



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



ANNA PRISCYLLA LIMA PRADO

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ESTRUTURANTE:** um desafio à  
superação das crises do Sistema Democrático Brasileiro

Recife

2021

ANNA PRISCYLLA LIMA PRADO

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ESTRUTURANTE:** um desafio à  
superação das crises do Sistema Democrático Brasileiro

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do título de doutora em Direito. Área de concentração: Transformações do Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti

Coorientadora: Prof<sup>a</sup>. Dra. Carina Barbosa Gouvêa

Recife

2021

Catálogo na fonte

Bibliotecária Ana Cristina Vieira, CRB-4/1736.

P896c

Prado, Anna Priscylla Lima.

Controle de Constitucionalidade Estruturante: um desafio à superação das crises do sistema Democrático Brasileiro / Anna Priscylla Lima Prado. -- Recife, 2021.

210 f.

Orientador: Prof. Dr. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti.

Coorientadora: Prof<sup>a</sup>. Dra. Carina Barbosa Gouvêa.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2021.

Inclui referências.

1. Direito Constitucional. 2. Controle de Constitucionalidade Estruturante. 3. Crises. 4. Estado de Coisas Inconstitucional (ECI). I. Cavalcanti, Francisco Ivo Dantas (Orientador). II. Gouvêa, Carina Barbosa (Coorientadora). III. Título.

342.81 CDD (22. ed.)

UFPE (BSCCJ 2021-25)

ANNA PRISCYLLA LIMA PRADO

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ESTRUTURANTE:** um desafio à  
superação das crises do Sistema Democrático Brasileiro

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do título de doutora em Direito. Área de concentração: Transformações do Direito Público.

Aprovado em: 23/09/2021

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti (Presidente)  
Universidade Federal de Pernambuco/UFPE

---

Prof<sup>a</sup>. Dra. Gina Gouveia Pires de Castro (Examinadora Interna)  
Universidade Federal de Pernambuco/UFPE

---

Prof<sup>a</sup>. Dra. Mariana de Siqueira (Examinadora Externa)  
Universidade Federal do Rio Grande do Norte/UFRN

---

Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira (Examinador Interno)  
Universidade Federal de Pernambuco/UFPE

---

Prof<sup>a</sup>. Dra. Rosalina Freitas Martins de Sousa (Examinadora Externa)  
Faculdade Damas / FADIC

---

Prof<sup>a</sup>. Dra. Thaminne Nathalia Cabral Moraes Silva Rodrigues (Examinadora Externa)  
Autarquia do Ensino Superior de Guaranhos / AESGA

## **DEDICATÓRIA**

Dedico essa tese doutoral a minha Avó Ana de Sousa (*in memoria*), por ter sido uma mulher sertaneja à frente do seu tempo e que em meio a uma sociedade serra-talhadense machista lutou para conseguir estudar em um tempo em que as mulheres eram privadas desse direito. Se hoje estou aqui finalizando essa etapa da vida acadêmica é graças a ela, nossa grande matriarca, que sempre nos ensinou que a partir da educação era possível transformar as nossas vidas e da nossa família e como mulheres poderíamos ocupar todos os espaços que a gente quisesse. A mulher que me tornei é graças à sua força, aos seus ensinamentos e a sua lição de vida.

## AGRADECIMENTOS

A elaboração de uma tese doutoral é uma atividade que demanda tempo, paciência, dedicação, criatividade, força para superar os bloqueios acadêmicos que vão inevitavelmente acontecer no meio do caminhar, entendimento para experimentarmos nossas mais profundas vulnerabilidades, serenidade para lidar com esse processo da maneira mais leve possível primando a nossa saúde mental, e sobretudo muita solidão, especialmente quando o momento dessa produção científica acontece em meio ao caos pandêmico que insiste em nos aprisionar dentro dos nossos lares, mas, ao mesmo tempo, nos oportuniza a ressignificarmos os sentidos de viver.

Nesse processo de caminhar da escrita muitos e muitas se fizeram presentes, alguns presencialmente abrindo as suas casas para o compartilhar de ideais e de angústias, e mesmo cumprindo todos os protocolos de segurança, o medo do covid-19 foi o nosso constante vigilante. Já outros participaram desse processo virtualmente, com inúmeras reuniões via *google meet*, chamadas de vídeo pelo *whatssap*, áudios diários que pareciam mais um programa de podcast e várias ligações telefônicas.

Esta tese é produto de uma coletividade, de uma comunidade de pessoas que não me deixaram desistir no momento mais frágil do processo de escrita, em que o bloqueio acadêmico me levava a duvidar das minhas capacidades e não me permitia caminhar e são a essas pessoas que devo a minha mais visceral gratidão. Desse modo, agradeço especialmente:

A Nossa Senhora Aparecida, que como devota que sou, rezava diariamente para que o caos que acontecia dentro de mim e que me levava a escuridão das ideias pudesse ser silenciado e que avivasse em mim a limpidez do pensamento.

A minha mãe Maria do Socorro e a meu pai Antônio Carlos que sempre acreditaram em meu potencial, abdicaram muitas vezes dos seus sonhos para que eu pudesse, aos 14 anos, sair de Serra Talhada e viesse estudar na capital; que estão ao meu lado, me apoiando em qualquer decisão que tome na vida.

Ao meu amor e parceiro de vida João Paulo Torres que está comigo em todos os momentos, me apoiando nos inúmeros projetos, presente em todos os eventos que participo e que é minha calma, sempre com uma palavra de delicadeza para sossegar o meu caos emocional.

A minha família sertaneja (popularmente conhecida como os “cururus” de Serra Talhada) tios, tias, primos e primas-irmãs que são meu orgulho, minha força, resistência, os meus laços mais profundos de amor e é lá que os meus pés sempre estão, na minha cidade e

na casa de Dona Ana de Sousa, porque foi lá que aprendi a ser gente, a gostar de gente, a respeitar as diferenças de raça, gênero, orientação sexual e a lutar contra as desigualdades sociais que assolam o nosso país.

Ao meu orientador Prof. Dr. Ivo Dantas por todos os ensinamentos, por acreditar sempre em mim, por não me ter permitido desistir quando liguei para ele para falar dessa possibilidade e ele prontamente disse: *“você não vai desistir, nós estamos juntos nessa jornada”*.

A minha coorientadora Profa. Dra. Carina Gouvêa que talvez nem tenha noção do quanto ela foi imprescindível nesse caminhar, do quanto uma ligação telefônica em abril de 2020 transformou completamente esse caminho. Quando o bloqueio acadêmico tomou conta de mim e não conseguia escrever absolutamente nada e querendo desistir da tese, eis que ela atende meu telefone e disse algo fundamental para o processo de superação: *“Anna Priscylla seu nome não combina com desistência, lembre-se você é uma sertaneja e nós duas estamos juntas nesse processo”*. A partir daí tudo se tornou claro, compreendi que era necessário viver esse momento de fragilidade para que eu pudesse encontrar as forças dentro de mim e ter a coragem de continuar no caminho.

A Prof. Ivo e a Profa. Carina devo a minha gratidão e a admiração por terem me olhado não como uma máquina produtiva por trás de um *currículo lattes* e sim como uma humana que precisa compreender que não é, e não quer ser, uma super-heróína.

A minha querida amiga Eduarda Peixoto da Cunha França, minha amada Dudinha, presente que o grupo de pesquisa da Profa. Carina Gouvêa me proporcionou, pois foi lá que nos encontramos para não mais nos separarmos. Duda foi fundamental para o processo de ressignificação da minha escrita, ela foi a pessoa que ficou insistindo que escrevêssemos um artigo juntas para um evento e a partir desse texto a minha criatividade ressurgiu. Agradeço por todo o apoio, pelas nossas longas conversas de assuntos acadêmicos e da vida, por ter a oportunidade de conviver com uma pessoa tão incrível e uma pesquisadora extremamente potente, brilhante e talentosa como ela é.

A Lana Borges, amiga de outras vidas e que a pandemia conduziu para que nesta vida nós pudéssemos nos reencontrar e nos reconhecêssemos na irmandade, no afeto, na amizade e na parceria. Agradeço aceitar o nosso trato de ser a minha “fiscal” de escrita e todos os dias mandar uma mensagem perguntando se eu já tinha aberto a tese para trabalhar nela, agradeço imensamente a paciência pelos áudios longos no *whatssap* escutando as minhas inseguranças, meus medos e as minhas muitas ideias, seu apoio foi fundamental para chegar até aqui.

As minhas amigas da vida Gina Gouveia, Helena Castro, Rosalina Freitas, Mariana de Siqueira, Tatiana Aguiar, Karolina Lins e Larissa Castilho que sempre foram minha rede de apoio emocional em todos os momentos, desde as trocas de ideias sobre a estrutura da tese até a escuta ativa e carinhosa das minhas vulnerabilidades e que sempre estavam ali para apoiar, dá afeto, acalmar e me fortalecer para que pudesse finalizar esse ciclo de vida.

Aos meus pesquisadores e pesquisadoras da Tributec que foram compreensivos nas minhas muitas ausências nas reuniões do grupo de pesquisa devido ao processo de finalização da tese.

A minha querida Carminha do PPDG/UFPE que sempre esteve disposta em me auxiliar, tirar as dúvidas e me acalmar durante a caminhada no programa, desde a época do mestrado.

A minha querida amiga Janine Lobo, que enquanto estava na representação dos doutorandos fez de tudo para solucionar nossas dúvidas e lutou por nossas reivindicações, em especial, durante a pandemia. Obrigada por seu carinho e amizade.

Aos meus muitos/as alunos/alunas e ex-alunos/alunas que são a minha fonte de renovação de energia e de criatividade, em especial, a Alê Spinelli, Taiza e Paulo Filho, que brinco que são os “meus filhos acadêmicos” e que sempre estiveram comigo me incentivando, desde o início da decisão de me submeter ao processo seletivo do doutorado e que estão presentes em todos os momentos da minha vida acadêmica e pessoal.

A minha querida amiga Ingrid Rodrigues, professora inspiradora de Português, que mesmo com os compromissos pessoais e profissionais separou um tempinho para fazer a revisão do presente texto.

E a todos os meus muitos professores e professoras que me inspiraram e me fizeram chegar até esse momento, bem como aos meus muitos amigos e amigas de vida, que embora não nominados aqui, tanto colaboraram direta ou indiretamente para que este trabalho se tornasse uma realidade.

Eu realmente não ando sozinha, sou o fruto de muitos entrelaçamentos de vidas e que essa oportunidade de encontros me transforma constantemente em uma pessoa melhor.



[..]

Os otimistas acreditam  
que esse mundo do aqui  
e agora é o melhor possível,  
enquanto os pessimistas suspeitam  
que os otimistas possam estar certos.  
Mas eu acredito (e não vejo uma razão  
válida para rever essa crença) que é  
possível um mundo diferente e de alguma  
forma melhor do que o temos agora.  
(BAUMAN, 2010, p. 87).

## RESUMO

O presente trabalho se propõe a análise do contexto do fortalecimento da jurisdição constitucional sedimentada no constitucionalismo de transformação social de 1988, investigando assim o desenho institucional e a incorporação da teoria da separação dos poderes a partir dos espíritos da independência, harmonia e cooperação e como a dissintonia entre os poderes brasileiros e as crises fiscal, econômica e estrutural do Estado de Bem-Estar Social levam a crise do sistema democrático nacional. Diante do cenário de crises e da inação dos Poderes Legislativo e Executivo na concretização dos valores constitucionais quanto a efetivação dos direitos fundamentais; o Poder Judiciário, em especial o STF, foi ocupando os espaços vazios por meio do controle de constitucionalidade, seja ele abstrato ou difuso, exercendo o papel de “pagador de promessas” frente à implementação dos direitos fundamentais sociais. O aprofundar dessa crise culmina com o enfrentamento do litígio estrutural apresentado na ADPF nº. 347/2015, em que o STF reconhece pela primeira vez no ordenamento jurídico pátrio o estado de coisas inconstitucional. Perante a isso, através da metodologia analítica descritiva, tendo como método o bibliográfico-documental e a técnica de coleta de dados documental indireta e de análise de dados qualitativa-quantitativa, passamos a refletir sobre uma nova perspectiva de controle de constitucionalidade no Brasil, denominada estruturante, em que o Poder Judiciário deixa de ser o protagonista do processo decisório como acontece no modelo de jurisdição tradicional, que tem como finalidade apenas sanar a lesividade do direito violada, para no exercício da jurisdição estrutural se transformar em um grande coordenador de um plano de trabalho construído de forma democrática entre os poderes e a sociedade civil para fins de desenhar ou redesenhar uma política pública de efetivação de direitos fundamentais sociais em razão da falha estrutural demonstrada e que ocasiona uma violação massiva, sistêmica e generalizada de direitos humanos e fundamentais. Assim, em consequência da complexidade que envolve a engenharia decisória em demandas de estado de coisas inconstitucional, é necessário a estruturação de uma metodologia de decisão que tenha as atribuições dialógica e cooperada com o intuito se transverter em um estímulo a superação das crises do Sistema Democrático Brasileiro.

**Palavras-chave:** Controle de Constitucionalidade Estruturante. Crises. ECI

## ABSTRACT

This paper intends to analyze the context of the constitutional jurisdiction strengthening rooted in the social transformation constitutionalism of 1988, investigating the institutional design and the incorporation of the Theory of Separation of Powers from the spirits of independence, harmony and cooperation, and how the dissonance between the Brazilian constitutional Powers and the fiscal, economic and structural crises of the Welfare State lead to the crises of the national democratic system. Facing the scenario of crises and inaction of the Executive and Legislative Branches of Power regarding the implementation of constitutional values relating to the realization of fundamental rights, the Judicial Branch, specifically the Supreme Federal Court (STF), began to occupy the empty spaces through the judicial review (diffuse or centralized system), playing the role of “promise payer” for the implementation of fundamental social rights. The deepening of this crisis culminates in the confrontation of the structural litigation presented in the ADPF 347, from 2015, in which the STF recognized the State of Unconstitutional Affairs for the first time in the Brazilian legal system. Through the descriptive analytical methodology, using the bibliographic-documentary method and the indirect documentary data collection technique and qualitative-quantitative data analysis, we began to reflect a new perspective of judicial review in Brazil, named structuring, in which the Judiciary is no longer the main protagonist of the decision-making process as it happens in the traditional jurisdiction model, being intended only to remedy the harm of the violated right, for the exercise of structural jurisdiction to become a major coordinator of a work plan built in a democratic way between the Branches of Power and civil society, for the purpose of designing or redesigning a public policy for the realization of fundamental social rights due to the demonstrated structural failure and that it causes a massive, systematic and widespread violation of human and fundamental rights. Thereby, as a result of the complexity engineering involved in the decision in demands linked to the State of Unconstitutional Affairs, it is necessary to structure a decision methodology that has dialogic attributions and cooperates with the intention of transverting into an incentive to overcome the crises of the Brazilian Democratic System.

**Keywords:** Structuring Judicial Review. Crises. Unconstitutional State of Affairs (ECI).

## LISTA DE GRÁFICOS

|              |                                                                                       |    |
|--------------|---------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Gráfico 01 – | Carga Tributária Brasil, América Latina e Caribe                                      | 47 |
| Gráfico 02 – | Variações Orçamentárias de 2014-2017 em investimentos em programas de proteção social | 51 |
| Gráfico 03 – | Processos Recebidos por ano no STF                                                    | 72 |
| Gráfico 04 – | Número Total de Processos Originários recebidos pelo STF em 2019                      | 73 |
| Gráfico 05 – | Processos recebidos no STF relacionados a pandemia do Covid-9 em 2020                 | 75 |
| Gráfico 06 – | Ações Direta de Inconstitucionalidade recebidas pelo STF em 2020                      | 76 |
| Gráfico 07 – | ADIN e ADPF recebidas pelo STF referente a pandemia do Covid-19                       | 76 |
| Gráfico 08 – | Quantidade de Recursos recebido por classe em 2019 no STF                             | 80 |

## **LISTA DE TABELAS**

|                                                                             |    |
|-----------------------------------------------------------------------------|----|
| Tabela 01 – Quantidade de Ações de Controle de Constitucionalidade Abstrato | 73 |
|-----------------------------------------------------------------------------|----|

## **LISTA DE FLUXOGRAMAS**

|                 |                                                                                    |     |
|-----------------|------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Fluxograma 01 – | Síntese da metodologia proposta em demandas de alta complexidade: deflagrado o ECI | 168 |
|-----------------|------------------------------------------------------------------------------------|-----|

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

|         |                                                         |
|---------|---------------------------------------------------------|
| ADPF    | Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental      |
| CF/1924 | Constituição Brasileira de 1824                         |
| CF/1891 | Constituição Federal de 1891                            |
| CF/1934 | Constituição Federal de 1934                            |
| CF/1937 | Constituição Federal de 1937                            |
| CF/1946 | Constituição Federal de 1946                            |
| CF/1967 | Constituição Federal de 1967                            |
| CF/1988 | Constituição Federal de 1988                            |
| CCC     | Corte Constitucional Colombiana                         |
| CNJ     | Conselho Nacional de Justiça                            |
| DESC    | Direitos Econômicos, Sociais e Culturais                |
| EC      | Emenda Constitucional                                   |
| ECI     | Estado de Coisas Inconstitucional                       |
| OCDE    | Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico |
| ONU     | Organização das Nações Unidas                           |
| STF     | Supremo Tribunal Federal                                |
| TRF-1ª  | Tribunal Regional Federal da 1ª Região                  |

## SUMÁRIO

|          |                                                                                                                                                                   |            |
|----------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>1</b> | <b>INTRODUÇÃO</b>                                                                                                                                                 | <b>18</b>  |
| <b>2</b> | <b>A IDEOLOGIA DO ESTADO BRASILEIRO DE 1988 E AS CRISES DO SEU SISTEMA DEMOCRÁTICO</b>                                                                            | <b>23</b>  |
| 2.1      | ANÁLISE DO DESENHO INSTITUCIONAL E A INCORPORAÇÃO DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES                                                                              | 26         |
| 2.1.1    | <b>Teoria da Separação dos Poderes de Charles de Montesquieu no constitucionalismo brasileiro</b>                                                                 | <b>29</b>  |
| 2.1.2    | <b>E a dissintonia entre os Poderes no Constitucionalismo de 1988</b>                                                                                             | <b>36</b>  |
| 2.2      | AS DIMENSÕES DAS CRISES NOS SUBSISTEMAS                                                                                                                           | 42         |
| 2.2.1    | <b>Crise Fiscal</b>                                                                                                                                               | <b>45</b>  |
| 2.2.2    | <b>Crise Econômica</b>                                                                                                                                            | <b>49</b>  |
| 2.2.3    | <b>Crise dos Fundamentos do Estado de Bem-estar social de 1988</b>                                                                                                | <b>52</b>  |
| <b>3</b> | <b>A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DE 1988: QUEM É O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO?</b>                                                                                    | <b>56</b>  |
| 3.1      | SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988                                                                                                | 65         |
| 3.1.1    | <b>Controle de Constitucionalidade Abstrato como instrumento de proteção da Supremacia Constitucional</b>                                                         | <b>69</b>  |
| 3.1.2    | <b>Controle de Constitucionalidade Difuso e a democratização dos debates de inconstitucionalidade</b>                                                             | <b>77</b>  |
| 3.2      | STF E O PAPEL DE “PAGADOR DE PROMESSAS” PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS                                                                                    | 82         |
| 3.2.1    | <b>A densidade econômica dos Direitos Fundamentais Sociais</b>                                                                                                    | <b>86</b>  |
| 3.2.2    | <b>Entre a reserva do possível e o mínimo vital: existe uma alternativa?</b>                                                                                      | <b>89</b>  |
| 3.2.3    | <b>A natureza fundamental e o dilema da sua implementação gradual em face da ideologia constitucional de 1988 como forma de concretização dos anseios sociais</b> | <b>95</b>  |
| <b>4</b> | <b>PROCESSO ESTRUTURANTE: UMA ESTRATÉGIA DE DESBLOQUEIO INSTITUCIONAL COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b>                                       | <b>100</b> |



|       |                                                                                                                                                                     |     |
|-------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 4.1   | DEFINIÇÃO SEMÂNTICA DE LITÍGIO ESTRUTURAL E PROCESSO ESTRUTURAL                                                                                                     | 101 |
| 4.1.1 | <b>Processo Estrutural em contraponto às Ações Individuais na eficácia e efetivação de Direitos Fundamentais Sociais: qual o meio financeiramente mais viável?</b>  | 107 |
| 4.2   | EXPERIÊNCIAS DE PROCESSOS ESTRUTURAIS                                                                                                                               | 111 |
| 4.2.1 | <b>Estados Unidos da América</b>                                                                                                                                    | 111 |
| 4.2.2 | <b>Colômbia</b>                                                                                                                                                     | 114 |
| 4.2.3 | <b>África do Sul</b>                                                                                                                                                | 120 |
| 4.3   | BRASIL E O PRELÚDIO ESTRUTURANTE NO STF                                                                                                                             | 122 |
| 4.4   | O DEBATE NO LEGISLATIVO PARA INCORPORAÇÃO DO PROCESSO ESTRUTURANTE                                                                                                  | 129 |
| 4.4.1 | <b>Projeto de Lei do Senado Federal nº. 736/2015</b>                                                                                                                | 130 |
| 4.4.2 | <b>Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº. 4441/20</b>                                                                                                           | 132 |
| 4.4.3 | <b>Projeto de Lei do Conselho Nacional de Justiça nº. 4778/2020</b>                                                                                                 | 134 |
| 5     | <b>CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE CONSTITUCIONALIDADE ESTRUTURANTE NO BRASIL: UMA PROPOSTA METODOLÓGICA PARA SUPERAÇÃO DAS CRISES DOS SISTEMAS DEMOCRÁTICOS</b> | 136 |
| 5.1   | ADPF Nº. 347/2015 E O RECONHECIMENTO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL                                                                                           | 142 |
| 5.1.1 | <b>Delimitação dos pressupostos</b>                                                                                                                                 | 145 |
| 5.1.2 | <b>Estrutura decisória do STF na ADPF nº. 347/2015</b>                                                                                                              | 152 |
| 5.2   | PROPOSTA DE METODOLOGIA DECISÓRIA EM DEMANDAS DE ALTO GRAU DE COMPLEXIDADE: DEFLAGRADO O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL                                          | 165 |
| 5.2.1 | <b>Fase introdutória</b>                                                                                                                                            | 168 |
| 5.2.2 | <b>Fase de mérito</b>                                                                                                                                               | 171 |
| 5.2.3 | <b>Fase pactual</b>                                                                                                                                                 | 174 |
| 5.2.4 | <b>Fase de fiscalização</b>                                                                                                                                         | 176 |
| 5.2.5 | <b>Fase de monitoramento</b>                                                                                                                                        | 178 |
| 5.2.6 | <b>Fase de superação</b>                                                                                                                                            | 184 |
| 6     | <b>CONCLUSÕES</b>                                                                                                                                                   | 187 |



## 1 INTRODUÇÃO

As questões levantadas quanto ao fortalecimento da jurisdição constitucional em 1988, tanto pela sociedade brasileira de forma geral que não consegue compreender a atuação do Poder Judiciário, em particular, do Supremo Tribunal Federal que exerce uma função contramajoritária na concretização dos direitos e valores constitucionais, bem como a inação dos Poderes Legislativo e Executivo na materialização das transformações sociais desenhadas pela Constituição Cidadã, associada a uma relação conflituosa entre os Poderes Republicanos vem proporcionando um ambiente de crises no nosso sistema democrático.

Essas crises do sistema democrático brasileiro começam a colocar em questionamento a ideologia constitucional de 1988, já esclarecendo que ao nos referirmos na presente tese quanto a conceituação de ideologia, estamos adotando o seu sentido jurídico albergado nas lições de Ivo Dantas ao estabelecer que essa ideologia constitucional representa os valores sedimentados no processo de criação de um texto constitucional, ou seja, a ideologia sinaliza que a constituição é dotada de supremacia constitucional, logo essa “alma da constituição” precisa ser protegida e mantida sempre viva pelos instrumentos de suprallegalidade que são: o controle de constitucionalidade e as cláusulas de imutabilidade relativa (cláusulas pétreas).

Ou seja, a ideologia constitucional de 1988 representada pelos valores estabelecidos desde do preâmbulo ao apresentar que o Estado democrático será destinado para assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça social como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, vem sendo alvo de constantes ataques com o passar dos anos no processo de maturidade desse texto, seja em face de uma incorporação incompleta dos espíritos pensados por Montesquieu ao arquitetar a Teoria da Separação dos Poderes, uma vez que não evoluímos a contento ainda na cultura do diálogo e cooperação entre os nossos Poderes, ao contrário, estes estão em constante dissintonia, o que fomenta uma ambiência de instabilidade, alinhado a existência das crises nos subsistemas fiscais e econômico, que estão contribuindo para uma desconfiguração dos alicerces do Estado de Bem-Estar Social.

No Brasil de 1988 nos deparamos com uma engenharia complexa para tentarmos compatibilizar a efetividade dos direitos fundamentais individuais e sociais, um sistema fiscal que deve ser projetado para instrumentalizar a transformação da sociedade sendo um mecanismo de redução de desigualdades sociais e regionais, uma política econômica que gere

emprego e renda, fomenta o desenvolvimento do país, mas ao mesmo tempo garanta condições de trabalho digna aos trabalhadores brasileiros e uma atuação dos atores políticos comprometida na realização prática desse texto constitucional.

No momento em que todas essas estruturas não trabalham de forma coordenada em prol de um bem comum, ou seja, a consumação de um Brasil justo, solidário, comprometido com a erradicação da pobreza, que promova o bem de todos sem preconceito e garanta o desenvolvimento nacional, essa desconexão, em especial, entre os Poderes Republicanos, quando detectamos de um lado uma inércia na atuação dos Poderes Legislativo e Executivo no sentido de implementar políticas públicas que efetivem direitos fundamentais proporcionando aos brasileiros uma estrutura de vida digna, e de outro uma hiperlitigiosidade das relações humanas e do modo de se viver em sociedade no país, levou não só ao fortalecimento do Poder Judiciário como um todo, em específico, da atuação do próprio STF.

É verdade que essa arquitetura de 1988 proporcionou um desenvolvimento da jurisdição constitucional através da ampliação das ações do controle de constitucionalidade abstrato e dos seus legitimados, bem como da democratização do debate por meio do controle de constitucionalidade difuso, no entanto, a cada nova demanda de controle que tinha como objeto a implementação de direitos fundamentais sociais ante a inexistência ou a insuficiência de uma política pública, o STF era questionado quanto à sua legitimidade de atuação no controle judicial dessas políticas, visto que o seu desenho é competência dos poderes majoritários Legislativo e Executivo.

Contudo, é necessário frisar que a própria Constituição estabeleceu no art. 5º parágrafo primeiro, que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, ou seja, os direitos tutelados no texto precisam ser concretizados na realidade social e na hora que temos falha no processo dessa concretização, os cidadãos que querem comida, educação, saúde, moradia, trabalho, transporte, previdência, batem as portas do Judiciário na busca de terem os seus direitos reconhecidos.

Essa crescente judicialização levou no âmbito do STF a um debate quanto a limitação dos recursos públicos e a aplicabilidade da reserva do possível na efetivação de direitos fundamentais sociais, porém o próprio Supremo ao decidir a ADPF nº. 45/2004 referente a consagração do direito fundamental à saúde estabeleceu que não é possível as instâncias governamentais se valerem da reserva do possível para manterem-se inertes na efetivação de políticas públicas pertinentes aos direitos fundamentais sociais, ante a sua aplicabilidade imediata e que os governos devem estabelecer um planejamento orçamentário

que venha a gradualmente implementá-los na prática a partir do cumprimento de metas pré-definidas.

Em face dessa atuação do STF e o papel de “pagador de promessas” para efetivação dos direitos sociais, nasce outro debate no sistema brasileiro frente ao avanço da jurisdição constitucional, relacionado aos problemas estruturais do Estado no desenvolvimento de políticas públicas que ante as falhas de estrutura apresentadas culminam em uma violação generalizada, sistêmica e massiva de direitos fundamentais e humanos ao ponto do Supremo reconhecer o estado de coisas inconstitucional quando demandado em sede de controle de constitucionalidade.

O estabelecimento desse debate no Brasil inicia com a ADPF nº. 347/2015 em que se pleiteava a declaração do estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro em razão das violações generalizadas de direitos fundamentais e humanos vivenciadas pela população carcerária, o que levou ao STF a recolher pela primeira vez no país em sede de medida cautelar, que a situação penitenciária se enquadrava nos requisitos do ECI e que era necessário intervenção estrutural na política pública carcerária.

A partir da decisão da medida cautelar proferida pelo STF em sede da ADPF nº. 347/2015 dois efeitos imediatos surgiram: o primeiro deles foi o efeito desbloqueador, ou seja, a possibilidade de desbloqueio da política pública carcerária no sentido de implementação de direitos fundamentais aos presos e o segundo o efeito simbólico, uma vez que a decisão inaugura no país vários estudos e debates não só acerca do estado de coisas inconstitucional, mas também ao desenvolvimento teórico dos litígios e processos estruturais.

Diante dessa situação, o caminho nos levou a refletir sobre uma modalidade de controle de constitucionalidade, aqui na tese denominada estruturante que sedimenta outra perspectiva decisória, pois saímos da análise de um processo bipolar em que o compromisso do julgador é apenas sanar a lesividade de forma individual daquele litígio posto, julgando a demanda através da jurisdição tradicional, para uma construção decisória atrelada a uma jurisdição estrutural cujo objetivo é afastar a supremacia judicial, para que o julgador se transforme em um coordenador de um plano de trabalho desenhado democraticamente entre os Poderes, outros atores institucionais e a sociedade civil atribuindo o diálogo e a cooperação na estruturação decisória, bem como a fiscalização e o monitoramento no processo de implementação da decisão na realidade social.

São questões complexas em face de estarmos frente a problemas policêntricos decorrentes de uma falha estrutural em uma política pública que efetive direitos fundamentais sociais e sejam levados ao STF, para que este reconheça e declare o estado de coisas

inconstitucional e que exigem do tribunal uma estrutura metodológica de decisão que prime pela abertura democrática.

Em face dessa problemática, a presente tese tem como objetivos, os seguintes:

- a) Analisar o desenho institucional e a incorporação da Teoria de Separação de Poderes de Montesquieu no constitucionalismo brasileiro, a dissintonia entre os poderes e como isso leva as crises do sistema democrático;
- b) Analisar os subsistemas de crises;
- c) Analisar o fortalecimento da jurisdição constitucional em 1988 e a atuação do STF frente ao controle de políticas públicas que efetivam direitos fundamentais sociais;
- d) Discutir as questões afetas ao litígio estrutural e ao processo estrutural como meio de desbloqueio de políticas públicas em relação aos direitos fundamentais sociais;
- e) Subsidiar ideias quanto ao controle de constitucionalidade estruturante e o desenvolvimento da jurisdição estrutural no STF;
- f) Refletir sobre possível proposta de metodologia decisória em demandas de alta complexidade quando o STF deflagrar o estado de coisas inconstitucional.

Para que possamos alcançar os presentes objetivos, a pesquisa foi estruturada através da metodologia analítica descritiva visando não só descrever e observar os institutos aqui trazidos, mas também tentar explicar as relações de causa e efeito que vem levando a uma possibilidade do desenvolvimento do controle de constitucionalidade estruturante no país, em específico, no âmbito do STF ao se deparar com demandas que envolvem o estado de coisas inconstitucional.

O método adotado é o bibliográfico documental com consultas a legislação, doutrina e jurisprudência nacional e estrangeira, alusivos à temática em debate, bem como a utilização de dados constantes em relatórios públicos que analisam a situação fiscal e econômica brasileira.

A técnica de coleta de dados utilizada é a documental indireta, visto que os dados presentes na tese já restavam coletados em sede de instituições públicas e privadas e a técnica de análise de dados é a qualitativa-quantitativa, pois os dados apresentados fundamentam o nosso entendimento e as reflexões críticas quanto as problemáticas aqui levantadas.

Além disso, destaca-se a relevância da pesquisa, óbvio que não temos nenhuma pretensão de esgotarmos o tema em discussão, e sim tentarmos proporcionar uma contribuição

para os debates dos processos estruturais no Brasil, particularmente, quanto ao desenvolvimento do controle de constitucionalidade estruturante podendo este ser um desafio para superação das crises do sistema democrático.

Salienta-se ainda, que dois sentidos semânticos permeiam a construção da presente tese, primeiro quanto a conceituação de crise já que adotamos um significado baumaniano para representar a crise como uma movimentação, um movimento, um processo de transformação para algo melhor, por isso que no nosso subtítulo utilizamos a palavra desafio como sinônimo de estímulo para superação das crises do sistema democrático, e assim esperamos que esta pesquisa contribua para o desenho de um modelo de construção decisória que incentive à cultura do diálogo e a cooperação entre os Poderes Republicanos.

Dessa forma, a tese está organizada em quatro capítulos de desenvolvimento, excetuando introdução e conclusão, cujo conteúdo é apresentado sinteticamente:

No Capítulo 2, com o título “A Ideologia do Estado Brasileiro de 1988 e as crises do seu sistema democrático”, apresentamos a estrutura valorativa do texto constitucional, o sistema de crises com a dissintonia entre os Poderes e as crises dos subsistemas democráticos.

No Capítulo 3, com o título “A Jurisdição Constitucional de 1988: quem é o guardião da Constituição?”, trazemos o debate do fortalecimento da jurisdição constitucional por meio da estrutura do controle de constitucionalidade e a atuação do STF na concretização dos direitos fundamentais sociais.

No Capítulo 4, com o título “Processo Estruturante: uma estratégia de desbloqueio institucional como meio de efetivação dos direitos fundamentais sociais”, demonstrando as questões referentes aos litígios e processos estruturais, bem como o prelúdio estruturante no STF e o debate no legislativo.

No Capítulo 5, denominado “Controle de Constitucionalidade Estruturante no Brasil: uma proposta metodológica para superação das crises dos sistemas democráticos”, enfrentamos a decisão do STF em sede da ADPF nº. 347/2015 e propomos uma ideia de metodologia decisória em demandas de alta complexidade ao se deflagrar o ECI.

Por fim, com fundamentos nos processos de reflexão e investigação, apresentamos as nossas conclusões e propostas como forma de contribuir para o desenvolvimento do controle de constitucionalidade estruturante, sendo este uma ferramenta possível para fomentar a cooperação e o diálogo entre os Poderes e consequentemente fortalecer o sistema democrático brasileiro.

## **2 A IDEOLOGIA<sup>1</sup> DO ESTADO BRASILEIRO DE 1988 E AS CRISES DO SEU SISTEMA DEMOCRÁTICO**

O Estado Brasileiro de 1988 arquitetado através de uma Constituição que inaugura na nossa história constitucional uma nova era, um novo tempo de transformações sociais com o olhar visionário para construção de uma sociedade solidária, garantista de direitos fundamentais, comprometida com a erradicação da pobreza e com a redução das desigualdades sociais e regionais diante do estabelecimento de uma política de desenvolvimento econômico nacional e que concretize a liberdade de se viver de forma plural sem qualquer forma de preconceito de raça, gênero, orientação sexual, cor, etnia repudiando assim quaisquer atos discriminatórios por parte das instituições estatais ou da sociedade civil organizada.

Nesse projeto engenhoso para construção desse texto constitucional que moldou a estrutura estatal de 1988, 559 atores de espectros políticos diversos participaram da composição da Assembleia Nacional Constituinte instalada em 01 de fevereiro de 1987 e que tinham a missão de construir um novo país centrado na valorização da dignidade da pessoa humana, justiça social, nas liberdades, na igualdade entre homens e mulheres, no fortalecimento da cidadania, da soberania popular, com a previsão da limitação da atuação do Estado sendo este guiado pelo cumprimento do princípio da legalidade, com a previsão de instrumentos de democracia participativa e com a ideação estratégica da independência e harmonia entre os Poderes republicanos na busca da formação dos consensos para a consolidação do sistema democrático.

Inclusive no processo de elaboração do texto constitucional de 1988, a formação dos consensos políticos foi fundamental para o nascimento de uma Constituição vanguardista, mesmo com uma constituinte majoritariamente conservadora e masculina, uma vez que dos 559 constituintes apenas 25 deles eram mulheres e que fizeram um trabalho primoroso na luta da inclusão da igualdade de gênero<sup>2</sup> no texto constitucional e consequentemente no

---

<sup>1</sup> É importante esclarecer que optamos como marco teórico as lições do Prof. Dr. Ivo Dantas sobre a temática da ideologia constitucional do Estado Brasileiro de 1988, posto que nos alinhamos ao seu pensamento teórico, para fins de reconhecer que a ideologia constitucional representa os valores sociais, econômicos e culturais postos no texto com o objetivo de manter “viva a alma constitucional”. Para aqueles que se interessarem pelo assunto recomendamos as leituras das obras DANTAS. Ivo. Teoria do Estado Contemporâneo. Curitiba: Juruá; DANTAS. Ivo. Constituição & Processo. 2ª ed. 1ª reimp. Curitiba: Juruá, 2010.

<sup>2</sup> A bancada feminina realiza um processo de escuta nacional que tinha como slogan “Constituinte para valer tem que ter palavra de mulher” e entregam em 26 de março de 1987 a “Carta das Mulheres” pleiteando vários direitos referente a igualdade de direitos e deveres fundamentais entre homens e mulheres, ao acesso ao mercado



reconhecimento de outros direitos para as mulheres dispostos ao longo das disposições constitucionais.

A visão ideológica política na composição dos 559 membros da Constituinte de 1987 foi disposta a partir de uma pesquisa apresentada por David Fleischer (1987, p. 16) da seguinte maneira: esquerda com 9% de representantes, Centro-Esquerda 23%, Centro 32%, Centro-Direita 24% e Direita 12%. Assim, percebe-se que pela composição da Assembleia, esta foi majoritariamente comandada pelos seguimentos centristas e qualquer proposta que quisesse obter êxito no seu processo de aprovação precisaria do apoio do centro.

Salienta-se que o Estado Brasileiro de 1988 surge através da formação dos consensos políticos entre siglas partidárias que atuavam em campos políticos, culturais e econômicos diversos para se instalar um sistema democrático que viabilizasse os “direitos de cidadania e a prática democrática entre Estado e sociedade” (LOPES, 2008, p. 229).

Essa prática democrática é estruturada desde o preâmbulo da Constituição, representando a expressão da supremacia constitucional do texto, o que nas lições de Ivo Dantas (2016, p. 226) se denomina de ideologia constitucional que “significa um conjunto de ideias que formam um programa, uma estratégia relacionada com a ordem política e social, visado defendê-la ou modificá-la”. Dessa forma, a ideologia constitucional do Estado Brasileiro de 1988 centrada nos valores constitucionais estabelecidos no texto e que devem permanecer ativos ao longo do processo de amadurecimento da democracia são verdadeiros alicerces de sustentabilidade do sistema democrático brasileiro assentido na constituinte.

Essa formação ideológica do Estado Brasileiro de 1988 é resultante também da busca de equilíbrios importantes para o seu funcionamento. Conforme os ensinamentos de Júlio Aurélio Vianna Lopes (2008, p.229-241) seriam três esses equilíbrios essenciais:

1º) Parceria entre as **elites burocráticas de Estado e os movimentos sociais organizados** e que juntos compõem os pólos da “cidadania regulada”, ou seja, organismos estatais reguladores e as entidades da sociedade civil organizada que pugnavam pela emancipação da regulação autoritária e pela inserção no aparelho do Estado;

2º) A composição entre **duas tendências econômicas fundamentais**: um mais liberal e a outra mais intervencionista;

---

de trabalho, a igualdade no seio familiar, a proteção contra a violência doméstica, a decisão do planejamento familiar ser uma decisão livre do casal, a proibição de discriminação no mercado de trabalho dentre outros direitos que foram conquistados na Constituição de 1988. Recomendamos para leitura a Coletânea Mulheres na Constituinte organizada pela Câmara dos Deputados Federais. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/destaque-de-materias/mulher-constituente> .

3º) E **compatibilização dos elementos que compõem o sistema de governo**, uma vez que o presidencialismo constitucionalizado agrega dispositivos parlamentaristas em seu funcionamento, e eles devem estar delineados de modo a contribuir para o exercício da **parceria governamental entre o Congresso Nacional e a Presidência da República**. (negritos nossos).

Um dos grandes questionamentos é como compatibilizar no delongar do processo de amadurecimento democrático brasileiro todos esses atores: o poder coletivo da população, as políticas econômicas pregadas pelo livre mercado, a concretização dos direitos fundamentais e o diálogo entre os Poderes republicanos? Se com o passar dos anos ainda temos empecilhos para incorporação dos valores constitucionais firmadas pela Constituição de 1988, o que vem ocasionando a crise do seu sistema democrático.

Se de um campo temos a inserção das políticas de livre mercado, do outro as restrições impostas pelo discurso de austeridade econômica comprometem a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente, os sociais que demandam um planejamento financeiro-orçamentário para o seu cumprimento.

Da mesma forma, a ausência de participação da sociedade civil nas estruturas democráticas como presença em audiências públicas no âmbito dos poderes; na ocupação de conselhos estatais que estruturam as políticas públicas para implementação de direitos fundamentais, nas diretrizes de composição do orçamento participativo, da ocupação de espaços nas comissões de legislação participativa, no exercício da tribuna popular nas casas legislativas em todos os níveis federativos, no monitoramento dos temas de ajuste de conduta firmados pelo Ministério Público entre outros espaços democráticos, faz com que ocorra uma incompletude na sedimentação do sistema democrático brasileiro.

Além do mais a ausência de diálogo entre os Poderes é outro fator importante que precisa ser ponderado na conjuntura de crise do sistema democrático nacional, uma vez que a falta de compromisso constitucional dos Poderes Legislativo e Executivo no sentido de concretizar os valores constitucionais de 1988, levaram a formação de um vácuo político que venho sendo ocupado pela atuação do Poder Judiciário, especificamente, do Supremo Tribunal Federal ao ser acionado para resolver problemas de implementação dos diversos direitos fundamentais previstos no texto constitucional.

Essa fissura democrática decorrente da falta de diálogo institucional entre os Poderes, é agravada quando aqueles que ocupam o espaço de poder proferem “discursos que denunciam a democracia como um estado de sociedade perigoso para o bom governo” (RANCIÉRE, 2014, e-book), atacando assim as instituições democráticas, advertindo as

manifestações populares como atos de terrorismo, tripudiando com a ordem constitucional e ameaçando romper com o Estado Democrático de Direito.

Ressalta-se, como bem defende Hesse (1991, p. 19) “embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas” e para que essa força ativa seja concretizada precisa existir disposição de toda a sociedade, em particular, daqueles que possuem a responsabilidade do exercício da ordem constitucional, ou seja, “não basta apenas ter vontade de poder, mas também a vontade de Constituição”. (HESSE, 1991, p.19).

