibilidade de escolher o meio executivo adequado e

ao juiz não apenas o poder de admiti-lo, mas também o poder de, ao considerá-lo inidôneo, conceder outro em seu lugar (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2019).

Além disso, não há coisa julgada sobre os meios executivos, e ao juiz, verificando que um meio de execução diferente do fixado na sentença poderá propiciar a adequada tutela jurisdicional, cabe substituir o meio de execução anterior por outro. Isso poderá ocorrer não apenas quando o meio executivo não se mostrar idôneo para conferir efetividade à decisão, mas igualmente quando trouxer menor restrição ao demandado (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2019).

Desse modo, a manutenção dos meios executivos depende da não alteração da situação de fato ou da constatação de que as medidas adotadas inicialmente não se mostram capazes de promover as alterações esperadas. Essa disposição permite ao julgador uma ampla margem de atuação frente aos litígios estruturais. Nos casos de alta complexidade em que seja difícil estabelecer, de início, as medidas adequadas para uma reforma estrutural, essa disposição do CPC permite ao julgador não só a liberdade para determinar as medidas conforme o caso concreto, mas também dividir o procedimento em etapas.

Conforme verificado na ACP do Carvão e nos diversos precedentes ocorridos em outros países, outrora analisados, a efetivação do conteúdo declaratório depende de vários fatores, estando sujeita à influência de diversas variáveis que podem modificar o cenário posteriormente. Isso permite a realização da chamada “execução em cascata”, por exemplo, em que pode se dividir o cumprimento em etapas e, à medida que se desenvolve cada uma, avalia-se o grau de efetividade e as providências a serem tomadas a seguir.

Entretanto, cabe ressaltar que o poder do julgador deve ser combinado com a abertura de um diálogo institucional com as partes do processo que serão encarregadas de cumprir o determinado na sentença. Assim, a participação dos atores envolvidos deve se dar de forma ativa, a fim de que o julgador tenha ciência das capacidades institucionais de cada um e possa definir, de maneira dialógica, as providências a serem tomadas.

A fiscalização periódica do cumprimento das decisões estruturantes — prevista, em sua concepção inicial, no direito norte-americano e, em suas variáveis, como o ECI, com a exigência do cumprimento de metas — pode perfeitamente ser inserida em uma atividade de execução na modalidade descrita.

No Recurso Especial nº 1.854.847/CE, ajuizado no âmbito de ACP, cujo objeto tratava do acolhimento institucional de menor por período acima daquele fixado em lei, o Superior Tribunal de Justiça também se manifestou pela possibilidade de solução dialógica para esses casos. O acórdão foi no sentido de que os litígios de natureza estrutural, de que é exemplo a

ACP em questão, revelam conflitos de natureza complexa, plurifatorial e policêntrica, insuscetíveis de solução adequada pelo processo civil clássico, de índole essencialmente adversarial e individual (BRASIL, 2020a).

Nessa linha, consignou que:

Para a adequada resolução dos litígios estruturais, é preciso que a decisão de mérito seja construída em ambiente colaborativo e democrático, mediante a efetiva compreensão, participação e consideração dos fatos, argumentos, possibilidades e limitações do Estado em relação aos anseios da sociedade civil adequadamente representada no processo, por exemplo, pelos *amicus curiae* e pela Defensoria Pública na função de custos *vulnerabilis*, permitindo-se que processos judiciais dessa natureza, que revelam as mais profundas mazelas sociais e as mais sombrias faces dos excluídos, sejam utilizados para a construção de caminhos, pontes e soluções que tencionem a resolução definitiva do conflito estrutural em sentido amplo. (BRASIL, 2020a, p. 2).

O acórdão anulou todo o processo, desde a citação, para determinar ao juízo de primeiro grau que adotasse as medidas de adaptação procedimental e de exaurimento instrutório apropriadas ao caso. Ressaltou que, embora no Brasil não haja a cultura e o arcabouço jurídico adequado para lidar corretamente com as ações que demandam providências estruturantes e concertadas, não se pode negar a tutela jurisdicional minimamente adequada ao litígio de natureza estrutural. Afirmou ser inviável, em regra, que conflitos dessa magnitude social, política, jurídica e cultural sejam resolvidos de modo liminar ou antecipados, sem exauriente instrução e participação coletiva, ao simples fundamento de que o Estado não reuniria as condições necessárias para a implementação de políticas públicas (BRASIL, 2020a).