Nesse sentido, uma análise importante sobre o desenho do sistema democrático brasileiro deve levar em consideração a incorporação no texto constitucional da Teoria da Separação dos Poderes entendida não apenas como um mecanismo de divisão de funções entre o Legislativo, Executivo e Judiciário, mas como um espelho estrutural do funcionamento institucional das forças políticas nacionais, para fins de alicerçar a ordem democrática. Frisa-se assim, que “os regimes democráticos não consistem em pontos de chegada; são as bases institucionais para o desenvolvimento da cidadania em seus Países” (LOPES, 2008, p. 229).

Logo, para compreendermos as crises do sistema democrático e dos seus subsistemas no Brasil é essencial vislumbrarmos a estruturação dos Poderes, para que possamos apontar as fragilidades institucionais e assim buscarmos mecanismos para a sua superação e finalmente realizarmos o projeto constitucional de 1988 que ainda está inacabado.

## 2.1 ANÁLISE DO DESENHO INSTITUCIONAL E A INCORPORAÇÃO DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Para entendermos o funcionamento do Estado Brasileiro é necessário que possamos analisar a sua arquitetura institucional compreendendo que a incorporação da Teoria da Separação de Poderes centrada na divisão de funções estabelecida na atuação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário é o que culminará na definição das limitações estatais, na concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos e consequentemente na própria efetivação dos valores constitucional.

Como ensina Carina Gouvêa (2015. p.173) “o desenho institucional foi projetado primeiramente para organizar o Estado, seja na definição de suas competências, mas também atribuindo funções a órgãos específicos”, exatamente para que pudéssemos ter uma atuação

estatal a partir do pensamento de Montesquieu<sup>3</sup> que contemplasse uma divisão orgânica separada, ou seja, pessoas distintas exercendo o poder em uma democracia para evitarmos a sua centralização, a especificidade de cada uma das funções legislativa, executiva e judiciária e por fim um elemento fundamental, o exercício da cooperação entre esses poderes, já que apesar de Montesquieu estabelecer a independência e a harmonia de atuação evitando que um poder ingressasse no exercício funcional de outro, o mesmo previu o espírito da cooperação como forma de evitar “abusos de poder e para que o poder detenha o próprio poder”, entretanto esse exercício para ele só se “encontra nos governos moderados” (MONTESQUIEU, 2010, p.167-168).

Dessa forma, essa divisão funcional dos Poderes implica que cada um deles atue a partir da sua especialização possuindo o Executivo o exercício da administração/execução, o Legislativo sendo responsável pela emissão de atos normativos e o Judiciário com a competência de julgamento, ou seja, na visão de Montesquieu a aplicação da Teoria da Separação dos Poderes era dotada ainda de uma rigidez não admitindo a flexibilização ou interpenetração de funções, porém mesmo com o formato mais enrijecido detinha a harmonia e a cooperação como iluminação para o seu funcionamento, uma vez que para ele “o amor em uma república é um sentimento e não uma série de conhecimento, bem como o amor nessa mesma república é a democracia, e o amor da democracia é a igualdade”, ou seja, os três poderes deveriam atuar imbuídos pelo amor republicano e democrata, pois só assim era que as “leis iriam mortificar o orgulho da dominação” (MONTESQUIEU, 2010. p.59-70).

Todavia, essa rigidez da perspectiva de Separação de Poderes de Montesquieu teve que ser flexibilizada no desenho do modelo de Estado Moderno a partir da revolução americana que culminou na Constituição dos EUA de 1787, quando os federalistas<sup>4</sup> inspirados pelo pensamento do próprio Montesquieu desenvolveram o sistema de freios e contrapesos, para que fosse possível uma interpenetração de funções entre os poderes, com a

---

<sup>3</sup> É importante assinalar que estamos partindo da concepção de Separação de Poderes de Montesquieu, mas se faz necessário frisar que o ideário da primeira análise de Separação de Poderes é remontada a visão aristotélica, quando Aristóteles na sua obra “A Política” que em todo tipo de governo sempre vai existir três poderes e assim vislumbra três campos funcionais da atuação deles: “Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas. O primeiro destes três poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado. O segundo compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de satisfazê-las. O terceiro abrange os cargos de jurisdição.” Entretanto, na ideia Aristotélica essas três funções poderiam estar subordinadas a um único Poder e para ele esse Poder deveria ser o Rei, já que para ele: “A monarquia é, na nossa opinião, um dos melhores regimes”. (ARISTÓTELES. **A política**. [s.n] 2001. p. 88-104. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh\\_aristoteles\\_a\\_politica.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_aristoteles_a_politica.pdf) )

<sup>4</sup> Os Federalistas é nome dado a Madison, Jay e Hamilton que escreveram o livro “O Federalista” em que reúne oitenta e cinco artigos decorrente de reuniões ocorridas na Filadélfia e que resultaram na Constituição Americana de 1787.

possibilidade de tornar maleável a teoria, evitando por sua vez a separação das funções de forma estanque e consequentemente, possíveis colapsos graves na atuação dos mesmos.

Nas palavras de Oscar Vilhena Vieira (2018, p. 121-122), a partir da inspiração na obra de Montesquieu e a necessidade de estabelecer uma nova diretriz com a união das colônias americanas impulsionaram Madison a desenvolver uma maleabilidade na Teoria da Separação de Poderes sendo também um instrumento para conter o próprio poder, *in litteris*:

Àquele momento parecia consensual que a separação de poderes era um mecanismo essencial para impedir o poder absoluto. A lição de Montesquieu de que as liberdades somente seriam salvaguardadas se o poder estivesse dividido havia sido incorporado ao repertório dos revolucionários americanos. O problema, porém, é que não mais estava à disposição de Madison e seus contemporâneos os velhos estamentos da sociedade britânica. Portanto, a ideia de um governo misto, baseado na distribuição de funções entre as classes, precisava encontrar uma substituição. “A que meios devemos recorrer, para manter na prática a necessária separação de poder entre os diversos departamentos, tal como estabelecido na Constituição? A única resposta... [é imaginar] a estrutura interna do governo de tal forma que suas partes constituintes possam, através de suas relações mútuas, constituir os meios para manter-se umas às outras nos devidos lugares”.

Nessa linha, os Estados Modernos incorporam nos seus textos constitucionais a Teoria da Separação dos Poderes, que nas lições de Carina Gouvêa (2019, p.05) “ a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu art. 16, proclamou o “ princípio da separação dos poderes”, agora na condição de Direito Humano, que toda sociedade em que a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes, não têm em absoluto a Constituição”.

Logo, a incorporação da Separação dos Poderes levando em consideração todos os espíritos de Montesquieu divisão de órgãos, especificidade de funções e a cooperação, pode não apenas auxiliar no desenho institucional do Estado, para que crie instituições vinculadas ao ambiente do diálogo, bem como é fundamental para concretude na realidade do sentimento constitucional, especialmente, no caso das Constituições que dispõem de um amplo rol de direitos fundamentais, como o caso da Constituição Brasileira de 1988, e que exige uma comunhão de forças políticas diversas visando materializar os valores pactuados no processo constituinte.

No entanto, devemos refletir, se da Teoria da Separação dos Poderes quando bem incorporada à realidade social contribui para um bom desenho institucional, tanto para a promoção de um ambiente dialógico e de cooperação entre eles, bem como para a realização

da “alma” constitucional, então qual a razão de no Constitucionalismo Brasileiro de 1988 termos uma atuação deficitária dos Poderes no sentido do comprometimento com a implementação dos direitos fundamentais? Qual a razão para não termos um espaço voltado para o diálogo e a cooperação entre eles?

Para buscarmos respostas a esses questionamentos se faz necessário, analisarmos a incorporação da Teoria da Separação dos Poderes nas Constituições Brasileiras, para que possamos avaliar quais os espíritos de Montesquieu foram adotados ao longo dos textos constitucionais e assim verificarmos se tivemos um processo deficiente de materialização.

### **2.1.1 Teoria da Separação dos Poderes de Charles de Montesquieu no constitucionalismo brasileiro<sup>5</sup>**

No contexto das Constituições Brasileiras tivemos a incorporação da Teoria da Separação dos Poderes com espíritos diversos, de acordo com o momento histórico, político, econômico e social que decorreu o processo de nascimento de cada uma das nossas Constituições. Assim, o nascimento da primeira Constituição Brasileira foi precedido de insurgências, pois com a chegada da Família Real no Brasil, pelos idos de 1808, com o estabelecimento de uma Corte no Rio de Janeiro e com uma imposição tributária elaborada para manter as estruturas de privilégio da coroa em detrimento do bem-estar da população (OLIVEIRA, 2020, p. 120), fez com o processo revolucionário se fortalecesse, especialmente, na província com maior participação no superávit comercial da época, que era a de Pernambuco.

Interessante destacarmos, que o processo revolucionário pernambucano de 1817 altamente vanguardista no que se refere a limitação das incidências tributárias, na defesa das injustiças sociais e das liberdades de consciência e de imprensa, visou estabelecer uma República Democrática, apoiada pelas províncias do Ceará, Paraíba e Rio Grande Norte e culminou na promulgação de uma Lei Orgânica que tinha como estrutura a separação dos poderes, inspirada nas revoluções liberais setecentistas (CANTARELLI; SILVA, 2018, p.259).

---

<sup>5</sup> Ao nos referirmos a Teoria da Separação dos Poderes no constitucionalismo brasileiro, não estamos utilizando a acepção de constitucionalismo como um movimento de organização social em seu sentido *lato senso*, mas sim na sua dimensão estrita como alusão a texto constitucional positivado. Assim, estamos tratando da incorporação da Separação dos Poderes dentro das Constituições Brasileiras compreendendo dessa forma os seus espíritos em cada um dos textos e as consequências que decorrem desse processo de integração.

Frisa-se, que Pernambuco permanece independente do Reino Unido do Brasil e de Portugal por setenta e cinco dias, e a Lei Orgânica disciplinava uma separação de poderes entre o Legislativo, Executivo e Judiciário sem que essa separação fosse absoluta de acordo com as lições de Margarida Cantarelli e Altamir Silva (2018, p. 266-267):

Saliente-se que a Lei Orgânica ou Constituição da República de Pernambuco já continha a tripartição do Poder: a Legislatura, o Poder Executivo e o Poder Judiciário. **É fato que os Poderes não eram estanques. Alguma permeação ocorria. Nem mesmo na sua concepção teoricamente mais pura da tripartição existiu uma separação absoluta. Os Poderes devem ser harmônicos e na expressão de Marco Maciel, o importante é que sejam equipotentes. A equipotência produz o equilíbrio e conduz mais facilmente à desejada harmonia. A hipertrofia de qualquer dos Poderes compromete a estabilidade do próprio Estado.** (negritos nossos).

O processo revolucionário pernambucano acabou com uma repressão fortíssima, em que a Corte Brasileira saiu vencedora e ocasionou na execução dos insurgentes, dentre eles, Frei Caneca. Com o fortalecimento da Coroa após o fim da revolução pernambucana, rumamos a Proclamação da Independência do Brasil em 1822, a dissolução do processo constituinte de 1823 e a outorga da primeira Constituição em 25 de março de 1824.

Esse texto constitucional não incorporou o ideário da separação de poderes tripartite de Montesquieu, já que previu a existência de quatro poderes: Executivo, Legislativo, Judiciário e o Moderador, cabendo então ao Poder Moderador velar pela manutenção da independência, equilíbrio e a harmonia com os outros poderes, de acordo com o disposto no art. 98 da Constituição de 1824:

Art. 98: O Poder Moderador é a chave de toda organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.

Ou seja, apesar de ter sido a Constituição mais longa do País, pois durou sessenta e cinco anos, foi marcada por uma grande centralização do Poder no imperador, por uma concentração dos gastos orçamentários e fiscais da coroa, especialmente, para que os gastos fossem aumentados para o Imperador e a sua esposa, com a finalidade de manter a dotação dos príncipes, suas instruções e casamentos das princesas, conforme previsão do art. 108 da CF/1824 e sob o aspecto da separação dos poderes não adotou o espírito da cooperação previsto na teoria de Montesquieu.

Já a Constituição Republicana de 1891 projetada por Rui Barbosa, inaugurava no Brasil uma forma de Estado Federal, um regime de governo republicano e um sistema presidencialista, possuía noventa e um artigos e se dividia em cinco títulos: título I – organização federal; título II – Estados-membros; título III – Municípios, título IV- dos cidadãos brasileiros e título V- disposições gerais e transitórias.

Na Constituição o título I que se voltava para organização federal regulamentava “os Três Poderes Nacionais, segundo a clássica divisão de Montesquieu” (BALEEIRO, 2015, p. 29), assim com a extinção do Poder Moderador previsto na Constituição anterior, o Legislativo, Executivo e Judiciário passaram atuar de forma independente e harmônica, conforme as suas competências dispostas, sucessivamente, nos arts. 16, 41 e 55 da Constituição, porém o presente texto também não albergou o espírito da cooperação pensado por Montesquieu.

Ressaltamos, que a Constituição de 1891 marcada pelos ideários liberais durou quarenta anos, e durante esse período tivemos na incorporação da República um processo de higienização social, especialmente, na capital do Rio de Janeiro, com a definição de novos padrões de comportamento e perseguições daqueles que não se comportavam de acordo com a imposição das elites dominantes.

A Constituição de 1934, que teve como precedências as revoluções de 1930 e 1932 trás no seu bojo os ideários não apenas de um “projeto social-democrático”, como também a necessidade de se assegurar direitos de natureza coletivo voltados para a classe trabalhadora (POLETTI, 2015, p. 9), é um texto emblemático no sentido de prever os direitos ao salário-mínimo, sem distinção de sexo, determina a jornada de trabalho de até oito horas diárias, o direito ao recebimento de horas-extras, a garantia a assistência ao trabalhador em casos de enfermidades, as gestantes, o direito à greve e a sindicalização, a incorporação do voto feminino, a criação da justiça eleitoral, contudo é uma constituição que disciplinou no art. 138, alínea b o estímulo a uma educação eugênica.

No que se refere a estrutura dos Poderes, o texto de 1934 prevê a separação dos poderes de Montesquieu com a representação do Legislativo, Executivo e Judiciário, disposto no seu art. 3º, que esses poderes deveriam atuar de maneira independentes e coordenados entre si. Inclusive, ao longo do texto constitucional podemos encontrar outras passagens que remetem a cooperação entre os seguimentos do Estado como: capítulo V que trata o título “Da



coordenação dos Poderes”, no capítulo VI cujo título é “Dos órgãos de cooperação nas actividades governamentais”, no título IV da “ordem econômica e social” que trata no art. 121, § 5º sobre o papel da União em promover a cooperação com os Estados a organização de colônias agrícolas e no título I que trata da organização do Estado, quando no art. 17, VI é previsto como uma das vedações a federação a negativa de cooperação dos respectivos funcionários, no interesse dos serviços correlativos.

A Constituição de 1934 teve uma curta vigência durando apenas três, porém foi o único texto constitucional que adotou o elemento da cooperação conforme o ideário de Montesquieu.

A Constituição de 1937, por sua vez nasceu do golpe de Estado em um momento de muita instabilidade no país, objetivo, a princípio, era proteger a ordem social e política, porém provocou uma fratura na história constitucional brasileira a concentração de todo o poder em um modelo de autoritário e centralizado na figura do Presidente da República.

O texto constitucional como bem estabelece o preâmbulo foi outorgado para “atendendo às legítimas aspirações do povo brasileiro á paz política e social [...] atendendo ao estado de apreensão creado no paiz pela infiltração comunista [...] não dispunha o Estado de meios normaes de preservação e defesa da paz, da segurança e do bem estar do povo [...]” (BRASIL, 1937, p.01), ou seja, a instituição da Constituição outorgada era única possibilidade apresentada para reestabelecer a ordem no país.

A Constituição de 1937 apesar de prever a tripartição de Poderes entre Executivo, Legislativo e Judiciário, não havia qualquer independência entre eles, já que a atuação dos outros dois Poderes era controlada pela centralização do poder do Executivo, que era visto como autoridade suprema do Estado, tendo a função de coordenar as atividades dos órgãos representativos, conforme disposto no art. 73 do texto, bem como a atuação do Parlamento estava limitada a aprovação de legislação que dispusesse apenas regulamentos gerais, posto que as complementariedades seriam de competência do Presidente da República, o próprio Presidente poderia editar decretos-leis autorizados pelo Parlamento, por isso que a atuação do legislativo era exercida com a colaboração do Conselho da Economia Nacional e do Presidente da República e o Judiciário não poderia conhecer de questões exclusivamente políticas e caso viesse a declarar uma norma inconstitucional, essa decisão poderia perder o

efeito caso, o Presidente da República submetesse ao Parlamento e este confirmar a lei pelo voto de dois terços dos membros de cada casa.

Assim, a Constituição de 1937 tinha uma separação de poderes apenas fictícia, fruto da imaginação do detentor o do poder, posto que na prática o controle das atividades estava concentrado na figura da Presidência da República. Esse texto durou oito anos e teve vinte e uma emendas constitucionais.

O texto Constitucional de 1946 da redemocratização do país, após o período do Estado Novo, visava reestabelecer os ideários de 1891 juntamente com a inclusão dos direitos dos trabalhadores e a ordem social desenhadas em 1934 (BALEEIRO, 2015, p. 10), uma Constituição que passa a estabelecer a repartição de receitas tributárias entre a União, Estados e Municípios, a prever a capacidade contributiva dos impostos no sentido em que estes deveriam ser mensurados de acordo com a capacidade econômica dos contribuintes e não deveria ser tributado diretamente professores, jornalistas e nem os direitos dos autores, conforme previsão no seu art. 203.

A Constituição de 1946 adota a separação de poderes de Montesquieu prevista no art. 36 ao estabelecer “são poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si”, dispondo assim no texto dois espíritos previstos a independência e a harmonia, e apesar de não prever a cooperação entre eles, algumas passagens do texto constitucional remetem a atuação cooperativas como: o art. 171 inserido no capítulo da educação e da culta prevê que “Os Estados e o Distrito Federal organizarão os seus sistemas de ensino, mas para o desenvolvimento dêesses sistemas a União cooperará com auxílio pecuniário, o qual, em relação ao ensino primário, provirá do respectivo Fundo Nacional”, bem como no art. 124, §1º e §2º (incluídos com a EC nº. 16/1965) trouxe a cooperação financeira da União para auxiliar no pagamento da remuneração dos juízes dos Estados e que o fomento da cooperação financeira poderia ser solicitado, pelo Governo do Estado, por meio de qualquer dos seus poderes.

Dessa forma, a Constituição da redemocratização não adotou o espírito da cooperação diretamente entre os poderes e as únicas previsões de atuações cooperadas aconteciam no âmbito financeiro com o objetivo de auxiliar os outros entes da federação. O texto de 1946 durou 21 anos e nesse período teve 27 emendas constitucionais.

Já a Constituição de 1967 outorgada em decorrência do golpe militar ocorrido 1964 teve como objetivo o processo de fortalecimento do Poder Executivo Federal e de concentrar muitas competências e atribuições na figura da União Federal, foi um texto constitucional nas palavras de Luiz Navarro de Brito (2015, p. 31) estabelecido para “em sua armadura dogmática, prevalece em toda a Lei Maior o papel de preservar os fatores reais do poder”, sendo um instrumento conservador desenvolvido com a integração do poder de vários grupos econômicos, políticos, religiosos e sociais que compõe o Estado e que tinha como pensamento estabelecer a ordem no país.

Foi a Constituição que trouxe um capítulo específico sobre o Sistema Tributário Nacional, porém com uma grande concentração de receitas na União Federal, posto que esta possuía dez impostos previstos no art. 22 e ainda poderia criar o imposto extraordinário de guerra disposto no art. 23, enquanto ao Estado e o Distrito Federal possuíam apenas dois impostos no art. 24 e os Municípios dois impostos no art. 25, e em face do desequilíbrio financeiro entre os entes federativos dispôs sobre a repartição de receitas no art. 28.

No que pertence, a estrutura dos Poderes esse texto constitucional possuía um desenho que previa a tripartição de poderes de Montesquieu com o Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e harmônicos entre si, e estabelecendo que era proibido qualquer poder delegar a sua atribuição e o cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro, conforme art. 6º e o seu parágrafo único. Apesar do texto de 1967 prever a separação de poderes, incorporando os espíritos da independência e harmonia, na prática o que aconteceu foi uma concentração de função na figura do Executivo que tinha amplos poderes para iniciar o processo legislativo, poderia determinar o tempo de tramitação para aprovação de uma iniciativa legislativa e ainda poderia expedir decretos-leis.

A Carta de 1967 não só não previu o espírito da cooperação, quanto na prática não existia a separação de poderes real, uma vez que a tomada de decisão era feita pelo Poder Executivo Federal. Esse texto durou apenas 2 anos, posto que tivemos a Emenda Constitucional nº. 01, de 17 de outubro de 1969, que alterou praticamente toda a construção de 1967 e permaneceu em vigor por 18 anos possuindo nesse período 26 emendas constitucionais.

E finalmente, tivemos a Constituição de 1988 denominada de Cidadã por Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte, e que afirmou no seu discurso

que a Constituição era “o estatuto do Homem, da Liberdade e da Democracia” (TÁCITO, 2015. 01), conforme demonstramos no item 2 da presente tese, está é a Constituição centrada na dignidade da pessoa humana, na soberania popular e na justiça social como valores supremos de uma sociedade fraterna e pluralista.

Concernente, a estrutura de separação de poderes a Constituição de 1988, adotou a tripartição de Montesquieu disposta no art. 2º que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Percebemos que na previsão dos poderes, o texto apresenta apenas os espíritos da independência e harmonia. Todavia, pelo ideário constitucional se depreende elementos de cooperação no desenho institucional brasileiro, uma vez que o próprio texto no preâmbulo dispõe sobre uma sociedade fraterna, pluralista, sem preconceitos, fundada na harmonia social, e isso só é possível mediante uma atuação cooperada dos poderes, das outras instituições que compõe o Estado e da sociedade civil.

Além do mais, no texto constitucional teremos várias passagens que remetem a cooperação como por exemplo: art. 4º ao estabelecer os princípios das relações internacionais teremos no inciso “IX-cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; o art. 23 que disciplina a competência administrativa comum entre os entes da federal quando no seu parágrafo único estabelece “leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional”, art. 30 referente as competências municipais nos incisos VI e VII, sucessivamente, que dispõe “manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental” e “prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população”.

Destaca-se ainda, os elementos da cooperação, nas ações governamentais na área de assistência social no art. 204, I ao dispor sobre “descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social”; no art. 216-A, § 1º, IV ao tratar sobre a cultura prevendo a “cooperação entre os entes federados, os agentes públicos e privados atuantes na área cultural”; no art. 241 ao disciplina a lei dos consórcios públicos e os convênios de “cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos”.

Isto é, por mais que a Constituição de 1988 não tenha na disposição própria dos poderes, no seu art. 2º, tratado do espírito de Montesquieu da cooperação, é possível depreender do sentimento do texto constitucional que o elemento da cooperação compõe o desenho o desenho institucional do Estado Brasileiro. Não obstante, para superar as crises do sistema democrático no país se faz necessário que as instituições e a sociedade civil tenham não apenas a vontade de permanecer no poder, mas possuam vontade de constituição (HESSE, 1991, p. 19).

Ou nas lições de Oscar Vieira (2018, p. 124) possuam o intuito de coordenar múltiplas vontades de setores diversos da sociedade, *in verbis*:

[..] o sucesso da constituição, e eu diria de cada um dos seus dispositivos, depende de **que os múltiplos setores da sociedade e das instituições criadas continuem entendendo que vale a pena coordenar seus conflitos e buscar realizar suas ambições por intermédio das regras e dos procedimentos traçados pela constituição. À medida em os grupos coordenem suas disputas por intermédio dos procedimentos constitucionais, ela terá reafirmada sua posição de um bom instrumento de coordenação.** (negritos nossos).

Entretanto, ao longo dos mais de 30 anos de implementação desse texto constitucional o que viemos percebendo é uma dissintonia entre a atuação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, em que a falta de cooperação e diálogo entre eles, ancorada também em uma inação dos Poderes Legislativo e Executivo na concretização dos direitos fundamentais, alinhado a uma crise fiscal e econômica que repercute na desconfiguração da estrutura do Estado de Bem-estar Social com adoção de políticas de austeridade econômica que violam os valores constitucionais de 1988, vem ocasionando com o passar do tempo no fortalecimento do Poder Judiciário e proporcionando um ambiente propício para o desenvolvimento da polarização política no país.

### 2.1.2 E a dissintonia entre os Poderes no Constitucionalismo de 1988

Esse texto constitucional de 1988 nasce como tratamos no item 2 da presente tese, a partir da construção de consensos políticos que levaram ao nascimento de uma Constituição progressista, definidora de direitos e deveres fundamentais, sedimentada na dignidade da

pessoa humana e no pluralismo político e que limita a atuação do poder estatal, para que este possa atuar apenas nos contornos da legalidade.

No entanto, no processo de materialização dos valores constitucionais na realidade brasileira começamos a vislumbrar uma tensão entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, especialmente, frente ao fortalecimento e avanço do Poder Judiciário em vários temas importantes para concretização de direitos, dentre eles, as afetas ao exercício das liberdades dos cidadãos e os direitos fundamentais sociais, ante a uma postura de inação das instâncias majoritárias, que por vezes, permanecem imóveis frente aos anseios sociais.

Esse dilema entre a dimensão judicial e política da Constituição faz com a democracia constitucional idealizada em 1988 sob a ótica da transformação social tenha um certo grau de complexidade que nos faça refletir como tornar esse texto constitucional mais eficaz conciliando as estruturas sociais, jurídicas, políticas, econômicas e culturais? Uma vez que nas lições de Gargarella (2013, p. 28) “contamos hoy con un sistema organizado a partir de la lógica de la guerra, y el mismo –como es natural- no contribuye bien a facilitar la lógica del diálogo, que muchos se esfuerzan en impulsar”.

Ou no momento que temos a elaboração de um texto constitucional e este alberga uma realidade muito distinta daquele em que a elite dominante deseja, a estratégia com o passar do tempo é pautar os seus próprios interesses dentro desses espaços de poder político, desfigurando com os anos as bases estruturais desse Estado e ainda estabelecer meios de bloquear a concretização de alguns direitos fundamentais, particularmente, os sociais que possuem uma maior densidade econômica e sob a égide da austeridade não poderão ser cumpridos em face dos teto dos gatos públicos.

É o que vem acontecendo no sistema brasileiro ante aos bloqueios institucionais que são impostos pela estrutura política, por vezes de forma ativa com o estabelecimento de reformas que violam o sentimento da Constituição e outras por uma madorra do Executivo e Legislativo, implicando em uma hiperlitigiosidade no âmbito do Poder Judiciário, sobretudo no Supremo Tribunal Federal fazendo com que este poder venha decidindo a vida dos brasileiros.

No momento em que o Poder Judiciário foi ocupando os espaços vazios deixados pelas instâncias majoritárias, essas instâncias foram estabelecendo estratégias de tentativas de podar a atuação do STF, sejam por meio de propostas legislativas como a PEC nº. 33/2011 que visava limitar a atuação do STF em sede de controle de constitucionalidade, seja através do forjamento de crises institucionais incitadas pelo Legislativo ou Executivo para desgastar a

imagem do Poder Judiciário, e ainda atrelado a esse fator também temos a própria crise de legitimidade democrática que levaram ao descrédito dos poderes e das próprias instituições.

Dessa forma, quando se coloca esses fatores no contexto brasileiro e passamos a verificar que “a desconfiança nas instituições, em que quase todo mundo, deslegitima a representação política e, portanto, nos deixa órfãos de um abrigo que nos proteja em nome do interesse comum” (CASTELLS, 2018, p. 7), percebemos não só uma dissintonia na atuação dos três poderes, mais sim um ambiente propício para construção de discursos ilusórios que insistem em afirmar que é possível viver em um ambiente democrático sem divergências políticas.

São inclusive as lições apresentadas por Luciano Oliveira (2010, p. 24) ao afirmar sobre o perigo dos discursos ilusórios de uma democracia sem conflitos, *in verbis*:

Longe de significar um desalento em relação à democracia, ela põe em relevo a sua importância, ao advertir contra os perigos de tentar “realizá-la” num regime sem fissuras que superaria as divisões e os conflitos sociais, que se vê como constitutivo da própria democracia. Trata-se, ao meu ver, de uma visão particularmente importante num momento como estamos vivendo no Brasil, em que uma descrença difusa, mas generalizada em relação às instituições da chamada *democracia formal* **pode levar às miragens da “boa sociedade” e da “verdadeira democracia”- nos outros termos, à tentação totalitária.** (itálico no original e negritos nossos).

Logo, ante a dissintonia entre os Poderes e o risco de ruptura institucional que esses conflitos podem ocasionar, é possível encontrar solução dentro do próprio texto constitucional e por essa razão é tão importante resgatar o espírito da cooperação na adoção da Separação de Poderes de Montesquieu na Constituição de 1988, conforme apresentamos no item 2.1.1 da tese.

Nas palavras de Conrado Hübner Mendes (2008, p.173) “o diálogo inter-institucional é forjado por dois componentes básicos: (i) o desenho institucional que o desenha formalmente e (ii) a cultura política que o anima”, no caso brasileiro partindo do pressuposto que apesar do art. 2º da Constituição de 1988 não ter disposto sobre o espírito da cooperação, resta demonstrado que a cooperação se faz presente ao longo de várias passagens constitucionais, sendo possível resgatar o ambiente cooperativo como sendo um elemento essencial para minimizar os conflitos entre os Poderes.

Quanto a cultura política da cooperação, o Brasil vinha trilhando um caminho positivo no sentido de proporcionar um movimento colaborativo entre os poderes, pois

através da estrutura do Pacto Republicano instalada em 2004 pelo Supremo Tribunal Federal, Palácio do Planalto e Congresso Nacional que firmaram uma parceria para proporcionar um diálogo entre as instituições e assim contribuíssem em conjunto tanto para o fortalecimento democrático, quanto a melhoria das perspectivas do país.

O primeiro Pacto Republicano aconteceu em 2004 denominado “Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano”, tinha como diretrizes onde apontados eu era: 1. implementação da reforma constitucional do Judiciário; 2. reforma do sistema recursal e dos procedimentos; 3. defensoria pública e acesso à justiça; 4. juizados especiais e justiça itinerante; 5. execução fiscal; 6. Precatórios; 7. graves violações contra os direitos humanos; 8. Informatização; 9. produção de dados e indicadores estatísticos; 10. coerência entre a atuação administrativa e as orientações jurisprudenciais já pacificadas e 11. incentivo à aplicação das penas alternativas.

Através do primeiro Pacto Republicano tivemos a aprovação da Emenda Constitucional nº. 45/2004 que alterou, e em parte a estrutura da justiça, também foi aprovada a Lei nº. 11.277/2006 que alterou o Código de Processo Civil da época que inaugurou o sistema de recursos repetitivos; proporcionou modificações na Consolidação das Leis Trabalhistas vedando a Justiça do Trabalho conhecer de ações já decididas, exceto em casos de ação rescisória condicionado ao depósito de 20% do valor da causa; mudanças no Código de Processo Penal nas disposições sobre provas, suspensão do processo e Tribunal do Juri e ainda regulamentação de meios eletrônicos nos processos judiciais por meio da Lei nº. 11.419/06.

Posteriormente, tivemos o segundo Pacto Republicano firmado em 2009 denominado “Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo”, em que se tinha como objetivos centrais: I - acesso universal à Justiça, especialmente dos mais necessitados; II - aprimoramento da prestação jurisdicional, mormente pela efetividade do princípio constitucional da razoável duração do processo e pela prevenção de conflitos e III - aperfeiçoamento e fortalecimento das instituições de Estado para uma maior efetividade do sistema penal no combate à violência e criminalidade, por meio de políticas de segurança pública combinadas com ações sociais e proteção à dignidade da pessoa humana.

Ainda foi estabelecido a criação de um Comitê Interinstitucional de gestão com os representantes indicados por cada um dos poderes, com a finalidade desenvolver e



acompanhar as metas pactuadas e com o estabelecimento do II Pacto Republicanos tivemos regulamentações importantes como: a Lei nº. 11.925/2009 que permite a autenticação de cópias pelos próprios advogados; Lei nº. 11.969/09 autoriza a carga rápida da advocacia pelo período de uma hora; a criação de duzentos e trinta varas na Justiça Federal para democratizar a justiça e torná-la acessível; a participação de defensores públicos em atos extrajudiciais por meio da Lei nº. 11.965/2009, disciplinamento do mandado de segurança coletivo por meio da Lei nº. 12.016/2009, da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, criação dos juizados especiais da fazenda pública, regulamentação do mandado de injunção entre outras diretivas.

Já o terceiro Pacto Republicano proposto em 2011 pelo Ministro Cezar Peluso tinha como diretiva a reafirmação dos pactos anteriores quanto ao sistema recursal brasileiro, o debate sobre a duração razoável do processo, a democratização do acesso à Justiça, o fortalecimento das instituições de justiça e um combate à corrupção e à improbidade administrativa. Porém, o terceiro pacto não foi bem-sucedido como os anteriores, uma vez que aconteceu uma baixa adesão e diálogo se transformando em uma ideia encabeçada apenas pelo Poder Judiciário ante a dificuldade de articulação do próprio presidente do STF perante os outros ministros e as outras estruturas do poder judiciário.

A proposta do terceiro pacto era a aprovação da PEC nº. 15/2011 que visava alterar os arts. 102 e 105 da Constituição, com o objetivo de transformar os recursos extraordinários e especiais em ações rescisórias e fortalecer os Tribunais Estaduais e Federais, porém a proposta sofreu crítica de muitos setores como por exemplo, o Conselho Federal da OAB, o próprio judiciário e outros seguimentos econômicos e acabou não sendo aprovada pelo Congresso Nacional, mas tivemos a aprovação da Lei nº. 12.527/2011 que trata do acesso à informação referente ainda ao II Pacto Federativo e em 2013 a partir do diálogo entre os Poderes com base no III Pacto Federativo tivemos a aprovação da Lei nº. 12.846/2013 conhecida como a lei anticorrupção e que serviu com um dos fundamentos para a lava jato no país.

Após os três pactos, diálogos ou tentativa de diálogos aconteceram entre os Poderes, como em 2015 em que o Poder Judiciário e Executivo se unem para fechar acordo de combate à corrupção, posteriormente em 2016 o Presidente Michel Temer anuncia um novo Pacto Republicano para tratar das questões federativas, porém não aconteceu avanços sobre o tema, em seguida em 2019 o Ministro Dias Toffoli, Presidente do STF, defende um novo pacto

republicano sobre as reformas previdenciárias e tributárias no Brasil, mas a proposta também não vigorou.

Ressalta-se, que nas ocasiões dos Pactos Republicanos todas as convocações do processo de diálogo aconteceram por iniciativa do Poder Judiciário, entretanto em 2020 e 2021 devido ao clima de instabilidade no país devido a crise entre os Poderes, o Poder Executivo Federal toma a iniciativa para convocação de diálogos, porém sem sucesso uma vez que o próprio Executivo vem forjando o clima de crise no momento em que agride as instituições democráticas e insita processos de insurgências, ao ponto do Ministro Presidente do STF Luiz Fux, manifestar em 05 de agosto de 2021 o cancelamento da reunião com os demais poderes diante do “presidente reiterar as ofensas e as inverdades em face do Supremo Tribunal Federal”<sup>6</sup>.

Dessa maneira, o caminho do diálogo é a melhor opção na busca de uma solução democrática para a relação, muitas vezes conflituosa entre os Poderes Republicanos, a ausência dessa cooperação leva ao fomento do ambiente de crises do sistema democrático brasileiro ocasionando uma falha na materialização da teoria da separação dos poderes que leva tanto a uma supremacia do judiciário, ante a grande judicialização do modo de se viver em sociedade no país, bem como a geração de um terreno fértil para a polarização política e a destruição de pilares democráticos quando não existe um sentimento colaborativo entre os poderes e entre estes e a sociedade civil, de acordo com o que escreve Bobbio (2004, p. 41) sobre os poderes ocultos dentro do Estado:

Não existe democracia sem opinião pública, sem formação de um público que pretende ter o direito de ser informado das decisões que são tomadas em nome do interesse coletivo e de exprimir sobre elas sua própria crítica livre. Qualquer forma de poder oculto, ao tornar vão este direito, destrói um dos pilares em que se apoia o governo democrático. **De resto, quem promove formas de poder oculto, e quem a elas adere, deseja precisamente isto: excluir suas próprias ações do controle democrático, não se submeter aos vínculos a quem detém o poder de tomar decisões que vinculem todos os cidadãos. Pretende, eventualmente, controlar o Estado sem ser por ele controlado.** (negritos nossos).

Diante disso, o caminho que nos restar é o da cooperação, inclusive como mecanismo de contenção da supremacia judicial frente a judicialização dos direitos fundamentais sociais no país, nos parece então que o desenvolvimento do controle de constitucionalidade estruturante em que se fomente um diálogo democrático e colaborativo

<sup>6</sup> Trecho do pronunciamento do Ministro Presidente do STF disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/08/05/fux-anuncia-cancelamento-de-reuniao-dos-chefes-dos-poderes.ghtml>. Acessado em: 05 de agosto de 2021.

com os poderes e com a sociedade civil é o estímulo para superação das crises do sistema democrático brasileiro, uma vez que “nenhum líder político isoladamente pode acabar com a democracia; nenhum líder sozinho pode resgatar a democracia, tampoco. A democracia é um empreendimento compartilhado. Seu destino depende de todos nós” (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 217).

## 2.2 AS DIMENSÕES DAS CRISES NOS SUBSISTEMAS

Segundo o Dicionário de Etimológico da Língua Portuguesa de Antenor Nascentes (1955, p. 143) crise do grego *krísis* significa julgamento, decisão, momento decisivo, ou seja, um caminho para transição e a oportunidade de melhoria.

Portanto o conceito de crise representa um ponto de mudança de uma condição anterior para uma posterior, de um período de transição que traz consigo um crescimento anunciando uma nova era, um prefácio de algo diferente, a reconstrução, ressignificação e o aprimoramento, que por vezes assusta, mas não causa tanto medo assim, principalmente, na sociedade moderna acostumada a enfrentar sucessivas crises políticas, jurídicas, fiscais e socioeconômicas.

Neste sentido, é importante nos valer das lições de crise de Bauman e Bordoni (2016, p. 11), nos seguintes termos:

Como se pode ver, **“crise”, em seu sentido próprio, expressa algo positivo, criativo e otimista, pois envolve mudanças e pode ser um renascimento após uma ruptura.** Indica separação, com certeza, mas também escolha, decisões e, por conseguinte, a oportunidade de expressar uma opinião. Num contexto mais amplo, a noção adquire sentido de maturação de uma nova experiência, a qual leva um ponto de não retorno (tanto no âmbito pessoal quanto no histórico-social). Em resumo, a **crise é o fator que predispõe à mudança, que prepara para futuros ajustes sobre novas bases, o que absolutamente não é depressivo**, como nos mostra o atual impasse econômico. **(grifos nossos).**

É importante ressaltar que o século XX, assim como o XXI, estão sendo marcados por crises permanentes resultado das mudanças estruturais da própria concepção do que se entende por Estado, principalmente após a abertura da fronteiras com a era da globalização, a transformação econômica sedimentada pela mutação do *locus* econômico da economia de produção para a de capital financeiro, no qual o Estado acaba “obedecendo a uma obrigação estatutária ditadas por instituições que chamamos de supra-estatais” (RANCIÈRE, 2014,e-book), sendo capturado por essas forças, o que resulta em um “acordo global quanto a um

programa comum de adaptação à livre concorrência que implica, ele próprio, a destruição dos serviços públicos e dos sistema de proteção social” (RANCIÈRE, 2014,e-book) e isso apenas se aprofunda cada vez mais com o mundo disruptivo controlado pelas “Big Tech”<sup>7</sup>, que acabam por vezes privatizando os espaços e as funções estatais surgindo como soluções para os problemas complexos de uma sociedade líquida descrente de tudo já tinha sido outrora consolidado.

Dessa forma, pensar em crise ou melhor em crises ao longo dos séculos XX e XXI tornou uma constante na modernidade sólida e na modernidade líquida<sup>8</sup>. As crises são relacionadas habitualmente com o modo de viver em sociedade e com as estruturas jurídicas e políticas sedimentadas nas escolhas constitucionais adotadas pelos países, especificamente, no constitucionalismo humanista com alta densidade valorativa e a consagração suprema da dignidade da pessoa humana. Consoante o entendimento de Dallari (2010, p.290):

O novo humanismo, que é a base de uma nova concepção do próprio Direito, assim como do constitucionalismo, afirma a supremacia da pessoa humana na escala dos valores, mas de todas as pessoas humanas, sem qualquer espécie de discriminação ou privilégio, exigindo, além disso, que a afirmação da pessoa humana como valor supremo tenha sentido prático e se confirme no plano da realidade, não se restringindo a meras afirmações teóricas ou formais.

Em razão das escolhas constitucionais pode se identificar situações de crises, notadamente com o surgimento do constitucionalismo humanista que prima pela aproximação da imperatividade legal com os valores morais, o que pode ocasionar colapsos no sistema

---

<sup>7</sup> Big Tech é um conceito adotado por Evgeny Morozov no seu livro “Big Tech: a ascensão dos dados e a morte da política, publicado no Brasil pela editora Ubu. A expressão é utilizada para denominar as grandes empresas de tecnologia que estão instaladas em quase sua totalidade na América do Norte e cada vez mais na China, e que “ajudaram” os cidadãos e as instituições a lutarem contra a crise econômica de 2008, complementando assim os orçamentos domésticos das famílias e a busca de receitas estatais a partir do uso de novas forma tecnológicas na busca de geração de riquezas baseadas em uma redução brutal de custos. É importante ainda destacar que Morozov é uma das vozes dissonantes no mundo tecnológico, sendo um grande crítico da economia do Vale do Silício e tendo um olhar muito atento para o impacto da tecnologia nas vidas das pessoas com as possíveis violações de direitos fundamentais.