6 CONCLUSÃO

Nos tempos atuais, noções como democracia e separação de poderes devem ser analisadas levando em conta os objetivos que uma sociedade deseja alcançar. Desse modo, considerando que o objetivo de uma ordem constitucional e seus institutos é assegurar o bem comum a todos os indivíduos, as relações de poder devem se desenvolver sob essa orientação.

Ao se analisar a evolução dos direitos a partir do seu surgimento e posterior reconhecimento, verifica-se que, em primeiro lugar, houve uma preocupação em garantir os direitos de participação nas decisões que impactam a vida de uma sociedade. Assim, reconhecidos os direitos civis políticos, em tese estaria assegurada a existência de um processo democrático com a participação de todos os indivíduos.

Em um segundo momento, houve o reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais que, em uma concepção inicial, dependeriam de prestações do Estado para serem realizados. Tal particularidade fez com que esses direitos, por muito tempo, fossem considerados como não exigíveis diretamente ao Poder Judiciário.

Entretanto, tanto a premissa de que os direitos de primeira geração não dependeriam da realização de ações quanto a de que os de segunda não seriam exigíveis diretamente foram superadas. A interdependência entre esses direitos resulta, então, do fato de que não há como assegurar uns sem os outros.

Retornando ao conceito de democracia, atualmente parece bastante evidente que, para assegurá-la, não basta garantir aos indivíduos apenas o direito de participação na escolha dos seus representantes. Para ser considerada democrática, uma sociedade precisa garantir que todos os indivíduos tenham condições de desenvolver as suas potencialidades, o que, certamente, só poderá ser assegurado por meio da garantia de condições materiais mínimas. Nesse contexto, para que os direitos de defesa e políticos sejam exercidos, há necessidade de se garantir os direitos econômicos e sociais. Logo, não há como se exercer os primeiros sem a garantia das condições materiais.

Diversas constituições de países em desenvolvimento passaram a ter, em seus textos, a previsão de direitos econômicos e sociais. Em razão disso, o que se observa é que essas disposições não foram recebidas como uma mera demonstração de intenções para se realizar em um futuro incerto. O baixo grau de efetividade desses direitos e a falta de resposta adequada dos Estados, diante desse cenário, levaram a uma busca por mecanismos de realização desses preceitos constitucionais.

A falta de ação dos Poderes Executivo e Legislativo em proporcionar uma resposta adequada colocou o Poder Judiciário como a última opção para a busca desses direitos. Em vista disso, o Judiciário assumiu um protagonismo no trato de omissões fático-substanciais consideradas inconstitucionais.

No caso brasileiro, essa atuação do Judiciário ultrapassou as controvérsias a respeito do significado do direito para atuar frente às omissões inconstitucionais fático-substanciais. Em um primeiro momento, tais questionamentos eram realizados mediante ações concebidas para a tutela de direitos coletivos perante o primeiro grau de jurisdição. Tais ações tratavam de questões estruturais em âmbito local ou regional e, muitas vezes, não levavam a uma concretização do seu conteúdo decisório devido aos obstáculos mencionados no texto.

Além disso, a própria legitimidade dessa atuação é questionada pelos adeptos do pensamento de que questões referentes a políticas públicas devem ser tratadas pelo Legislativo e Judiciário. No entanto, ao contrário do que essas correntes sustentam, a composição desses Poderes por pessoas escolhidas pelo voto direto está longe de significar garantia de que os interesses de seus representados serão atendidos. Principalmente em países em desenvolvimento como o Brasil, é notório que não só minorias excluídas da representação legislativa, mas, até mesmo aqueles que não se encontram nessa situação, deixam de ser contemplados nas principais decisões políticas.

O caso representado pela ADPF 347 é emblemático por envolver pessoas que se encontram, ao mesmo tempo, em dois grupos de minorias representativas. Mais de 90% da população carcerária é negra, isso por si só já a coloca em um grupo que normalmente é privado de políticas públicas eficazes. Soma-se a isso o fato de que apenados constituem um grupo que não encontra prioridade na confecção de políticas públicas voltadas à ressocialização, por exemplo. Esses indivíduos não possuem representatividade política de maneira que não possuem força para reivindicar respeito aos seus direitos. Assim, a única saída para, pelo menos demonstrar a legitimidade de seus clamores, é recorrer ao Judiciário.