<sup>8</sup> Vale consignar que no texto adotamos os conceitos de modernidade sólida e modernidade líquida cunhados pelo sociólogo Zygmunt Bauman na sua obra denominada Modernidade Líquida. Para Bauman “os tempos modernos encontraram os sólidos pré-modernos em estado avançado de desintegração; um dos motivos mais fortes por trás da urgência em derretê-los era o desejo de, por uma vez, descobrir ou inventar sólidos de solidez duradoura, solidez em que se pudesse confiar e que tornaria o mundo previsível e, portanto, administrável”. Já a modernidade líquida para ele que surge após a segunda guerra mundial, especialmente, a partir da década de 1960, representa o mundo das incertezas em que as relações sociais, econômicas e de produção são fluídas, frágeis e incertas. Na modernidade líquida baumaniana, o Estado Nação tem a sua soberania afetada na medida em que suas fronteiras seriam flexíveis, nas palavras dele “estamos testemunhando a vingança do nomadismo contra o princípio da territorialidade e do assentamento. No estágio fluido da modernidade, a maioria assentada é dominada pela elite nômade e extraterritorial”. (BAUMAN, 2001, p. 10-21).

democrático e nos seus subsistemas, particularmente nas sociedades fundadas em uma desigualdade social abissal com uma profunda desarmonia entre o direito oficial e o direito vivo<sup>9</sup> (DANTAS, 2010, p.44), já que o ideário do texto constitucional calcado no bem comum se revela uma ilusão reflexo da própria imaginação.

Assim a palavra crise cotidianamente mais conhecida fruto da sua disseminação entre jornais, televisão, rádios, mídias sociais, conversas entre amigos e famílias, especialmente, em um mundo assolado pela pandemia do covid-19 é utilizada para justificar constantemente uma recessão econômica, um aumento de taxas de juros ou de carga tributária, um ajuste fiscal para congelamento dos gastos públicos ou até mesmo para a desregulamentação e privatização de funções do Estado transferidas para iniciativa privada.

Dessa forma, se o sistema democrático e os subsistemas estão em crise, não se pode esperar que o constitucionalismo brasileiro de 1988 esteja imune a este contexto, uma vez que as escolhas constitucionais da constituição cidadã têm o ser humano como o “problema da sociedade brasileira: sem salário, analfabeto, sem saúde, sem casa, portanto, sem cidadania”<sup>10</sup>. (GUIMARÃES, 1988 apud LIMA, 2013).

Nesse sentido, adotaremos na presente tese o conceito semântico de crise como elemento de transição, trajetória, trajeto para um caminho de renascimento, pois é pelo impacto da crise que surgem novas necessidades humanas e a sociedade precisa se transformar para atender esses novos anseios sociais, e com as instituições estatais não acontece diferente, já que o Estado é formado por pessoas e são essas complexidades da vida em sociedade que movem a mola propulsora das mudanças institucionais.

E é a partir das diversas óticas de crise dos subsistemas, tratada nos tópicos a seguir, que poderemos visualizar um movimento de transformação social capaz de promover o nascimento de uma nova forma de controle de constitucionalidade aqui denominado como estrutural, já que a sua função não é o mero reconhecimento da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de norma jurídica, mas sim um instrumento capaz de sanar as falhas estruturais do Estado com o fito de redesenhar políticas públicas que venham a efetivar direitos fundamentais sociais atuando como mecanismo de realização da ideologia constitucional de 1988 e como um elemento de superação da crise do Sistema Democrático.

---

<sup>9</sup> O Direito Oficial e o Direito Vivo são terminologias utilizadas pelo autor Ivo Dantas para retratar o distanciamento ou o hiato entre a norma constitucional escrita e a própria realidade social.

<sup>10</sup> Trecho do prefácio da Constituição de 1988, ressalta-se que os vinte e cinco mil exemplares da Constituição Federal editado pelo centro gráfico do Senado Federal veicularam o texto do prefácio, mas o texto foi suprimido das outras tiragens por não ter havido votação sobre ele.

### 2.2.1 Crise Fiscal

Do ponto de vista fiscal, a Constituição de 1988 desenhou um sistema tributário nacional comprometido com a concretização dos valores constitucionais e com a efetivação dos direitos fundamentais, uma vez que a sua estruturação está sedimentada em princípios que não só limitam a atuação do Estado fiscal, como o princípio da legalidade tributária e do não confisco dispostos nos arts. 150, I<sup>11</sup> e IV do texto, mas sobretudo pela garantia de uma justiça fiscal redistributiva e que tem como farol a solidariedade social centrada nas principiologias da igualdade tributária e na capacidade contributiva, previstas respectivamente nos arts. 150, II e 145, §1º<sup>12</sup> da Carta Constitucional.

Logo, o nosso sistema fiscal foi moldado para tributar basicamente três categorias: a renda das pessoas físicas e jurídicas, a propriedade e os bens de consumo. A tributação sobre a renda e a propriedade é aquela em que é possível se detectar o percentual de riqueza dos contribuintes e a partir de suas capacidades econômicas se estabelecer um modelo de tributação progressivo, em que os indivíduos que estão no topo da pirâmide social possam contribuir mais do que aqueles que estão no meio e nas camadas sociais menos abastadas.

Já a tributação sobre o consumo no Brasil se dá de forma invisível, ou seja, estamos a falar de impostos indiretos como ICMS (estadual) e IPI (federal) que são embutidos nos preços das mercadorias e dos serviços de comunicação e transporte, fazendo com que todos os contribuintes sejam afetados nessa ótica de taxação da mesma forma sem considerar a capacidade econômica dos sujeitos. Nesse particular, como a exação fiscal está invisibilizada na precificação dos itens de consumo não há como se concretizar os princípios do sistema tributário nacional da igualdade fiscal e da capacidade contributiva.

Assim, para que nosso sistema instrumentalize a justiça fiscal redistributiva é fundamental que a sua tributação seja estruturada mais na renda e na propriedade, e menos no consumo das famílias, pois só dessa forma podemos efetivar um modelo de tributação capaz de materializar o ideário constitucional. Como bem nos ensina Daniela Olímpio de Oliveira

---

<sup>11</sup> Art. 150: Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I-Exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

II-Instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

IV-Utilizar tributo com efeito de confisco;

<sup>12</sup> Art. 145, §1º: Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

(2020, p.155) “a Constituição Brasileira vigente, de 1988, traz códigos da linguagem social fiscal, disponíveis ao enfrentamento democrático e discursivo”, já que como sendo um texto transformador da realidade social é reflexo de várias lutas para a obtenção da justiça social.

No entanto, nesse aspecto a política fiscal fracassou ao não conseguir materializar na realidade social os valores constitucionais sedimentados em 1988, já que na prática a nossa carga tributária é centrada nas operações de consumo e na folha salarial, transformando-se em um sistema altamente regressivo afetando mais aqueles que estão na base da pirâmide social. Pelos dados abertos<sup>13</sup> da Receita Federal de 2018, a tributação sobre a renda equivale a 7,19% de participação no PIB, já sobre consumo a participação no PIB é de 14,90%, referente a propriedade de 1,54%, a tributação sobre a folha salarial alusivo a 9,09% e em relação as transações financeiras 0,53% de participação no produto interno bruto.

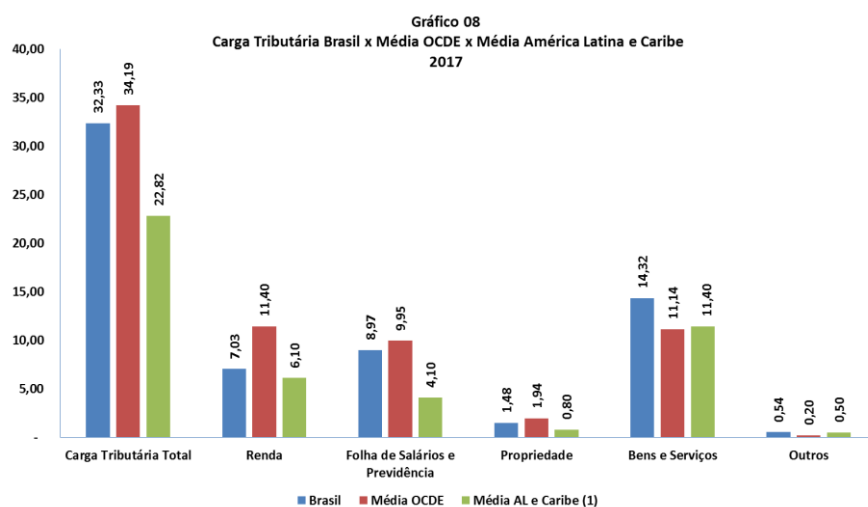
Quando comparamos os dados da carga tributária do Brasil e a média dos países que estão na OCDE, percebemos que a tributação sobre a renda, lucro e ganhos de capital entre os países que integram a OCDE tem uma média é de 11,14%<sup>14</sup>, já no nosso país essa tributação equivale a 7%, importante ainda ressaltar, que aqui os lucros e dividendos são isentos da tributação do imposto de renda da pessoa física na pessoa dos sócios das empresas em face das disposições da Lei nº. 9249, de 26 de dezembro de 1995.

Ainda quando comparamos o Brasil com a média da tributação sobre o consumo entre os países que integram a OCDE fica evidente como o nosso sistema é regressivo. Entre os países que estão na OCDE a média da incidência sobre o consumo é de 11,1%, já no nosso país é de 14,3% e entre os países que integram a América Latina e Caribe o Brasil possui a maior tributação sobre o consumo e a folha salarial, conforme gráfico demonstrado abaixo:

---

<sup>13</sup> Os últimos dados abertos da Receita Federal do Brasil são os referentes ao ano de 2018 que estão disponíveis no endereço eletrônico: <https://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/ctb-2018-publicacao-v5.pdf>. Acessado em: 10 dezembro de 2020.

<sup>14</sup> Todos os dados da OCDE disponíveis quanto a carga tributária brasileira e os países que a integram são com base no ano de 2017 e estão abertos dentro dos dados da Receita Federal do Brasil dispostos na análise da nossa carga tributária dos anos de 2018 e 2017. Podendo serem consultados no endereço eletrônico: <https://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/ctb-2018-publicacao-v5.pdf>. Acessado em: 10 dezembro de 2020.

**GRÁFICO 01:** Carga Tributária Brasil e América Latina e Caribe

Fonte: Receita Federal do Brasil

A partir dos dados aqui demonstrados verificamos que o nosso sistema fiscal falhou, mas essa responsabilidade não é da Constituição em si, pois ela não é a responsável pelas injustiças fiscais que ocasiona a desigualdade social e a concentração de renda no país. Essa responsabilidade é de como os atores políticos decantam na prática os valores constitucionais (MELO, 2020, p.696), quando estruturam uma base tributária infraconstitucional que privilegia a redução da tributação da renda e dos ganhos de capital para as classes abastadas e, em contrapartida, estabelecem o peso maior da tributação sobre o consumo e da folha salarial afetando em maior gravidade a classe média e a trabalhadora.

Essas diretrizes fiscais são tão gravosas que acabam por imolar o financiamento do Estado brasileiro em políticas públicas que venham efetivar os direitos fundamentais, especificamente, os direitos sociais que possuem uma maior densidade econômica.

Quando analisamos os dados do Tribunal de Contas da União disponível na página fatos fiscais<sup>15</sup>, conseguimos visualizar que no ano de 2019 os gastos públicos com saúde foram de 1,74% do PIB equivalente a R\$ 126 bilhões de reais, já os de educação 1,57% do PIB no importe de R\$ 114 bilhões de reais, porém as renúncias fiscais estabelecidas pela União Federal nos seguimentos da agricultura e agronegócios, no IRPF nos rendimentos isentos e não tributáveis, no simples nacional, zona franca de Manaus e áreas de livre

<sup>15</sup> Fatos Fiscais é uma página criada pelo Tribunal de Contas da União que visa dar transparência a população quanto aos itens que constam no orçamento público. Para quem tiver interesse em acompanhar basta acessar: [https://sites.tcu.gov.br/fatos-fiscais/renuncia\\_fiscal.htm](https://sites.tcu.gov.br/fatos-fiscais/renuncia_fiscal.htm).



comércio e naquelas entidades sem fins lucrativos que possuem isenção ou imunidade, o percentual na participação do PIB é de 4,8% o que importa em R\$ 348,4 bilhões de reais em receita não arrecadada.

É mister asseverar que o Brasil tem uma renúncia fiscal maior do que os investimentos somados aplicados na área da saúde e da educação. Assim, “a regressividade do Sistema Tributário Nacional não é apenas injusta, como é uma aberração ética que desafia qualquer tentativa de explicação” (FEITAL, 2018, p. 142). Com o sistema injusto e que não contribui para solidariedade social, ao contrário, na prática, fortalece as desigualdades no país e acaba não apenas aprofundando a crise do sistema democrático, mas também estimulando a incompreensão das pessoas quanto a função dos tributos, a importância do seu pagamento e o desenvolvimento do espírito da cidadania fiscal, já que não visualizam contrapartida social.

Quando analisamos os dados do relatório “a distância que nos unem: um retrato das desigualdades brasileiras” estudo produzido pela Oxfam Brasil (2017), verificamos pelos dados apresentados que em relação à disparidade de renda, o 1% mais rico da população, recebe mais de 25% de toda a renda do país, e os 5% mais ricos ficam com uma parcela de 95,47% do resto somado de toda população. Na tributação isso repercute quando temos os 10% mais pobres no Brasil gastando 32% de sua renda em tributos, já os 10% mais ricos gastando apenas 21% de sua renda em tributos, o que demonstra a perversidade da estrutura de tributação que privilegia os ricos em detrimento da própria vontade constitucional.

E nesse espaço de incompreensão quanto a tributação e a sua importância para a construção das políticas públicas no Brasil, o campo permanece aberto para a ocorrência de insurgências contra o sistema, pois existe uma exclusão de cidadãos da própria ordem democrática, uma vez que estes não possuem nem capacidade de investimento, de consumo e nem possuem acesso à prestação de serviços públicos que atendam um padrão mínimo de qualidade (OLIVEIRA, 2020, p.155).

E assim, como bem ensina Victor Uckmar (2011, sp) “*La historia de los pueblos, las luchas políticas, el consenso de los ciudadanos, la adecuada administración pública, el desarrollo económico, el bienestar social y – más recientemente – la globalización todos están estrechamente vinculados al hecho fiscal*”, ou seja, toda estrutura social, econômica e política está associada a um fato fiscal, e esse sistema tributário assimétrico concentrador de renda e propagador da desigualdade social, vem contribuindo para a destruição da efetivação de direitos fundamentais, especialmente, os sociais e do pacto constitucional firmado em 1988.

### 2.2.2 Crise Econômica

Em tempos de crise os discursos de austeridade econômica são largamente difundidos como sendo a única maneira de salvar as estruturas estatais e como “tábua de salvação” não existe outro caminho a não ser reduzir gastos em investimentos públicos vinculado a saúde, educação, segurança, previdência social, moradia e os outros sistemas de proteção social. O que devemos compreender é que esse discurso é perene e faz parte da estratégia do *modus* de produção capitalista, que como bem defende Bauman (2010, p. 8) “é um sistema parasitário<sup>16</sup>”.

Tendo como paradigma o Estado brasileiro desenhado pela Constituição de 1988 que contempla no seu bojo o compromisso com a dignidade da pessoa humana, tendo as instituições públicas uma responsabilidade de assumir uma parcela das despesas públicas em prol da justiça e solidariedade social; verificamos, ao longo dos mais de 30 anos de aplicabilidade desse texto, existe uma incompatibilidade entre a vontade constitucional e a economia.

Ao mesmo tempo que essa Constituição desenhava um Estado Social, uma modificação no cenário econômico e político global; era lançado em 1989, o conhecido Consenso de Washington que visava propagar nos países, especialmente, nos latino-americanos as políticas capitalistas neoliberais. Segundo, Noam Chomsky (2002, p. 09), o consenso de Washington significa:

O Consenso [neoliberal] de Washington é um **conjunto de princípios orientados para o mercado, traçados pelo governo dos Estados Unidos e pelas instituições financeiras internacionais** que ele controla e por eles mesmos implementados de formas diversas – geralmente, nas sociedades mais vulneráveis, como **rígidos programas de ajuste estrutural**. Resumidamente, as suas regras básicas são: **liberalização do mercado e do sistema financeiro, fixação dos preços pelo mercado** (“ajuste de preços”), **fim da inflação** (“estabilidade macroeconômica”) e **privatização** [...]. (negritos nossos).

Assim, os sistemas democráticos atrelados ao Consenso de Washington deveriam adotar medidas de austeridade econômica com o objetivo de deixar o mercado e a estrutura financeira livres, abrir o capital para o investimento estrangeiro, desestatizar, possuir um

---

<sup>16</sup> Para Bauman o capitalismo é um sistema parasitário, pois como todo parasita ele pode prosperar por um período, desde que encontre um organismo que forneça o alimento, mas não pode fazer isso sem prejudicar o seu hospedeiro, podendo levar a destruição tanto das condições da sua prosperidade quanto até mesmo acabar com sua sobrevivência. Para quem tiver interesse indicamos BAUMAN, Zygmunt. **Capitalismo parasitário: e outros temas contemporâneos**; tradução Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

modelo de tributário que afetasse as operações de consumo e não a riqueza e contivesse gastos públicos nos programas de proteção social. Para os ideológicos do Consenso, como bem ensina Noam Chomsky (2002, p. 10) o “alvo” era a América Latina exatamente porque seriam “regimes nacionalistas e radicais” e muito inclinados as pressões da população para “melhoria imediata do baixo nível de vida das massas”.

E quando analisamos durante todos esses anos o período de materialização do texto constitucional, detectamos um paradoxo entre aquilo almejado pela Constituição de 1988 e a prática econômica neoliberal no país, que vem promovendo várias afeias nos direitos fundamentais por meio, por exemplo, das privatizações sem estudos reais de impactos econômicos e sociais para os postos de trabalho, das três reformas previdenciárias, da reforma trabalhista, as propostas em trâmite no Congresso Nacional de reforma tributária que não dialogam com justiça fiscal, a aprovação da emenda constitucional nº. 95/2016 conhecida como a do “teto dos gastos” que congela os investimentos em saúde e educação pelos próximos 20 anos, as severidades das políticas econômicas que reduzem o investimento no orçamento sensível voltado para efetivação de direitos humanos, redução das desigualdades sociais, raciais e gênero, o baixo investimento em cadeias produtivas de geração de emprego, em programas habitacionais e as outras medidas de proteção social que ficaram ainda mais esquecidas com a crise da pandemia do covid-19.

Nesse contexto, a adoção de políticas neoliberais sobre o pretexto de promover o desenvolvimento econômico e a criação de uma população livre das “amarras” estatais, nada mais é do que um argumento falacioso para desconfigurar ou na concepção de Reymão; Cebolão e Alves (2018, p. 227) “finalmente liquidar a concepção constitucional de Estado Social”.

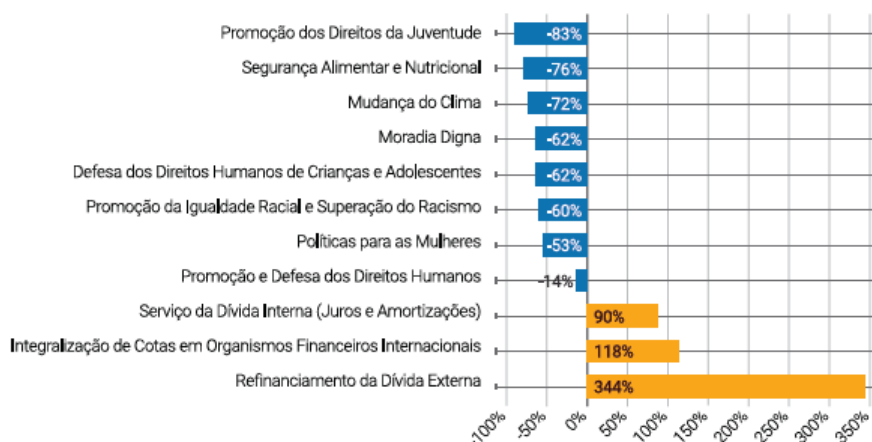
Destaca-se ainda, que 2014-2017 o Governo brasileiro vem estabelecendo cortes orçamentários que afetam a efetivação dos direitos humanos, a desigualdade de gênero e racial, as questões climáticas, as políticas LGBTQIA+ e outros sistemas de proteção social, conforme demonstra o gráfico abaixo produzido pelo estudo denominado “Direitos Humanos em tempos de austeridade<sup>17</sup>” realizado pela Oxfam Brasil, Inesc e Cers apresentado na audiência pública realizada na Câmara dos Deputados em 14 de dezembro de 2017:

---

<sup>17</sup> Relatório disponível em: <https://www.oxfam.org.br/noticias/teto-de-gastos-estudo-revela-queda-de-ate-83-em-politicas-publicas-para-area-social/>

**GRÁFICO 02:** Variações orçamentárias de 2014-2017 em investimento em programas de proteção social

Fig 10. Variações orçamentárias nominais de programas selecionados do Brasil, 2014-2017.



Fonte: Cálculos dos autores com base em dados de SIGA Brasil.

Fonte: Relatório Direitos Humanos em tempos de austeridade” realizado pela Oxfam Brasil, Inesc e Cers

tivemos um agravamento com a política de austeridade que levou a aprovação da emenda do teto dos gastos (EC nº. 95/2016). Estamos acompanhando uma redução nos investimentos obrigatórios com educação ano a ano, de acordo com os dados dos fatos fiscais do TCU em 2018 o Brasil aplicou 1,63% no sistema educacional, já no ano de 2019 esse percentual caiu para 1,57%. Na segurança pública em 2018 o percentual foi de 0,18% do PIB e em 2019 0,16%, da mesma maneira na saúde pública que em 2018 o percentual aplicado foi 1,75% e em 2019 1,74% correspondente ao PIB.

Diante desse cenário econômico brasileiro, é possível pensarmos em um sistema democrático alicerçado em um dos seus pilares que é a liberdade? É palatável falarmos em sociedade livre quando temos 41 milhões de brasileiros/brasileiras que vivem na extrema pobreza tendo essas famílias renda per capita de até R\$ 89,00 reais por mês, conforme dados disponíveis do Ministério da Cidadania<sup>18</sup>?

Como ensina Noam Chomsky (2002, p. 47) como podemos falar em liberdade sem promovermos oportunidades para as pessoas que é o que vem ocorrendo na sociedade brasileiro, *in litteris*:

<sup>18</sup> Dados abertos do Ministério da Cidadania vinculado ao número de pessoas cadastradas no cadastro único do Brasil cujo integrantes das famílias possuem renda per capita mensal de até R\$ 89,00 (Oitenta e nove reais). Esses dados são da última atualização disponível em junho de 2021 no endereço: <https://cecad.cidadania.gov.br/painel01.php>.

**Liberdade sem oportunidades é um presente diabólico, e a negação dessas oportunidades, um crime.** A sorte dos mais vulneráveis nos dá uma clara medida da distância que separa o ponto onde nos encontramos de algo que pudéssemos chamar de “civilização” (negritos nossos).

Numa sociedade como a brasileira, instituída pelos princípios e fundamentos da Constituição brasileira de 1988 para implementação de um modelo de Estado de Bem-Estar Social é crucial termos minimamente a efetivação dos direitos ao exercício das liberdades políticas e os direitos fundamentais, pois só é possível desenvolvermos o país e vivermos em um parâmetro civilizatório se esses direitos forem implementados.

De acordo com as lições de Amartya Sen (2010, p. 195) é necessário o desenvolvimento das capacidades humanas e para isso é estrutural um modelo econômico que possa promover os direitos fundamentais e as liberdades políticas, de acordo com parâmetros a seguir:

Três diferentes considerações conduzem-nos na direção de uma preeminência geral dos direitos políticos e civis básicos:

- 1) sua importância *direta* para a vida humana associada a capacidades básicas (como a capacidade de participação política e social);
- 2) seu papel *instrumental* de aumentar o grau em que as pessoas são ouvidas quando expressam e defendem suas reivindicações de atenção política (como as reivindicações de necessidades econômicas);
- 3) seu papel *construtivo* na conceituação “necessidades” (como compreensão das “necessidades econômicas” em um contexto social. (itálico no original).

Nesse aspecto, as fórmulas econômicas neoliberais adotada no país ao longo desses mais de trinta anos da Constituição de 1988 vem desfigurando as bases estruturais do Estado de Bem-Estar Social brasileiro, transformando-se em um paradoxo entre o ideário do texto e a prática constitucional, levando assim a um desequilíbrio no subsistema econômico que pode levar a verdadeiras insurgências no sistema democrático.

### 2.2.3 Crise dos fundamentos do Estado de Bem-Estar Social de 1988

O modelo de Estado do Bem-Estar Social tendo como balizas estruturais, as Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919, colocaram o Estado no papel finalístico de ser um grande garantidor da efetivação de direitos fundamentais, bem como um instrumento de intervenção nas políticas econômicas visando fomentar o desenvolvimento nacional e proteger os cidadãos para que estes pudessem ter um padrão de vida digna.

Essa estruturação do Bem-Estar social é resultado de lutas políticas, principalmente, da classe trabalhadora que pugnou por uma regulamentação mínima nas relações econômicas de produção e assim o Estado se transformasse em concretizador de um parâmetro de vida digna que conferisse a sua população o acesso a: previdência social, educação, saúde, assistência social, transporte, saneamento básico, moradia, condições de trabalho digna entre outros direitos.

Ou seja, como defende Norberto Bobbio (1998.p.417) acerca do Estado de Bem-Estar social:

Welfare state: **independentemente da sua renda, todos os cidadãos, como tais, têm direito de ser protegidos** — com pagamento de dinheiro ou com serviços — contra situações de dependência de longa duração (velhice, invalidez...) ou de curta (doença, desemprego, maternidade...) (negritos nossos).

O modelo do Estado de Bem-Estar Social coloca na responsabilidade das instituições estatais uma equação repleta de complexidade em que, ao mesmo tempo, precisa garantir um padrão de vida digna e para isso é necessário estruturar um sistema fiscal que esteja sintonizado com esse paradigma, bem como detém uma política econômica que deve se alinhar ao mesmo tempo, na busca do desenvolvimento nacional e por essa razão o seu forte investimento em infraestrutura, mas também possui um contorno razoável de liberdade econômica no contexto das relações privadas.

Porém, esse projeto de Estado “não é sem obstáculos. Pelo contrário, a institucionalização deste modelo, tido seja como aprofundamento do liberalismo, seja como sua reformulação, ou mais radicalmente, sua negação” [...] (MORAIS, 2011. p.43), é marcado por crises como a fiscal e a econômica, que vem afetando as suas bases estruturais desconfigurando ou até levando a sua própria ruína.

E essa crise das suas bases estruturais são decorrentes das mudanças complexas impostas em um mundo globalizado assolado por política econômicas neoliberais, que apesar de produzirem um desenvolvimento econômico, inovações tecnológicas, um aumento maior da produtividade e da eficiência, acesso aos bens de consumo, promovem tudo isso às custas de relações de trabalho precarizadas violadoras na maioria das vezes da dignidade da pessoa humana, sedimentada em baixos salários, a formação da cultura do “Você S.A” seja você mesmo o protagonista e empreendedor da sua vida sem acesso à saúde, educação, transporte e previdência pública com fortalecimento das políticas de austeridade econômica, gerando ainda problemas ambientais com uma produção decorrente de uma velha economia poluente. (WRIGHT, 2019. p.24)

Nesse mister, os avanços das políticas neoliberais no sistema brasileiro, que possuem como principiologia que os serviços têm de produzir sua própria margem de lucratividade e só terão acesso aqueles que puderem pagar por ele, vem destruindo o espírito de solidariedade social e a ideia de vivermos em comunidade na construção de uma sociedade justa e solidária, conforme dispõe o próprio art. 3º, I da Constituição de 1988, nos tornando em um povo individualista em que se abriga em um Estado propagador das desigualdades, estruturado em um sistema democrático muitas vezes aparente, já que afasta o povo da ocupação dos espaços de deliberação popular.

Destarte, essas garantias sociais traçadas na estruturação do Estado de Bem-Estar Social da Constituição de 1988 que são os sustentáculos da sociedade brasileira foram aos poucos sendo destruídas, transformando-as em incertezas ou nas palavras de Bauman e Bordoni (2016, p. 72) em:

A certeza de emprego foi questionada por contratos rescindíveis, acirrando o fenômeno da insegurança do emprego temporário. Cortes nos gastos públicos limitam os serviços essenciais, desde o direito à educação até o atendimento de saúde, cuja insuficiência afeta a qualidade, a rapidez e a adequação da assistência aos doentes crônicos, aos debilitados e aos menos capazes. A necessidade de revisões de despesas, para economizar- em oposição ao hábito prolongado de desperdiçar recursos, pelo qual o sistema político foi responsável em primeiro lugar-, põe em questão a legitimidade dos direitos adquiridos, sancionados pela lei e pelo senso comum; inclusive a certeza de uma idade determinada de aposentadoria, o direito de receber subsídios de subsistência decentes e fundo de garantia para aqueles que trabalham ao longo de toda uma vida. Tudo se tornou discutível, questionável, instável, destinado a perecer ou ser eliminado com uma canetada, em função de necessidades urgentes, problemas de orçamento e obediência a regulamentações [...]

Todavia, se a Constituição não é uma promessa apenas e sim um texto dotado de máxima força normativa, todos os fundamentos valorativos precisam de uma forma ou de outra serem efetivados na realidade social com o objetivo de transformar a vida dos brasileiros/brasileiras, e para isso é fundamental termos um bom sistema de proteção social, pois este pode ajudar os indivíduos a se adaptarem as mudanças, tornando-os dessa forma mais competitivos e propensos a aceitar as alterações da conjuntura econômica global (STIGLITZ, 2010. p. 289).

Assim, apesar da crise estrutural do Estado de Bem-Estar Social de 1988, esse projeto nas palavras de Moraes (2011, p. 42) “ é a única ou, se não isso, a grande alternativa ao lado, para uma tentativa de investir na construção de uma sociedade justa e solidária”, por essa razão mesmo ante as tentativas de sua desconfiguração ou até da sua própria aniquilação, na esteira do constitucionalismo de transformação social o papel da jurisdição constitucional

encampa um lugar de destaque, particularmente, o Supremo Tribunal Federal que tem na Constituição o dever da guarda precípua do texto e consequentemente é responsável em manter viva a “alma” constitucional, para fins de concretizar os direitos fundamentais mesmo frente ao avanço das políticas de austeridade econômica ou da própria inércia dos Poderes republicanos, conforme veremos no próximo capítulo.



### 3 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DE 1988: QUEM É O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO?

A Carta Constitucional de 1988 elaborada a partir do sentimento de transformação social, econômico e político, surge como uma “ruptura ao menos simbólica”<sup>19</sup> em face do antigo regime constitucional estabelecido na Constituição de 1967, uma vez que nega as previsões do constitucionalismo ditatorial e a forma de atuação institucional do Estado, passando a ser desenvolvida por meio da escuta, incorporando no seu texto os ecos das ruas e de diversos setores da sociedade brasileira.

Com a Assembleia Nacional Constituinte instalada se deu início ao processo de sedimentação de um novo texto constitucional tendo como centro do debate o “Ser Humano”. Assim, como muitas das propostas voltadas para as efetivas mudanças sociais e como estratégia no jogo da constituinte, em razão de vozes conservadoras e que ainda flertavam com o autoritarismo, foi estruturado um amplo rol de direitos fundamentais que para sua execução necessitava além do fortalecimento da jurisdição constitucional com um Poder Judiciário independente, com liberdade administrativa e financeira, também se fazia essencial a ampliação do sistema de controle de constitucionalidade, para fins de tornar real a idealização desse novo sistema democrático brasileiro.

A partir do andamento dos trabalhos constituintes já era possível delinear o perfil desse novo Estado repleto de escolhas constitucionais que são apresentadas logo no início do texto, tendo como ponto de partida o próprio preâmbulo<sup>20</sup> que apesar de não possuir densidade normativa, como apontado pelo Supremo Tribunal Federal<sup>21</sup>, é a representação da

---

<sup>19</sup> A ideia de “ruptura simbólica” é estabelecida por Sampaio que assim leciona: “O apelo simbólico de um “começar de novo” unia os espíritos na luta contra inimigos verdadeiros e inventados. Vaporizavam odores de utopia por todos os lados, a saudável utopia que alimenta a esperança da renovação e a necessidade de ruptura, nem que fosse, de novo, simbólica. Não há como negar o caráter originário da constituinte de 1987/1988, que renegava a forma de mudanças previstas no texto de 1967/1969 e admitia concessões ao passado sem deixar de abraçar os anseios das ruas, a menos que continuemos com a ilusão de que constituinte é sempre sangue, veneno e ruptura.” (SAMPAIO. Josêx Adércio Leite. Teoria e Prática do Poder Constituinte. Como legitimar ou desconstruir 1988- 15 anos depois. In\_(Coord.). **15 anos de Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. P.31-32).

<sup>20</sup> A propósito sobre a questão do preâmbulo, interessante a leitura de Ivo Dantas ao estabelecer que na sua visão o preâmbulo é parte integrante do conteúdo constitucional, “visto que aponta, ao mesmo tempo, para a sua origem e para direção ideológica que lhe desejaram imprimir seus atores”. (DANTAS, Ivo. **Constituição & Processo**. 2ª.ed. (ano 2007), 1ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2010. P.442.)

<sup>21</sup> O STF decidiu através da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 2.076 que: “Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa.” (ADI 2.076, rel. min. Carlos Velloso, j. 15-8-2002, P, DJ de 8-8-2003.)

ideologia constitucional<sup>22</sup> trazendo no seu bojo todo o sentimento de mudança e as aspirações de uma nova República que nascia no dia 05 de outubro de 1988 às 15h50min<sup>23</sup>.

Com a promulgação do novo texto constitucional se definia a feição do sistema democrático brasileiro repleto de direitos fundamentais e com aplicações instrumentais das ações do controle de constitucionalidade, que desde o seu arquétipo já se vislumbrava uma possível mutação na relação institucional entre os Poderes e na formação de elos entre o Poder Judiciário, especialmente, entre o Supremo Tribunal Federal e a sociedade brasileira que acabaria ao longo do tempo por conhecer os Ministros da Suprema Corte e acompanhar com expectativas os julgamentos espetacularizados e televisionados em tempo real pelas emissoras de TV.

O debate contemporâneo sobre qual o papel que o STF ocupa no desenho institucional do Estado Brasileiro é tão relevante, posto que o Supremo é visto como messias, aquele que salva a democracia constitucional de 1988 quando toma uma decisão mais progressista e que assim dá concretude aos direitos constitucionalmente tutelados, e ora é colocado como o grande algoz na configuração dos Poderes republicanos, já que ao invés de se autoconter e ser deferente com as instâncias majoritárias acaba invadindo os seus espaços de competências.

A jurisdição constitucional foi altamente fortalecida, posto que ao Poder Judiciário, especialmente, ao STF foi entregue a guarda da constituição sendo este um dos grandes responsáveis em atuar construindo pontes entre a ideologia constitucional (direito oficial<sup>24</sup>) e a realidade social (direito vivo), fazendo cumprir dessa maneira o caráter vinculativo do compromisso maximizador firmado entre os constituintes de 1988 e a sociedade brasileira que no constitucionalismo de transformação anseiam pela efetividade dos inúmeros direitos fundamentais.

---

<sup>22</sup> A expressão Ideologia Constitucional utilizada na presente tese faz referência aos ensinamentos do Prof. Ivo Dantas que no seu livro Teoria do Estado Contemporâneo assim dispõe: “ A Constituição é a Positivização do Direito, que, por sua vez, nutrirá a Ideologia Constitucional daquele momento, visto que cada sociedade, em cada momento histórico, tem os seus valores que são transformados em normas de direito positivo que, caracterizadas por uma Supremacia inserem-se na Constituição, enquanto esta própria, para lhes dar eficácia, marca-as com os elementos da Supralegalidade e da Imutabilidade Relativa” (DANTAS, Ivo. **Teoria do Estado Contemporâneo**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2016. P.253.)

<sup>23</sup> O horário da promulgação do texto constitucional de 1988 está demonstrado através do site da Câmara dos Deputados na sua página especial a comemoração dos 30 anos da Constituição. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/agencia/infograficos-html5/constituente/index.html>.

<sup>24</sup> As expressões Direito Oficial e Direito Vivo são utilizadas por Ivo Dantas no seu livro Teoria do Estado Contemporâneo com o objetivo de expressar o direito legislado posto no texto escrito e o direito vivo que aquele que acontece de forma espontânea da realidade social. (DANTAS, Ivo. **Teoria do Estado Contemporâneo**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2016. P.264.)

Neste sentido, destaca-se as lições de Vieira (2013, p.18) sobre o compromisso maximizador da Constituição de 1988:

A Constituição de 1988 é ideológica e retoricamente carregada. Isso não significa, no entanto, que tenha assumido uma clara diretriz política ou mesmo econômica. A fragmentação político-partidária, a multiplicidade de grupos de interesses presentes no processo constituinte e a intensa participação da sociedade geraram uma constituição que abrigou interesses distintos ou mesmo contrapostos. Sua marca distintiva, portanto, não é o caráter desenvolvimentista, liberal, “chapa-branca”, neoconstitucional, simbólico ou ubíquo, **mas sim o compromisso maximizador, que garantiu que todos os setores que foram capazes de se articular no processo constituinte tivessem satisfeita ao menos parcela de seus interesses. A Constituição entrincheirou direitos, protegeu interesses, distribuiu poderes realizou promessas, delineou objetivos de mudança social e determinou políticas públicas.** (Grifos nossos).

Da mesma maneira, são os ensinamentos de Valle (2018, p. 190) ao demonstrar o papel do Poder Judiciário na Constituição de 1988:

A arquitetura da Carta de 1988, por sua vez, ciente dos riscos de obstrução do poder político, institucionalizava *ab initio* um vasto **sistema de controle fundado na vinculatividade jurídica dos compromissos. Se é o Direito o fundamento para o exercício do controle, natural que seu manejo desague ao final no Poder Judiciário.** (Grifos nossos).

Ora, em face do compromisso vinculador estabelecido em 1988, o STF muitas vezes precisa tentar buscar o equilíbrio entre sua atuação como messias ou algo do sistema democrático brasileiro. Entretanto, este debate entre ser uma Corte<sup>25</sup> ativista ou nutrir uma postura deferente e de autocontenção<sup>26</sup> se transmuda em um grande desafio, principalmente, diante de omissões legislativa ou estatais das instâncias majoritárias e ante aos casos considerados difíceis<sup>27</sup> ou sensíveis.

<sup>25</sup> É necessário destacar que a expressão Corte aqui estabelecida é no sentido de que é o STF a instância que analisa as demandas em sede de controle de constitucionalidade abstrato no âmbito federal, posto que no sistema brasileiro o STF não se organizou como uma Corte Constitucional exclusiva, já que também analisa recursos extraordinários, inclusive em sede de controle difuso, e também julga ações de foro privilegiado.

<sup>26</sup> Aqui vamos nos valer da ideia de autocontenção trazida por Clémerson Merlin Cléve e Bruno Meneses Lorenzetto que estabelece: “a autocontenção como uma postura de não interferência do Judiciário nas outras esferas de poder, relega a “política para os poderes políticos” (dentro de uma construção da política que a compreende apartada do Direito), possibilitando uma margem de atuação maior dos demais poderes no exercício de suas respectivas competências, apresentando-se como atitude de deferência em relação aos atos e decisões do Legislativo ou do Executivo.” CLÉVER, Clémerson Merlin, LORENZETTO, Bruno Meneses. **Governo democrático e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Fórum. 2016. p. 17)

<sup>27</sup> Na presente tese estamos adotando o sentido de *hard cases* (casos difíceis) de acordo com as lições de Ronald Dworkin que estabelece que esses casos são aqueles em que não existe uma regra específica para solução da contenda, é que não há apenas uma única resposta correta ambas as soluções trazem argumentos válidos para

O ativismo judicial representa uma postura ativa do Poder Judiciário, porém esta postura não se associa do ponto de vista ideológico, já que equivocadamente no Brasil se alinha o ativismo judicial muitas vezes praticado pelo Supremo Tribunal Federal a uma pauta própria dos partidos de esquerda, quando na realidade nem sempre o ativismo será progressista, já que a depender da arquitetura de composição da Corte é possível se ter decisões que são ativistas e nutrem um alto grau de conservadorismo<sup>28</sup>.

Para Clevé e Lorenzetto (2016, p. 16), o ativismo judicial é caracterizado por uma postura invasiva do Poder Judiciário, designadamente nos casos de omissões das instâncias políticas:

Ora, o ativismo judicial se caracteriza por uma atuação jurisdicional forte, invasiva de domínios decisórios em geral pertencentes a outras esferas de poder, **manifestando-se mais facilmente nos casos de omissões e de vazios de poder, mas não apenas neles**. Reconhecida como postura proativa, não pode ser associada a uma específica perspectiva ideológica. (Grifos nossos).

Entretanto, é importante salientar que o ativismo judicial não possui uma conceituação semântica única, posto que ele é multifacetado requerendo diferentes dimensões, a partir do prisma de incentivos e fatores diversos, razão de que a sua análise e legitimidade dependerá do contexto e dos atores que analisaram a atuação das cortes ou dos tribunais que exercem a jurisdição constitucional. (CAMPOS, 2016, p.219).

Nesta toada, frisa-se que o papel desempenhado pelas Cortes Constitucionais ou pelos Tribunais que exercem a jurisdição constitucional, especialmente, no caso brasileiro em que a Constituição de 1988 estabelece um compromisso de transformação social, como bem descreve Streck (2003, p. 83) no sentido de que a “constituição firma um contrato social<sup>29</sup>”,

---

aplicação no caso concreto: “ **mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes**, e não de inventar novos direitos retroativamente”. (DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**; tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 127-128.)

<sup>28</sup> Um dos exemplos que nem sempre o ativismo judicial é progressista se retrata no caso *Lochner vs New York* de 1905 da Suprema Corte Americana em que foi um período em que se julgou inconstitucional algumas leis que garantiam direitos sociais. Para saber mais vide a leitura de: MARCHIORI, Neto, LENA, Dani. A Suprema Corte dos EUA e a construção dos direitos sociais: estado-de-arte sobre a posição minoritária durante a Era *Lochner* (1905-1937). Disponível em: <http://repositorio.furg.br/handle/1/5223>. Acessado em: 21.10.2020 e ainda em SUNSTEIN, Cass R. *Constituciones y democracias: epílogos*. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. *Constitucionalismo y democracia*. México DF: Fondo de Cultura Económica, 1999.

<sup>29</sup> Para Lênio Streck a ideia da Constituição enquanto um contrato social é no sentido de que: “ser necessário advertir para o fato de que a Constituição, entendida como explicitação do contrato, não pode ser entendida (meramente) como um “contrato” que se estabelece como uma terceira coisa entre o Estado, o Poder, o Governo,

compete a jurisdição constitucional o papel de vivificação da Constituição na sua essência e materialização na realidade social das promessas previstas no bojo do seu texto a partir de um novo paradigma de um Estado Democrático de Direito. (STRECK, 2003. p.82).

Neste aspecto, analisar o ativismo judicial apenas sobre a ótica da invasão das instâncias majoritárias, conforme conceituado acima por Clevé e Lorenzetto (2016, p. 16) é simplificar um debate que envolve várias dimensões e premissas, conforme descreve Campos (2016. p. 2020):

Tendo em conta a realidade decisória das cortes contemporâneas, quando expandem seu espaço institucional e a influência sobre outros poderes de governo, é possível fixar cinco premissas normativas para a definição do que seja ativismo judicial: a primeira premissa- o ativismo judicial é uma **questão de postura expansiva de poder político-normativo de juízes e cortes quando de suas decisões, e não de correção de mérito dessas decisões judiciais**; a segunda- o ativismo judicial **não é aprioristicamente legítimo ou ilegítimo**; a terceira aponta o **caráter dinâmico e contextual** da identificação e da validade do ativismo judicial; a quarta identifica-se com a **pluralidade das variáveis contextuais** que o limitam, favorecem, enfim, moldam o ativismo judicial; e a última: o ativismo judicial se manifesta como uma **estrutura adjudicatória multidimensional**. **(itálico do original e grifos nossos).**

Salienta-se ainda, que esta Constituição de 1988 inaugura um constitucionalismo latino-americano e tem como traço característico o processo de formação histórica, econômica e cultural dos diversos povos que integram a América Latina, devendo ser consideradas as peculiaridades das desigualdades sociais, das experiências autoritárias e das constantes violações de direitos fundamentais que são situações vivenciadas e típicas dos países do denominado “Sul Global”<sup>30</sup>, exigindo assim novos tipos de arranjos decisórios para atuação da jurisdição constitucional.

Dessa maneira, destacam-se as lições de Rolla (2012, p.333) sobre o constitucionalismo latino-americano:

---

e os destinatários; antes disso, *a linguagem constituinte passa a ser condição de possibilidade do novo*, na medida em que, na tradição do Estado Democrático de Direito, o constitucionalismo não é mais o do paradigma liberal, mas, sim, passa por uma *revolução copernicana* (Jorge Miranda) mediante o constituir da Sociedade”. (STRECK. Lênio Luiz. **A jurisdição constitucional e as possibilidades hermenêuticas de efetivação da constituição: um balanço crítico nos quinze anos da constituição**. Revista da EMERJ, v. 6, n. 23, 2003. p. 83).

<sup>30</sup> Registra-se que a terminologia “Sul” apareceu no contexto internacional de 1980 e foi adicionada a palavra “Global” no período do final da Guerra Fria, logo após a intensificação do processo de Globalização, tendo como intuito referenciar todos os países pobres ou chamados países “em desenvolvimentos” em oposição aos países ricos e plenamente desenvolvidos do Norte Global. (DIRLIK, Arif., **"Global South: Predicament and Promise".The Global South**, vol. 1, n. 1 &2, 2007. p. 12–23.)

Los rasgos esenciales de este cambio se pueden observar, principalmente, a través de três elementos: **a la naturaliza del proceso constituyente, la aparición de una idea diversa de Constitución, y el perfeccionamiento de las técnicas de garantía de los derechos fundamentales. (grifos nossos).**

Assim, a América Latina é marcada por um desenvolvimento acerca dos estudos dos processos e jurisdição constitucional, uma vez que nos textos constitucionais vigentes foram incluídos direitos prestacionais, os quais o Estado tem o dever de efetivá-los, como explanado por Dantas, Castro e Barros (2016):

O desenvolvimento em nossa região, dos estudos de **Direito Processual Constitucional e Jurisdição Constitucional na América Latina**, a ponto de já se ter afirmado que a ciência do DCP tem um desenvolvimento especialmente latino-americano. Neste quadro cabe, então, uma indagação inicial: a que se deve a eclosão destes estudos?

Antes de enfrentarmos esta questão (que em última análise é uma questão política com reflexos constitucionais) entendemos que dois fatores são decisivos à compreensão deste fenômeno: (1) o **desenvolvimento de um sentimento constitucional** que, mesmo incipiente, já começa a ser sentido no cenário da maioria dos Estados Latino americanos e (2) a **amplitude da matéria constitucional**, com a inclusão nos textos matérias que vão além do conteúdo apenas político como defendido nos tempos do Liberalismo. **(negrito no original).**

Em face dessas vicissitudes da América Latina, o exercício da jurisdição constitucional nesses países, inclusive no Brasil através da atuação do Supremo Tribunal Federal, faz surgir uma variedade de ativismo judicial, que em alguns momentos se manifesta através de um ativismo solipsista ou monológico, ou seja, aquele em que o Poder Judiciário decide sozinho de forma isolada e esta espécie de ativismo deve ser combatida, posto que compromete o jogo democrático no momento em que invade as esferas políticas e por vezes a decisão judicial não se torna exequível na realidade social em face da ausência de diálogo com as instituições e com os atores beneficiados pela prestação jurisdicional.

Em outros contextos ocorre o ativismo dialógico que fortalece a democracia deliberativa, já que convoca para o diálogo os atores envolvidos no processo, a sociedade e os demais Poderes republicanos que serão afetados pela prestação jurisdicional, para que todos a partir de um diálogo democrático possam construir em conjunto a melhor decisão judicial com a finalidade de resolver aquela violação de direitos fundamentais.

Logo, se faz necessário ressaltar a posição de Garavito e Franco (2005, p. 163) acerca do ativismo dialógico:

[..] intervenciones gozan de una mayor legitimidad y eficacia cuando facilitan la democracia deliberativa, em lugar de reemplazarla. Esta modalidad de intervención, que hemos denominado de “activismo dialógico”, implica

um processo de seguimiento gradual y relativamente prolongado em el que la rama judicial assume el papel de promover la deliberación y la rendición de cuentas pública. **Además, requiere decisiones judiciales que, em lugar de dictar los detalles de la política pública, ofrezcan directrices y establezcan fines amplios a la vez que dejen la creación de las políticas concretas a los organismos gubernamentales. (Grifos nossos).**

Nesse cenário de constante indagação de qual é o papel do STF na moldura dos Poderes, se messias ou algoz do sistema democrático? Ou o único guardião do texto constitucional? Também é salutar refletirmos sobre qual a intensidade do controle de constitucionalidade (forte ou fraco<sup>31</sup>) realizado pelo tribunal? E a partir daí pensarmos se esta fórmula hermética entre a atuação do STF enquanto corte ativista ou deferente atende aos novos anseios e contornos sociais fruto de uma realidade social abstrusa e repleta de violações de direitos consagrados na promessa constitucional de 1988 ou se não chegou o momento de saltarmos para um modelo alternativo que reflita um espaço de deliberação democrática, como no caso do ativismo dialógico defendido por Garavito e Diana Franco?

Neste mister, ressalta-se ainda, que não se mensurava até então quando da promulgação da Constituição Cidadã que os Poderes da República, especificamente, o Poder Legislativo e o Executivo restassem tão omissos no processo de concretude dos direitos fundamentais, já que muitos direitos pactuados no seio da constituinte em razão de divergências entre as forças políticas da época, se tomou como estratégia a previsão de um rol de direitos, no entanto, a sua implementação na realidade dependeria ou de uma regulamentação específica por parte do Congresso Nacional ou devido a densidade econômica

---

<sup>31</sup> Para conceituar o controle de constitucionalidade forte ou fraco adotaremos na presente tese as lições de Virgílio Afonso da Silva que assim estabelece: “modelos como o norte-americano e os da grande maioria dos países europeus podem ser considerados como modelos “fortes” de controle de constitucionalidade. Isso porque uma eventual superação de uma decisão de inconstitucionalidade pela Suprema Corte ou por um tribunal constitucional só poderia ocorrer se fosse emendada a Constituição, o que costuma ser algo difícil e excepcional, sobretudo — mas não apenas — nos Estados Unidos. Modelos como o canadense e o inglês (após a entrada em vigor do *Human Rights Act*) são modelos fracos de controle de constitucionalidade. No caso canadense, porque o legislador pode, após uma decisão judicial de inconstitucionalidade, promulgar novamente a lei declarada inconstitucional e imuniza-la temporariamente contra futuras decisões judiciais de inconstitucionalidade (e renovar, se quiser, essa “imunidade” a cada cinco anos). No caso inglês, as decisões de controle de constitucionalidade, instituído pelo *Human Rights Act*, de 1998, não vincula totalmente o legislador, sendo apenas decisões de incompatibilidade, mas não de invalidade. Em ambos os casos, como se percebe, o legislador tem a possibilidade de reabrir o diálogo, se assim entender conveniente. Ou seja: ele pode aceitar a decisão do Judiciário, mas pode também superá-la. É essa possibilidade de superação que é chamada de “*legislative override*”. Entretanto, para o presente autor o modelo de controle de constitucionalidade brasileira seria “ultraforte”. Isso porque, além de reunir as características típicas dos modelos fortes, o Brasil tem uma constituição com um amplo rol de dispositivos imodificáveis, as chamadas “cláusulas pétreas”. (SILVA. Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. p. 212-218. Disponível em: Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4144/2927>. Acessado em 08 de outubro de 2020.

de alguns destes, se faria necessário uma atuação mais comprometida e sensível na formação orçamentária das políticas públicas por parte do Executivo, com a finalidade de atender aos objetivos da República Federativa Brasileira previstos no art. 3º da Carta Constituinte.

Como não se vislumbrava à época da promulgação do texto as omissões dos Poderes Legislativo e Executivo ao longo desses trinta e dois anos da Constituição de 1988, omissões estas, com especial destaque para o Poder Legislativo, atestada por ele quando da exposição dos motivos da Proposta de Emenda Constitucional nº. 33/2011<sup>32</sup> de autoria de Nazareno Fonteles e outros, que visava alterar a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condicionava o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submetia ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição.

No bojo da presente proposta de emenda constitucional nº. 33/2011, o Poder Legislativo além de listar casos de protagonismo do Supremo Tribunal Federal ainda reconhece a sua própria ineficiência, nos seguintes termos:

O protagonismo alcançado pelo Poder Judiciário, especialmente dos órgãos de cúpula, é fato notório nos dias atuais. A manifestação desse protagonismo tem ocorrido sob duas vertentes que, embora semelhantes, possuem contornos distintos: a judicialização das relações sociais e o ativismo judicial.

[..]

Não são poucos os exemplos a ilustrar o ativismo exacerbado no Brasil. Começemos pelo caso da fidelidade partidária, no qual o Supremo Tribunal Federal (STF) ratificou o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) – contido em Resolução<sup>2</sup> - criando uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, em adição às enumeradas no art. 55, sem que houvesse qualquer menção expressa no texto constitucional relacionada à sanção por infidelidade partidária. Outro caso amplamente conhecido foi a extensão da vedação do nepotismo ao Poder Executivo e Legislativo, por meio de súmula vinculante, após o julgamento de um único caso.

[..]

**Por óbvio, devemos reconhecer as deficiências do Poder Legislativo, que tem passado por várias crises de credibilidade. Contudo, esse aspecto não deve justificar tais medidas, como se houvesse um vácuo político a ser ocupado pelo Supremo Tribunal Federal.** O fortalecimento do Poder Legislativo deve ser debatido no âmbito da reforma político-eleitoral, mas não apenas nesse espaço. Há uma série de medidas de preservação e valorização da competência legislativa do Congresso Nacional que devem

---

<sup>32</sup> A proposta de emenda constitucional nº. 33/2011 foi arquivada definitivamente, no dia 31 de janeiro de 2014, nos termos do art.115 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.



ser apreciadas, independentemente da aprovação de novas regras eleitorais. [...] **(Grifos nossos).**

Apesar da exposição dos motivos da PEC nº. 33/2011 falar que a crise de credibilidade do Poder Legislativo não deveria ser as razões da atuação mais ativa do Poder Judiciário, como **“se houvesse um vácuo político”** a ser ocupado pelo STF. Bem, na verdade é que, analisando a atuação dos Poderes brasileiros existem espaços vazios realmente deixados pelos Poderes Executivo e Legislativo ao longo desses mais de trinta anos de constitucionalismo democrático, e o Poder Judiciário foi ocupando os vácuos e se transformando no **“muro das lamentações”<sup>33</sup>** da sociedade brasileira que moribunda e necessitada de acolhida, a única possibilidade que se vislumbra é bater na porta do Judiciário com o objetivo de observar as escolhas constitucionais de 1988 serem materializadas na realidade complexa do povo brasileiro.

Ante as incertezas do contexto brasileiro quanto ao papel dos poderes na arquitetura institucional, nos valem as reflexões de Bauman (2010, p. 174-175):

A incerteza se estende até a questão mais crucial para nós: a mutação na posição social e no papel dos intelectuais. Há muitos sinais de que a função tradicional (desempenhada ou pretendida), **representada pela metáfora dos “legisladores”, é aos poucos substituída pelo papel mais bem captado pela metáfora de “intérpretes”. Mas seria está uma transformação irrevogável ou uma perda momentânea de vigor? (Grifos nossos).**

Entre legisladores e intérpretes, entre um Poder Judiciário ativista e deferente, entre um STF messias ou algoz, a sociedade busca na pessoa de um juiz ou de um Ministro não apenas o papel de árbitro ou de jurista, mas também de conciliador, pacificador das relações humanas e de interventor ou estimulador do desenvolvimento de políticas públicas que efetivem direitos fundamentais (GARAPON, 2001, p. 24). Assim, não podemos pensar a jurisdição constitucional como antagônica a democracia, e sim como um exercício primeiramente para a democracia (CLÉVE, LORENZETTO, 2016, p. 81), notadamente, perante as escolhas constitucionais de 1988.

Diante do fortalecimento do Poder Judiciário, o STF no exercício da jurisdição constitucional atua como messias ou algoz do ambiente democrático? Como guardião único do texto? Nesse aspecto nem messias, nem algoz, nem o único guardião da Constituição, mais sim como um possível pagador de promessas do constitucionalismo de 1988, para fins de

---

<sup>33</sup> Muro das Lamentações expressão utilizada por Antoine Garapon para demonstrar que o Poder Judiciário se transformou a última esperança para concretude de direitos fundamentais nos Estados Modernos. (GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas**. Tradução de Maria Luíza de Carvalho. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001).

tentar efetivar os direitos fundamentais, sobretudo aqueles de cariz socioeconômico por meio do sistema de controle de constitucionalidade que será abordado adiante.

### 3.1 SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A rigidez constitucional estabelecida pelo constitucionalismo de 1988 funciona como um mecanismo de estabilização do texto, impondo assim limites de atuação ao poder reformador no sentido de que o processo de alteração formal da Constituição passará por uma maior dificuldade através das emendas constitucionais que deverão seguir os ritos e procedimentos previstos no art. 60 da Constituição de 1988.

Essa rigidez constitucional na visão de Ivo Dantas (2010. p. 35) é a proteção daqueles valores supremos escolhidos pela sociedade e que foram incorporados no texto constitucional. Já para José Afonso da Silva (2010.p.45) é a partir da ideia de rigidez constitucional que decorre a principiologia da Supremacia Constitucional que estabelece que os valores inseridos dentro do texto compõem o alicerce estrutural da democracia constitucional de 1988.

Dessa forma, para que os valores constitucionais de 1988 sejam mantidos ativos, se faz necessário dotar este texto de instrumento de suprallegalidade<sup>34</sup> que sinalizam que a Constituição estará acima de todas as normas infraconstitucionais, já que é o mecanismo de proteção da supremacia constitucional, ou seja, os valores sociais que foram positivados no texto, realizando o filtro constitucional por meio do controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, bem como impondo limites ao poder reformador na observância da cláusula de imutabilidade relativa.

---

<sup>34</sup> Sobre Supremacia Constitucional e Suprallegalidade recomendo a leitura de Ivo Dantas no livro *Constituição & Processo* em que o autor estabelece que os mecanismos de suprallegalidade é que garantem a Supremacia Constitucional no seguinte sentido: “A Constituição é a positivação do Direito, que por sua vez, nutrirá a Ideologia Constitucional daquele momento, visto que cada sociedade, em cada momento histórico, tem os seus valores que são transformados em normas de direito positivo que, caracterizado por uma Supremacia, inserem-se na Constituição, enquanto esta própria, para lhes dar eficácia, marca-as com os elementos de Suprallegalidade e da Imutabilidade Relativa. (DANTAS. Ivo. **Constituição & Processo**. 2.ed. 1ª reimpr. Curitiba: Juruá,2010).

No entendimento de Roberto Gargarella e Christian Courtis (2009, p.13), essa rigidez constitucional seria também a imposição de um procedimento específico do processo de alteração do texto constitucional, o que levará a proteção da supremacia do texto e a preservação da sua suprallegalidade, conforme dispõe:

Constitución prevé una serie de garantías para preservar su supremacía, entre las que interesa destacar la llamada *rigidez constitucional* –es decir, el hecho de que la reforma de la constitución requiera un procedimiento más gravoso que la aprobación o modificación de legislación ordinaria.

Neste sentido, o Controle de Constitucionalidade se apresenta como um manto protetor da axiologia da Constituição e consequentemente do próprio sistema democrático, posto que é responsável pela guarda do espírito constitucional, ou seja, do sentido de existir do próprio texto constituinte.

Logo na visão de Ivo Dantas (2010.p.35) o controle de constitucionalidade, não seria apenas uma opção doutrinária, mas estaria sedimentado em dois pressupostos teóricos:

- a) Ao fato de que, sendo a Constituição oriunda de um superpoder- o Poder Constituinte-, nela estão inseridos os **valores supremos consagrados pela sociedade** para qual o texto foi elaborado. Disto decorre a consequência de que só possam ser modificados por procedimentos especiais, constitucionalmente previstos [...].
- b) À característica de Suprallegalidade que marca a norma constitucional, distinguindo-a, em consequência, das demais normas jurídicas que compõem o ordenamento jurídico-positivo do Estado, decorre a **obrigatoriedade de que estas últimas tenham consigo a obrigação inarredável de encontra-se, onticamente, de acordo com os ditames-preceitos** inseridos na primeira. (grifos nossos).

Para além da ideia de rigidez constitucional<sup>35</sup> é importante destacar outro aspecto essencial na modelagem do controle de constitucionalidade brasileiro de 1988, é a matriz-teórica de transformação constitucional<sup>36</sup>, ou seja, após o reestabelecimento da ordem

<sup>35</sup> Para Oscar Vilhena Vieira e Dimitri Dimoulis a “ rigidez no procedimento de reforma e a existência de cláusulas pétreas são um mecanismo muito mais utilizado nas Constituições transformadoras”. (**Resiliência constitucional: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual.** / Dimitri Dimoulis...[et al.]. -- 1. ed. -- São Paulo: Direito GV, 2013.p.41

<sup>36</sup> O Constitucionalismo de Transformação nas lições de Eliana Pulcinelli é a incorporação no texto constitucional dos compromissos da agenda social a partir da escuta da opinião pública, ou seja, todo o processo de consagração de um rol amplo de direitos fundamentais, “e que dependiam do estabelecimento de instrumento de natureza institucional que oportunizassem a confirmação fática daquelas garantias, afastando assim a cilada de seu símbolo constitucional” (PULCINELLI. Eliana. **STF como indutor da mudança no constitucionalismo de transformação.** Curitiba: Juruá, 2016. P. 68). Já para Carina Gouvêa e Alfredo Canellas Guilherme da Silva, o Constitucionalismo de Transformação resulta em uma mudança jurídica, política e social das estruturas do Estado Democrático “dinamicamente estável”, mais em constante desenvolvimento para corresponder os anseios da complexidade social. ( SILVA Alfredo Canellas Guilherme da. GOUVÊA. Carina Barbosa.

democrática<sup>37</sup> e o país no caminho da estabilidade econômica que poderia proporcionar a geração de emprego, renda e redução das desigualdades sociais e regionais como sendo uma das diretrizes traçadas nos objetivos da República Federativa Brasileira (art. 3º, III da CF/88), esse texto nasce à luz do movimento neoconstitucional<sup>38</sup> aproximando a interpretação das normas constitucionais dos preceitos éticos e morais, o que propiciou um fortalecimento do Poder Judiciário atuando como hermenêuta da norma constitucional e a verificação de uma judicialização do modo de se viver em sociedade, bem como da pauta política brasileira.

Como bem destaca Eliana Pulcinelli (2016. p.88) sobre o constitucionalismo de transformação e a mudança da sociedade nas lições a seguir:

Os processos de metamorfose da sociedade num contexto transformador, em regra, são marcados pela necessidade de se distanciar de um passado violento, seja a violência real- lutas armadas e guerras civis-, seja aquela ínsita à exclusão social, caso do Brasil, assim como boa parte das nações da Latinoamérica. Dessa forma, a nova ordem constitucional brasileira era a tentativa de se despedir daquele cenário desolador.

No caso brasileiro um dos desafios do constitucionalismo de transformação era suplantando os bolsões da miséria estabelecendo uma matriz-teórica que fosse compromissada com a redução da pobreza, das desigualdades e das injustiças sociais, definindo diretrizes que devem ser cumpridas pelos Poderes constituídos<sup>39</sup> e inserindo no texto constitucional um rol

---

**Constitucionalismo e seus modelos contemporâneos de transformação e transição.** Disponível em: Disponível em: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/download/201/166/>.

<sup>37</sup> É importante ainda destacar, que na visão Carina Gouvêa e Alfredo Silva que pese o “constitucionalismo de transformação se aproxima da ideia de bloco constitucional dirigente de Canotilho ao fornecer um impulso permanente e consagrar uma exigência de atuação pelo Estado”, neste “ processo de transformação constitucional requer um estado de apaziguamento político para o crescimento de outras esferas de participação”, ou seja, na transformação constitucional existe um processo de mudança, porém isso não fica a carga apenas do Poder Judiciário, mas também das outras forças que integram a República não se pretendendo substituir a política que se movimenta dentro do seu *locus* de espaço institucional.(SILVA Alfredo Canellas Guilherme da. GOUVÊA. Carina Barbosa. **Constitucionalismo e seus modelos contemporâneos de transformação e transição.** Disponível em: Disponível em: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/download/201/166/>.

<sup>38</sup> Para Prieto Sanchís o “Neoconstitucionalismo, constitucionalismo contemporâneo o, a veces también, constitucionalismo a secas son expresiones o rúbricas de uso cada día más difundido y que se aplican de un modo un tanto confuso para aludir a distintos aspectos de una presuntamente nueva cultura jurídica. Creo que son tres las acepciones principales (1). En primer lugar, el constitucionalismo puede encarnar un cierto tipo de Estado de Derecho, designando, por tanto, el modelo institucional de una determinada forma de organización política. En segundo término, el constitucionalismo es también una teoría del Derecho, más concretamente aquella teoría apta para explicar las características de dicho modelo. Finalmente, por constitucionalismo cabe entender también la ideología que justifica o defiende la fórmula política así designada.” (SACHÍS. Luis Prieto. **Neconstitucionalismo y Ponderación Judicial.** Disponível em: Disponível em: [http://afduam.es/wp-content/uploads/pdf/5/6900111\(201-228\).pdf](http://afduam.es/wp-content/uploads/pdf/5/6900111(201-228).pdf). p. 201. Acessado em 08 de outubro de 2020.

<sup>39</sup> É importante esclarecer que adotamos a distinção entre Poder Constituinte e Poderes Constituídos sedimentada por Sieyes que estabelece que o Poder Constituinte àquele que elabora a Constituição e a qualquer momento

amplo de direitos fundamentais de cariz socioeconômica, como direito à saúde, à alimentação, à moradia, à educação, à previdência social, à assistência aos desamparados, ao lazer, ao transporte, ao trabalho, à segurança pública, à proteção a maternidade e a infância.

O sentimento constitucional de 1988 modelou a estrutura do controle de constitucionalidade ampliando o rol de legitimidade para o controle abstrato, trazendo novas ações para o exercício do controle concentrado como a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, possibilitando a participação de *amicus curie*, adotando o controle difuso de constitucionalidade oportunizando o reconhecimento da (in) constitucionalidade por qualquer Juiz ou Tribunal e assim fortalecendo a atuação do Poder Judiciário, especialmente, do Supremo Tribunal Federal, já que o art.102, *caput* do texto constitucional o coloca como o “guardião da Constituição”, precipuamente, porém não como o único.

Assim, ao analisarmos a seguir a estrutura do controle de constitucionalidade concentrado/abstrato, do controle difuso/concreto e do papel desenvolvido pelo STF ao longo desse constitucionalismo de 1988, vamos buscar superar a “visão da guilhotina<sup>40</sup>” do controle de constitucionalidade entendendo o mesmo como instrumento de concretização de direitos fundamentais e o papel de importância do STF nesse processo democrático.

---

pode romper novamente a ordem constitucional e os Poderes Constituídos (Legislativo e Executivo) àqueles que atuarão nos ditames da norma constitucional para fins de concretizá-la na realidade respeitando os limites impostos pelas escolhas constitucionais. (SIEYES. Emmanuel Joseph. *Qu'est-ce que Le Tiers État ?, Précédé de L'Essai Sur Les Privilèges*, traduzido a partir da edição crítica com uma introdução por Edme Champion (1889), Paris, PUF Quadrige, 1989, Cículo de Leitores e Temas e Debates, 2008.) Seguem a mesma linha de entendimento José Afonso da Silva no seu livro Curso de Direito Constitucional Positivo. 33ª.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. e Ivo Dantas no livro Teoria do Estado Contemporâneo, 3ªed. Curitiba: Juruá, 2016. p.153.

<sup>40</sup> Visão Guilhotina é a expressão utilizada por Virgílio Afonso da Silva para superar o entendimento de que o “controle de constitucionalidade seria simplesmente um conjunto de ações (no sentido do direito processual) que conduz a lei para a guilhotina anuladora do Judiciário”. Para ele o “controle de constitucionalidade é parte do jogo democrático, é algo muito mais complexo do que mero procedimento judicial”. (SILVA. Virgílio Afonso da. **O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4144/2927>. Acessado em 08 de outubro de 2020. Destaca-se, que é essa visão que se filia a presente autora desta tese doutoral e que se abordada mais especificamente no capítulo destinado ao controle de constitucionalidade estruturante.

### 3.1.1 Controle de Constitucionalidade Abstrato como instrumento de proteção da Supremacia Constitucional

O Brasil de 1988 adotou um modelo de controle de constitucionalidade misto, ou seja, tanto o controle concentrado quanto o controle difuso (que será trabalhado no subitem 2.1.2).

O controle de constitucionalidade concentrado/abstrato tem a sua origem na Constituição Austríaca de 1920 defendido por Hans Kelsen<sup>41</sup>, tendo a Corte Constitucional o papel de guardião exclusivo da Constituição. No sistema brasileiro de 1988, quem exercer essa função de guardião da constituição, precipuamente, é o Supremo Tribunal Federal, conforme disposição do art. 102, *caput*<sup>42</sup> da CF/88.

No controle concentrado/abstrato a análise da (in) constitucionalidade é baseada em uma lei ou em um ato normativo perante a Constituição, ou seja, se discute apenas a norma jurídica, não havendo assim um caso concreto. O objetivo do controle abstrato é retirar do ordenamento jurídico a lei ou o ato normativo que viole a Constituição mantendo dessa forma a segurança jurídica e a supremacia constitucional.

Entretanto, é importante salientar que esta espécie de controle de constitucionalidade não pode ser analisada apenas através da “visão da guilhotina”, já que o controle é uma ferramenta de manutenção da ordem democrática e deve ser problematizado a partir de outros olhares como: ausência de deliberação interna entre os Ministros do STF, a ausência de uma metodologia decisória e a inexistência de um diálogo institucional entre os poderes<sup>43</sup>, o que

---

<sup>41</sup> Para Hans Kelsen todos os atos deveriam ser submetidos a jurisdição constitucional, pois para ele “o controle da jurisdição constitucional todos os atos em forma de lei, inclusive os que só contêm normas individuais e, por exemplo, o orçamento e todos aqueles que, por alguma razão, tendem a ser vistos como meros atos administrativos pela doutrina tradicional, a despeito de terem forma de lei. O controle de sua regularidade não pode ser entregue a qualquer outra instância que não a jurisdição constitucional. Essa deve dispor do poder de verificar, inclusive, outros atos do Parlamento que, sem terem necessariamente forma de lei – não sendo exigida sua publicação no Diário Oficial –, têm caráter obrigatório nos termos da Constituição, por exemplo o regimento interno do Parlamento, a matéria orçamentária (se essa não for aprovada em forma de lei) e outros atos semelhantes.” (KELSEN. Hans. **A Garantia Jurisdicional da Constituição**. Tradução de Jean François Cleaver. Direito Público nº 1 – Jul-Ago-Set/2003 – Doutrina Estrangeira. p. 111. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/233835928.pdf>. Acessado em: 14 de outubro de 2020.)

<sup>42</sup> Art. 102, *caput*, CF/88: Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]

<sup>43</sup> Esses pontos que serão aprofundados no capítulo específico sobre o controle de constitucionalidade estruturante.

provoca muitas vezes uma insegurança jurídica e coloca em xeque a legitimidade democrática do Tribunal perante a sociedade brasileira.

A Constituição Federal de 1988 desde a sua promulgação procurou estabelecer no seu texto a ampliação não só dos mecanismos de combate as inconstitucionalidades, sejam estas, por via de ação ou omissão, com a finalidade de garantir a efetivação de direitos fundamentais na realidade social, bem como o rol de legitimados para propor estas ações perante o STF, conforme disposto no art. 103<sup>44</sup>.

Dessa forma, a Lei nº. 9868, de 10 de novembro de 1999 veio disciplinar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) e a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), que possuem como objeto a análise de inconstitucionalidade e de constitucionalidade de lei ou ato normativo perante a norma constitucional de 1988.

No mesmo sentido, a Lei nº. 9882, de 03 de dezembro de 1999 disciplinou o processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, que possui como objeto evitar lesão ou reparação de lesão a preceitos fundamentais, resultantes de ato do Poder Público e quando existir controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive àqueles anteriores à Constituição de 1988.

Já a Lei nº. 12.063, de 27 de outubro de 2009 regulamenta a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADIO) que tem como objeto as omissões legislativas, ou seja, a ausência de regulamentação de um direito previsto na norma constitucional albergado em um dispositivo de eficácia limitada<sup>45</sup> e que não tem como produzir efeitos positivos na realidade social diante da omissão inconstitucional.

Assim, busca-se através das decisões judiciais sanar as lacunas constitucionais ante a omissão dos Poderes Legislativo, Executivo ou de um Órgão Administrativo, para fins de dar concretude àquele direito previsto na norma constitucional. No entanto, a Ação Direta de

---

<sup>44</sup> Art. 103, CF/88. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I- O Presidente da República; II- A Mesa do Senado Federal, III- A Mesa da Câmara dos Deputados; IV- A Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal.V- O Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI- O Procurador-Geral da República; VII- O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII- Partido Político com representação no Congresso Nacional; IX- Confederação Sindical ou entidade de classe de âmbito nacional;

<sup>45</sup> Aqui vamos adotar a classificação de eficácia das normas constitucionais a partir da análise do Prof. Dr. José Afonso da Silva em seu livro “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”, que dispõe que as normas de eficácia limitada são aqueles em que “não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado”, e assim o autor divide essas normas de eficácia limitada entre as normas declaratórias de princípios institutivos ou organizacionais e as declaratórias de princípios programáticos. (SILVA. José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3ª Ed.São Paulo: Malheiros. P. 84-86).

Inconstitucionalidade por omissão visa sanar omissões legislativas e não omissões decorrentes da inércia do Estado em implementar políticas públicas que visem efetivar direitos fundamentais sociais.

Ao longo desses 32 anos de constitucionalismo democrático de 1988 aconteceu uma ampliação dos poderes e da própria atuação do Supremo Tribunal Federal. Este aumento demonstra uma modificação no equilíbrio das forças entre os Poderes no sistema democrático brasileiro ante a constitucionalização de um amplo rol de direitos fundamentais e consequentemente da constitucionalização do modo de se viver em sociedade.

Os brasileiros acompanham com grandes expectativas os julgamentos do Supremo Tribunal Federal reproduzidos ao vivo pela TV Justiça e pelo canal do Youtube da Corte, uma vez que as questões decididas pelo STF, sejam elas de cunho político, econômico, religioso ou moral, irão impactar em grau maior ou menor a vida de cada um de nós, o que contribui não apenas para o fenômeno da hiper litigiosidade da própria vida, mas também com o fortalecimento da Supremocracia.

Salienta-se, que Supremocracia é um termo cunhado por Oscar Vilhena (2008.p 444/445), que dispõe sobre esta terminologia a partir de dois sentidos:

Em um **primeiro sentido**, o termo *supremocracia* refere-se à **autoridade do Supremo em relação às demais instâncias do judiciário**. Criado há mais de um século (1891), o Supremo Tribunal Federal sempre teve uma enorme dificuldade em impor suas decisões, tomadas no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, sobre as instâncias judiciais inferiores. A falta de uma doutrina como a do *stare decisis* do *common law*, que vinculasse os demais membros do Poder Judiciário às decisões do Supremo, gerou uma persistente fragilidade de nossa Corte Suprema. Apenas em 2005, com a adoção de da súmula vinculante, completou-se um ciclo de concentração de poderes nas mãos do Supremo, voltado a sanar sua incapacidade de enquadrar juízes e tribunais resistentes às suas decisões. Assim, *supremocracia* diz respeito, em primeiro lugar, à autoridade recentemente adquirida pelo Supremo de governar jurisdicionalmente (*rule*) o Poder Judiciário no Brasil. Neste sentido, finalmente o Supremo Tribunal Federal tornou-se supremo. No caso específico, o “s” minúsculo do adjetivo vale mais que o “S” maiúsculo que convencionalmente reservamos aos órgãos máximos da República.

Em um **segundo sentido**, o termo *supremocracia* refere-se à **expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes [...]. (Grifos nossos)**.

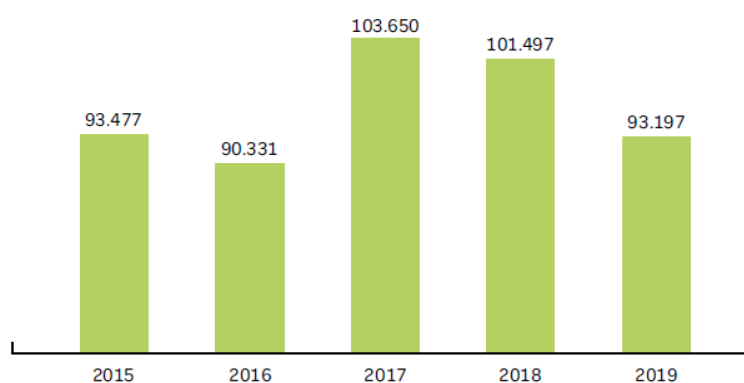
Dessa forma a partir da ampliação do controle de constitucionalidade abstrato/concentrado com novas ações, mais legitimados para as demandas de controle, a possibilidade de participação democrática como a figura do *amicus curie* e da realização de



audiências públicas<sup>46</sup>, com a expansão dos próprios anseios do constitucionalismo de 1988 que pugna pela transformação da sociedade à luz dos valores da justiça, da dignidade e da redução das desigualdades sociais e regionais e com a “possibilidade de exigibilidade judicial dos direitos associados a este projeto de mudança” (PULCINELLI,2016.p. 101), faz com o STF receba milhares de ações judiciais por ano, entre processos de competência originárias, ações de controle de constitucionalidade e recursos.

Pelos dados do Relatório de Atividades do STF do ano de 2019 (antes da pandemia do covid-19), publicado em 2020, o Supremo recebeu **em 2019 um total de 93.197 processos**, o que representa **8% a menos** que o **ano de 2018** em que o Tribunal recebeu um total de 101.497, conforme demonstra o Gráfico 03 a seguir:

**GRÁFICO 03:** Processos Recebidos por ano no STF<sup>47</sup>



*Fonte: Portal de Informações Gerenciais do STF (Universo Processos) e Relatório de Atividades 2018. Dados extraídos em 2/1/2020.*

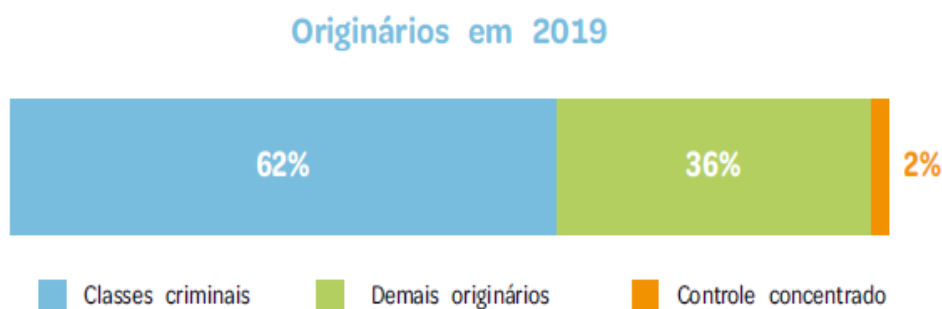
Destaca-se, que entre o total de processos recebidos em **2019**, 21.301 representa processos originário, salienta-se que desse total **2% representa as ações de controle de constitucionalidade abstrato/concentrado**, conforme demonstrado na figura 01 abaixo:

**GRÁFICO 04:** Número Total de Processos Originários recebidos pelo STF em 2019<sup>48</sup>

<sup>46</sup> Esses pontos que serão aprofundados no capítulo específico sobre o controle de constitucionalidade estruturante no Brasil: uma proposta metodológica para superação da crise democrática.

<sup>47</sup> É importante salientar que o gráfico foi produzido pelo Relatório de Atividades do STF no ano de 2019, no relatório representa o Gráfico 05, a presente autora como está citando na tese pela primeira vez fez a renumeração gráfica para seguir a logicidade textual.

<sup>48</sup> É importante salientar que a figura foi produzida pelo Relatório de Atividades do STF no ano de 2019, a presente autora como está citando na tese pela primeira vez fez a renumeração para seguir a logicidade textual.



Frisa-se ainda, que do total de processos originários recebidos pelo STF em **2019, 334 representavam ações de Controle de Constitucionalidade abstrato/concentrado**, um **aumento de 89 ações de controle a mais**, já que em **2018 o total era de 245**, conforme tabela 01 abaixo:

**TABELA 01:** Quantidade de Ações de Controle de Constitucionalidade Abstrato<sup>49</sup>

|                      | Classe originária                                         | 2016       | 2017       | 2018       | 2019       |
|----------------------|-----------------------------------------------------------|------------|------------|------------|------------|
| Controle concentrado | Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC)            | 6          | 6          | 8          | 7          |
|                      | Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI)                | 195        | 237        | 178        | 241        |
|                      | Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO)    | 1          | 9          | 5          | 4          |
|                      | Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) | 60         | 68         | 54         | 82         |
|                      | <b>Total</b>                                              | <b>262</b> | <b>320</b> | <b>245</b> | <b>334</b> |

Fonte: Relatório de Atividades do STF ano de 2019

Entretanto, no imprevisível ano de 2020 em que o mundo está assolado em uma pandemia do covid-19, “a pandemia é uma alegoria. O sentido literal da pandemia do coronavírus é o medo caótico generalizado e a morte sem fronteiras causados por um inimigo invisível” (SANTOS, 2020. p. 09). Nesse sentido, os países do Sul Global foram afetados de formas diferentes pela crise pandêmica em face das realidades sociais complexas em que a imposição de uma quarentena se transforma por vezes em um sofrimento maior diante da ausência de estrutura para lidar com o isolamento necessário.

<sup>49</sup> É importante salientar que a tabela foi produzida pelo Relatório de Atividades do STF no ano de 2019, a presente autora como está citando na tese pela primeira vez fez a renumeração para seguir a logicidade textual.

No contexto brasileiro, essa realidade foi desnudada de uma forma cruel ficando cada vez mais visível o óbvio, ou seja, um país que não conseguiu ainda materializar os ideais de justiça social preconizado no constitucionalismo de 1988 e que chega a 566.013<sup>50</sup> óbitos com a incerteza se teremos ou não uma vacinação em massa e a imunização total da população no ano de 2021. A letargia do Poder Executivo brasileiro ante a pandemia do coronavírus levou mais uma vez a uma hiperlitigiosidade no Supremo Tribunal Federal de forma especial, no contexto da pandemia atuando como protetor do próprio sistema democrático, sendo a Corte Constitucional chamada para decidir o que é inequívoco na Constituição de 88, por exemplo, que a proteção e a defesa da saúde é responsabilidade de todos<sup>51</sup> os entes da federação, bem como de competência legislativa concorrente conforme disposto no art. 24, inciso XII<sup>52</sup>.

Essa madorna do Poder Executivo Federal frente ao coronavírus diante da cresça alucinógena de que era apenas “uma gripezinha”<sup>53</sup>, empenhado na construção de um conflito inexistente entre economia e saúde e omissos no comando geral da crise, provocou no Supremo Tribunal Federal uma avalanche de ações judiciais para debater as questões relacionadas a pandemia.

Nos dados atualizados em tempo real pelo Supremo Tribunal Federal relacionados ao **painel covid-19** até dia 29 de dezembro de 2020 às 11h53min40ss, o Tribunal tinha recebido um total de **6.699 processos judiciais** e já proferiu **7.992 decisões** em diversas ações que englobam o tema da pandemia do coronavírus. Entre esse total destaca-se as ações referentes a habeas corpus, reclamação constitucional, recurso ordinário em habeas corpus e outras, conforme gráfico abaixo:

<sup>50</sup> Dados consolidados pelo consórcio dos veículos de imprensa a partir dos resultados das Secretarias Estaduais de Saúde em 11 de agosto de 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2021/08/11/casos-de-covid-no-brasil-completam-uma-semana-com-queda-significativa-na-media-movel-proxima-de-30-mil-por-dia.ghml>. Acessado em: 11 de agosto de 2021.

<sup>51</sup> Em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 6341/2020, os Ministros do STF no julgamento da medida cautelar reconheceram à unanimidade que as medidas adotadas pelo Presidente da República na Medida Provisória nº. 926/2020 para enfrentamento do novo coronavírus não afastam as competências dos Estados, Distrito Federal e Municípios, já que a proteção e defesa à saúde é uma matéria legislativa concorrente.

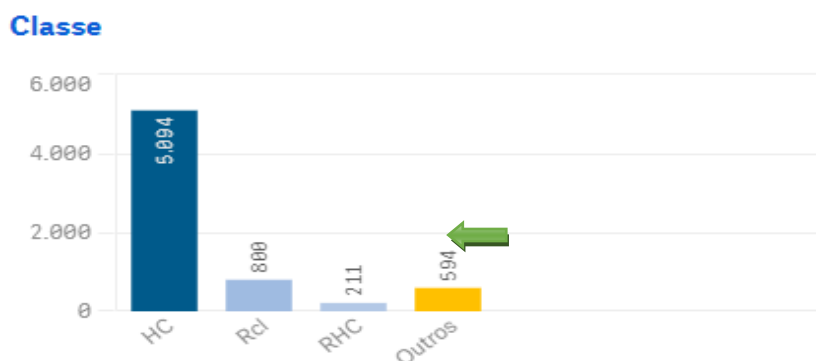
<sup>52</sup> Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrente sobre:

XII- previdência social, proteção e defesa da saúde.