A própria jurisprudência do STF é pacífica em admitir a interferência do Poder Judiciário em políticas públicas, de modo que a discussão deve ser centrada em como se dará essa intervenção.

Ante o exposto, uma das conclusões desta dissertação é que os diversos remédios que podem vir a ser utilizados, desde os considerados mais fortes aos considerados mais fracos, possuem espaço para serem utilizados de acordo com o caso concreto. Nesse aspecto, cabe reforçar o papel da cláusula geral de efetivação prevista no artigo 139, IV do CPC no âmbito dos processos estruturantes.

Em que pese o amplo rol de possibilidades de intervenção, o Poder Judiciário não deve priorizar uma solução que exclua a participação dos demais Poderes. A construção de soluções dialógicas, mediante a efetiva cooperação da Administração Pública, deve ser priorizada como forma de se alcançar uma solução exequível e eficaz. Como foi observado, o cumprimento de uma decisão estruturante complexa esbarra em uma série de obstáculos financeiros, políticos, entre outros. Como forma de superar esses obstáculos, é essencial que seja construída uma solução estrutural com metas e prazos compatíveis com as limitações da Administração Pública.

Outro ponto bastante mencionado pelos críticos da atuação judicial em políticas públicas é o fato de o Judiciário não deter a expertise necessária em assuntos que requerem conhecimentos específicos. Em decorrência disso, para orientar a sua decisão, o julgador deve se socorrer com informações de dentro da própria Administração Pública. Normalmente, as agências governamentais detêm dados que permitem aferir as necessidades alegadas em uma dada situação. Nesse viés, conselhos de classe, universidades, órgãos estatais pertencentes a outros entes ou, até mesmo, aqueles que figuram no polo passivo podem deter as informações necessárias aos julgados.

Algumas decisões devem envolver uma grande quantidade de áreas de conhecimento com dados das mais variadas fontes possíveis, de modo que se torna inviável uma visão plena do cenário em questão sem a ajuda de outros atores. Por conta disso, deve o Judiciário se valer de instrumentos previstos na legislação processual para viabilizar a participação de entidades e pessoas que possam contribuir com informações essenciais para a resolução da causa.

Muitos problemas estruturais são tratados de forma local ou regional em ações civis públicas ou populares. Entretanto, a solução de problemas de âmbito nacional, como os relacionados ao sistema prisional, depende de providências a serem adotadas nas três esferas de poder. Com isso, o STF aparece como o órgão judicial dotado de capacidade institucional para, no mínimo, provocar um início de encaminhamento de soluções para os problemas apresentados. Instrumentos como as audiências públicas permitem ao STF ouvir estudiosos e conhecedores do assunto em debate que podem lhes fornecer subsídios para uma decisão.

Desse modo, necessitando de mudanças estruturais no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo federal, os problemas estruturais podem ser tutelados, de forma mais eficaz, por meio de uma ação que tramite pelo STF. A Corte tem tratado desses problemas tanto em ações de competência recursal como originária. Conforme visto, a ADPF foi aceita como instrumento adequado para tratamento de problemas estruturais e para declaração de ECI.

No que concerne a esse ponto, a corte não definiu objetivamente até que ponto a declaração de ECI autorizaria a utilização de remédios mais fortes. Portanto, conclui-se que as disposições processuais referentes à escolha das providências autorizam essa definição de acordo com as particularidades do caso.

Outra premissa extraída das conclusões é a de que não há uma hierarquia entre os remédios judiciais, visto que a medida judicial mais forte ou mais fraca deve ser considerada levando em conta as particularidades do caso concreto. Logo, a conclusão é pela inadequação de posicionamentos baseados na prevalência de um ou outro modo de intervenção judicial.

A adequação do modo de intervenção judicial deve ser analisada com base em diferentes variáveis. A quantidade de entes envolvidos, o tamanho das estruturas que necessitam de alterações, a abrangência territorial do problema, o grau de inação do poder público e outros fatores devem ser considerados no momento de se escolher as medidas de efetivação de uma decisão estrutural. Além disso, pode ocorrer a combinação entre diversos tipos de intervenção, a exemplo do que ocorreu no julgamento do Recurso Extraordinário nº 641.320/RS, no qual foram feitos, ao mesmo tempo, apelos ao legislador, diversas sugestões e alterações legislativas, bem como o estabelecimento de teses.