<sup>53</sup> O Presidente da República em uma coletiva de imprensa realizada em 20 de março de 2020 falou: “*Depois da facada, não vai ser uma gripezinha que vai me derrubar, tá ok?*”. E repetiu a mesma argumentação quatro dias depois em um pronunciamento a Nação transmitido pelo rádio e pela TV: “*No meu caso particular, pelo meu histórico de atleta, caso fosse contaminado pelo vírus, não precisaria me preocupar, nada sentiria ou seria, quando muito, acometido de uma gripezinha ou resfriadinho, como bem disse aquele conhecido médico, daquela conhecida televisão*”. Íntegra em vídeo disponível no site da BBC NEWS/ Brasil: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-55107536>.

**GRÁFICO 05:** Processos recebidos no STF relacionados a pandemia do covid-19 em 2020<sup>54</sup>

## PAINEL DE AÇÕES COVID-19



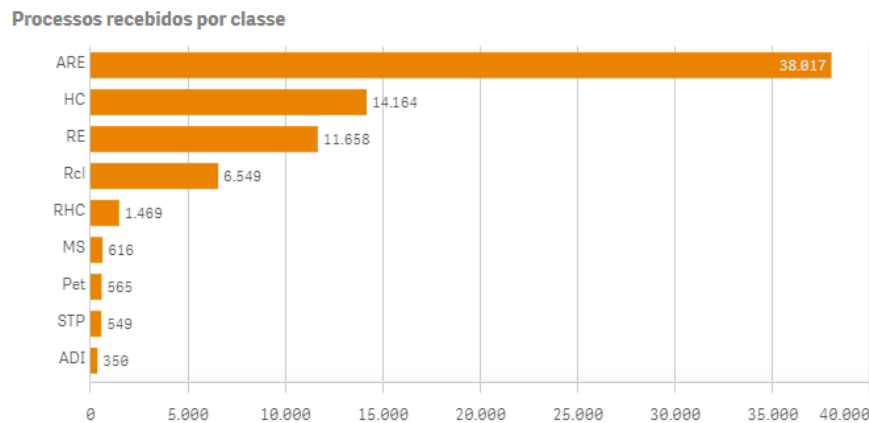
Fonte: Painel de Ações Covid-19 do STF.

Dentre a temática das 594 ações diversas referente ao covid-19, **102** são Ações Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e **51** são Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (APDF), adverte-se que até 29 de dezembro de 2020, o STF teria recebido **um total de 350 Ações Direta de Inconstitucionalidade (ADI)** e dentre estas **102 se referem a questão da pandemia**, conforme Gráfico 06 abaixo:

**GRÁFICO 06:** Ações Direta de Inconstitucionalidade recebidas pelo STF em 2020<sup>55</sup>

<sup>54</sup> É importante salientar que a tabela foi produzida pelo STF no painel covid-19 ano de 2020, a presente autora como está citando na tese pela primeira vez fez a renumeração para seguir a logicidade textual.

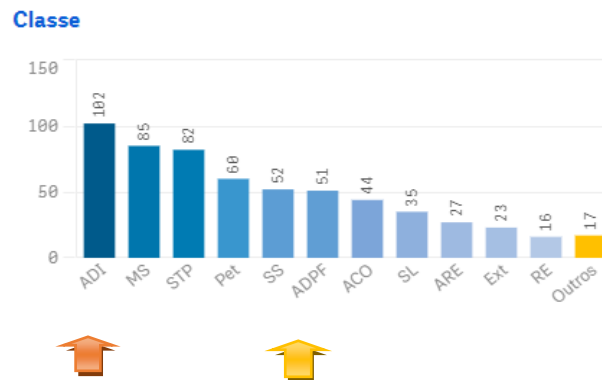
<sup>55</sup> É importante salientar que a tabela foi produzida pelo STF através do Portal de Informações Gerenciais do ano de 2020, a presente autora como está citando na tese pela primeira vez fez a renumeração para seguir a logicidade textual.



Fonte: Portal de Informações Gerenciais em 29 de dezembro de 2020.

**GRÁFICO 07:** Ações Direta de Inconstitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental recebidas pelo STF referente a pandemia do covid-19<sup>56</sup>

## PAINEL DE AÇÕES COVID-19



Fonte: Pannel de Ações Covid-19 do STF.

Assim perante a inércia dos Poderes Executivo e Legislativo, especialmente do Executivo no contexto da pandemia, o STF no exercício da jurisdição constitucional foi sendo convocado a decidir diversos temas em sede de controle de constitucionalidade abstrato que impactam em graus distintos na sociedade brasileira. Nesse aspecto detém o STF a “última

<sup>56</sup> É importante salientar que a tabela foi produzida pelo STF no painel covid-19 ano de 2020, a presente autora como está citando na tese pela primeira vez fez a renumeração para seguir a logicidade textual.

palavra pelo menos provisória”<sup>57</sup> (MENDES, 2008. p. 168) acerca das questões de direitos fundamentais? Podemos concluir que o STF é um pagador de promessas do modelo constitucional de 1988, com o fito de efetivar direitos fundamentais, especificamente, nos casos dos direitos sociais que possuem caráter econômico?

Percebe-se que para o STF muitas vezes não existe uma alternativa a não ser decidir a vida dos brasileiros em face da grande litigiosidade, e isso acontece tanto no controle abstrato de constitucionalidade quanto no controle difuso, que abordaremos no próximo tópico. O que é possível refletirmos é sobre o grau de diálogo da construção dessas decisões judiciais, se elas partirão de um ativismo solipsista ou de um diálogo deliberativo entre os poderes, para fins de se atestar a sua legitimidade e sua respeitabilidade ao longo do tempo.

### **3.1.2 Controle de Constitucionalidade Difuso e a democratização dos debates de inconstitucionalidades**

O Controle de Constitucionalidade Difuso conhecido também como controle incidental, via de exceção ou desconcentrado é aquele que possui sua origem no sistema Norte Americano, o qual pode ser realizado por qualquer juiz ou Tribunal, não sendo absorvido como função exclusiva de uma Corte ou de um Tribunal Constitucional, ou no contexto brasileiro do Supremo Tribunal Federal que possui múltiplas funções.

Nesta modalidade de controle de constitucionalidade se discute um bem da vida, ou seja, estamos diante de um caso concreto em que temos uma lide, as partes que compõem a demanda e uma disputa por um determinado direito subjetivo. Dessa forma, o debate da inconstitucionalidade de forma difusa é um incidente, já que para ser reconhecida a mesma se faz necessário verificar o possível vício de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo que respalda o objeto da presente contenda.

Ainda se salienta que qualquer das partes, terceiros interessados, Ministério Público pode fomentar a questão da inconstitucionalidade, inclusive o próprio juiz ou tribunal *ex officio*, porquanto também compete a estes a manutenção dos valores constitucionais

---

<sup>57</sup> “Última palavra provisória” é um termo usado por Conrado Hübner Mendes para descrever a provisoriedade das decisões judiciais, já que essas decisões podem ser contestadas pelas instâncias majoritárias. Para o autor existe um certo grau de provisoriedade, posto que apesar das decisões judiciais possam ser revistas existe também um certo grau de durabilidade e resistência. O que significa que a Corte deve estar preocupada em produzir decisões judiciais de qualidade devendo ser observado o caminho para a tomada da decisão.

preconizados em 1988. Assim, na modalidade difusa o debate de inconstitucionalidade é meio prejudicial à análise do mérito, a inconstitucionalidade não é o fim do processo em si, apenas é um caminho que leva à análise da contenda em torno do pedido.

Com a ampliação e o fortalecimento do desenho do controle de constitucionalidade em 1988, quando este acontece na modalidade difusa poderá ser arguido em sede qualquer ação e nos mais variados ramos do direito; bem como qualquer ato ou espécie normativa poderá ser objeto do controle de constitucionalidade difuso, incluindo os atos de natureza privada. Importante esclarecer, que o debate do controle de constitucionalidade difuso poderá ser levado ao Supremo Tribunal Federal por meio do Recurso Extraordinário, conforme estabelecido no art. 102, inciso III<sup>58</sup> da Constituição de 1988.

No que se refere ao Recurso Extraordinário é necessário frisar que não é todo e qualquer Rext que é admitido pelo Supremo Tribunal Federal, posto que é essencial observar o instituto da repercussão geral. A repercussão geral é um requisito de admissibilidade criado e regulamentado pelas Leis n.ºs. 10.259/2001, 11.418/2006 e mais recentemente pelo Código de Processo Civil de 2015 que dispõe no seu art.1035, §1º que para fins de repercussão será analisado a presença de questões relevantes de âmbito nacional sobre aspectos econômicos, político, social ou jurídico que ultrapassem o raio de incidência da disputa entre as partes do processo.

Ainda é importante mencionar que o ônus da prova da repercussão geral compete a parte recorrente e com o ingresso do instituto da repercussão geral tivemos uma aproximação do controle difuso com o controle abstrato, já que os efeitos da decisão em sede de controle difuso, em regra, é *ex tunc* e *inter-partes*, mas é possível pelo grau de abstratividade da decisão, os efeitos delas serem aplicados de forma *erga-omnes* e vinculante, mesmo a Constituição dispondo no art. 52, inciso X<sup>59</sup> que competirá ao Senado Federal suspender a

---

<sup>58</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

III- julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a)Contrariar dispositivo desta Constituição; b)Declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c)Julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d)Julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

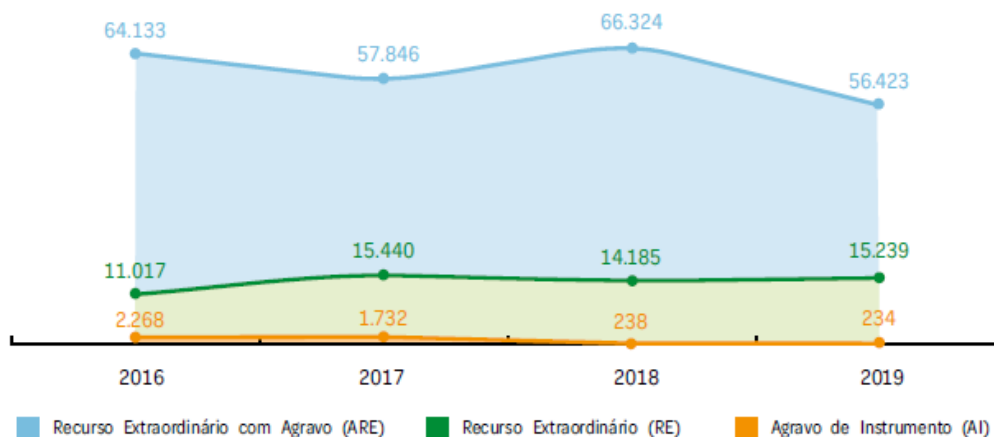
<sup>59</sup> É importante destacar, que não compõe objeto da presente tese o debate acerca das divergências doutrinárias pertinente a uma possível mutação constitucional sobre o papel do Senado Federal disposto no art. 52, inciso X da Constituição de 1988. No entanto, para quem tiver interesse no tema recomendo a análise das decisões das seguintes decisões do STF: **ADI 3.406** e **ADI 3.470**, rel. min. Rosa Weber, j. 29-11-2017, P, *Informativo* 886; RCL 4.335, voto do rel. min. Gilmar Mendes, j. 20-3-2014, P, DJE de 22-10-2014; Rcl 4.335, voto do rel. min. Gilmar Mendes, j. 20-3-2014, P, DJE de 22-10-2014; RCL 4.335, voto do rel. min. Gilmar Mendes, j. 20-3-2014, P, DJE de 22-10-2014; RE 387.271, rel. min. Marco Aurélio, j. 8-8-2007, P, DJE de 1º-2-2008; **MI 460**

execução, no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF.

No entanto, mesmo com o instituto da repercussão geral também se observa uma hiper litigiosidade, só no **ano de 2019 o STF recebeu 15.239** Recursos Extraordinários, desses **41% tiveram a repercussão geral reconhecida e 59% não foram admitidos**. Segundo os dados do Relatório de atividades do STF do ano de 2019, entre os principais problemas que culminaram na inadmissibilidade recursal foram: *I) ausência de ofensa constitucional direta; II) incidência da Súmula 279/STF para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário e III) agravo contra decisão que tem, como base, a sistemática da repercussão geral.*

E dentre os principais temas reconhecidos de repercussão geral, segundo o mesmo **Relatório de atividades do STF do ano 2019**, destaca-se: *I) Tema 660* que se refere as violações dos princípios do contraditório e da ampla defesa quando o julgamento da causa depender de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais. *Extensão do entendimento ao princípio do devido processo legal e aos limites da coisa julgada; II) Tema 339* obrigatoriedades de fundamentação das decisões judiciais e *III) Tema 800* Presunção relativa de inexistência de repercussão geral dos recursos extraordinários interpostos nas causas processadas nos Juizados Especiais Cíveis da Lei 9.099/1995. *Obs.: Título aperfeiçoado pelo relator quando da publicação da tese, em 10/4/2018 (conforme Processo STF/SEI 010927/2017). Redação original: Viabilidade de recurso extraordinário contra acórdão proferido por Juizado Especial Cível da Lei 9.099/1995 em matéria de responsabilidade pelo adimplemento de obrigação assumida em contrato de direito privado.*



**GRÁFICO 08:** Quantidade de Recursos recebido por classe em 2019 no STF<sup>60</sup>

Fonte: Portal de Informações Gerenciais do STF (Universo Processos) e Relatório de Atividades 2018. Dados extraídos em 2/1/2020.

No mesmo sentido da hiper litigiosidade, ainda percebemos um dos problemas centrais da questão do controle de constitucionalidade seja na modalidade difusa ou concentrada que é a ausência de deliberação interna<sup>61</sup> na construção das decisões. Segundo as lições de Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 211), para a deliberação interna:

[..]

é preciso que um tribunal superior, no exercício do **controle de constitucionalidade**, fale “**como instituição**”, de forma “**clara**”, “**objetiva**”, “**institucional**” e, **sempre que possível**, “**única**”. Esse é o papel da deliberação interna. Ou seja: especialmente o objetivo de se alcançar uma decisão institucional e única parece ser possível apenas por meio de uma deliberação do tipo interno. **(Grifos nossos)**.

Ou seja, o que se percebe pelos dados do **Relatório do STF de 2019** é que dos **100% das decisões judiciais totais proferidas pelo Supremo**, 85% delas aconteceu de forma monocrática e apenas **15%** de maneira colegiada. Ainda é mister destacar, que dos **15% totais das decisões colegiadas**, 78% aconteceram por meio das **turmas** e apenas 22% através do **plenário do tribunal**.

<sup>60</sup> É importante salientar que o gráfico foi produzida pelo STF no Relatório de Atividades de 2019, a presente autora como está citando na tese pela primeira vez fez a renumeração para seguir a logicidade textual.

<sup>61</sup> Esse ponto será aprofundado no capítulo específico sobre o controle de constitucionalidade estruturante.

Entretanto, mesmo no controle de constitucionalidade difuso que se exige o cumprimento da cláusula de reserva de plenário, conforme disposto no art. 97<sup>62</sup> da Constituição Federal e regulamentado através do instituto do incidente de arguição de inconstitucionalidade previsto no art. 948<sup>63</sup> do Código de Processo Civil de 2015, estabelecendo que o debate de inconstitucionalidade seja analisado pela maioria absoluta dos seus membros em sede da turma, câmara ou órgão especial do respectivo tribunal, mesmo assim a deliberação interna é frágil<sup>64</sup>, posto que não existe um debate qualitativo entre os Ministros e muitas vezes se decide pela regra da maioria.

E com a criação do plenário virtual em 2007 dando a possibilidade de que alguns casos sejam analisados eletronicamente, como na verificação do requisito da repercussão geral em sede do Recurso Extraordinário e quando de controvérsia constitucional pelas instâncias de origem e os feitos julgados no Superior Tribunal de Justiça na sistemática do recurso repetitivo, nos termos dos arts. 323-A<sup>65</sup> e 326-A<sup>66</sup> do Regimento Interno do STF, também não ocorre uma deliberação robustecida posto que o Ministro Relator coloca o voto no painel virtual e os outros possuem um prazo de seis dias úteis para votarem e como o julgamento acontece de forma assíncrona possibilita que o ministro que votar no último dia do prazo não seja levado em consideração nem para concordar ou divergir no julgado, favorecendo dessa forma a ausência de deliberação entre eles, visto que não estão ao vivo votando para que pudessem debater e tentar influenciarem uns aos outros quanto aos elementos argumentativos do caso em julgamento.

---

<sup>62</sup> Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou membros do respectivo órgão especial poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

<sup>63</sup> Art. 948: Arguida, em controle difuso, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, o relator, após ouvir o Ministério Público e as partes, submeterá a questão à turma ou à câmara à qual competir o conhecimento do processo.

<sup>64</sup> Esse ponto da ausência de deliberação que será aprofundado no capítulo específico sobre o controle de constitucionalidade estruturante

<sup>65</sup> Art. 323-a. O julgamento de mérito de questões com repercussão geral, nos casos de reafirmação de jurisprudência dominante da Corte, também poderá ser realizado por meio eletrônico. (Incluído pela Emenda Regimental n. 42, de 2 de dezembro de 2010) Parágrafo único. Quando o relator não propuser a reafirmação de jurisprudência dominante, outro ministro poderá fazê-lo, mediante manifestação devidamente fundamentada (Incluído pela Emenda Regimental n. 54, de 1º de julho de 2020)

<sup>66</sup> Art. 326-a. Os recursos indicados como representativos de controvérsia constitucional pelas instâncias de origem e os feitos julgados no Superior Tribunal de Justiça sob a sistemática de recursos repetitivos serão registrados previamente ao Presidente, que poderá afetar o tema diretamente ao Plenário Virtual, na forma do art. 323 do regimento interno, distribuindo-se o feito por sorteio, em caso de reconhecimento da repercussão geral, a um dos ministros que tenham se manifestado nesse sentido. (Incluído pela Emenda Regimental n. 54, de 1º de julho de 2020)

A questão é que diante da complexidade da estrutura do controle de constitucionalidade no sistema brasileiro, a construção da decisão judicial está para além da simples declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, já que está se transmuta em um símbolo para o legislador até onde a corte pode e deve interferir na análise dos casos em debates (MENDES, 2008. p.100). Por isso, é necessário se tentar uma conciliação entre uma “resiliência nas visões constitucionais anteriormente concebidas, e segurança jurídica” (MAIA; GOUVÊA, 2016).

Assim nessa difícil tarefa assumida pelo STF de tentar conciliar os interesses e nem incorporar o papel de messias ou algoz da democracia brasileira, será que não podemos ressignificar a visão sobre este Tribunal? Será o STF nem o messias e nem o algoz, mas quem sabe vem exercendo o papel de pagador de promessas do constitucionalismo de transformação pactuado em 1988 na tentativa de efetivar os direitos fundamentais sociais não implementados suficientemente na realidade social? trabalharemos esse aspecto no tópico a seguir.

### 3.2 STF E O PAPEL DE “PAGADOR DE PROMESSAS”<sup>67</sup> PARA À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

No desenho da Constituição de 1988, como já supramencionado no item 2 do presente capítulo, o papel da jurisdição constitucional ganha novos contornos, posto que o Poder Judiciário deixa de ser apenas um aplicador mecanizado da análise fria da constitucionalidade ou inconstitucionalidade das normas e dos atos normativos, para ser um guardião dos valores positivados e do sentimento constitucional.

---

<sup>67</sup> A utilização do pagador de promessas é uma referência a obra de Dias Gomes que narra a história de Zé do Burro que faz uma promessa em um terreiro de candomblé para a cura do seu burrinho chamado Nicolau que tinha se acidentado com a caída de um galho de árvore na sua cabeça em um dia de tempestade. Zé do Burro desesperado pela cura de Nicolau procura várias alternativas para que o seu animal ficasse bem, até que foi ao terreiro de candomblé de Maria de Iansã e prometeu que se Nicolau ficasse curado, ele iria cumprir uma promessa de levar uma cruz tão pesada quanto a de Cristo, da sua roça até a igreja de Santa Bárbara no dia da sua festa, já que no sincretismo religioso Iansã corresponde a Santa Bárbara no Catolicismo. E assim Zé do Burro cumpre a sua promessa anda por sete léguas da sua roça até chegar na Igreja de Santa Bárbara em Salvador, porém ao chegar na igreja é impedido pelo Padre de entrar e cumprir sua promessa, já que o Padre alega que a Igreja era a casa de Deus e ele tinha feito a promessa na casa do Diabo. A partir daí inicia a saga de Zé Burro o pagador de promessa para tentar cumprir aquilo que tinha prometido no terreiro de Maria de Iansã. (Gomes, Dias, 1922- **O pagador de promessas** / Alfredo Dias Gomes.- 36ª ed. - Rio de Janeiro: Ediouro, 2002)

O sentimento constitucional como bem defende Pablo Lucas Verdú (2004. P.139) é no sentido de que “toda política constitucional repousa não só em *ter e estar* em Constituição, senão também em senti-la como algo próprio, estimado por sua forma originária e em seus desenvolvimentos expressos e tácitos”. Esse sentimento permeia toda a estrutura constitucional e vincula os Poderes Constituídos no sentido de que as suas atuações devem ser direcionadas a preservar e dá concretude na realidade social as escolhas constitucionais pactuadas.

É importante asseverar, que essa carga emocional de preservação desse sentimento constitucional não depende apenas de formalidade técnicas-jurídicas, do garantismo normativo, da promoção das condições e remoção dos obstáculos entre o tecnicismo e a realidade social, já que carece em certo parâmetro de um grau emocional, ou seja, de uma conexão social com os valores constitucionalmente tutelados (VERDÚ, 2004. p. 151).

Assim para Pablo Verdú (2004. P. 151) a efetividade constitucional depende dos seguintes fatores, *in verbis*:

A efetividade constitucional é igual à normatividade e garantismo técnico-jurídico + realidade constitucional promovida e livre de obstáculos + adesão afetiva aos elementos precedentes ou que se desprendem da Constituição. Tal adesão não se dá apenas por causa da utilidade e conveniência das articulações e garantismos técnicos-jurídicos, mesmo aperfeiçoados [...]; ela se dá, também, à medida que estes se inspiram em/e concretizam os postulados axiológicos [...].

Nesse sentido, a previsão dos direitos fundamentais sociais pactuados em 1988 é uma decorrência do sentimento constitucional bem denominado por Pablo Verdú ou da própria ideologia constitucional conceituada por Ivo Dantas, uma vez que esses direitos sem nenhum pairar de dúvidas possuem como objetivo a promoção adequada da qualidade de vida a todos suprimindo qualquer necessidade para uma existência digna, pois “não se pode pensar em exercício de liberdades, de preservação da dignidade humana, enfim, de direitos intrínsecos ao ser humano, em que um “mínimo vital” esteja garantido caudatariamente à própria vida em sociedade” (NUNES JUNIOR, 2009. P. 65).

Dessa forma, os direitos fundamentais sociais do art. 6º<sup>68</sup> da Constituição de 1988, não podem ser interpretados como ausentes de efetividade em face do seu conteúdo econômico, da sua implementação gradual ou da ausência de previsões orçamentárias, visto que não é possível tratar as escolhas constitucionais em uma visão Lassalliana como uma

---

<sup>68</sup> Art. 6º: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta constituição.

folha de papel em branco<sup>69</sup>, ao contrário a força normativa da constituição reside em transformar uma sociedade, não pelo simples fato das disposições escritas no texto em si, mas também na vontade constitucional de efetivar essas previsões a partir da orientação, vinculação e imposição de deveres aos Poderes Constituídos na República (HESSE, 1991. p.19).

Logo, a criação e a execução de iniciativas que promovam concretude a efetividade dos direitos sociais modificando o *status quo* da sociedade, tradicionalmente é uma função governamental (BRANDÃO, 2013. p.21), conforme bem salienta Abramovich y Courtis (2009, p. 9), *in verbis*:

Parece claro que, de acuerdo al diseño institucional de las democracias occidentales, los poderes encargados de cumplir con las obligaciones que se desprenden del establecimiento de la mayoría de los derechos son, primordialmente, los denominados poderes políticos, es decir, la Administración y la Legislatura.

Entretanto, o fato da construção dessas políticas públicas que concretizam direitos sociais estarem prioritariamente vinculadas as atuações dos Poderes Executivo e Legislativo, não afasta a atuação do Poder Judiciário quando este provocado por meio de uma ação judicial para analisar uma questão relacionada ao cumprimento de um dos direitos sociais, não poderá se abster de decidir, inclusive, é interessante destacar as lições de Lênio Streck (2006, p. 126) no sentido de ser perfeitamente possível a “ utilização da jurisdição constitucional para realização dos direitos fundamentais sociais”, não configurando assim uma quebra do ideário da Teoria da Separação dos Poderes, uma vez que no constitucionalismo garantista<sup>70</sup>

<sup>69</sup> A Constituição Folha de Papel tratada por Ferdinand Lassalle no seu livro “A essência da Constituição” é entendida dessa maneira quando o texto constitucional escrito não representa os fatores reais e efetivos de Poder, ou seja, quando a Constituição escrita diverge da realidade social. Para o autor quando o texto escrito não representa a realidade, o texto não teria nenhuma força normativa e o que deve primar é a constituição real e efetiva que é na sua visão a realidade social. Para Lassalle: “ Onde a Constituição reflete os fatores reais e efetivos do poder, não pode existir um partido político que tenha por lema o respeito à Constituição, porque ela já é respeitada, é invulnerável. Mau sinal quando esse grito repercute no país, pois isto demonstra que na Constituição escrita há qualquer coisa que não reflete a constituição real, os fatores reais do Poder. E se isto acontecer, se esse divórcio existir, a constituição escrita está liquidada: não existe Deus e nem força capaz de salvá-la.” (LASSALE, 2007. p. 39).

<sup>70</sup> Para Ferrajoli o constitucionalismo garantista é resultado de uma transformação estrutural do Estado de Direito para o Estado Constitucional a partir de quatro princípios ou postulados como: o **princípio da legalidade** em que as leis devem ser condicionadas a sua validade as normas constitucionais, formais ou substanciais no seu processo de elaboração, o **princípio da completude deontica** que estabelece a normatividade dos princípios estabelecidos na Constituição, bem como dos direitos que impliquem em obrigações positivas e/ou negativas, **princípio de jurisdicionalidade** que impõe mecanismos de intervenção em casos de violações as normas e aos princípios pactuados constitucionalmente e o **princípio da acionabilidade** que consiste na possibilidade dos indivíduos poderem acionar o Poder Judiciário ante a inércia ou hipossuficiência dos poderes e órgãos públicos na efetividade dos direitos previstos no texto constitucional. Para quem tiver interesse vale a pena a leitura de Ferrajoli no seu livro “A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Tradução de Alexander Araujo de Souza e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais,

os direitos fundamentais são de todos e de cada um vinculando por sua vez a atuação dos três poderes. (FERRAJOLI, 2015. p.87).

Nesta senda, é inegável reconhecer que avanços importantes no constitucionalismo de 1988 acontecerem por meio da atuação do Poder Judiciário através de julgados emblemáticos como: direito de greve de servidores públicos (MI nº. 708/DF), união estável homoafetiva (ADPF nº. 132 e ADI nº. 4277), proibição do nepotismo (ADC nº.12), pesquisa com células tronco embrionárias (ADI nº. 3510), não recepção da lei de imprensa (ADPF nº. 130), cotas raciais para ingresso em universidades (ADPF nº. 186), a liberação das biografias não autorizadas (ADI nº. 4815), a ações de combate a corrupção (Lava jato, Mensalão) e entre tantas outras que dividiram a opinião pública em todo o país.

Ante as complexidades da vida em sociedade, o nosso olhar para o STF é de um Tribunal desempenhando o papel de “pagador de promessas” na busca de efetivar os direitos fundamentais individuais e sociais pactuados em 1988 ante as dificuldades e a própria inércia das instâncias majoritárias.

No exercício do papel de “pagador de promessas”, o STF nem sempre profere as decisões mais acertadas, oscilando entre um Tribunal mais ativo e deferente, como bem descreve Luís Roberto Barroso (2018. Posição 186-ebook) “muitos fatores são determinantes para a dosagem adequada dessas atitudes, e não há uma regra universal e permanente [...], a vida não é um destino que se cumpre, mas um caminho que se escolhe”.

Portanto, tendo todas as instituições o seu grau de imperfeição é necessário olharmos para o STF a partir das suas fraquezas e virtudes (BADIN, 2013.p 158) e compreendermos o seu espectro de atuação no que se refere a prática dos direitos fundamentais sociais, atualmente, cumprindo o papel de “pagador de promessas” do constitucionalismo brasileiro de transformação, do que simplesmente ser colocado como um messias, a personificação do salvador perfeito e infalível ou algoz aquele carrasco que degenera as instituições, viola a Teoria da Separação dos Poderes e consequentemente fragiliza a democracia brasileira.

Para compreendermos melhor essa atuação do STF como um “pagador de promessas” do constitucionalismo de 1988, é necessário pensarmos na construção ideológica

---

2015”, para compreender o redesenho do Estado Constitucional e da Vinculação das ações dos Poderes na concretização dos valores constitucionais.

dos direitos sociais na nossa constituição e como é possível a intervenção do Poder Judiciário na concretização desses direitos.

### 3.2.1 A densidade econômica dos Direitos Fundamentais Sociais<sup>71</sup>

A partir da análise da positiva dos Direitos Fundamentais na Constituição de 1988 percebe-se que os Direitos Sociais estabelecidos no art. 6º trazem uma obrigação de atuação por parte do Estado Brasileiro, já que são direitos de matriz prestacional para serem atingidos e efetivados no seio da sociedade é necessária uma ação positiva por parte dos Poderes estatais.

Uma das questões mais controvertidas quanto a efetividade dos Direitos Sociais se revela a partir da sua eficácia e aplicabilidade, ante ao seu conteúdo econômico. Para uma parte da doutrina mais tradicional, esses direitos de natureza prestacional só poderiam ter sua efetividade reconhecida caso exista receita pública e previsão orçamentária para a sua aplicação; e diante da inexistência de dinheiro público para esta finalidade, não passariam os direitos sociais previsto na Constituição de 1988 de um mero texto repleto de boas intenções.

A doutrina mais tradicional ainda faz uma diferença entre os Direitos Sociais e os Direitos Civis ou Políticos, visto que os direitos sociais trazem uma postura ou obrigação positiva para o Estado, ou seja, um dever de agir para implementá-los, enquanto os Direitos Civis, reconhecidos como direitos de 1ª dimensão tais como propriedade privada e liberdade, trazem para o ente estatal uma postura de abstenção, ou melhor uma obrigação negativa, para o Estado garantir os presentes direitos em tese não precisa fazer nada apenas se abster de intervir.

Nas lições de Abramovich e Courtis (2009, p.4-5) essa diferença entre Direitos Civis e os Direitos Sociais pela doutrina tradicional se apresenta da seguinte forma:

**La supuestas distinciones entre derechos civiles y derechos sociales no son tan tajantes como pretenden los partidarios de la doctrina tradicional. La principal diferencia que señalan los partidarios de dicha doctrina reside en la distinción entre obligaciones negativas y positivas: de acuerdo con esta línea de argumentación, los derechos civiles se caracterizarían por establecer obligaciones negativas para el Estado – por ejemplo, abstenerse de matar, de torturar, de imponer censura, de violar la correspondencia, de afectar la propiedad privada– mientras que los derechos sociales exigirían obligaciones de tipo positivo –por**

<sup>71</sup> É importante salientar que aqui vou tratar sobre a ideologia dos Direitos Sociais na Constituição de 1988 a partir do seu caráter econômico e não de um dos direitos sociais em específico.

**ejemplo, dar prestaciones de salud, educación o vivienda**—. En el primer caso, se dice, el Estado cumpliría su tarea con la mera abstención, sin que ello implique la erogación de fondos, y por ende, el control judicial se limitaría a la anulación de aquellos actos realizados en violación a aquella obligación de abstención. Contra la exigibilidad de los derechos sociales, aun cuando tengan reconocimiento constitucional, se dice que como se trata de derechos que establecen obligaciones positivas, su cumplimiento depende de la disposición de fondos públicos, y que por ello el Poder Judicial no podría imponer al Estado el cumplimiento de conductas de dar o hacer. **(negritos nossos)**.

No entanto, essa visão da doutrina mais tradicional não se sustenta partindo da premissa de que todo e qualquer direito sempre implicará em custo para o Estado, tanto aqueles direitos de natureza negativa (direitos civis e políticos), quanto os direitos sociais de natureza prestacional, visto que para manutenção de estrutura básica de vida em sociedade é essencial uma atuação do Estado.

Nesta toada, é importante asseverar os ensinamentos de Holmes e Sunstein (2019, p. 20. E-book), sobre a questão dos custos dos Direitos, *in litteris*:

**A premissa de que nossos direitos mais fundamentais podem ser usufruídos sem custo algum, embora muito disseminada, é evidentemente falsa; além disso, é impossível situar sua origem numa suposta impossibilidade de detectar os custos ocultos. Para começar, eles nem são tão ocultos assim.** (negritos nossos).

Para Holmes e Sunstein todos os direitos sempre custam ao Estado, já que para a garantia por exemplo da propriedade privada, que em tese é um direito negativo, as entidades estatais precisam manter um aparato de segurança pública para assegurar a proteção a esta propriedade e este aparato custa cara aos cofres públicos. Logo, não são apenas os direitos sociais que possuem densidade econômica, mais sim todo e qualquer direito sempre implicará em um gasto de dinheiro público.

Dessa forma, destaca-se ainda as lições de Holmes e Sustein (2019, p. 24) sobre os custos públicos dos direitos negativos:

**Os custos públicos dos direitos não ligados ao bem-estar social demonstram, entre outras coisas, que a “riqueza privada” tal como a conhecemos só existe em razão das instituições governamentais. Os que atacam todos os programas de bem-estar e seguridade social por uma questão de princípios devem ser encorajados a contemplar o óbvio- a saber, que a definição, a atribuição, a interpretação e a proteção dos direitos de propriedade é um serviço que o governo presta aos atuais detentores da propriedade, financiado pela renda recolhida junto ao público em geral.** (grifos nossos).



Nessa mesma perspectiva também é o pensamento de Miguel Carbonell (2009, p. 72) “no hay, por tanto, “derechos gratuitos” y “derechos caros”: todos los derechos tienen un costo y ameritan de una estructura estatal que, al menos, los proteja de las posibles violaciones perpetradas por terceras personas”. A vista disso, todos os direitos possuem uma dimensão de obrigação negativa e positiva, bem como densidade econômica pois são suportados por financiamento público e em face da natureza fiscal do Estado contemporâneo são custeados por todos através do sistema de tributação adotado por cada um dos países (NABAIS, 2003. p. 752). Assim, não é possível se valer do conteúdo econômico dos direitos fundamentais sociais para justificar condutas omissivas do Estado Brasileiro no sentido de ser ausente na implementação dos mesmos e por sua vez tentar esvaziar o seu respectivo conteúdo normativo e consequentemente a sua aplicabilidade.

Ainda é necessário destacar, as lições de Ivo Dantas (2016, p. 293-294) que diferentemente de Holmes, Sustain e de Casalta Nabais defende que não se pode falar em Custos dos Direitos, pois este assunto seria apenas para discussões acadêmicas, visto que o constitucionalismo de 1988 requer a concretude dos direitos estabelecidos no texto constitucional, *in verbis*:

Assim sendo, **falar-se em Custos dos Direitos, seria matéria para discussões acadêmicas, não para justificar um comportamento omissivo e inconstitucional da Política Pública** da saúde, até porque disponibilidade financeira sempre existe, inclusive, quando é para financiar (direitos?) publicidade oficial, jatinhos oficiais para viagens particulares, residências e manutenções de residências de governantes e ministros, além de Deputados Federais e Senadores, carros oficiais, grande e desnecessário número de servidores junto ao Congresso Nacional, ao Poder Executivo e aos Tribunais Superiores, ajuda a países irmãos, financiamento de Copa do Mundo de Futebol e, acima de tudo, uma *convivência com a corrupção*, cada ano mais intensa.. Ademais, quando há interesse de governantes, sempre existem os *créditos suplementares ou extraordinários*, tudo dentro de uma normalidade constitucional. **(Itálico no original e negritos nossos)**

Apesar de reconhecer a importância e relevância do pensamento de Ivo Dantas, tomamos a liberdade de discordarmos parcialmente, posto que compreendemos que todos os direitos fundamentais individuais e sociais possuem cariz econômica e sua concretização implica em um custo estatal, porém a presença dos custos para realização dos direitos sociais não podem ser um empecilho para a materialização dos valores tutelados constitucionalmente, visto que os direitos sociais apesar da sua matriz econômica detém eficácia e aplicabilidade normativa decorrentes do fundamento da dignidade humana e da consumação dos preceitos de

justiça social previstos nos arts. 1º<sup>72</sup> e 3º<sup>73</sup> da Constituição de 1988 e que assim impõe um efeito vinculativo para ações dos Poderes Constituídos.

Sendo assim, é basilar destacar as palavras de Celso de Mello (2009, p. 10) quanto a eficácia e aplicabilidade dos Direitos Sociais:

**A Constituição não é um simples ideário. Não é apenas uma expressão de anseios, de aspirações de propósitos. É a transformação de um ideário, é a conversão de anseios e aspirações em regras impositivas. Em comandos. Em preceitos obrigatórios para todos: órgão do Poder e Cidadãos. Como se sabe as normas jurídicas não são conselhos, opinamentos, sugestões. São determinações.** O traço característico do Direito é de ser disciplina obrigatória de condutas. Daí que por meio das regras jurídicas não se pede, não se exorta, não se avilta. A feição específica da prescrição jurídica é a imposição, a exigência [...]. **(negritos nossos).**

Logo, apesar dos Direitos Sociais possuírem sua carga de densidade econômica devem ser cumpridos pelo Estado Brasileiro, já que não se configuram em uma simples passagem linda e poética, mais sim, como um ato impositivo aos entes públicos para concretizar a axiologia constitucional pactuadas entre as forças de poder quando da elaboração da Constituição de 1988.

Da mesma forma que a natureza econômica desses direitos não podem ser entraves para a sua concretização, o pseudo confronto das teorias da reserva possível (já superada) e do mínimo existencial, por sua vez não podem ser “válvulas de escape” para também evacuar o caráter normativo, a efetividade e a aplicabilidade dos direitos sociais, como trataremos a seguir.

### 3.2.2 Entre a reserva do possível e o mínimo vital: existe uma alternativa?

Na teoria dos direitos fundamentais sociais é importante se verificar que existem duas dimensões para respaldar esses direitos, ou seja, a dimensão subjetiva que todo e

---

<sup>72</sup> Art. 1º. A República Federativa do Brasil formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III- a dignidade da pessoa humana;

<sup>73</sup> Art. 3º: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I- Construir uma sociedade livre, justa e solidária; II- Garantir o desenvolvimento nacional; III- Erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV- Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

qualquer indivíduo tem direito a ter acessado ao mínimo para sua subsistência de forma digna em uma sociedade e a dimensão objetiva que leva em consideração a vida em uma comunidade em que o Estado exerce o papel de regulador na busca de um equilibrar a convivência social.

Desse modo, o Estado ora vai atuar na sua função prestacional de concretização dos direitos sociais e ora como ente normatizador e regulador da vida em sociedade (NUNES JUNIOR, 2009, p. 67), por isso que os Direitos Sociais são conceituados na visão de Andreas J. Krell (2002, p. 19-20) como:

São os Direitos Fundamentais do Homem-social dentro de um modelo de Estado que tende cada vez mais a ser social, dando prevalência aos direitos coletivos antes que aos individuais. O Estado, mediante leis parlamentares, atos administrativos e a criação real de instalações de serviços públicos, deve definir, executar e implementar, conforme as circunstâncias, as chamadas “políticas públicas” (de educação, saúde, assistência, previdência, trabalho, habitação) que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos.

Assim, a partir da caracterização dos direitos sociais como sendo de cariz econômica um aparente conflito entre a manutenção do mínimo vital e a reserva do possível, teoria já superada no contexto brasileiro, sempre paira discussões quanto as suas respectivas normatividades, aplicabilidade e efetividade.

O mínimo vital nas lições de Nunes Junior (2009, p. 70) é entendido como “o dever do Estado, caudatariamente ao princípio da dignidade humana, garantir a todos um *standard* social mínimo incondicional”, ou seja, o mínimo vital que o Estado dever prover em prol dos cidadãos são aquelas condições mínimas para que seja considerado viver dignamente em uma sociedade.

É importante ressaltar, que esse padrão de mínimo vital vai variar de acordo com cada realidade social e com as estruturas das decisões econômicas para implementação desses direitos. Indubitavelmente, a nossa constituição de 1988 conferiu uma obrigação ao Estado de Brasileiro de prover em prol dos cidadãos o mínimo essencial para sobrevivência em parâmetros de dignidade, e esse efeito vinculador que deve permear a atuação dos Poderes constituídos se faz presente desde o preâmbulo até os princípios que regem a própria ordem econômica brasileira.

Nesta toada, frisa-se a posição de Arno Arnoldo Keller (2007, p. 263) sobre a efetivação dos direitos sociais:

No Brasil, a efetivação (integral) dos direitos sociais passa ano para ano, de década para década, na dependência de “recursos econômicos” suficientes, segundo alegação das autoridades governamentais. É, na verdade, uma

dependência de “decisão política” do Executivo, com o apoio da maioria parlamentar no Congresso Nacional que lhe dá sustentação política com flagrante descumprimento das normas constitucionais impositivas. [...] Diante desse quadro, os direitos fundamentais (sociais) continuam em virtude da concentração de poderes no Executivo no que diz respeito a elaboração do orçamento, conjugado com a inércia do legislador (Congresso Nacional), dependentes de decisão política, um verdadeiro substrato de sonho, letra morta, pretensão, perenemente irrealizada, ou seja, lá o que for!

Dessa forma, no sistema brasileiro vinha se utilizando da reserva do possível como válvula argumentativa para não se concretizar os direitos sociais nem no respeito ao mínimo necessário para sobrevivência humana, visto que esta impõe a criação das condições financeiras e/ou a distribuição dos recursos públicos, para os fins de dá concretude a sistemática desses direitos (BONTEMPO, 2011. p. 222).

Ou seja, no cenário brasileiro de uma sociedade abissalmente desigual com níveis extremos de desigualdade social e econômica, em que a concentração de renda de 1% dos brasileiros no topo da pirâmide social é a maior do mundo, segundo os dados apresentados no Relatório Brasil: direitos humanos em tempos de austeridade<sup>74</sup> realizado pelo Instituto de Estudos Socioeconômicos (INESC), Oxfam Brasil e o Centro para os Direitos Econômicos e Sociais (CESR), não se pode falar em reserva do possível como escape argumentativo para não concretude dos direitos sociais, visto que a presente teoria no direito brasileiro foi suplantada por decisão consagrada pelo Supremo Tribunal Federal.

A mudança de postura do Supremo Tribunal Federal quanto o uso da reserva do possível com o fito de afastar a efetividade dos Direitos Sociais, ocorreu em sede da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 45, de 29 de abril de 2004, apesar da mesma ter sido prejudicada em face da perda do objeto. A decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello, já demonstra não só a possibilidade de intervenção do judiciário no controle das políticas públicas, mas também que **não se pode falar em reserva do possível quando não se assegura nem o mínimo ao cidadão brasileiro:**

EMENTA<sup>75</sup>: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE

<sup>74</sup> OXFAM BRASIL. **Direitos Humanos em tempos de austeridade**. Estudo realizado em parceria com a Oxfam Brasil, Inesc e CERS apresentado em audiência publicada no dia 14 de dezembro de 2017 na Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.oxfam.org.br/noticias/teto-de-gastos-estudo-revela-queda-de-ate-83-em-politicas-publicas-para-area-social>

<sup>75</sup> ADPF 45 MC, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191. A presente ADPF foi julgada prejudicada devido a perda do objeto da ação e teve a decisão monocrática proferida por Celso de Mello, que neste momento fixou as balizas interpretativas para o Supremo Tribunal Federal modificar a sua forma de atuação nos temas relacionados as omissões dos Poderes Executivo e Legislativo.

**CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).** (negritos nossos).

Dessa forma, o Ministro Celso de Mello passa a entender que o Poder Judiciário também viola a Constituição quando ele não atua para concretizar direitos ou implementar políticas públicas. E continua na análise da ADPF nº. 45/2004:

DECISÃO: [..]

Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional: “DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - **Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional.** Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a

---

providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. - **A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.**” (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. **Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado”** (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. **Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos**

**constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. [...] (negritos nossos).**

Logo, não mais utilizar o argumento da reserva do possível para deixar de efetivar direitos sociais quando a sociedade não possui nem o mínimo vital, uma vez que condicionar esses direitos a existência de dinheiro nos cofres públicos, corresponde nas palavras de Alessandra Gotti Bomtempo (2011, p.224) em “total aniquilamento dos direitos constitucionalmente consagrados, despiando-os de toda a sua força normativa”.

Dessa forma, existe uma alternativa entre o mínimo vital e o argumento superado da reserva do possível? A resposta a essa indagação está na formação de um planejamento orçamentário que contemple a implementação gradual dos direitos sociais e nas lições de Alessandra Gotti Bomtempo (2011, p. 224) “ao invés de condicionar a realização dos direitos sociais à existência de “recursos públicos”, é preciso condicionar a existência de “recursos públicos” à implementação dos direitos sociais”.

No mesmo sentido são os ensinamentos de Ana Paula Barcellos (2002, p. 42), demonstrando uma alternativa possível entre o mínimo vital e a argumentação ultrapassada da reserva do possível que alguns Poderes ainda insistem em alegar para ausência de concretude de direitos sociais:

A limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. **Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverão investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível. (negritos nossos).**

Com efeito, as questões orçamentárias não podem obstar a decantação dos direitos sociais na realidade, já que ante um modelo de funcionalidades destinados a garantir a dignidade da pessoa humana, o Estado Constitucional se transforma em um verdadeiro Estado de Instrumento (FERRAJOLI, 2015. p. 89), ou seja, as garantias fundamentais e os direitos sociais são as razões de existir do próprio Estado, por isso que a única alternativa existente é a

construção de uma política orçamentária que contemple a implementação sistêmica e gradual dos direitos sociais **conferindo aos destinatários o seu espaço de participação da elaboração desses instrumentos.**

Quanto mais tivermos um modelo construído a partir da participação será possível ter escolhas cada vez mais racionais, ponderando entre os custos de implementação dos direitos sociais e os benefícios que estes poderão gerar na coletividade e assim concretizar na realidade brasileira as promessas constitucionais desenhadas no pacto de 1988.

### **3.2.2 A natureza fundamental e o dilema da sua implementação gradual em face da ideologia constitucional de 1988 como forma de concretização dos anseios sociais.**

É importante ressaltar, que a forma de positivação dos direitos fundamentais sociais é uma estratégia desenhada pelos constituintes como forma de vislumbrar a sua efetivação e os possíveis entraves que existirão na realidade para a sua plena implementação.

Nesse sentido, é estratégico mapear a forma de positivação dos direitos fundamentais sociais para que assim possamos analisar os vários caminhos que levarão a sua concretude no mundo real. Como bem ensina Nunes Junior (2009, p. 74) “a forma de positivação de um direito fundamental social é essencial na definição de seu conteúdo jurídico.”

Assim assevera-se, que nem todo direito fundamental social é de natureza programática, visto que a Constituição poderá valer-se de mais de uma forma para dá efetividade a esse direito. A partir dessa linha de pensamento destaca-se as lições precisas de Nunes Junior (2009, p. 75) no seguinte sentido:

Diante do amplo repertório de situações que, em matéria de proteção social, exigem juridicização, a Constituição pode ser usar mais de uma forma de positivação, quer para criar regimes jurídicos distintos para direitos voltados à proteção de situações igualmente distintas, quer para, não raro, sobrepor formas de proteção de uma mesma prerrogativa, exatamente pela sensibilidade do constituinte de que algumas dessas prerrogativas *jusfundamentais* deveriam ser objeto de um reforço defensivo, à vista da importância de sua efetividade para preservação e desenvolvimento do ser humano. (itálico no original)



Logo, é possível exemplificar as naturezas múltiplas dos direitos fundamentais sociais, salientando a estratégia constituinte para positivação de um direito altamente judicializado em tempos de normalidade e ganhou muito destaque, especialmente, em sede de julgamento do Supremo Tribunal Federal<sup>76</sup> no excecional período da pandemia do covid-19, que é o direito fundamental à saúde. Se mapearmos brevemente, a forma de positivação do direito à saúde na Constituição de 1988, iremos verificar que este além da sua previsão no art. 6º, caput, estará alinhado a sistemática de repartição de competências constitucionais apresentando o direito à saúde tanto na competência legislativa concorrente do art. 24, XII<sup>77</sup>, como na competência comum administrativa do art. 23, II<sup>78</sup>.

No entanto, a Constituição não determinou a saúde apenas nessas disposições, os constituintes foram além estabelecendo à saúde como um direito de todos e dever do Estado no art. 196, caput<sup>79</sup>, tornando o direito à saúde um direito subjetivo de um indivíduo e, ao mesmo tempo de toda uma sociedade, e para garantir a sua efetividade na prática constitucional assegurou a vinculação de recursos públicos, fruto da arrecadação das receitas tributárias determinando os percentuais de repartição e a sua destinação nos art. 198, § 1º, § 2º, incisos I, II e III<sup>80</sup>, estabelecendo ainda medida de intervenção federal e estadual quando os entes federativos não apliquem o mínimo exigido em saúde fruto da presente arrecadação.

---

<sup>76</sup> Aqui é necessário salientar, que o Plenário do STF, por uma decisão unânime, teve que decidir o que já era óbvio pela leitura dos dispositivos constitucionais acerca da competência concorrente do direito à saúde para tomar as medidas com o intuito de conter a pandemia do covid-19. Em sede da ADI nº. 6341, o STF em 15 de abril de 2020, deferiu a medida cautelar para suspender trechos da Medida Provisória nº. 926/2020 do Governo Federal que afastava a competência dos outros entes federativos no desenho das medidas de combate ao coronavírus. Para quem tiver interesse na leitura do julgado basta acessar o link do site do STF: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%206341%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=score&sortBy=desc&isAdvanced=true>

<sup>77</sup> Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: XII- previdência social, proteção e defesa da saúde.

<sup>78</sup> Art. 23. É de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: II- cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiências;

<sup>79</sup> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas públicas que visem á redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação.

<sup>80</sup> Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

§ 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. (Parágrafo único renumerado para § 1º pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

Nesta senda, a primeira premissa de que todo direito fundamental social é programático configura-se em uma construção falaciosa para não reconhecer o caráter normativo, a efetividade e aplicabilidade destes. Todavia, é peculiar notabilizar que mesmos os direitos sociais de natureza programática devem ser cumpridos e exortados na realidade.

Normas programáticas na visão de José Afonso da Silva (1999, p.164), são aquelas que possuem eficácia normativa de caráter mediato, vinculante e indireta, nos seguintes termos:

As normas programáticas: I- estabelecem um dever para o legislador ordinário; II- condicionam a legislatura futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou os atos que as ferirem; III- informam a concepção do Estado e da Sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante atribuições de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum; IV- constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas constitucionais; V- condicionam a atividade discricionária da Administração Pública e do Judiciário; e VI- criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem.

Portanto, os direitos sociais de natureza programática estabelecem programas, políticas públicas e determinam ações aos Poderes constituídos para atender aos anseios sociais desenhados no constitucionalismo de 1988. Entretanto, o fato destes direitos serem normas programáticas não frustra a sua imperatividade, dado que se encontram no mesmo plano de hierarquização normativa das demais normas constitucionais e preservam a supremacia constitucional na medida em que uma norma infraconstitucional venha a violar o seu valor, estas por sua vez serão extirpadas no ordenamento jurídico devido a sua inconstitucionalidade (FERRARI, 2001. p.182).

Consequentemente, não é pelo fato de serem normas programáticas que não deve ser reconhecido a sua normatividade e aplicabilidade, ao contrário estas estabelecem ações vinculativas para os Poderes que possuem o dever de implementá-las no mundo do ser. Como bem evidencia Celso Antônio Bandeira de Mello (1982, p. 76/77) “as disposições

---

I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento); (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015)

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

constitucionais relativas à Justiça Social não são meras exortações ou conselhos, de simples valor moral. São todas elas - inclusive as programáticas - comandos jurídicos, por isso obrigatórias, gerando para o Estado deveres [...]”.

A implementação dos direitos fundamentais sociais de natureza programática não pode ficar dependente da boa vontade das forças políticas e da existência de recursos públicos suficientes para sua materialização, ao contrário a mudança de um perfil de Estado Liberal para um Estado Social implica não só na vinculação dos poderes para o cumprimento dos deveres constitucionais, mas também na obrigação de estabelecer uma função séria de planejamento orçamentário para esta finalidade. (GRAU, 2002. 363).

Revela-se que não há como materializar direitos fundamentais sociais programáticos sem que haja um planejamento estruturado a partir da própria ideologia constitucional que leve ao seu processo gradual de implementação. Contudo, é necessário que o processo deliberativo de construção orçamentária seja o mais democrático possível elencando assim as prioridades orçamentárias que deverão suprir as necessidades de toda uma sociedade.

Nas palavras de Gilberto Bercovici (2003, p. 192) “[...] o fundamento da ideia de planejamento é a perseguição de fins que alterem a situação econômica e social vivida naquele momento. É uma atuação do Estado voltada essencialmente para o futuro [...]”. Assim, a realização progressiva dos direitos fundamentais sociais programáticos passa pelo ato de planejar o futuro de uma nação, pela vinculação dos poderes, inclusive com a intervenção judicial na concretização desses direitos e em um modelo deliberativo orçamentário estabelecido a partir da participação de todos os interessados.

Como salienta Gerardo Pisarello (2009, p.33) o grau de participação democrática é essencial para a concretude dos direitos fundamentais sociais e para ressignificar o papel do Judiciário nessa materialização:

Um ordenamiento será más o menos democrático, en efecto, en la medida en que ofrezca a los destinatarios de los derechos mayores espacios de participación –tanto institucional como extra-institucional- en la configuración de su contenido y alcance. A diferencia de las aproximaciones simplemente estatistas, “desde arriba”, una perspectiva social, “desde abajo”, permite contemplar los conflictos ligados a la protección de los derechos desde coordenadas diferentes a las tradicionales. No ya como un simple conflicto entre poderes institucionales (entre el poder legislativo y el ejecutivo; o entre el poder legislativo y el judicial) sino, de manera especial, como un problema de participación y de movilización ciudadana, dentro y fuera de los espacios institucionales.

Diante de uma letargia dos Poderes Executivo e Legislativo, ante a ausência de planejamento orçamentário para a efetividade progressiva e gradual dos direitos fundamentais

sociais, inclusive os de natureza programática e devido ao baixo grau de participação democrática, o que temos observado ao longo do constitucionalismo de 1988 é uma hiper litigiosidade promovida por meio de ações individuais e atomizadas, o que prejudica o acesso universal a tais direitos.

Destarte a complexidade social de uma vida cada vez mais líquida, rápida, imediatista em uma sociedade como a brasileira aprofundada por suas desigualdades sociais em que 13,5 milhões<sup>81</sup> de brasileiros não possuem nem o mínimo vital e são considerados miseráveis, ao mesmo passo em que as instâncias majoritárias permanecem inertes frente a esta triste realidade. A jurisdição constitucional precisou se ressignificar para tratar não apenas de ações individuais julgadas de forma tradicional, mas também para enfrentar questões jurídicas estruturais que atestam falhas nas estruturas de concretização de direitos fundamentais sociais e que exigem do Poder Judiciário uma maior abertura democrática para a construção das decisões estruturais que irão sanar essas falhas.

O uso de processos estruturais pode ser uma boa estratégia de desbloqueio democrático na construção de políticas públicas que efetivam direitos fundamentais sociais como veremos a seguir no próximo capítulo.

---

<sup>81</sup> São os dados apresentados pelo IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística em 06 de novembro de 2019 através do sistema dos integradores sociais (SIS).

#### 4 PROCESSO ESTRUTURANTE: UMA ESTRATÉGIA DE DESBLOQUEIO INSTITUCIONAL COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Ante as expectativas sociais em face da complexidade e da própria desigualdade socioeconômica que assola a realidade brasileira; percebemos, ao longo do Constitucionalismo de 1988, uma hiper judicialização do modo de se viver em sociedade, o fortalecimento e o consequente protagonismo do papel desempenhado pela jurisdição constitucional, conforme mencionamos no capítulo anterior.

Este protagonismo é tão evidente que o Supremo Tribunal Federal passou a decidir a vida do povo brasileiro, ao ponto de Luís Roberto Barroso (2018, posição 212. E-book) defender que o Tribunal deve desempenhar o papel “contramajoritário, representativo e iluminista<sup>82</sup>”.

Entretanto, frente à *cases* difíceis e que denotam uma verdadeira falha estrutural na construção de uma política pública que leve a implementação de direitos fundamentais sociais e verificando-se que a sistemática do processo individual de característica bipolar<sup>83</sup> e da construção da decisão judicial no *modus* tradicional, ou seja, de maneira unilateral, em regra, não seriam suficientes para resolver demandas complexas, policêntricas e que envolve um esforço dialógico, experimental e consequencialista por parte do Poder Judiciário, é que vem se desenvolvendo na doutrina nacional a ideia de processo estrutural e como este pode ser utilizado como uma estratégia política para desbloqueio de pautas que envolvam a materialização dos direitos fundamentais sociais.

Neste sentido, no presente capítulo trataremos inicialmente sobre a definição conceitual de litígio estrutural e do processo estrutural, as diferenças entre uma demanda estrutural e as ações individuais e entre estas qual é a mais viável financeiramente frente aos problemas orçamentários brasileiros, ainda iremos tratar da espécie de sentença estrutural,

---

<sup>82</sup> Para Barroso o papel iluminista do STF tem um caráter de avanço civilizatório, ou seja, em situações excepcionais frente as omissões do Legislativo e Executivo, o Supremo deverá agir na função iluminista imbuída de ser o “agente da história e antecipar conquistas civilizatórias”. (BARROSO, 2019. Posição 213. E-book).

<sup>83</sup> Processo de característica bipolar são aqueles com o foco na litigiosidade cometido por uma das partes, sendo assim delimitado o papel de cada um desses atores. São processos em que “o autor, em geral, é a vítima e o próprio beneficiário da reparação do ilícito, representando seus próprios direitos e sendo o réu o autor do ilícito, representando interesse contraposto e o destinatário da norma jurídica prolatada a ser cumprida” (PRADO. Anna Priscylla Lima; FRANÇA. Eduarda Peixoto da Cunha. Litígios Estruturais e Experimentalismo Democrático: reflexões a partir da constitucionalização do processo civil brasileiro. In Constitucionalismo Democrático e Justiça Constitucional. Organização de Ivo Dantas..[et al.]- 1ª ed. Curitiba: Brazil Publishing, 2021. p.74)

especificamente, analisando o instituto do Estado de Coisas Inconstitucional, percorreremos de forma breve por alguns países que adotam experiências estruturais como EUA, Colômbia e África do Sul, apresentaremos o ensaio estrutural no Supremo Tribunal Federal, e por fim trataremos em linhas gerais as propostas legislativas em trâmite no Congresso Nacional para incorporar essa sistemática processual no ordenamento pátrio.

#### 4.1 DEFINIÇÃO SEMÂNTICA DE LITÍGIO ESTRUTURAL E PROCESSO ESTRUTURAL

É necessário definirmos semanticamente os litígios estruturais e o processo estrutural para que assim possamos entender a importância de um novo desenho da teoria do processo na sistemática brasileira.

Dessa maneira, frisa-se que um litígio estrutural são casos que envolvem falhas estruturais do Estado na elaboração e implementação de políticas públicas que efetivem direitos fundamentais sociais e exijam soluções complexas para sanar essas imperfeições (DANTAS, 2019. p. 68).

Assim, os litígios estruturais são demandas que envolvem uma coletividade, ou seja, maior generalidade da questão afetada, bem como se relaciona a um problema policêntrico<sup>84</sup> exigindo uma decisão judicial complexa e que se depara com uma interconexão de fatos, pessoas e consequências em face do provimento judicial exarado.

Neste sentido, importante asseverar as lições de Mariela Puga (2013, p. 26) acerca dos litígios estruturais e suas interconexões:

En efecto, cuando hablamos de **litigio estructural** estamos siempre **refiriendo a casos o litis con una fisonomía policéntrica**. Es decir, una fisonomía parecida a **la tela de una araña, en la cual se entiende que los**

---

<sup>84</sup> É necessário frisar que problemas policêntricos na visão de Lon Fuller seria um empecilho para que demandas complexas fossem resolvidas no Poder Judiciário, já que na sua visão “fato de o Juiz estar adstrito ao que é levado à Corte pelas partes faria com que não fosse desejável o debate de questões de alta complexidade e repercussão para além das partes em litígio” (FULLER, Lon. **The Forms and Limits of Adjudication**, Harvard Law Review, v. 92, 1978). Em pensamento contrário Owen Fiss em contrapartida entende que é o Poder Judiciário um foro adequado para resolução de “processos policêntricos”, especialmente aqueles de interesse público, já que faz parte da própria atividade jurisdicional das Cortes Constitucionais com o fito de não só conferir efetividade ao texto constitucional, como também legitimidade as decisões estruturantes. (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, 2017). Nesse sentido nos filiamos na presente tese ao pensamento de Owen Fiss, posto que entendemos que está dentro da função jurisdicional das Cortes e Tribunais Constitucionais efetivar a Constituição e proferir decisões em sede de “problemas policêntricos” que tenham efeitos para toda a sociedade afetada pela não implementação de um Direito Fundamental Social.

**intereses individuales están subordinadas a una idea de conflicto más general**, que lo contiene o imbrica, en un circuito de **interconexiones con otros intereses**. De tal manera, la decisión que se tome en un conflicto estructural deberá **considerar el impacto sobre quienes no están presentes en el proceso, pero que se hallan ineludiblemente conectados por la definición judicial del conflicto**. (grifos nossos).

Destaca-se que Mariela Puga associa o litígio estrutural a aparência de uma teia de aranha<sup>85</sup>, em que existe um emaranhado de interesses diante de problemas complexos, multifacetados que atestam as falhas estatais na implementação de direitos fundamentais sociais e que vão exigir do julgador uma coordenação dos trabalhos visando reestruturar a política pública e/ou o órgão pública com o objetivo de sanar essas violações aos valores constitucionais.

Assevera-se que um dos pontos centrais dos litígios ditos estruturais nas lições de Eduardo Sousa Dantas (2019, p. 68) “é a correção de falhas estruturais que violam, de forma direta e imediata, os direitos fundamentais de um número significativo de pessoas, exigindo a adoção de soluções complexas que não podem ser estabelecidas unilateralmente”. Dessa forma, um litígio estrutural cuidará de uma causa complexa e terá como objetivo a reestruturação de uma política pública, de um órgão público ou da própria estrutura burocrática do Estado (VITORELLI, 2018, p.348)<sup>86</sup>.

Dessa forma, os litígios estruturais são litígios coletivos no sentido que impactam muitas pessoas ou toda a sociedade, mas nem todo litígio coletivo é um litígio estrutural,

---

<sup>85</sup> No mesmo sentido de Mariela Puga quanto a metáfora da Teia de Aranha para caracterizar os vários pontos de tensão e de conexão de um litígio estrutural, também vale salientar a visão de William Fletcher em *The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy* (1982, p. 645) tratando da “complexidade dos casos estruturais e dos outros problemas subsidiários que decorrem do case originário, de modo que cada um deles se relacionam, posto que a solução de um depende da solução do todo” (tradução livre nossa).

<sup>86</sup> É importante esclarecer que para Edilson Vitorelli é possível existir um litígio estrutural que seja tanto de natureza pública decorrente da violação de uma política pública, de direitos fundamentais e dos valores inseridos no texto constitucional. Mas ele entende que é possível existir um litígio estrutural em demandas de natureza puramente privada, ou seja, a possibilidade de se reestruturar toda uma burocracia de uma empresa privada que é essencial no desenvolvimento econômico de um país e que o seu fechamento ou a decretação de falência poderá gerar danos mais graves à sociedade. Nesse sentido, na visão dele seria possível uma decisão estrutural para buscar sanar as falhas estruturais no seu funcionamento. Destaca-se o pensamento de Vitorelli (2018, p. 345) “é possível que esse litígio seja verificado em relação a estruturas integralmente privadas, mas que são essenciais para o mercado e a sociedade que a circundam, não podendo ser apenas eliminadas e substituídas por outras, segundo as regras de livre mercado”. Também para quem tiver interesse no debate do litígio estrutural de natureza privada vale a leitura da Dissertação de Mestrado de Felipe Vieira Batista com o tema “A recuperação judicial como processo coletivo”, e ele defende que um processo de recuperação judicial é uma demanda estrutural coletiva que envolvem interesses policêntricos para resolução. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/25064>.

posto que o litígio coletivo<sup>87</sup> é instalado quando se lesa uma coletividade ou todo o grupo social, não existindo pela parte adversa uma ação direcionada contra uma pessoa, especificamente, mas na realidade contra todas. (VITORELLI, 2018, p. 333). No entanto, a técnica processual do litígio coletivo ocorrerá por meio de um processo coletivo, que no sistema brasileiro é tratado na mesma perspectiva de uma demanda individual.

Acerca do tratamento do processo coletivo brasileiro, ressalta, a visão de Sérgio Cruz Arenhart (2017, p. 71):

A tutela coletiva brasileira, grosso modo, pode ser resumida em um processo “individual”, no qual o autor da demanda se legitima à proteção de interesses de terceiros ou de toda a coletividade. Em verdade, a tutela coletiva nacional não é, a rigor, uma técnica que permite à coletividade expressar sua vontade ou seus interesses. Ao contrário, o que ela faz é autorizar alguns entes a, dizendo-se porta voz de uma coletividade, defender os interesses desta. **Essa proteção, porém, faz-se exatamente do mesmo modo como se realiza a proteção dos interesses individuais. Os instrumentos processuais são os mesmos é, substancialmente, o mesmo que é empregado para a tutela de interesses individuais em sentido estrito.** (negritos nossos).

Nesse sentido, o que diferencia o litígio estrutural do coletivo é a técnica processual, visto que nas ações estruturais efetivamente se tem como objetivo sanar a falha estrutural, em regra, estatal na implementação de direitos fundamentais e assim reestruturar a política pública a partir de um processo denominado estrutural. O processo estrutural é um “um mecanismo no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura burocrática, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação a direitos pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural” (VITORELLI, 2020, p.220).

---

<sup>87</sup> Para Edilson Vitorelli (2018, p. 333-334), os litígios coletivos ainda podem ser classificados em: a) litígios coletivos globais que são aqueles “que afetam a sociedade de modo geral, mas que repercutem minimamente sobre os direitos dos indivíduos que a compõem. Apresentam baixa conflituosidade, tendo em vista o pouco interesse dos indivíduos em buscar soluções para o problema coletivo”; b) litígios coletivos locais, que são “aquele em que o litígio, embora coletivo, atinge pessoas determinadas, em intensidade significativa, capaz de alterar aspectos relevantes de suas vidas”; e c) litígios coletivos irradiados são aqueles que “representa a situação em que as lesões são relevantes para a sociedade envolvida, mas ela atinge, de modo diverso e variado, diferentes subgrupos que estão envolvidos no litígio, sendo que entre eles não há uma perspectiva social comum, qualquer vínculo de solidariedade. A sociedade que titulariza esses direitos é fluida, mutável e de difícil delimitação”. O autor, inclusive no litígio irradiado cita como exemplo o desastre de Mariana acontecido em 2015, já que o grau de conflituosidade é grande ante o grau de lesividade que as pessoas sofreram, porém cada uma delas possuem lesões e intensidade de dores diversas, o que potencializa pretensões diferentes. Nesse caso, específico para ele a sociedade está em conflito não apenas com o causador do dano, mas também consigo mesma.



É a partir desta perspectiva que o processo estrutural é conceituado como uma técnica processual que viabiliza e tenta resolver o litígio estrutural, dado que é por meio dele que são construídas as reformas estruturais para sanar as falhas estatais, e isso é um grande desafio para a teorização dos processos estruturais ante a sua não adequação a estrutura tradicional do processo civil brasileiro desenhada para solucionar conflitos bipolares, pretéritos e estativos.

Nesta toada, é importante destacar os ensinamentos de Leonardo Medeiros Junior (2018, p. 84) que descrevem bem o denominado processo estrutural:

o chamado processo estrutural, não é uma disputa entre Caio e Tício sobre situações jurídicas que lhes são próprias. Trata-se de uma reclamação sobre a ineficiência ou inexistência de uma determinada política pública, implicando um tratamento teórico e metodológico diferenciado e em consonância com tais particularidades.

Como bem mencionado por Leonardo Medeiros Junior, o processo estrutural não é uma técnica processual tradicional em que vai ser debatido interesses bipolares entre Caio e Tício ou entre Caio e Mévio, mas sim uma técnica que exigirá do julgador um papel de centralidade, um alto grau de diálogo entre as partes, a sociedade civil interessada, os poderes envolvidos e todos aqueles que serão essenciais para materialização da decisão, também requer um pensamento prospectivo para solução do problema em uma perspectiva de futuro e se transforma em um modelo experimental<sup>88</sup>, ou seja, o julgador precisa experimentar a partir da abertura democrática para construção de um plano de trabalho com a finalidade de resolver o problema.

Necessário ainda, evidenciar os desafios elencadas por Edilson Vitorelli (2018, p.340) acerca dos processos estruturais:

**1)** a apreensão das características do litígio, em toda a sua complexidade e conflituosidade, permitindo que os diferentes grupos de interesses sejam ouvidos; **2)** a elaboração de um plano de alteração do funcionamento da instituição, cujo objetivo é fazer com que ela deixe de se comportar da maneira reputada indesejável; **3)** a implementação desse plano, de modo compulsório ou negociado; **4)** a avaliação dos resultados da implementação, de forma a garantir o resultado social pretendido no início do processo, que é a correção da violação e a obtenção de condições que impeçam sua reiteração futura; **5)** a reelaboração do plano, a partir dos resultados avaliados, no intuito de abordar aspectos inicialmente não percebidos ou minorar efeitos colaterais imprevistos; e

<sup>88</sup> Quanto ao grau de experimentalismo da decisão em um processo estrutural, importante destacar a visão de Didier Jr. E Zaneti Jr. (2017, p.38) sobre o tema: “modelo experimentalista de reparação, através do qual o juiz abre mão da centralidade do processo reconhecendo a complexidade do problema da escolha das medidas necessárias, trazendo para o processo a ampla participação de todos os envolvidos, inclusive a sociedade civil, para delimitação de um programa de resolução de conflitos”.

6) a implementação do plano revisto, que reinicia o ciclo, o qual se perpetua indefinidamente, até que o litígio seja solucionado, com a obtenção do resultado social desejado, que é a reorganização da estrutura. (grifos nossos).

Apesar de um processo estrutural ser uma técnica processual de solução de litígios estruturais, ainda é essencial apontar que a ocorrência de um litígio estrutural pode não resultar em um processo estrutural, já que é possível existir um litígio estrutural tratado por meio de processo tradicional e que viesse apenas sanar a lesividade do conflito e não reestruturar a falha apresentada. Assim, é imperioso argumentar que todo processo estrutural é um litígio estrutural, porém nem todo litígio estrutural se transformará em um processo estrutural.

Outra distinção importante é entre o litígio estrutural e os litígios de interesse público<sup>89</sup>, pois estes são processos que pretendem efetivar um direito que vem sendo negado pelo Estado, não apenas em relação aos indivíduos que compõem o processo, mas também para toda sociedade, pretende-se a partir da autoridade judicial uma determinação de cumprimento das diretrizes constitucionalmente tuteladas (VITORELLI, 2018, p.343).

Óbvio que, um processo de interesse público<sup>90</sup> pode se transformar em um litígio estrutural quando este se propõe a reestruturar as bases da política pública para efetivação de direitos sociais e/ou as bases burocráticas de uma instituição do Estado que faça cumprir a axiologia constitucional. Todavia, quando o objetivo deste processo é meramente sanar a lesividade sem nenhum objetivo de reconstrução e suplantação das falhas estruturais, estaremos diante apenas de um litígio de interesse público não estrutural<sup>91</sup>.

Apesar de ainda não termos no país uma legislação específica que incorpore os processos estruturais e o *modus* de decidir essas demandas, sobressai a posição do Superior Tribunal de Justiça exarada em sede do Recurso Especial nº. 1854882/CE, de relatoria da

<sup>89</sup> Em 1976 Abram Chaves cunhou a expressão Public Law Litigation no seu texto “ The role of the judge in public law litigation” ao tratar do processo de lesividade de uma política pública que deixa de dar concretude a direitos fundamentais.

<sup>90</sup> Os litígios de interesse público são resolvidos por meio de precedentes obrigatórios via ações individuais, através da sistemática do controle de constitucionalidade abstrato e difuso ou por meio de um processo coletivo, como uma ação civil pública. Entretanto, esta tese se propõe a estruturar uma nova sistemática de controle de constitucionalidade aqui denominada de estruturante para os casos em que o Supremo Tribunal Federal reconheça a aplicação da Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, conforme será tratado no próximo capítulo.

<sup>91</sup> Um exemplo de um processo de interesse público não estrutural é o caso da Ação Direta de inconstitucionalidade (ADI) 4.983 apresentada pela Procuradoria-Geral da República em maio de 2013 pleiteando a inconstitucionalidade da Lei nº. 15.299/2013 do Estado do Ceará que regulamentava a atividade de vaquejada. Na presente ação os ministros se dignaram em declarar a inconstitucionalidade da norma e assim proibir a vaquejada no país, ou seja, o objetivo era sanar a lesividade e não reestruturar uma política pública que fosse construída a partir da abertura democrática do tribunal e a partir de um plano de trabalho desenhado em parceria com os Poderes envolvidas e com toda sociedade civil organizada pudessem tentar compatibilizar os aspectos culturais da vaquejada em conjunto com a proteção aos animais e ao meio ambiente.

Ministra Nancy Andrighi julgado em 02 de junho de 2020, em que o Tribunal ressalta que não poderia se abster de decidir uma demanda de natureza estrutural mesmo ante a ausência normativa, *in verbis*:

EMENTA<sup>92</sup>: 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. EXISTÊNCIA DE INÚMERAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS NO JUÍZO ACERCA DO TEMA. IRRELEVÂNCIA. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DAS HIPÓTESES AUTORIZADORAS DO JULGAMENTO PREMATURO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA QUE ENVOLVE LITÍGIO DE NATUREZA ESTRUTURAL. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. INCOMPATIBILIDADE, EM REGRA, COM O JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA LIMINAR DO PEDIDO OU COM O JULGAMENTO ANTECIPADO DO MÉRITO. PROCESSO ESTRUTURAL. NATUREZA COMPLEXA, PLURIFATORIAL E POLICÊNTRICA. INSUSCETIBILIDADE DE RESOLUÇÃO PELO PROCESSO CIVIL ADVERSARIAL E INDIVIDUAL. INDISPENSABILIDADE DA COLABORAÇÃO E PARTICIPAÇÃO DO ESTADO E DA SOCIEDADE CIVIL NA CONSTRUÇÃO DE SOLUÇÕES PARA O LITÍGIO ESTRUTURAL, MEDIANTE AMPLO CONTRADITÓRIO E CONTRIBUIÇÃO DE TODOS OS POTENCIAIS ATINGIDOS E BENEFICIÁRIOS DA MEDIDA ESTRUTURANTE. NECESSIDADE DE PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL DIFERENCIADA E ADERENTE ÀS ESPECIFICIDADES DO DIREITO MATERIAL VERTIDO NA CAUSA, AINDA QUE INEXISTENTE, NO BRASIL, REGRAS PROCEDIMENTAIS ADEQUADAS PARA A RESOLUÇÃO DOS LITÍGIOS ESTRUTURAIS. ANULAÇÃO DO PROCESSO DESDE A CITAÇÃO, COM DETERMINAÇÃO DE INSTRUÇÃO E REJULGAMENTO DA CAUSA, PREJUDICADO O EXAME DAS DEMAIS QUESTÕES.

[..] De igual modo, para que possa o juiz resolver o mérito liminarmente e em favor do réu, ou até mesmo para que haja o julgamento antecipado do mérito imediatamente após a citação do réu, é indispensável que a causa não demande ampla dilação probatória, o que não se coaduna com a ação civil pública em que se pretende discutir a ilegalidade de acolhimento institucional de menores por período acima do máximo legal e os eventuais danos morais que do acolhimento por longo período possam decorrer, pois se tratam de questões litigiosas de natureza estrutural. 6- **Os litígios de natureza estrutural, de que é exemplo a ação civil pública que versa sobre acolhimento institucional de menor por período acima do teto previsto em lei, ordinariamente revelam conflitos de natureza complexa, plurifatorial e policêntrica, insuscetíveis de solução adequada pelo processo civil clássico e tradicional, de índole**

<sup>92</sup> STJ - REsp: 1854882 CE 2019/0146384-1, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 02/06/2020, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/06/2020.

essencialmente adversarial e individual. 7- 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 amici 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. 8- Na hipótese, conquanto não haja, no Brasil, 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, sendo inviável, em regra, que conflitos dessa magnitude social, política, jurídica e cultural, sejam resolvidos de modo liminar ou antecipado, sem exauriente instrução e sem participação coletiva, ao simples fundamento de que o Estado não reuniria as condições necessárias para a implementação de políticas públicas e ações destinadas a resolução, ou ao menos à minimização, dos danos decorrentes do acolhimento institucional de menores por período superior àquele estipulado pelo ECA. 9- Provido o recurso especial para anular o processo desde a citação e determinar que seja regularmente instruída e re julgada a causa, está prejudicado o exame da alegada violação aos demais dispositivos legais do ECA indicados nas razões recursais. 10 - Recurso especial conhecido e provido, para anular o processo desde a citação e determinar que sejam adotadas, pelo juiz de 1º grau, as medidas de adaptação procedimental e de exaurimento instrutório apropriadas à hipótese. (Grifos nossos).

Diante disso, percebe-se que os litígios estruturais e o processo estrutural possuem características peculiares conforme supramencionado, por isso se fez necessário a definição semântica desses institutos para a incorporação desses conceitos na presente tese.

O que é possível destacar com clareza é que os problemas complexos, fruto de Litígios estruturais e conseqüentemente de processos estruturantes não possuem soluções simplórias, mas sim mudanças profundas que requerem uma modificação na aplicação das teorias processuais, bem como o processo estrutural é apenas o ponto de origem da reestruturação, já que os efeitos da construção e aplicação da decisão resultante desse processo será apenas sentido com o delongar do tempo.

#### **4.1.1. Processo Estrutural em contraponto às Ações Individuais na eficácia e efetivação de Direitos Fundamentais Sociais: qual o meio financeiramente mais viável?**

Diante da omissão estatal na concretização dos direitos fundamentais sociais, especialmente pelas instâncias majoritárias, o que se percebe é o elevado número de ações individuais pleiteando no judiciário a efetivação desses direitos. Entretanto, é necessário

ponderar as consequências financeiras de uma decisão judicial em uma demanda bipolar que compõe o sistema de microjustiça<sup>93</sup>.

Ou seja, é essencial para o julgador ponderar as consequências financeiras da sua decisão, posto que uma decisão judicial é, ao mesmo tempo, um ato político e social, em que os signos e sentidos das normas jurídicas são construídos, reconstruídos e divididos por toda sociedade (MEDERIOS JUNIOR, 2018, p. 129). Por isso, que diante de demandas de alta complexidade como os litígios estruturais, não é mais possível ter um processo decisório de jurisdição tradicional; processo onde o objetivo do juízo é sanar a lesividade imediatamente e não pensar nos efeitos prospectivos da sua decisão e como esta poderá ser construída a partir de um modelo democrático que vise superar aquela falha estrutural que impede a concretização dos direitos fundamentais sociais para toda uma coletividade.

No sistema brasileiro temos uma problemática pela própria cultura de formação jurisdicional em uma perspectiva individualista, pois segundo Luís Roberto Barroso (2012, p. 30) “o juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realização da justiça do caso concreto”, ou seja, é mais viável a princípio para o julgador proferir uma resposta judicial em uma demanda individual do que construir uma resposta complexa, dialógica e policêntrica, em que se faz necessário uma análise em rede dos vários pontos de tensionamento que levam a implementação deficiente ou a ausência de implementação na sua totalidade de um direito fundamental social.

No entanto, uma questão central deve ser analisada a partir da ótica do financeiramente possível, é quando se apresenta no judiciário uma gama de litígios individuais atomizados, que a sua decisão de forma bipolar impactará mais gravemente na estrutura do orçamento público, do que se esta demanda fosse decidida em uma dimensão estrutural; posto que estamos diante de uma deficiência na estrutura do Estado que não impacta apenas um indivíduo e sim toda uma coletividade, como por exemplo as demandas relacionadas ao sistema de saúde.

O modelo tradicional de jurisdição imporá ao magistrado uma escolha trágica frente aos recursos orçamentários limitados, o seu pouco conhecimento sobre a política pública

---

<sup>93</sup> Para Ana Paula Barcellos (2006, p. 22-23) o sistema de micro-justiça representa aquelas demandas individuais que resolvem um caso concreto de natureza bipolar, já o sistema de macro-justiça representa demandas multipolares e que efetivam direitos com máximo grau de generalidade, para uma coletividade. Nesse sentido é importante destacar a visão da autora: “[...] o fato é que nem o jurista, e muito menos o juiz, dispõem de elementos ou condições de avaliar, sobretudo em demandas individuais, a realidade da ação estatal como um todo. Preocupado com a solução dos casos concretos- o que se poderia denominar de *micro-justiça*-, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a *macro-justiça*”.

específica o que poderá comprometer, a depender do resultado da decisão outras ações do governo, e o magistrado apenas tem os olhos voltados para a parte vencedora sem refletir acerca das consequências desse resultado para o polo perdedor (MEDEIROS JÚNIOR, 2018, p. 133).

É importante salientar, a lição de Eliana Pulcinelli (2016, p. 179) sobre a importância do Judiciário, especialmente, a Corte Constitucional Brasileira se empoderar do seu papel indutor na transformação social de 1988, para que assim ao invés de gerenciar demandas de natureza individual é necessário ampliar os horizontes para efetivar os direitos fundamentais sociais na sua dimensão universal, in litteris:

Ao revés, o Pretório Excelso insiste na lógica tradicional de examinar os casos separadamente, sob a parêmia ortodoxa Ulpiana de “dar a cada um o que é seu” e, com isso, gerencia, ao mesmo tempo e em paralelo, todos os *leading cases*, aumentando sensivelmente o risco de conferir provimentos contraditórios ou inexequíveis, porque não conheceu com a amplitude exigida, a totalidade dos multifacetados elementos que integram a solução adequada da *quaestio* que lhe foi submetida, incorrendo, dessa forma, numa dispersão de energia plenamente evitável e se distanciando do papel indutor de transformação apontado pela Constituição Brasileira de 1988.

Assim, com a deficiência na construção de políticas públicas que materializem os direitos sociais, ante a complexidade dos problemas sociais e com a migração dos litígios da macro-justiça para o Judiciário, é imprescindível a construção de uma nova técnica decisória, já que em um modelo estrutural não se emite soluções imediatas, entretanto, produz decisões estruturais, igualitárias, realmente efetivas, duradoras e prospectivas.

Nesta toada, apesar de a princípio injusto e por vezes cruel, negar o direito a uma pessoa em favor da reestruturação da política pública, a nossa percepção deve ser outra, visto que tantas outras centenas ou milhares de indivíduos encontram-se no mesmo contexto daquele indivíduo, porém, não possui muitas vezes informação ou mesmo dinheiro para ingressar no judiciário na tentativa de ver o seu direito resguardado. Ao contrário do que se imagina, o acesso à justiça ainda é um bem acessível para poucos, para aqueles que estão em uma situação privilegiada nas camadas sociais, pois aqueles que possuem conhecimento ou recursos financeiros buscam a contratação de um advogado privado, ou procuram a Defensoria Pública e o próprio Ministério Público para efetivação dos seus direitos, o que em um cenário de desigualdade social profunda que assola a sociedade brasileira, esse acesso aos órgãos jurisdicionais ainda é local de privilégio. (VITORELLI, 2020, p.201).

Dessa forma, buscar atender as pessoas que procuram o judiciário em demandas individuais é o caminho mais fácil, porém esta resposta individual abre margem para a estrutura do “*first come, first served*” (se você chegar primeiro será servido), o que é uma

escolha preocupante diante das consequências e dos símbolos emitidos por uma decisão judicial. É preferível que demandas com alto grau de complexidade e envolvam direitos fundamentais sociais, sejam debatidas e solucionadas através de métricas que tenham como prioridade aquela camada social que mais necessita desses direitos.