Entretanto, em que pese o reconhecimento da constitucionalidade do poder geral de efetivação e da possibilidade de se recorrer a medidas executivas atípicas, a posição defendida é pela prevalência da busca por uma solução consensual do litígio. Deve haver exploração, na maior medida possível, dos instrumentos processuais voltados à construção de soluções baseadas em técnicas de composição consensual de litígios.

Embora seja possível e recomendável a adaptação de algumas normas do processo civil brasileiro a um modelo de processo estrutural, a efetividade desse modelo depende muito da mudança de atitude dos operadores, principalmente daqueles que representam o poder público. Se o julgador tem o dever de incentivar e buscar o diálogo, o poder público tem o dever de cooperar apresentando propostas de resolução do litígio.

Há instrumentos disponíveis para que se busque maior efetividade na implementação de decisões estruturantes. No artigo 102, alínea “m”, da CF, consta previsão expressa de delegação para órgãos locais e regionais do Judiciário para a prática de atos de execução das sentenças proferidas pelo STF. Esse instrumento pode promover uma descentralização da aplicação de decisões estruturantes proferidas naquela Corte. Assim, embora seja importante propor alterações legislativas, é essencial, no desenvolvimento de técnicas de implementação de decisões estruturantes, utilizar ao máximo os mecanismos já existentes.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. The rise of world of constitutionalism. **Virginia Law Review**, Charlottesville, v. 83, n. 4, p. 771-798, 1997. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1128&context=fss_papers. Acesso em: 20 set. 2020.
- ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. **Harvard Law Review**, v. 113, n. 3, p. 633-725, Jan. 2000. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4360386/mod_resource/content/1/Ackerman_The_New_Separation_of_Powers_HLR.pdf. Acesso em: 20 jan. 2021.
- ALEXY, Robert. Trad. Virgílio Afonso da Silva. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 38, v. 225, p. 389-410, nov. 2013. Disponível em: https://www.academia.edu/9132570/Decis%C3%B5es_estruturais_no_direito_processual_civil_brasileiro. Acesso em: 23 jun. 2020.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**, Curitiba, v. 1, n. 2, p. 211-229, jul./dez. 2015. Disponível em: <http://revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Decisoes-estruturais.pdf>. Acesso em: 20 maio 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 14 abr. 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **(Syn)Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 9 nov. 2020.
- BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. O papel criativo dos tribunais: técnicas de decisão em controle de constitucionalidade. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 46, n. 146, jun. 2019. Disponível em: <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/1049>. Acesso em: 6 jul. 2020.
- BAUERMANN, Desirê. Structural injunctions no direito norte-americano. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 245-267.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm. Acesso em: 15 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração na Petição 3.388-4/RR**. Embargos de declaração. Ação popular. Demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol. Relator: Min. Roberto Barroso, 23 out. 2013. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=198663552&ext=.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2015a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 17 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF**. Sistema penitenciário nacional. Superlotação carcerária. Condições desumanas de custódia. Violação massiva de direitos fundamentais. Falhas estruturais. Estado de coisas inconstitucional. Configuração. Relator: Min. Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 9 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF**. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Exposição e sujeição dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes da comunidade LGBTI+ a graves ofensas aos seus direitos fundamentais [...]. Relator: Min. Celso de Mello, 13 de junho de 2019a. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf>. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 4.733/DF**. Direito constitucional. Mandado de injunção. Dever do estado de criminalizar as condutas atentatórias dos direitos fundamentais. Homotransfobia. Discriminação inconstitucional. Omissão do congresso nacional. Mandado de injunção julgado procedente. Relator: Min. Edson Fachin, 13 de junho de 2019b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344543023&ext=.pdf>. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (3. Turma). **Recurso Especial 1.854.847/CE**. Civil. Processual civil. Ação civil pública. Acolhimento institucional de menor por período acima do teto legal. Danos morais. Julgamento de liminar improcedência do pedido. Impossibilidade. Questão repetitiva que não foi objeto de precedente vinculante. [...] Relatora: Min. Nancy Andrighi, 2 de junho de 2020a. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?relator=%221118%22&processo=1854847&b=ACOR>. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Referendo em Tutela Provisória Incidental na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635/RJ**. Referendo em medida incidental em arguição de descumprimento de preceito fundamental. Realização de operações policiais nas comunidades do rio de janeiro durante a pandemia mundial. Mora do estado no cumprimento de decisão da corte interamericana de direitos humanos. Plausibilidade jurídica. Contexto fático em que os moradores permanecem mais tempo em casa. [...]. Relator: Min. Edson Fachin, 18 de agosto de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344901720&ext=.pdf>. Acesso em: 20 out. 2020.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **A projeção da constituição sobre o ordenamento jurídico**. Trad. Paulo Roberto Barbosa Ramos. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Proporcionalidade e argumentação**: teoria de Robert Alexy e seus pressupostos filosóficos. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. **Hermenêutica constitucional**: métodos e princípios específicos de interpretação. 2. ed. Florianópolis: Obra Jurídica, 2008.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. Casos difíciles e interpretación constitucional. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, Granada, Espanha, año 16, n. 31, enero-jun. 2019. Disponível em: http://www.ugr.es/~redce/REDCE31/articulos/03_CARVALHO.htm. Acesso em: 20 maio 2020.