Quando tratamos de política pública que visa concretizar direitos fundamentais sociais em face de uma falha na estrutura do Estado, não é um ato de sensibilidade atender o problema de um indivíduo<sup>94</sup> em detrimento de toda uma coletividade que precisa ter acesso àquele mesmo direito negligenciado. É imprescindível perceber que proferir uma tutela de urgência de caráter provisório em uma ação individual cria a falácia da resolução do problema, no entanto, o que estará a acontecer é apenas a postergação da resolução do problema em caráter estrutural e ocasionará novas demandas individualizadas<sup>95</sup> que proposta de maneira escalonada prejudica gravosamente o cumprimento das decisões judiciais ante a escassez das receitas públicas. (VITORELLI, 2020, 203).

Dessa maneira, o pensamento jurídico convencional muitas vezes idolatra o passado, mas como bem defende Richard Posner (2011, p. 179-180) “os mortos não devem governar os vivos”, logo ante uma possível escolha dolorosa entre uma ação individual resolvida por meio da técnica tradicional de jurisdição e uma técnica decisória adequada a um contexto de sociedade cada vez mais complexa, como é o processo estrutural para o contexto de violação generalizadas ou de deficiências regulatórias, ou de implementação de direitos fundamentais sociais que pertencem a toda uma sociedade, o que resta financeiramente viável é a construção de um novo horizonte processual que considere o diálogo institucional, a abertura democrática do judiciário e o planejamento orçamentário-financeiro dos entes federativos, para que assim possa ser possível a concretização das obrigações constitucionais pactuadas em 1988.

---

<sup>94</sup> Frisa-se, o estudo comparativo realizado por Daniel Brinks e Varun Gauri (2014, e-book) em relação aos processos referente as prestações de saúde pública em cinco países: Índia, Brasil, África do Sul, Indonésia e Nigéria. Os autores chegaram a conclusão, salvo o caso da Nigéria, o Poder Judiciário brasileiro foi o que obteve os piores resultados concretos no que diz respeito as consequências sociais de suas decisões. Os outros países analisados conseguiram, com um número inferior de processos, transformar a vida das pessoas, posto que construíram soluções judiciais por meio dos processos estruturais objetivo sanar as falhas estruturais sejam elas de caráter regulatório ou de implementação deficitária de direitos fundamentais sociais.

<sup>95</sup> Demandas individuais tendem a sensibilizar mais os juízes e além do mais no momento que a percepção da demanda acontece de forma isolada, a princípio, não se vislumbra o impacto orçamentário. No entanto, quando analisamos essas demandas do ponto de vista global verificamos que elas comprometem gravosamente o orçamento público. Como bem salienta, Edilson Vitorelli (2020, p.62) “essas demandas individuais geram uma solução ilusória, porém não produzem resultados efetivos na realidade social”.

## 4.2 EXPERIÊNCIAS DE PROCESSOS ESTRUTURAIS<sup>96</sup>

### 4.2.1 Estados Unidos da América

As demandas estruturais surgem nos Estados Unidos da América quando em 1954 aconteceu o emblemático julgamento do caso *Brown vs Board Of Education of Topeka*<sup>97</sup>.

O *case* analisava a inconstitucionalidade de diversas leis dos estados do Sul dos Estados Unidos, especialmente, Kansas, Carolina do Sul, Virgínia e Delaware que proibiam a presença de crianças negras em escolas públicas voltadas exclusivamente para brancas/caucasianas, baseadas na política “*equad but separated*” ou “iguais mais separados” sedimentada através do precedente anterior no caso *Plessy y Ferguson* que determinou que a igualdade de tratamento é respeitada quando as crianças negras possuem instalações nas escolas públicas substancialmente iguais a das crianças brancas, mesmo que isso ocorra em instalações separadas.

No entanto, no caso *Brown vs Board Of Education of Topeka* se debatia que essas legislações segregacionistas violavam frontalmente a principiologia da igualdade disposta na 14ª Emenda da Constituição. Quando do julgamento do caso, já em grau recursal, a Corte presidida por Earl Warren reconheceu a inconstitucionalidade das legislações dos estados do sul e passou a executar ordens para mudanças paulatinas, com a finalidade de evitar uma violência generalizada, na política pública de segregação em que as escolas públicas precisavam apresentar um plano de execução para pôr fim a separação entre crianças negras e brancas no meio escolar. (WEAVER, 2004, p. 1629).

No presente caso, a Suprema Corte Norte Americana atuou de maneira ativista com o objetivo de regulamentar uma nova forma de deliberação sobre as políticas públicas raciais,

---

<sup>96</sup> Ainda existem outros modelos de processos estruturais, mas para fins desta tese decidimos apenas demonstrar a estrutura de formação dessas demandas nos EUA, Colômbia, África do Sul e Brasil. No entanto, temos na Índia no caso *Mullin* em que a Suprema Corte Indiana vem defendendo a amplitude substancial do direito à vida para incorporar nesta proteção o direito à alimentação e de Moradia, bem como nos casos *Olga Tellis v Bombay Municipal Corporation* e *ShatiStar Builders v Narayan K. Tomate*. Vale a pena a leitura de BILCHITZ, David. Constitutionalism, The Global South, and Economic Rights. In: MALDONADO, Daniel Bonilla (Ed). *Constitutionalismo f the global South: the activist tribunals of India, South Africa, and Colombia*. Cambridge University Press: New York, 2013. Também se destaca, o caso Arellano para assegurar o direito de acesso à informação em sua dimensão objetiva e subjetiva, o Tribunal Constitucional Peruano declarou o estado de coisas inconstitucional. Recomendamos a leitura da decisão disponível em: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02579-2003-HD.pdf>. Acesso em: 21 de janeiro de 2020. Existe processo estrutural no Canadá no julgamento do *case Doucet-Boudreau v Nova Escócia* referente a adoção da língua francesa na política educacional. Recomendamos a leitura de ROULEAU, Paul S; SHERMAN, Linsey. *Doucet-Boudreau, dialogue and judicial activism: tempest in a teapot?* Ottawa Law Review, V. 41, nº.2, 2010.

<sup>97</sup> SUPREME COURT. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>. Acessado em: 20 de agosto de 2020.



exercendo um papel que deveria ter sido ocupado pelo próprio Poder Legislativo, invalidado assim todas as legislações sejam estaduais ou locais que permitiam as políticas segregacionistas entre negros e brancos em escolas públicas. (PUGA, 2013, p. 62).

Dessa forma, a segregação racial nas escolas públicas americanas representava uma violação generalizada dos direitos fundamentais da população negra, o que não era compatível com a interpretação da principiologia da igualdade estabelecida pela 14ª Emenda. Enfatiza-se ainda, que a decisão proferida no *case Brown vs Board Of Education of Topeka* teve o seu grau de consequencialismo, já que incentivou os movimentos dos direitos civis para buscar mudanças na sociedade e que isso poderia acontecer via intervenção do Poder Judiciário, no entanto, por outro lado gerou um “efeito backlash”<sup>98</sup>, já que a população dos estados do sul dos Estados Unidos passara a reagir à decisão da Suprema Corte impedindo a implementação da decisão judicial. (KLARMAN, 2005, p. 183).

Ou seja, ante a complexidade do *case* a estruturação de uma decisão na forma das técnicas decisórias tradicionais como simples ordens executivas que determinassem a imediata revogação das práticas segregacionistas não seria suficiente para modificar o *status quo* do problema, posto que era essencial a construção de uma decisão que reestruturasse a política pública educacional permitindo escolas plurais a partir de uma perspectiva racial em que brancos e negros pudessem partilhar da mesma educação e do mesmo ambiente escolar.

Assim, o *Brown vs Board Of Education of Topeka* é enquadrado no modelo de julgamento proposto por Owen Fiss<sup>99</sup> (1984, p. 46) denominado *structural reform*, em que o objetivo do magistrado não é sanar apenas a violação aos direitos fundamentais dos negros americanos, mas sim construir uma política pública inclusiva interferindo nas instituições burocráticas e criando com elas uma relação especial sem perder o seu grau de independência, já que como bem salienta Owen o julgador atua como um arquiteto ou engenheiro estrutural na reconstrução das instituições burocráticas ou da própria política pública que efetiva os direitos fundamentais.

---

<sup>98</sup> Efeito backlash é uma reação a uma decisão judicial mais progressista, essa resposta pode acontecer por ato do Poder Legislativo, Executivo ou até mesmo pela própria sociedade pressionando as instituições. Para aprofundamento do tema vale a leitura de POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage. Democratic Constitutionalism and Backlash. Harvard Civil Rights Civil Liberties Law Review*, 2007; Yale Law School, Public Law Working Paper, nº 131. Disponível em: [https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Siegel\\_RoeRageDemocraticConstitutionalismAndBacklash.pdf](https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Siegel_RoeRageDemocraticConstitutionalismAndBacklash.pdf).

<sup>99</sup> É importante pontuar que Owen Fiss estabelece dois modelos de adjudicação: *dispute resolution* e *structural reform*. No *dispute resolution* a contenda é solucionada pelo método de decisão tradicional, ou seja, em regra demandas bipolares em que o juiz irá definir o direito a partir do olhar da solução imediata do problema. Já no *structural reform* o compromisso do julgador é com uma decisão prospectiva com o olhar para o futuro visando assim reestruturar a instituição burocrática e/ou a política pública para dá concretude aos direitos fundamentais atuando como um verdadeiro arquiteto ou engenheiro no arquétipo desse novo modelo.

Todavia, o julgado de *Brown vs Board Of Education of Topeka* não surtiu todos os efeitos esperados, já que a Suprema Corte definiu uma implementação do julgado de forma gradual, o que em face do “efeito backlash” muitos opositores do cumprimento da medida judicial nos estados do sul preferiam fechar as escolas do que acabar com a política segregacionista. (DANTAS, 2019, p. 36).

Um ponto importante a ser observado é que para dá concretude a uma decisão estrutural é necessário que ocorra uma abertura democrática entre todos os atores envolvidos direto e indiretamente na demanda com o fito de fomentar um sentimento comunitário para solucionar a presente falha estrutural. No contexto do de *Brown vs Board Of Education of Topeka* não existia esse sentimento, visto que para parte dos Estados Unidos era natural a política de segregação no ambiente escolar entre negros e brancos, por esta razão por mais que o Tribunal proponha ordem abertas e flexíveis que possam ser ajustadas ao longo do tempo na materialização do julgado, é essencial um elo emotivo com o senso de solidariedade e fraternidade, para que seja possível a construção do diálogo democrático e consequentemente do plano de implantação da decisão.

Com a letargia das instituições em materializar a decisão proferida pela Suprema Corte Americana em 1954, foram propostas a seguir outras demandas<sup>100</sup> com a finalidade de exterminar a política escolar segregacionista e assim em 1971 no caso *Swan vs Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, os tribunais passaram a adotar uma estratégia mais interventiva, rejeitando os planos apresentados pelos conselhos escolares em estabelecer uma revogação lenta e gradual da política segregacionista, para que o tribunal local elaborasse o próprio plano escolar e determinasse a aplicação nas escolas americanas. (WEAVER, 2004, p. 1620).

Apesar de *Brown vs Board Of Education of Topeka* não ter surtido todos os efeitos na efetivação da decisão de forma direta, foi um marco inegável nas políticas emancipatórias da população negra americana, pois como bem argumenta Mariela Puga (2013, p. 68) o julgado é um “marco de las diferentes prioridades políticas de la comunidad afro americana frente a las prácticas y regulaciones raciales opressivas”.

---

<sup>100</sup> Outras demandas foram propostas como *Missouri vs Jenkins* que foi um caso em que o tribunal local tomou medidas exageradas na construção do plano escolar para reparar as consequências das políticas segregacionistas, entretanto, o tribunal não levou em consideração os impactos orçamentários da implementação dessas políticas, o que ocasionou um outro efeito em que o poder discricionário do judiciário se tornou excessivo e foi necessário a suspensão do julgado pela Suprema Corte Norte Americana. Por isso que em demandas estruturais é obrigatório o diálogo e a abertura democrática do tribunal para que seja construído um plano decisório realista e que consiga ser efetivo na mudança do *status quo* social. (WEAVER, 2004, p. 1622-1630).

#### 4.2.2 Colômbia

Na sistemática colombiana as demandas estruturais são processadas nos casos de violações massivas e generalizadas de Direitos Fundamentais em que a Corte Constitucional Colombiana passou a desenvolver o estado de coisas inconstitucionais.

Assim, o estado de coisas inconstitucional é quando ocorre um quadro insuportável de violações massivas de direitos fundamentais, decorrente de condutas praticadas pelos Poderes ou Órgãos Administrativos, que são agravados por uma postura letárgica destas autoridades em implementação de direitos, de modo que apenas com soluções estruturais para atuação dos Poderes é que pode ser superado esta situação de inconstitucionalidade (CAMPOS, 2015. p.1).

Essas demandas são chamadas de casos estruturais, os quais se caracterizam por afetar um número amplo de pessoas que alegam terem seus direitos fundamentais violados. O que implica na mobilização de diversos atores estatais a fim de identificar os responsáveis pela situação de omissão e na aplicação de medidas judiciais e ordens de execução aos demandados da ação, que visam não só proteger os demandantes, como também a todos prejudicados pela inércia do Estado.

Destaca-se, que a Constituição Colombiana de 1991 inaugura o modelo de Estado Social, e que vincula as autoridades públicas e os cidadãos no processo de transformação quanto a implementação da dignidade da pessoa humana e das garantias dos direitos fundamentais que devem assim sedimentar toda atuação dos órgãos estatais. (HERNÁNDEZ, 2003, p. 204).

A Constituição Colombiana de 1991 estabeleceu no art. 86<sup>101</sup>, a possibilidade de toda pessoa acionar o Poder Judiciário por meio da ação de tutela, que é um processo que possui

---

<sup>101</sup> Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

preferência e um rito abreviado com o objetivo de proteger de forma imediata os direitos fundamentais que estão sendo ameaçados ou não implementados ante uma omissão dos poderes constituídos. A ação de tutela será proposta perante um juiz competente, no entanto, o juízo precisa remetê-la a Corte Constitucional Colombiana que tem como função atuar como órgão jurisdicional revisor da presente decisão.

Dessa maneira, ante uma violação generalizada de direitos fundamentais<sup>102</sup>, a Corte Constitucional Colombiana não se limita a proteger a dimensão apenas subjetiva<sup>103</sup> desses direitos, mas também a sua dimensão objetiva, uma vez que se comprova uma falha estrutural do Estado Colombiano, para fins de se reconhecer o Estado de Coisas Inconstitucional.

Nesse sentido, a decisão que declara o estado de coisas inconstitucional estará comprometida com a preservação da dignidade da pessoa humana e com a garantia da aplicação plena dos direitos fundamentais, como bem afirma as lições de Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016, p.96):

Trata-se de decisão que busca conduzir o Estado a observar a dignidade da pessoa humana e as garantias dos direitos fundamentais uma vez que esteja em curso graves violações a esses direitos por omissão dos poderes públicos. O juiz constitucional depara-se com uma realidade social necessitada de transformação urgente e, ao mesmo tempo, com falhas estruturais e impasses políticos que implicam, além do estado inconstitucional em si mesmo, a improbabilidade de o governo superar esse estágio de coisas contrário ao sistema de direitos fundamentais, sem que o seja a partir de uma forte e ampla intervenção judicial.

Com efeito, o juiz constitucional é provado a sair da sua “torre de marfim” (HERNÁNDEZ, 2003, p. 205), ou seja, de um contexto de abstração de aplicação de teorias constitucionais para o papel de vivenciar, conhecer a realidade social e construir decisões judiciais efetivas e em colaboração com os demais poderes com a finalidade de sanar as falhas de estrutura e assim implementar na sociedade os direitos fundamentais violados.

No modelo colombiano de demandas estruturais é essencial a colaboração harmoniosa entre os poderes, para que a partir de uma estrutura dialógica possam construir

<sup>102</sup> Importante salientar que no Constitucionalismo Colombiano, os Direitos Fundamentais Sociais, Econômicos e Culturais previstos nos arts. 42 a 82 da Constituição da Colômbia de 1991 não possuem aplicabilidade imediata, posto que a aplicação imediata se dará apenas para os outros direitos fundamentais, conforme previsto no art. 85 do texto Constitucional.

<sup>103</sup> Para Clara Inpes Vargas Hernández a “dimensión subjetiva de los derechos fundamentales consiste en considerar al individuo como titular de derechos que se erigen en garantías de su libertad individual frente a las acciones del Estado y de su entorno social”. Já a dimensión objetiva parte de considerar a los derechos fundamentales como um orden objetivo de principios y valores que irradian todo el ordenamiento jurídico y que demandan del Estado emprender un conjunto de actividades administrativas y legislativas encaminadas a cumplir”. (2003, p. 207).

conjuntamente decisões judiciais que sanem o estado de coisas inconstitucional e dessa forma corrijam as violações massivas e generalizadas dos direitos fundamentais.

Salienta-se ainda, que a colaboração<sup>104</sup> é um mandamento constitucional previsto no art. 113 da Constituição Política da Colômbia de 1991, nos seguintes termos:

Artículo 113. Son Ramas del **Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial**. Además de los órganos que las integran existen otros, **autónomos e independientes**, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado.

Los diferentes órganos del Estado **tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines**. (negritos nossos).

Assim, a primeira decisão da Corte Constitucional ao reconhecer o estado de coisas inconstitucional, ocorreu quando do julgamento da Sentença de Unificación (SU) nº. 559 de 1997, em que quarenta e cinco professores das escolas municipais, ajuizaram ações individuais na Corte Constitucional Colombiana requerendo benefícios previdenciários, uma vez que estes tinham contribuído mensalmente com descontos equivalente a 5% (cinco por cento) das respectivas remunerações, entretanto, não foram adicionados ao fundo da previdência para recebimento do benefício referente ao direito à saúde e a própria seguridade social.

A Corte Constitucional Colombiana se deparando com aquela situação verificou que o problema afetava professores municipais de outros estados colombianos e determinou a adesão imediata dos professores ao fundo previdenciário em face deles terem contribuído para tal benefício e ainda requereu que outras cidades que tivessem professores na mesma situação deveriam já em um prazo razoável sanar as falhas de filiação dos beneficiários.

No entanto, a Corte precisou construir uma linha argumentativa para ampliação dos efeitos da decisão que fora fixada em demandas individuais, mas que se apresentava como um caso paradigma já que outros professores encontravam-se na mesma situação e foi a partir desse ponto que o Tribunal passou a se valer do princípio da colaboração harmoniosa previsto no art. 113 da Constituição para assim cientificar as demais autoridades na busca de

---

<sup>104</sup> Destaca-se aqui a posição de Flávia Danielle Santiago Lima e Eduarda Peixoto da Cunha França (2019, p. 212) ao analisar o julgado do Tribunal Colombiano pela ótica da colaboração: “Tribunal declarou o famoso “estado de coisas inconstitucional” e apelou ao princípio constitucional da colaboração harmoniosa entre os diferentes ramos do poder, com o intuito de garantir o cumprimento dos deveres de proteção efetiva dos direitos de todos os residentes no território nacional.” A colaboração é essencial na construção das demandas estruturais cuja modalidade de sentença seja a declaração do estado de coisas inconstitucional, já que se trata um processo estrutural que gera um litígio estrutural de máxima complexidade e que serão necessários vários atores estatais para construção e efetivação da decisão judicial.

solucionar o problema, bem como da própria ideia de economicidade, posto que era mais econômico a construção de uma política que atendesse a todos, do que a expedição de ordens individuais em inúmeras ações judiciais e que causariam um desequilíbrio orçamentário no cumprimento individual de cada demanda.

Nesse contexto, segundo Clara Inés Vargas Hernández (2003, p. 2006), é um “compromiso ético del juez constitucional por no permanecer indiferente e inmóvil frente a diversas situaciones estructurales, que se interrelacionan entre si lesionando de manera grave”, por essa razão o juiz deve sanar omissões a partir da colaboração harmoniosa com os demais poderes e sanar as violações presentes em demandas que reconhecem o estado de coisas inconstitucionais.

Que pese a Sentença de Unificación (SU) nº. 559 de 1997 não ter surtido grandes efeitos, pois os requisitos para definição do estado de coisas inconstitucional ainda ficaram em aberto sem uma definição específica, serviu como um símbolo para abertura de uma nova construção de decisão judicial estrutural, posto que as sentenças estruturais produzem não apenas os efeitos diretos e materiais, mas também efeitos indiretos de suma importância. (GARAVITO; FRANCO, 2015, p. 40). A partir desta decisão, a Corte Constitucional Colombiana passou a reconhecer o estado de coisas inconstitucional em outras ações e foi aperfeiçoando com o tempo a metodologia de formação de uma decisão judicial estrutural.

Já no julgamento da Sentencia de Tutela (T) nº. 153, de 1998, um dos casos mais importantes da Corte Constitucional Colombiana, ela analisou a questão da superlotação das penitenciárias colombianas e salientou que o quadro de violação a direitos fundamentais era generalizado. Nesta decisão a Corte Colombiana além de declarar o estado de coisas inconstitucional (ECI) determinou a alocação de orçamento para o sistema penitenciário e a construção de novas unidades prisionais no país.

O reconhecimento do ECI aconteceu em razão das condições desumanas que eram colocados os prisioneiros, especificamente, nas penitenciárias de Bogotá e de Bellavista. Todavia, quando da análise do caso, a Corte Colombiana atestou que essa mesma situação acontecia nas demais penitenciárias existentes na Colômbia e que havia uma ausência de direcionamento de recursos públicos para o melhoramento do sistema penitenciário colombiano e assim assegurar a população carcerária condições de dignidade humana no cárcere.

Porém, a Sentencia de Tutela (T) nº. 153, de 1998 foi uma decisão estrutural que não produziu os efeitos esperados, posto que a Corte acabou elaborando a decisão judicial de forma isolada, ou seja, sem a colaboração harmonioso com os demais poderes que iriam implementar a decisão. Além disso, ainda expediu ordens judiciais herméticas e sem estudo do impacto orçamentário para o seu cumprimento, o que ocasionou em não suplantar a falha estrutural do Estado na política pública carcerária, pois não houve o enfrentamento dos motivos do grande número dos encarceramentos e o que fazer para minimizar este problema no desenho da política estatal. (ARIZA, 2013, p. 152).

A Corte Constitucional Colombiana atestou o problema do encarceramento e das condições degradantes que eram submetidos a população carceraria, entretanto, não manejou meios adequados para sanar a falha a estrutural do Estado na política pública prisional.

Já no julgamento da Sentencia de Tutela nº. 25/2004, a Corte Constitucional Colombiana modificou a sua forma de construção da decisão em demandas estruturais de ECI e assim passou a proferir ordens efetivas e exequíveis.

A Sentencia de Tutela nº. 25/2004 enfrentou o caso de 1.150 (mil, cento e cinquenta) famílias deslocadas das suas moradias devido ao tráfico de drogas e das guerrilhas armadas, muitas famílias passaram a se deslocar internamente pelo território colombiano sendo forçadas a abandonarem as suas casas em face da situação de violência e assim muitas cidades passaram a ter a sua vida esvaziada com o deslocamento forçado de um grande contingente populacional<sup>105</sup>.

Assim, a Corte Constitucional Colombiana atestou que existia uma letargia estatal na busca de soluções efetivas para a questão do deslocamento forçado, o que configurava uma violação generalizada dos direitos fundamentais e que resultava no reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, uma vez que o direito em questão que era o de moradia, não albergava apenas aquelas famílias vítimas dos deslocamentos forçados, mas também aquelas que viram os seus imóveis sendo tomados em face dos deslocamentos.

Destaca-se, que para o provimento judicial na sentença T-25/2004, a Corte Constitucional Colombiana se valeu da colaboração harmoniosa e no processo de construção da decisão judicial foi constatado problemas significativos para implementação da decisão como: recursos orçamentários limitados e ausência de capilaridade institucional/administrativa para efetivar a política pública. Ante a estas questões, a Corte

---

<sup>105</sup> Segundo os dados da Agência da Onu para Refugiados- ACNUR, em 2016 a Colômbia é o país com o maior número total de deslocados internos, continuou a ter uma população de 7,4 milhões de deslocados internos registrados.

abriu o processo colaborativo e democrático com os demais poderes que iriam implementar a decisão judicial, para que estes pudessem apresentar medidas exequíveis para solução do problema.

A Corte Colombiana na sentença T-25/2004 apresentou toda uma metodologia decisória com o objetivo de buscar solucionar a falha estrutural apresentada em discussão e efetivar a colaboração harmoniosa entre os Poderes.

A estrutura decisória envolve várias etapas são elas: a definição do alcance da demanda; identificação das causas do problema, identificação das violações massivas, múltiplas e contínuas de direitos fundamentais; identificação do grupo afetado; determinação das ordens flexíveis proferidas pela Corte; indicação dos remédios estruturais, apresentação dos resultados da política pública; enfrentamento da capacidade institucional do Estado para fins de proteção dos direitos; definição dos conceitos semânticos dos núcleos essenciais dos direitos; definição da colaboração entre os Poderes para sanar a falha estrutural existente; o reconhecimento do ECI e os seus pressupostos formais; determinação dos executores da decisão e a definição do revisor, que no caso da presente decisão foi o Procurador Geral da Nação.

A sentença T-25/2004 produziu **efeito desbloqueador** no sentido de destravar as burocracias institucionais estabelecidas para assistir à população deslocada, **efeitos de política pública** posto que serviu para a criação de um mecanismo de implementação, financiamento e supervisão dos programas de assistência social, **efeitos participativos** com a construção de um diálogo constante entre os órgãos públicos e as organizações da sociedade civil organizada, já que ao longo dos seus dez anos de efetivação e monitoramento da decisão judicial foram realizadas mais de vinte duas audiências públicas, **efeitos socioeconômicos** beneficiando os setores específicos da população que sofrem com o deslocamento forçado e precisam que o Estado assegure o direito à vida e a moradia digna e gerou **efeitos estruturais** no sentido de ser um marco simbólico no desenho de uma decisão estrutural e na compreensão do deslocamento forçado como sendo uma violação de direitos humanos (GARAVITO; FRANCO, 2015, p. 44-48).

Nesta toada, a sentença T-25/2004 é um marco da construção democrática de decisões estruturais com a observância de uma metodologia decisória que além de ser desenhada a partir de um diálogo institucional, também mapeada os grupos afetados, determina a expedição de ordens judiciais abertas e flexíveis, a implementação de um instrumento de monitoramento e execução da decisão até que seja suplantada toda a falha



estrutural na política pública, para que só assim possa ser definitivamente encerrado a demanda judicial.

#### 4.2.3 África do Sul

Na África do Sul o processo estrutural se desenvolve a partir da construção de uma sentença que forme um “compromisso significativo”.

Neste sentido, David Pardo (2015,p.9) demonstra que a técnica do compromisso significativo é um modelo vantajoso para um regime democrático, uma vez que não há imposição de um poder sobre o outro, mas sim a busca de uma solução compartilhada para implementação de políticas públicas:

**O método do compromisso significativo apresenta a vantagem de ser modelo de revisão judicial compatível com a democracia.** Propícia que os indivíduos e comunidades sejam posicionados como parceiros no processo de tomada de decisões, que a decisão final seja construída em conjunto. Constitui postura judicial respeitosa com os representantes eleitos pelo público e fomenta a participação e a política democrática. (negritos nossos).

Desta forma, o compromisso significativo é uma técnica para elaboração de decisões judiciais estruturais que busquem efetivar direitos fundamentais sociais que se compatibiliza com o Estado Democrático de Direito, pois harmoniza a Teoria da Separação dos Poderes e do mesmo modo proporciona a criação de ordens judiciais que sejam reais e efetivas na realidade social.

Entretanto, é necessário salientar que a capilaridade de julgamento da Suprema Corte Sul Africana em demandas de implementação de direitos fundamentais sociais<sup>106</sup> é restrita, diferentemente do modelo Colombiano em que é possível em qualquer ação individual levar a questão da Corte Constitucional Colombiana, no modelo Sul Africano as demandas devem ser de relevância social, urgentes, necessidade de demonstrar o esgotamento

---

<sup>106</sup> Na África do Sul os Direitos Fundamentais Sociais não possuem aplicabilidade imediata, devem ser implementados de forma progressiva de acordo com o art. 26 da Constituição Sul Africana de 1996. Housing 26. (1) Everyone has the right to have access to adequate housing. (2) The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of this right. (3) No one may be evicted from their home, or have their home demolished, without an order of court made after considering all the relevant circumstances. No legislation may permit arbitrary evictions. (“Constitution of the Republic of South Africa, Act 108 of 1996”, substituted by s. 1 (1) of the Citation of Constitutional Laws, 2005 (Act No. 5 of 2005) [Assented to 16 December 1996. Disponível em: <https://www.cabri-sbo.org/pt/documents/the-constitution-of-the-republic-of-south-africa-1996> .

de outras ações disponíveis para aquela finalidade e precisa ter um interesse substancial/material com reais chances de provimento positivo no presente case (DUGARD, 2013, p. 297-298).

A efetivação dos Direitos Sociais na África do Sul vem sendo construída paulatinamente e preponderantemente de forma coletiva, mesmo quando a Corte Constitucional era acionada em processos individuais. Isso só foi possível porque o Poder Judiciário não apenas imputava uma decisão judicial de concretização de políticas públicas, e sim desenvolvia a decisão em uma perspectiva colaborativa entre os agentes envolvidos em torno do case. (NETO, 2014, p. 217).

O primeiro julgado que a Corte Constitucional da África do Sul adotou a técnica de compromisso significativo foi no caso *Grootboom*<sup>107</sup>, a questão era o acesso a uma residência adequada, conforme previsto na Constituição Sul-Africana, pois mais de 900 (novecentas) pessoas, deles estas o Sr. Grootboom, moravam em acampamentos informais e em uma região com riscos de alagamento.

Nesta decisão a Corte Constitucional reconheceu o direito à moradia e não rejeitou o programa habitacional fornecido pelo governo Sul-Africano reconhecendo, inclusive, que a quantia de recursos destinados era suficiente. No entanto, demonstrou que o Governo falhava na implementação do acesso a moradia quando a demanda envolvia pessoas que necessitavam de uma solução urgente. Assim para tornar a decisão judicial exequível a Corte Sul-Africana juntamente com as autoridades administrativas relocou recursos da própria verba destinada ao direito a habitação, para que as pessoas com necessidades urgentes fossem rapidamente atendidas, e ainda para fiscalizar o cumprimento da decisão judicial a Corte nomeou um órgão independente, no caso específico a Comissão de Direitos Humanos, buscando assim uma relação contínua entre o Judiciário e os demais Poderes.

Assevera-se, que a decisão da Corte Sul-Africana no caso *Grootboom* também apresenta uma preocupação metodológica para definição da colaboração e a formação do compromisso significativo firmado entre os integrantes da ação.

A estrutura decisória possui as seguintes etapas metodológicas: introdução do tema a partir do sentimento constitucional; a narrativa de como o case chegou ao Tribunal; descrição dos argumentos apresentados pelas partes; apresentação das disposições constitucionais relevantes; apresentação das obrigações impostas ao Estado pelo texto constitucional; definição do contexto interpretativo com análise dos aspectos textuais e socioeconômicos do

---

<sup>107</sup> O caso *Grootboom* chamou a atenção de toda a comunidade internacional de pesquisadores sobre direitos sociais fundamentais.

tema em debate; definição dos conceitos semânticos dos direitos enfrentados; a apresentação das previsões internacionais sobre o direito em questão; definição dos remédios estruturais levando em consideração o orçamento; as medidas que devem ser adotadas pelo legislativo; a formação da colaboração entre os Poderes por meio do compromisso significativo e a indicação da supervisão da decisão, que no caso *Grootboom* foi designada a Comissão de Direitos Humanos.

Já no caso *Olivia Road* em 2008, a Corte Sul-Africana analisou o caso 400 (quatrocentos) ocupantes de prédios na cidade Johannesburgo que se revoltaram contra a decisão da cidade de que eles deveriam desocupar os prédios, em face das questões de violação ao dever de preservação da saúde e segurança das pessoas ocupantes.

Nesta decisão a Corte reafirmou o seu posicionamento e firmou um compromisso significativo entre os agentes envolvidos, dentre eles o Poder Executivo que deveria abrir um processo de escuta da população interessada e assim reconstruir a política habitacional da população, com a finalidade de aliviar a vida dos moradores que viviam nas ocupações, tornando os prédios seguros e saudáveis e por fim demonstrar os resultados atingidos pelo firmamento do compromisso.

Na formação do compromisso significativo, a Corte Sul Africana passa a desempenhar o papel de buscar efetivar os direitos fundamentais sociais, a partir de comandos impostos ao Poder Executivo, agende executor e detentor do orçamento público. O executivo, por sua vez, fica obrigado em sede do compromisso em reconstruir toda a política pública a partir de um processo de escuta da sociedade civil organizada. Porém, está escuta é vinculativa e permanente no sentido de que os anseios populares devem ser efetivamente incorporados no redesenho da política pública e todas as vezes que uma nova política for desenhada deverá ser aberto espaço para participação da sociedade civil.

No modelo sul africano, a formação do compromisso significativo estabelece uma relação dialógica entre o Poder Judiciário e o Executivo, mas também entre a sociedade civil organizada, outros órgãos da administração pública, organizações internacionais que podem ser chamadas para monitorar o cumprimento do compromisso, entidades do terceiro setor e todos os demais interessados.

#### 4.3 BRASIL E O PRELÚDIO ESTRUTURANTE NO STF

No sistema brasileiro, em sede do Supremo Tribunal Federal, tivemos um prelúdio de processo estrutural quando o Tribunal expediu ordens de caráter estruturais em dois casos

emblemáticos: nos *cases* da Raposa Serra do Sol (Pet nº. 3388/RR) e no Mandado de Injunção nº. 708/DF que estabeleceu o direito de greve de servidores públicos.

É importante destacar, que nos litígios ditos estruturais a construção da decisão precisa possuir uma metodologia própria, destacando a estrutura formal da decisão, a admissibilidade da demanda e sua análise de mérito, os remédios estruturais que serão emitidos, a formação de um compromisso decisório entre os *participes* (a partir da formação de um diálogo institucional) que será estabelecido a partir da grande complexidade da execução dos remédios, o caráter prospectivo das ordens emanadas e a determinação de uma estrutura supervisora, para fins de fiscalizar e controlar a execução das medidas.

Dito isto, salienta-se, que no nosso sistema em sede de STF tivemos até agora apenas um ensaio estrutural, posto que ainda não possuímos uma metodologia decisória específica para fins de resolução de litígios estruturais utilizando a técnica decisório do processo estrutural, já que nos *cases* supramencionados foi utilizado ordens com feição estrutural, mas não a construção de uma decisão estrutural ao ponto de sanar a falha do Estado e assim efetivar direitos socioeconômicos.

No caso Raposa Serra do Sol (PET nº. 3388/RR) o debate em questão era a demarcação das terras dos dezoito mil indígenas da etnia Ingarikó, Makuxi, Taurepang e Wapixana iniciada por meio de um processo administrativo demarcatório originado em 1977 pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e finalizado com a declaração e reconhecimento formal desta delimitação territorial em 2005, através da Portaria do Ministério da Justiça nº. 534, 13 de abril de 2005.

Uma das grandes problemáticas dessa demarcação do território indígena Raposa Serra do Sol era que área demarcada correspondia a aproximadamente quarenta e seis por cento de todo o território do Estado de Roraima, após a finalização do procedimento administrativo ocorreram várias invasões pela população não indígena ao ponto de ser criado três municípios dentro da área demarcada.

Após a formalização da demarcação pelo Ministério da Justiça e em razão dos processos de invasão por não índios, foi deflagrada a operação Upatakon da Polícia Federal objetivando retirar os invasores, principalmente, os produtores de arroz que invadiram ilegalmente a área e passaram a explorar economicamente o território.

Devido à operação da polícia federal vários invasores e inclusive o próprio Estado de Roraima conseguiram decisões judiciais determinando a suspensão da operação policial e consequentemente a retirada dos invasores até o caso chegar no Supremo Tribunal Federal

através da Petição nº. 3388/RR da Relatoria do Ministro Carlos Ayres de Brito, julgada em 19 de março de 2009.

A presente decisão apresentou uma estrutura decisória interessante se preocupando em estabelecer primeiramente o significado do substantivo “índios” na Constituição Federal, a defesa das terras indígenas como parte essencial do território brasileiro, a definição do papel de liderança institucional por parte da União Federal quando envolvidos Estados e Municípios no que se refere ao território demarcado, a importância das diferenças semânticas entre terras indígenas e território indígena, o estabelecimento da competência do Poder Executivo Federal para a realização do processo demarcatório.

Ainda albergou destaque para o papel do constitucionalismo fraternal no avanço do debate da demarcação das terras indígenas, afastou o pseudo conflito entre a preservação da cultura indígena e o desenvolvimento econômico, trouxe o conteúdo positivo sobre o ato demarcatório, reconheceu o direito dos povos “originários”, apresentou uma experiência de continuidade ao estabelecer um modelo de demarcação que leva em consideração fronteiras vivas ou abertas no interior do território, para fins de formar um perfil de sobrevivência econômica para toda a comunidade que usufrui da área delimitada, ofereceu uma possibilidade de convivência entre índios e não índios, bem como a compatibilidade entre a demarcação e a preservação do meio ambiente, se preocupou com a demarcação intraétnica entre os povos indígenas, o fortalecimento de que a demarcação é compatível com a faixa de fronteira do país e por fim sedimentou as salvaguardas constitucionais em face da imensa importância histórico-cultural da demarcação.

Assevera-se, que no presente julgado foram emitidas dezenove salvaguardas institucionais, especialmente, apresentadas pelo voto-vistas do Ministro Menezes Direito e que foram incorporadas por maioria a presente decisão. As salvaguardas institucionais são condicionantes para implementação da decisão, o que representa ordens de caráter estruturais.

As dezenove salvaguardas institucionais apresentadas no voto-vistas do Ministro Menezes Direito se transmutam em uma técnica decisória que visa conferir uma maior exequibilidade e operacionalidade no teor do acórdão, sendo estas as salvaguardas apresentadas:

- a) o **usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas** (§ 2º do art. 231 da Constituição Federal) não se sobrepõe ao relevante interesse público da União, tal como ressaído da Constituição e na forma de lei complementar (§ 6º do art. 231 da CF);

**b) o usufruto dos índios não abrange a exploração mercantil dos recursos hídricos e dos potenciais energéticos, que sempre dependerá (tal exploração) de autorização do Congresso Nacional;**

**c) o usufruto dos índios não alcança a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, que sempre dependerão de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, tudo de acordo com a Constituição e a lei;**

**d) o usufruto dos índios não compreende a garimpagem nem a faiscação, devendo-se obter, se for o caso, a permissão de lavra garimpeira;**

**e) o usufruto dos índios não se sobrepõe aos interesses da política de defesa nacional ; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho igualmente estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa, ouvido o Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas, assim como à Fundação Nacional do Índio (FUNAI) ;**

**f) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito das respectivas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às respectivas comunidades indígenas, ou à FUNAI;**

**g) o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos Pet 3.388 / RR públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação;**

**h) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, respeitada a legislação ambiental;**

**i) o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena, com a participação das comunidades aborígenes, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes deles, indígenas, que poderão contar com a consultoria da FUNAI, observada a legislação ambiental;**

**j) o trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios é de ser admitido na área afetada à unidade de conservação, nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;**

**1) admitem-se o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios em terras indígenas não ecologicamente afetadas, observados, porém, as condições estabelecidas pela FUNAI e os fundamentos desta decisão;**

**m) o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios, respeitado o disposto na letra 1, não podem ser objeto de cobrança de nenhuma**

**tarifa ou quantia de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas;**

**n) a cobrança de qualquer tarifa ou quantia também não é exigível pela utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou outros equipamentos e instalações públicas, ainda que não expressamente excluídos da homologação;**

**o) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que atente contra o pleno exercício do usufruto e da posse direta por comunidade indígena ou pelos índios (art. 231, § 2a, Constituição Federal, c/c art. 18, caput. Lei nº 6.001/1973);**

**p) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha às etnias nativas a prática de caça, pesca ou coleta Pet 3.388 / RR de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativista (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, § 1º, Lei nº 6.001/1973);**

**q) as terras sob ocupação e posse das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos arts. 49, XVI, e 231, § 3º, da CR/88, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei nº 6.001/1973), gozam de imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros;**

**r) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada;**

**s) os direitos dos índios sobre as suas terras são imprescritíveis, reputando-se todas elas como inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, CR/88);**

**t) é assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, situadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento. (negritos nossos).**

Assim, diante da complexidade do tema, o STF reconheceu a constitucionalidade ao processo demarcatório da Raposa Serra do Sol e emitiu ordens com atributos estruturais visando garantir a continuidade da decisão, os seus efeitos prospectivos e sua melhor operacionalização na realidade social com o intuito da sua plena efetividade, no entanto, não avançou em medidas de fiscalização da implementação da decisão e não abriu o Tribunal democraticamente, inclusive, ponto levantado por Ministro Gilmar Mendes no processo de debate quando da sessão de julgamento, nos seguintes termos:

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - De tudo resulta - acho que há quase um consenso, também foi focado no voto do Ministro Marco Aurélio -, **ser necessário uma ampla audiência, uma ampla participação. Acredito que, para o futuro, temos que ter uma revisão completa. Isso resulta, claramente, daquele catálogo de questões**

**trazidas pelo Ministro Menezes Direito, especialmente quanto à participação de outros entes. Isso, no que o Tribunal está dizendo, é que o processo de demarcação é muito sério para ser tratado pela FUNAI. (negritos nossos).**

Ou seja, no julgamento da Raposa Serra do Sol tivemos um Litígio Estrutural que não se transformou em um processo estruturante ante a ausência de uma metodologia decisória específica, o que tivemos foi uma encenação de ordens com aspectos estruturais com a expedição das salvaguardas institucionais visando conferir uma melhor efetividade decisória.

Da mesma maneira, aconteceu no caso do Mandado de Injunção nº. 708/DF, julgado em 25 de outubro de 2007 da Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, que tratava do direito de greve de servidores públicos, ante a ausência de norma regulamentadora desse direito, conforme preconizado no art. 37, inciso VII<sup>108</sup> da Constituição Federal de 1988.

O mandado de injunção nº. 708/DF foi proposto pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa- SITEM em face da omissão legislativa do Congresso Nacional em regulamentar o direito de greve dos servidores públicos previsto na carta constitucional.