CELLA, José Renato Gaziero. A crítica de Habermas à idéia de legitimidade em Weber e Kelsen. In: CONGRESSO MUNDIAL DE FILOSOFIA DO DIREITO E FILOSOFIA SOCIAL, 22., 2005, Granada, Espanha. **Anais** [...]. Granada: Universidade de Granada, 2005. Disponível em: <http://www.cella.com.br/conteudo/Habermas-IVR-01.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2021.

CHAI, Cássius Guimarães. **Descumprimento de preceito fundamental**: identidade constitucional e vetos à democracia. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. **Harvard Law Review**, Cambridge, United States, v. 89, n. 7, p. 1281-1316, May 1976.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História do judicial review: o mito de Marbury. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 53, n. 209, p. 115-132, jan./mar. 2016. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/209/ril_v53_n209_p115. Acesso em: 20 ago. 2020.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade**: teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2007.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETTI JUNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 339-354.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FACHIN, Melina Girardi; SCHINEMANN, Caio Cesar Bueno. Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 211-246, 2018. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/247/218>. Acesso em: 23 jun. 2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Social rights, judicial remedies and the poor. **Washington University Global Studies Law Review**, St. Louis, v. 18, n. 3, 2019. Disponível em: https://openscholarship.wustl.edu/law_globalstudies/vol18/iss3/6/. Acesso em: 15 maio 2020.

FISS, Owen. **The civil rights injunction**. Bloomington: Indiana University Press, 1978. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/harris/7/>. Acesso em: 20 maio 2020.

FISS, Owen. The forms of justice. **Harvard Law Review**, Cambridge, United States, v. 93, n. 1, p. 1-58, 1979. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2201&context=fss_papers. Acesso em: 15 maio 2020.

FISS, Owen. To make the constitution a living truth four lectures on the structural injunction. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 31-55.

FLORES, Fábio Pereira; PINHEIRO NETO, Pedro Bentes. Medidas executivas atípicas: um breve diálogo com as injunctions na legislação dos estados da Califórnia e Nova Iorque. *In*: FLORES, Fábio Pereira; PINHEIRO NETO, Pedro Bentes (org.). **Medidas executivas atípicas**. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 303-205.

GIANNINI, Leandro J. Litigio estructural y control judicial de políticas públicas lograr el equilibrio sin destruir la balanza. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 147-156.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 1 v.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

JOBIM, Marco Félix. Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos litígios estruturais: bases de uma possível construção. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 637-654.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LANDAU, David. The reality of social rights enforcement. **Harvard International Law Journal**, Cambridge, United States, v. 53, n. 1, p. 189-247, 2012. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1774914>. Acesso em: 15 ago. 2020.

LEMOES, Vinicius Silva. A concessão de medidas atípicas de efetividade de ordem judicial e o necessário diálogo com as normas fundamentais do CPC/2015. *In*: LEMOS, Vinicius Silva (org.). **Medidas executivas atípicas**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 499-525.

LIMA, George Marmelstein. A eficácia incompleta das normas constitucionais: desfazendo um mal-entendido sobre o parâmetro normativo das omissões inconstitucionais. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 20, n. 20, p. 174-192, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/780>. Acesso em: 20 ago. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. 2 v.

MARMOR, Andrei. **Interpretation and legal theory**. 2. ed. rev. Oregon: Hart Publishing, 2005.

MAUÉS, Antônio Moreira. O controle de constitucionalidade das leis no Brasil como um sistema plural. **Pensar**, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 356-384, jul./dez. 2010. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2131>. Acesso em: 22 jan. 2021.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Revista Novos Estudos Cebrap**, São Paulo, v. 3, n. 58, p. 183-202, nov. 2000. Disponível em: <http://novosestudos.com.br/produto/edicao-58/>. Acesso em: 20 ago. 2020.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NELSON, Melissa. Arkansas Prison still shackled to dark past. **Los Angeles Times**, Los Angeles, 6 jan. 2002. Disponível em: <https://www.latimes.com/archives/la-xpm-2002-jan-06-mn-20643-story.html>. Acesso em: 10 out. 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações constitucionais**. Salvador: Juspodivm, 2018.

NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 13, p. 229-258, 2014. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/11920/9333>. Acesso em: 20 jun. 2020.

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

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **O controle concentrado de constitucionalidade das leis no Brasil**: filosofia e dimensões jurídico-políticas. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

RAMOS NETO, Newton Pereira. A construção do direito na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades no uso das sentenças aditivas. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, ano 3, v. 1, n. 3, 2010. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/255>. Acesso em: 15 jul. 2020.

RAWLS, John. **Liberalismo político**. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

RÊGO, Carolina Noura de Moraes. **O estado de coisas inconstitucional**: entre o constitucionalismo e o estado de exceção. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social**: cómo la corte constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Dejusticia, 2010.

SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira. Beyond minimalism and usurpation: designing judicial review to control the mis-enforcement of socioeconomic rights. **Washington University Global Studies Law Review**, St. Louis, v. 18, n. 3, 2019. Disponível em: https://openscholarship.wustl.edu/law_globalstudies/vol18/iss3/12/. Acesso em: 15 jun. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e mínimo existencial: notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturantes na perspectiva da jurisdição constitucional. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 469-499.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/5869>. Acesso em: 11 jun. 2018.

SILVA, Sandoval Alves da. **O Ministério Público e a concretização dos direitos humanos**. Salvador: Juspodivm, 2016.

SILVA, Alexandre Vitorino. **Estado de coisas inconstitucional e processo estrutural**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2020.

SILVA, Virgílio Afonso da. Eficácia das normas constitucionais. *In*: SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 208-250.

SOBRINHO, Paulo Sérgio Ribeiro. **Controle de constitucionalidade, questões estruturais e legitimidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

STRAUSS, David A. **The living constitution (inalienable rights)**. New York: Oxford University Press, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. Estado de coisas inconstitucional é uma forma de ativismo. **Revista Consultor Jurídico**, [São Paulo], 24 out. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>. Acesso em: 8 jul. 2019.

SUNSTEIN, Cass R. Social and economic rights? Lessons from South Africa. **John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper**, Chicago, n. 124, p. 1-20, 2001. Disponível em: <https://dash.harvard.edu/handle/1/12785996>. Acesso em: 20 maio 2020.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. **Public Law and Legal Theory Working Paper**, Chicago, n. 28, p. 1-50, 2002. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=320245. Acesso em: 20 set. 2020.

TAVARES, André Ramos. **Tratado da arguição de preceito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2001.

TORRANO, Bruno. **Democracia e respeito à lei**: entre positivismo jurídico, pós-positivismo e pragmatismo. Belo Horizonte. Fórum, 2019.

TUSHNET, Mark. A response to David Landau responding to David Landau, the reality of social rights enforcement, 53 Harv. Int'l L. J. 189 (2012). *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 57-67.

VERBIC, Francisco. Ejecución de sentencias em litígios de reforma estructural em la republica argentina dificultades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 69-90.

VIOLIN, Jordão. Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 501-550.

VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 269-323.

WALDRON, Jeremy. The core against judicial review. **Yale Law Journal**, New Haven, v. 115, p. 1346-1406, 2006.