A estrutura de construção decisória nesse caso levou em consideração a postura inerte do Congresso Nacional em regulamentar o presente direito de greve, mesmo sendo este Poder Legislativo alertado inúmeras vezes da omissão inconstitucional. Na decisão o STF fixou os parâmetros referentes à evolução do tema na própria jurisprudência do Tribunal, a definição da competência constitucional para julgamento dos litígios de greve nas justças estaduais e federais até a edição da regulamentação pelo Congresso Nacional, determinou a aplicação analógica da Lei Geral de Greve até enquanto o Poder Legislativo regulamente e fixou um prazo de 60 dias para que o Congresso legislasse sobre o tema.

O interessante do julgado do direito de greve aconteceu por meio do voto-vistas do Ministro Ricardo Leandowski que expediu parâmetros condicionais para a regulamentação do Congresso Nacional, porém o seu voto só foi acompanhado por Marco Aurélio e por Joaquim Barbosa. Os comandos condicionais do voto-vistas do eminente ministro correspondem a dezesseis diretivas, nos seguintes termos:

Assim sendo, asseguro o exercício do direito de greve aos trabalhadores em educação do município de João Pessoa, desde que atendidas as seguintes exigências:

---

<sup>108</sup> Art. 37: [...]:

VII- O direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;



- 1) a suspensão da prestação de serviços deve ser temporária, pacífica, podendo ser total ou parcial;
- 2) a paralização dos serviços deve ser precedida de negociação ou de tentativa de negociação;
- 3) a Administração deve ser notificada da paralisação com antecedência mínima de 48 (quarenta e oito) horas;
- 4) a entidade representativa dos servidores deve convocar, na forma de seu estatuto, assembleia geral para deliberar sobre as reivindicações da categoria e sobre a paralisação, antes de sua ocorrência;
- 5) o estatuto da entidade deve prever as formalidades de convocação e o quórum para a deliberação, tanto para a deflagração como para a cessação da greve;
- 6) a entidade dos servidores representará os seus interesses nas negociações, perante a Administração e o Poder Judiciário;
- 7) são assegurados aos grevistas, dentre outros direitos, o emprego de meios pacíficos tendentes a persuadir ou aliciar os servidores a aderirem à greve e a arrecadação de fundos e livre divulgação do movimento;
- 8) em nenhuma hipótese, os meios adotados pelos servidores e pela Administração poderão violar ou constranger os direitos e garantias fundamentais de outrem;
- 9) é vedado à Administração adotar meios para constranger os servidores ao comparecimento ao trabalho ou para frustrar a divulgação do movimento;
- 10) as manifestações e atos de persuasão utilizados pelos grevistas não poderão impedir o acesso ao trabalho nem causar ameaça ou dano à propriedade ou pessoa;
- 11) durante o período de greve é vedada a demissão de servidor, exceto se fundada em fatos não relacionados com a paralisação, e salvo em se tratando de ocupante de cargo em comissão de livre provimento e exoneração, ou, no caso de cargo efetivo, a pedido do próprio interessado;
- 12) será lícita a demissão ou a exoneração de servidor na ocorrência de abuso do direito de greve, assim consideradas: a) a inobservância das presentes exigências; e b) a manutenção da paralisação após a celebração de acordo ou após a decisão judicial sobre o litígio;
- 13) durante a greve, a entidade representativa dos servidores ou a comissão de negociação, mediante acordo com a Administração, deverá manter em atividade equipes de servidores com o propósito de assegurar a prestação de serviços essenciais e indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da coletividade;
- 14) em não havendo o referido acordo, ou na hipótese de não ser assegurada a continuidade da prestação dos referidos serviços, fica assegurado à Administração, enquanto perdurar a greve, o direito de

**contratação de pessoal por tempo determinado**, prevista no art. 37, IX, da Constituição Federal ou a contratação de serviços de terceiros;

**15) na hipótese de greve em serviços ou atividades essenciais, a paralisação deve ser comunicada com antecedência mínima de 72 (setenta e duas) horas à Administração e aos usuários;**

**16) a responsabilidade pelos atos praticados durante a greve será apurada, conforme o caso, nas esferas administrativa, civil e penal.** (negritos nossos).

Mais uma vez, ante a complexidade do tema, o STF consagrou o direito de greve dos servidores públicos aplicando a lei geral de greve até a regulamentação do Congresso Nacional, entretanto, não incorporou no julgado as condicionantes trazidas pelo voto-vistas do Ministro Ricardo Lewandowski que apresentava um prenúncio de caráter estrutural com o fito de emitir diretivas para elaboração normativa do Poder Legislativo Federal e assim sanar a falha estrutural na ausência de regulamentação do presente direito constitucionalmente tutelado.

Dessa forma, o STF encenou a adoção de ordens de características estruturais, porém não avançou na adoção da técnica decisória do processo estrutural, nem quando do julgamento da medida cautelar em sede da ADPF nº. 347/2015 que reconhece no Brasil pela primeira vez o estado de coisas inconstitucional, conforme será tratado no capítulo adiante.

#### 4.4 O DEBATE NO LEGISLATIVO<sup>109</sup> PARA INCORPORAÇÃO DO PROCESSO ESTRUTURANTE

O debate sobre a adoção da sistemática do processo estrutural não está inserido apenas na análise do Poder Judiciário, visto que após o prelúdio pelo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos supramencionados e em especial, após a repercussão do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro em sede da medida cautelar proferida no bojo da ADPF nº. 347/2015, alguns projetos de lei começaram a tramitar no Congresso Nacional visando regulamentar as demandas estruturais seja por meio de Ação

---

<sup>109</sup> É importante esclarecer que o debate no Poder Legislativo só surge após a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede da medida cautelar deferida no bojo da ADPF nº. 347/2015, ou seja, cronologicamente o Congresso Nacional só começa a debater as modificações legais para fins de reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema brasileiro ou adoção de medidas estruturais no processo civil posteriormente a tomada de decisão do próprio Poder Judiciário. Por esse motivo o tópico 3.4 da presente tese foi colocado após o prelúdio do debate no STF.

Civil Pública ou através das Ações de Controle de Constitucionalidade concentrado quando do reconhecimento do ECI, conforme detalharemos brevemente a seguir.

#### 4.4.1 Projeto de Lei do Senado Federal nº. 736/2015

O projeto de Lei nº. 736/2015 foi proposto pelo Senador Antônio Carlos Valadares do PSB/CE tendo como fundamentalidade o estabelecimento de limites ao exercício do controle concentrado e difuso de constitucionalidade desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente, quando do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional.

A proposição legal visava alterar as Leis nº. 9882, de 3 de dezembro de 1999, e a 13.105, de 16 de março de 2015, para além de impor limites na atuação do STF em sede de controle de constitucionalidade, também dispõe sobre o estado de coisas inconstitucional e da adoção pelo Brasil da técnica decisória de formação de um compromisso significativo em demandas de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais.

O projeto albergava pontos interessantes para o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional disciplinando os pressupostos que deveriam ser adotados pelo STF, como aconteceria a formação do compromisso significativo como produto decisório e o enquadramento da conduta do Poder Executivo em caso de omissão ou de obstáculos artificiais para não concretização do direito fundamental violada em um ato de improbidade administrativa da seguinte maneira:

[..] Art. 2º A Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 9º-A. O Supremo Tribunal Federal poderá reconhecer o estado de coisas inconstitucional como fundamento para o deferimento de pedido de medida liminar ou para a decisão definitiva de mérito na arguição de descumprimento de preceito fundamental, caso verificados, cumulativamente, **os seguintes pressupostos:**

**I – constatação de um quadro de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais**, perpetrada pelo Estado, por ação ou omissão, que afete número significativo de pessoas e impeça a preservação do mínimo intangível assegurador da dignidade humana; **II – falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e judiciais, que gere a violação sistemática dos direitos, a perpetuação ou o agravamento dessa situação;** 2 **III – previsão expressa, no texto constitucional, de políticas públicas que necessitem de concretização.”**

“Art. 9º-B. **Reconhecido o estado de coisas inconstitucional, nos termos do art. 9º-A, o Supremo Tribunal Federal determinará a celebração de compromisso significativo entre o Poder Público e os segmentos**

populacionais afetados pela ação ou omissão, com o intuito de tornar efetivo o preceito fundamental, ponderados os princípios e normas constitucionais envolvidos.

**Parágrafo único. O compromisso significativo consiste em constante intercâmbio entre os segmentos populacionais afetados e o Estado, em que as partes tentam celebrar acordo para a formulação e implementação de programas socioeconômicos que visem a afastar a violação ao preceito fundamental detectada.”**

“Art. 9º-C. O compromisso significativo, de que trata o art. 9º-B, observará as seguintes diretrizes, para que seja considerado válido e eficaz:

**I – observância ao princípio da independência e harmonia dos Poderes, mediante a preservação de suas competências e prerrogativas constitucional e legalmente fixadas; II – respeito às balizas orçamentárias previstas constitucionalmente e nas leis que estabeleçam o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias, e os orçamentos anuais; III – respeito às vinculações orçamentárias constitucionalmente fixadas; IV – respeito à destinação legal dos recursos que integram os fundos da administração pública; V – compatibilidade com as normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, previstas na Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000; VI – observância à disponibilidade financeira dos entes federados interessados; VII – respeito à legitimidade dos Chefes do Poder Executivo na definição de prioridades da ação governamental e à sua competência precípua de elaborar e implementar políticas públicas com vistas à concretização dos direitos fundamentais com assento constitucional. § 1º A inexistência de disponibilidade financeira, de que trata o inciso VI, deve ser objetivamente demonstrada, facultando-se ao Supremo Tribunal Federal valer-se do auxílio dos órgãos de controle externo e, se necessário, a contratação de perícia especializada para aferir a pertinência das alegações feitas pelo ente estatal competente. 3 § 2º A manipulação da situação financeira ou político-administrativa, descrita no § 1º, pela autoridade pública competente, com o objetivo de criar obstáculo artificial à efetivação de preceitos fundamentais em favor dos segmentos populacionais envolvidos, não impedirá a concretização dos direitos fundamentais pleiteados e será caracterizada como ato de improbidade administrativa de que trata o art. 11 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a ser apurado em processo específico.” “Art. 9º-D. São requisitos necessários à celebração do compromisso significativo, de que trata o art. 9º-B, na decisão liminar ou definitiva de mérito: I – fixação de diretrizes específicas pelo Supremo Tribunal Federal a serem observadas pelo Poder Público responsável e segmentos afetados na autocomposição do conflito constitucional submetido à apreciação judicial; II – designação dos interlocutores do Poder Público e das comunidades ou pessoas afetadas que se responsabilizarão pela efetividade do compromisso significativo; III – prestação de informações periódicas pelas partes envolvidas ao Supremo Tribunal Federal nos prazos estipulados; IV – designação de representante do Supremo Tribunal Federal incumbido de fiscalizar, a cada etapa, a evolução das tratativas com vistas ao êxito do compromisso significativo; V – construção compartilhada e autônoma, pelo Poder Público responsável e pelos segmentos populacionais afetados, da solução para o caso analisado, para a concretização do preceito fundamental pleiteado; VI – previsão de**

**arbitramento da questão pelo Supremo Tribunal Federal na hipótese de insucesso na efetivação do compromisso significativo.” [...] (negritos nossos).**

Ressalta-se ainda, que o presente projeto de lei teve como razão de sua existência o fortalecimento da jurisdição constitucional e o incômodo relatado pelo Poder Legislativo sobre a postura ativista do Supremo Tribunal Federal, que conforme o autor da proposição teve o seu ápice no “julgamento do RE nº 592.581 e da ADPF nº 347, em que foi reconhecido o “estado de coisas inconstitucional” no funcionamento do sistema prisional brasileiro e esse reconhecimento foi considerado o lastro para uma ação jurisdicional mais efetiva”<sup>110</sup>.

Para o presente autor, a decisão do STF de reconhecimento do ECI imputou uma obrigação de fazer ao Poder Executivo Federal no que se refere ao sistema carcerário brasileiro para efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana, no entanto, afastou a teoria da separação dos poderes e ainda não levou em consideração a reserva do que era financeiramente possível.

Constata-se que o motivo para apresentação da propositura não era de aperfeiçoamento da técnica decisório em casos de grande complexidade, como no reconhecimento do ECI, mais sim em uma amofinação entre os Poderes em face da ocupação dos espaços vagos deixados pelo Legislativo e Executivo na implementação de direitos fundamentais e que foram com a materialização do constitucionalismo de 1988 sendo ocupados pela atuação do Poder Judiciário, principalmente, pelo STF.

Ante a não aprovação do presente projeto, ele teve a sua tramitação encerrada e foi definitivamente arquivado em 21 de dezembro de 2018 no final da legislatura.

#### **4.4.2 Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº. 4441/2020**

O projeto de Lei nº. 4441/2020 foi proposto pelo Deputado Paulo Teixeira do PT/SP e tem como fundamentalidade criar uma disciplina procedimental da nova lei de Ação Civil Pública do Brasil.

Destaca-se, que o projeto tem como objetivo unificar as diretrizes nos litígios coletivos na sistemática nacional estabelecendo um procedimento que incorpora as técnicas

---

<sup>110</sup> Trecho retirado da exposição de motivos da proposição legislativa.

processuais decisórias modernas, como os processos e litígios estruturais, define a adequação da competência, passa a fazer um controle de legitimidade, incorpora a cooperação no judiciário e prevê a produção de provas de forma antecipada.

A presente propositura legislativa ainda estabelece a previsão da intervenção de terceiro, inclusive a figura do *amicus curie* e a possibilidade de realização de audiências e consultas públicas quando o juízo for realizar o saneamento processual e detectar que se faz necessário a abertura democrática, conforme disposto nos arts. 18 e 19 da proposta, *in verbis*:

Art. 18 Admitem-se as intervenções de terceiro previstas no Código de Processo Civil, inclusive a intervenção do *amicus curiae*.

Art. 19 Na decisão de saneamento e organização do processo, o juiz deverá, sem prejuízo de outras medidas necessárias de acordo com as circunstâncias do caso concreto: I - delimitar o(s) grupo(s) titular do direito(s) objeto do processo; II - definir, quando necessário, os pressupostos para que alguém seja considerado membro do grupo; III - controlar a adequação da legitimação do autor e a necessidade de ampliação do rol de autores, no caso de haver muitos grupos ou subgrupos; IV - identificar as principais questões de fato e de direito a serem discutidas no processo; V – verificar se foi juntada aos autos a documentação de prévia atividade probatória, como a resultante de produção antecipada de prova e de inquérito civil ou outros procedimentos administrativos investigatórios; **VI - definir os poderes do *amicus curiae* e de eventuais terceiros na decisão que solicitar ou admitir a sua intervenção, bem como a necessidade de realização de audiência ou consulta públicas, fixando-lhes as respectivas regras.**

O projeto visa modernizar e sistematizar a estrutura e o procedimento dos litígios coletivos que aconteçam por meio de ação civil pública e assim incorporar técnicas de litígios estruturais e de processos estruturais quando existirem problemas policêntricos que detectam falhas estruturais nas políticas públicas que efetivem direitos fundamentais, e por fim ainda incorpora as contribuições doutrinárias de juristas brasileiros como: Aluisio Mendes, Antonio Gidi, Ada Grinover, Kazuo Watanaba, Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr., Thais Paschoal, Sofia Temer, Robson Godinho, Antonio do Passo Cabral, Ricardo de Barros Leonel, Daniel Assumpção, Susana Henriques da Costa, Edilson Vitorelli, Gregorio Assagra, Alexandre Câmara, Sérgio Arenhart, Elton Venturi, Gustavo Osna, Teresa Arruda Alvim, Rodrigo Mazzei entre outros.

Atualmente, o projeto está aguardando a designação do relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania para emissão do parecer quanto a sua (in) constitucionalidade.

#### 4.4.3 Projeto de Lei do Conselho Nacional de Justiça nº. 4778/2020

O projeto de Lei nº. 4778/2020 foi apresentado pelo Deputado Federal Marcos Pereira do partido Republicano/SP e nasceu a partir da reprodução do trabalho desenvolvido pelo Grupo de Trabalho do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), constituído por iniciativa do então presidente, Ministro Dias Toffoli, por meio da Portaria n. 152/2019.

A presente proposição foi protocolada recentemente em 01 de outubro de 2020 e tem como objeto dispor sobre a uma nova lei da Ação Civil Pública, revogando por sua vez a Lei nº. 7.347<sup>111</sup>, de 24 de julho de 1985, propõe ainda a alteração da Lei nº 8.078<sup>112</sup>, de 11 de setembro de 1990 e a Lei nº 9.494<sup>113</sup>, de 10 de setembro de 1997.

A proposta tem como objetivo traçar conceitos e técnicas processuais modernas no que se refere aos litígios de natureza coletiva buscando dessa forma uma maior funcionalidade e simplicidade procedimental em demandas desse espectro.

A ideia foi iniciar com uma apresentação de conceitos semânticos para deixar clarividente de que as ações coletivas são gênero, dos quais fazem parte a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo que devem ser disciplinados em uma sistemática procedimental única, entendendo o processo como um instrumento de concretização e efetivação de direitos fundamentais.

Assevera-se nas palavras da Ministra Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues, coordenadora do Grupo de Trabalho de que o processo coletivo é um instrumento que viabiliza demandas que financeiramente não seriam adequadas para serem analisados em ações individuais atomizadas, já que o custo financeiro para as entidades estatais seria maior do que a construção de uma decisão em sede de uma tutela coletiva, *in litteris*:

[..] A ação coletiva foi pensada para **(a)** viabilizar a judicialização de pretensões que não valeria a pena serem individualmente judicializadas; **(b)** para concretizar a efetiva proteção de direitos que são intrinsecamente coletivos – coletivos estrito senso e difusos; **(c)** para proporcionar a plena concretização do princípio da isonomia, diminuindo, assim, a sobrecarga de trabalho dos Tribunais. Qualquer disciplina que não atenda a estes objetivos se afasta daquilo que, idealmente, deve ser uma ação coletiva. (negritos nossos).

---

<sup>111</sup> Disciplina a Ação Civil Pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

<sup>112</sup> Dispõe sobre o Código de Defesa do Consumidor

<sup>113</sup> Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública.

Ou seja, o projeto estabelece uma preocupação importante que é o consequencialismo decisório e o financeiramente viável, ponderando assim o custo econômico de um provimento individualizado em demandas massificadas em face da construção de uma decisão coletiva fruto da abertura democrática entre os atores interessados, para fins de suplantar aquela falha estrutural do Estado que venha a dar concretude aos direitos fundamentais.

Pela análise do projeto e de suas exposições de motivos a prioridade será resolver litígios de natureza coletiva modificando assim o olhar jurisdicional da demanda individual para aquelas complexas, que envolvem vários pontos de tensão entre os interessados e podem produzir decisões judiciais prospectivas com efeitos voltados para uma sistemática futura.

E ainda prevê a possibilidade de abertura democrática no processo decisório quando for adequado, através da realização de audiências públicas e da intervenção por meio da figura do *amicus curiae*. Também possui previsões avançadas quanto à instrução probatória admitindo a inversão do ônus da prova e a possibilidade de produção de provas por amostragem, assegura o princípio da publicidade estabelecendo a criação de um cadastro de todas as ações coletivas existentes no Brasil, dos termos de ajustes de condutas realizados e de acórdãos proferidos nesses processos, devendo ser produzidos relatórios mensais e atualizados que deverão ser consultados pelos legitimados ativos das ações.

Por fim, o projeto continua assegurando ao particular, o direito deste mover uma ação de natureza individual e que esta não será suspensa automaticamente pela propositura de uma ação coletiva que possui o mesmo objeto.

Atualmente, o presente projeto foi apensado ao PL nº. 4441/2020 que também trata das modificações da ação civil pública para que sejam debatidos em conjunto e assim seja aprovado um único texto normativo.



## 5 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ESTRUTURANTE NO BRASIL: UMA PROPOSTA METODOLÓGICA PARA SUPERAÇÃO DAS CRISES DOS SISTEMAS DEMOCRÁTICOS

É necessário frisar, especificamente, que no que se refere ao controle de constitucionalidade estruturante a petição inicial que pleiteia a formação de um litígio estrutural, especialmente, através do reconhecimento do ECI é uma das peças fundamentais para definição da amplitude das violações de direitos fundamentais e para atestar qual o grupo de indivíduos afetados e se existem subgrupos. Ressaltando, que pode acontecer que nem todos os detalhamentos estejam clarividentes desde o início da ação, porém a identificação de um grupo geral afetado pelas omissões inconstitucionais se revela essencial, mas não impossibilita que outros grupos possam ser ouvidos no decorrer do processo contribuindo assim para a resolução do conflito de forma adequada. (VITORELLI, 2020, p.220).

Assevera-se, que é possível que outros grupos afetados participem do processo por meio de audiências públicas, conforme dispõe o art. 6º, § 1º<sup>114</sup> da Lei nº. 9882, de 03 de dezembro de 1999, que regulamenta a próprio ADPF, uma vez que é um mecanismo de aproximação do Tribunal com a sociedade civil, e que possibilita a ouvida de outros grupos interessados para além daquele previsto inicialmente na exordial. O que consagra não apenas a transparência da decisão que venha a ser tomada pelo Tribunal, como também estabelece a abertura democrática e a legitimidade decisória.

A ferramenta da realização de audiência pública não é apenas interessante, mais sim, fundamental para delimitar a identificação de subgrupos afetados pelas omissões inconstitucionais apresentadas no litígio estrutural, definindo assim as cercanias da extensão das falhas estruturais na implementação do direito fundamental social requerido na ação constitucional (VITORELLI, 2020, p.227).

É salutar, ainda nesse sentido, que se reserve, nessas oportunidades, tempo de qualidade para a exposição do litígio, para que os participantes tenham noção da dimensão do problema em questão, bem como das medidas que precisarão ser tomadas para enfrentá-lo.

---

<sup>114</sup> Art. 6º: Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

§1º: Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

A partir dos informes colhidos na audiência pública, será possível desenvolver outras atividades participativas, que aprofundem as discussões e deliberações sobre a propositura e os contornos da ação futura, bem como de um eventual acordo. Esses outros eventos terão como objetivo fomentar um diálogo cooperativo entre os membros do grupo e destes para com o legitimado coletivo, na intenção de produzir consensos, ainda que parciais, sobre o litígio. O envolvimento da sociedade é importante para que a reforma estrutural seja bem-sucedida (VITORELLI, 2020, p.228).

Essa técnica de democratização do processo permite que o Poder Judiciário decida de forma mais ponderada e realística, na medida em que o aproxima das reais necessidades do caso concreto e permite que leve em consideração a voz de grupos marginalizados, que dificilmente teriam voz no processo político.

Outro ponto relevante de análise da petição inicial é a construção dos pedidos e apesar do CPC/2015 decorrer nos seus arts. 322<sup>115</sup> e 324<sup>116</sup> que ele deve ser certo e determinado

Apesar do artigo 322 do CPC/2015 determinar que o pedido deve ser certo e o 324 deste mesmo código, que ele deve ser determinado, existem exceções, já que por vezes essas normas podem ser flexibilizadas quando existirem situações que não permitem determinar desde logo, as consequências do ato ou do fato.

Logo, em um litígio estrutural o pedido deve ser tão certo e tão determinado quanto for possível, conforme as circunstâncias dos litígios permitam (VITORELLI, 2020, p.239), ou como bem enfatiza Marcella Ferraro (2015, p. 144) “é fundamental admitir, nos processos estruturais, certa “plasticidade da demanda”<sup>117</sup>”. Já que a depender da omissão inconstitucional e conseqüentemente da falha estrutural apresentada não será fácil desde o início da demanda, se definir com um grau de máxima certeza o pedido na sua exatidão em face da mutabilidade e fluidez da questão posta em debate na Corte Constitucional.

Nas lições de Didier; Zaneti; Oliveira (2020,p.125) é fundamental que o Juiz possua um grau de liberdade para construir os caminhos decisórios do processo estrutural, uma vez

---

<sup>115</sup> Art. 322: O pedido deve ser certo.

<sup>116</sup> Art. 324. O pedido deve ser determinado.

§ 1º É lícito, porém, formular pedido genérico: I - nas ações universais, se o autor não puder individuar os bens demandados; II - quando não for possível determinar, desde logo, as consequências do ato ou do fato; III - quando a determinação do objeto ou do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu. § 2º O disposto neste artigo aplica-se à reconvenção.

<sup>117</sup> Plasticidade da demanda foi uma expressão utilizada por Marcella Ferraro ao descrever que o pedido e a própria petição inicial é um esboço geral da violação, mas que o julgador não deve em litígios estruturais ficar restrito apenas aquilo que foi pleiteado. (FERRARO, Marcella Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural**. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná (UFPR), 2015. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/39322> )

que a forma de processamento de uma problemática estrutural é completamente distinta da resolução de demandas bipolares, nos seguintes termos:

(..) 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 não estruturais, em que o julgador se põe diante de três caminhos a seguir, quais sejam: o deferimento, o deferimento parcial ou o indeferimento da postulados.** (negritos nossos).

Entretanto, isso não implica dizer que a petição inicial não irá cumprir os requisitos de sua admissibilidade, mas que ao pedido importará apresentar ao réu/demandado as delimitações daquilo que ele precisará saber para se defender e, ao julgador, aquilo que ele deverá julgar e assim sentenciar (VITORELLI, 2020, p.240).

Nessa toada, um pedido que objetive uma reforma estrutural não necessita especificar precisamente todas as providências para que a mudança ocorra, mas, tão somente, que requeira a elaboração, implementação e fiscalização de um plano de trabalho que viabilize a mudança considerada necessária pelo autor a partir daquilo que foi demonstrado na inicial (VITORELLI, 2020, p.241).

Em resumo, o essencial é que o autor requeira, na exordial, a elaboração e implementação de um plano de trabalho que torne viável as mudanças estruturais pretendidas.

O litígio estrutural trabalha com problemas complexos e policêntricos, e demandam um grande trabalho institucional com o objetivo de solucionar as questões postas na ação, e são para essas soluções que o Judiciário deverá demandar toda sua energia (VITORELLI, 2020, p.144). As etapas de um processo estrutural seguem a seguinte formatação: diagnóstico do problema, elaboração de um plano de trabalho, supervisão e monitoramento.

A primeira etapa é a apresentação do diagnóstico do problema, ou seja, a extensão do litígio deve ser conhecida de forma pormenorizada, afinal “(...) não existem soluções simples para problemas complexos” (VITORELLI, 2020, p.168). Quanto maior for o número de informações em torno do objeto da ação e que essas informações sejam de qualidade baseadas em dados da realidade social, mais bem sucedida serão as medidas estruturais que venham a ser adotadas para suplantar as imperfeições apresentadas na efetivação de direitos fundamentais sociais no sistema brasileiro.

O que se faz relevante a realização da abertura democrática do Tribunal através da escuta de *amicus curiae* e efetivação de audiências públicas, com o fito de melhorar a qualidade e a resposta institucional, fortalecendo o estado constitucional democrático de direito e oportunizando assim o estabelecimento e a atualização dos sentidos constitucionais,

para que esses sejam partilhados e dialogados diretamente com a sociedade civil (DANTAS; GOUVÊA, 2021, p.138).

Na segunda etapa, consiste na elaboração do plano de trabalho, e para um bom plano de trabalho é crucial a realização de diálogos entre as instituições que irão implementar a presente decisão. Ainda é necessário que o plano seja rigoroso o suficiente para garantir seu cumprimento e proporcionar a correção da falha estrutural, entretanto, flexível o bastante para se ajustar às alterações que forem verificadas ao longo do tempo (VITORELLI, 2020, p.169). As medidas estruturadas no plano de trabalho devem representar realisticamente uma mudança de *status quo* na sociedade, com o objetivo de conferir efetividade ao direito fundamental social violado. Por esta razão o diálogo é de suma importância, posto que as medidas propostas devem levar em consideração as questões financeiras-orçamentárias, legais, administrativas e estruturais para realização do direito material pleiteado (VITORELLI, 2020, p.169).

Nesse sentido, Vitorelli (2020, p.169) aponta que a melhor forma de construir as cláusulas de um plano estrutural é a partir do estabelecimento de índices/indicadores de resultados, que possam ser controlados periodicamente. Assim, por exemplo:

(...) a reforma estrutural em um hospital pode ser avaliada a partir do número de pacientes que atende, do tempo de espera, do aumento da capacidade instalada etc. A reforma de um sistema educacional pode ser medida pelo crescimento do número de vagas, ao longo de determinados períodos. A reforma de sistemas prisionais, pela redução da superlotação, melhoria da capacidade de atendimento médico, social, jurídico, laborativo aos detentos, dentre outros”

O plano de trabalho deve prever, as metas a serem atingidas, o cronograma de sua execução, o impacto orçamentário com as receitas e despesas da concretização de cada uma das etapas e a previsão de apresentação dos relatórios com os resultados da efetivação de uma cada uma das etapas, bem como os gastos públicos realizados (VITORELLI, 2020, p.169-170).

Além do mais, o plano de trabalho deve ser desenhado através de um modelo de hierarquização, posto que o excesso de metas e ausência de prioridade pode levar ao insucesso do trabalho, logo é importante que “as metas sejam hierarquizadas de modo a atender, prioritária e antecipadamente, aos subgrupos mais afetados, ainda que à custa de outros subgrupos, também lesados, mas de maneiras menos significativas”. (VITORELLI, 2020, p.170).

Ao final, a terceira etapa da supervisão e monitoramento são fundamentais no processo estrutural. Isso porque, em detrimento do foco prospectivo do processo, as medidas adotadas inicialmente podem se tornar obsoletas à medida que a complexidade social é modificada. Dessa maneira, a promoção de mudanças estruturais demanda um olhar para o futuro, sendo inviável focar tão somente no passado.

Uma das alternativas mais interessantes para a fiscalização das metas no processo estrutural é a nomeação de um *special master*. A figura presente do direito norte-americano e possibilita que o juiz seja auxiliado por um profissional com grande expertise na área de conhecimento, que pode auxiliá-lo com informações realísticas sobre o desenrolar da execução estrutural<sup>118</sup>, evitar a maquiagem do cumprimento de metas pelo compromissário que esteja de má-fé e até mesmo relatar dificuldades legítimas do cumprimento das metas estabelecidas.

O *special master*, em geral, é remunerado com verbas pagas pelo réu/demandado, mas é certo que a utilização dessa figura no sistema brasileiro possa encontrar obstáculos em face da própria restrição dos recursos orçamentários. Se a ausência de recursos públicos já é utilizada como uma “válvula de escape” para efetivação de direitos fundamentais sociais, bem como para estruturação de medidas estruturais, arcar com a remuneração de um profissional qualificado<sup>119</sup> pode ser mais um elemento complicador para a adoção processo estrutural no Brasil.

No entanto, a adoção de uma supervisão decisória se apresenta como um elemento relevante para o sucesso das medidas adotadas no processo estrutural, já que possui vantagens no acompanhamento do cumprimento das metas estabelecidas inicialmente e na produção de relatórios impessoais, por meio dos quais é possível atestar a implementação das mesmas ou

---

<sup>118</sup> Execução Estrutural é uma expressão utilizada por Edilson Vitorelli para designar que o cumprimento da decisão estrutural tem como objetivo a mudança da postura institucional no sentido de fazer promover uma movimentação na busca de soluções para sanar a falha estrutural que ocasiona a violação do direito fundamental pleiteado em sede do litígio estrutural. (VITORELLI, Edilson. **Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças**. Revista de Processo (REPRO), v. 284, out 2018. p. 342 [versão digital]).

<sup>119</sup> Aqui é importante ressaltar, que em alguns procedimentos jurisdicionais no sistema brasileiro já se adota a figura de “gestor” para supervisão e monitoramento de determinadas decisões judiciais, porém em procedimentos que, em regra, envolvem interesses privados. Podemos citar como exemplo a figura do administrador judicial, prevista no art. 22 da Lei nº. 11.101/2005 que tem como função sob a fiscalização do Juiz e do Comitê operacionalizar toda a estrutura da recuperação judicial e da falência, bem como o papel do interventor judicial previsto no art. 102 da Lei nº. 12.529/2011 que trata sobre a defesa da concorrência, competindo ao interventor sob a fiscalização do magistrado praticar atos de execução, denunciar irregularidades e apresentação de relatórios mensais de suas atividades.

até repactuá-las para que sejam condizentes com a nova realidade social posta (VITORELLI, 2020, p.181-184).

No caso de não haver a possibilidade de nomeação de um *special master*, por questões financeira-orçamentárias ou por ausência de profissional qualificado na área específica do debate albergado no processo estrutural, é possível se pensar em um modelo de jurisdição revisora/supervisora como acontece nos sistemas colombianos e sul-africano, conforme relatado nos itens 4.2.2 e 4.2.3 da presente tese.

Anuncia-se assim, que o controle de constitucionalidade estruturante pressupõe a construção de uma metodologia decisória específica e que faça a junção entre a dimensão jurídica e política<sup>120</sup> do litígio estrutural, com o objetivo de se buscar a colaboração institucional entre os Poderes que integram a República, afastar o ativismo judicial antidialógico nefasto para a estrutura democrática e promover a participação social na formação da decisão judicial que irá impactar na vida de todos aqueles que se encontram diante da situação lesiva do direito fundamental social pleiteado, conferindo assim legitimidade democrática para a jurisdição constitucional como ferramenta para repelir as críticas acerca da violação a Separação de Poderes e consequentemente superação da própria crise.

Nessa perspectiva sobressai os ensinamentos de Garavito e Franco (2010, p. 17-18) quanto a jurisdição estrutural e o afastamento das críticas a violação da Separação dos Poderes, *in verbis*:

Frente a las críticas según las cuales el activismo judicial invade las competencias de los funcionarios del Ejecutivo y el Legislativo que son elegidos popularmente —y, por tanto, resulta injustificado en una democracia—, señalamos **casos frecuentes en los que las burocracias y los sistemas políticos de las democracias contemporáneas entran en situaciones de estancamiento estructural que frustran la realización de los derechos constitucionales. En esas circunstancias de “bloqueo” institucional —que derivan en profundas deficiencias o, incluso, en la inexistencia de políticas públicas para atender problemas sociales urgentes—, afirmamos que las cortes son la instancia adecuada para desestancar el funcionamiento del Estado y promover la protección de los derechos. Desde una concepción de la democracia que enfatiza la importancia de la deliberación pública y el control horizontal entre los órganos del poder público sostenemos, además, que ese tipo de**

<sup>120</sup> Salienta-se que ao nos referirmos no texto sobre dimensão jurídica e política do litígio estrutural, é necessário esclarecer que a dimensão jurídica se refere aos contornos jurídicos-constitucionais da violação de direitos fundamentais colocada em debate, bem como o procedimento de construção decisório que envolve a contenda. Já a dimensão política diz respeito ao diálogo entre os atores políticos envolvidos no processo, especificamente, Poder Legislativo e Executivo com o objetivo de criar uma estrutura que os faça efetivamente dialogar na construção decisória do litígio estrutural e assim em conjunto apontem soluções para resolver as falhas estruturais existentes.

**intervenciones judiciales pro- fundiza la democracia, en lugar de erosionarla. (negritos nossos).**

Ante a necessidade de uma metodologia decisória específica no contexto do controle de constitucionalidade estrutural, passaremos a analisar a construção da decisão do Supremo Tribunal Federal em sede da medida cautelar proferida na ADPF nº. 347/2015 que visa o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro a partir da delimitação dos pressupostos exarados na exordial, bem como o enfrentando da estrutura da decisão, para fins de determinar se houve ou não uma metodologia adotada pelo Tribunal conforme os requisitos necessários para a busca de soluções adequadas em litígios estruturais.

## 5.1 ADPF Nº. 347/2015 E O RECONHECIMENTO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

A temática quanto as inconstitucionalidades presentes no sistema penitenciário brasileiro já fazem parte dos debates no Supremo Tribunal Federal, podendo ser destacado alguns julgados importantes sobre o tema como: RE nº. 641.320/RS de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes que analisou a questão referente ao direito do condenado em regime semiaberto, poder cumprir a sua pena em regime aberto ou prisão domiciliar, nos casos em que não exista local adequado de cumprimento; RE nº. 580.252/MS da Relatoria do Ministro Teori Zavascki que debateu a questão da responsabilidade do Estado de pagar indenização pecuniária aos presos que sofram danos morais por estarem cumprindo pena em estabelecimento em condições precárias e degradantes.

Um outro julgado fundamental sobre o assunto aconteceu em sede do Recurso Extraordinário nº. 592.581/RS de Relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 13 de agosto de 2015, em que ele abre a possibilidade de o Poder Judiciário intervir na implementação de políticas públicas que efetivem direitos fundamentais a população carcerária, nos seguintes termos:

EMENTA: REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA.

**DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL.**

**I - É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais. II - Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial.**

III - Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal.

IV - Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes.

V - Recurso conhecido e provido. **(negritos nossos).**

Na decisão do Recurso Extraordinário nº. 592.581/RS, o Supremo Tribunal Federal fez um balanceamento entre os direitos e princípios constitucionais, como se o Tribunal tivesse reconhecido - mesmo que implicitamente - uma hierarquia interna na Constituição (DANTAS, 2013.p.286), definindo o dever do Executivo em implementar políticas públicas destinadas ao sistema penitenciário brasileiro, afastando do caso concreto qualquer debate quanto a violação da Separação dos Poderes e superando mais uma vez a aplicação da alegação da reserva do possível, reafirmando assim que não existem normas programáticas nos direitos fundamentais e que estes possuem eficácia plena e aplicabilidade imediata, o que resulta na legitimidade da intervenção judicial do STF com a finalidade de fazer cumprir os ditames constitucionais.

No mesmo ano de 2015, chega ao Supremo Tribunal Federal a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 347, ajuizada pelo Partido Socialista e Liberdade (PSOL), em que a sigla partidária pleiteava pela primeira vez<sup>121</sup> no país, o

<sup>121</sup> É importante registrar que a ADPF nº. 347/2015 foi a primeira em que se pleiteava o reconhecimento do ECI no sistema brasileiro e a partir dela foram abertas novas possibilidades de se reconhecer, excepcionalmente, o ECI no Brasil por meio de outras ADPF relevantes que já foram apresentadas no STF. Para quem se interessar pela temática destaco aqui algumas ADPF propostas: ADPF nº. 655/2020 apresentada pela Federação Nacional do Fisco Estadual e Distrital (FENAFISCO) que pleiteava o reconhecimento do ECI no Sistema Tributário Nacional Brasileiro diante da sua regressividade e consequente violação de Direitos Fundamentais e Humanos, ressaltando que esta ADPF de Relatoria da Ministra Carmen Lucia Antunes foi extinta por ausência de legitimidade da parte autora, porém recomendando a leitura da petição inicial para compreender o debate; ADP nº. 786/2021 proposta pelo partido político REDE Sustentabilidade que também pleiteava o reconhecimento do ECI no Sistema



reconhecimento do estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro em razão das constantes violações de direitos fundamentais.

É importante esclarecer, para que o estado de coisas inconstitucional seja reconhecido deve ser comprovada uma violação massiva de direitos humanos/fundamentais associadas com falhas sistêmicas na ação do Estado (GARAVITO, 2011, p. 167).

Para Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016, p. 180-185), o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional deve ser estabelecido com a presença de quatro pressupostos:

- a) O **primeiro** é a constatação de um **quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva e contínua de diferentes direitos fundamentais**, que afeta um número amplo de pessoas;
- b) O **segundo** é a **omissão reiterada e persistente** das autoridades públicas no **cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais**;
- c) O **terceiro** refere-se à ausência de **medidas necessárias a superação das inconstitucionalidades**, especialmente se considerarmos falhas estruturais como deficiências no ciclo das políticas públicas;
- d) E o **quarto** é a **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. **(negritos nossos)**.

Dessa forma, para que o ECI seja pleiteado é necessário se fazer presente todos esses requisitos, demonstrando as violações generalizadas de direitos fundamentais e comprovando a letargia dos Poderes que possuem o dever de implementar a política pública específica para fins de concretizar os valores constitucionais estabelecidos no texto de 1988.

Como uma das espécies de litígio estrutural, o pedido de reconhecimento do estado de coisas inconstitucional deve apresentar na petição inicial não apenas os requisitos de sua configuração, mas também os remédios estruturais “em uma relação de causa-efeito”, para fins de sanar as falhas estruturais demonstradas que impedem a realização dos valores constitucionais (RAQUEL CÁRDENA, 2011. p.100-106)

Diante disso, analisaremos a delimitação do problema do sistema penitenciário brasileiro a partir dos argumentos trazidos na petição inicial da ADPF nº. 347/2015 com a

---

Tributário Nacional também em face da sua regressividade e violação de Direitos Humanos e Fundamentais, esta ADPF de Relatoria do Ministro Alexandre de Moraes teve também o seu seguimento negado com base da violação da Separação dos Poderes e estabeleceu que a ADPF não seria o instrumento cabível para sanar a lesividade, recomendamos a leitura da petição inicial e da decisão e por fim tivemos a ADPF nº. 866/2021 proposta em 16 de julho de 2021 pela Associação Nacional do Ministério Público de Contas (AMPCON) visando a declaração do ECI na política pública de saúde brasileira distribuída pela o Ministro Relator Alexandre de Moraes.

finalidade de mensurar o cumprimento dos pressupostos para o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional.

### 5.1.1 Delimitação dos pressupostos

A temática do ECI do sistema prisional brasileiro chega no Supremo Tribunal Federal por meio de uma ação proposta pelo Partido Socialista e Liberdade-PSOL, que requereu, a declaração do ECI e a adoção de medidas estruturais para sanar as falhas institucionais na implementação de direitos fundamentais para população carcerária e que resulta na violação de preceitos fundamentais estabelecidos na Constituição de 1988.

A petição inicial logo no início já apresenta que as falhas estruturais no sistema penitenciário brasileiro como sendo resultado das condutas comissivas e omissivas dos poderes públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, e que os dados apontados quanto a questão da situação do cárcere no Brasil são decorrentes da representação formulada pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ, sendo instruída ainda com o parecer da lavra do Professor Titular de Direito Penal da UERJ, Juarez Tavares e com toda a documentação que comprova o quadro de violações massivas de direitos fundamentais no que se refere as prisões no nosso país.

E a partir da apresentação inicial, a exordial no tópico denominado “Inferno: o sistema prisional, a Constituição e o papel do STF” demonstra toda violação de direitos fundamentais consagrados na Constituição de 1988 relatando a situação carcerária do Brasil como calamitosa e caracterizando o sistema como um verdadeiro “inferno dantesco”, nos seguintes termos (2015, p.02):

As prisões brasileiras são, em geral, verdadeiros infernos dantescos, com celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos.

Homicídios, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos são frequentes, praticadas por outros detentos ou por agentes do próprio Estado. As instituições prisionais são comumente dominadas por facções criminosas, que impõem nas cadeias o seu reino de terror, às vezes com a cumplicidade do Poder Público. Faltam assistência judiciária adequada aos presos, acesso à educação, à saúde e ao trabalho.

O controle estatal sobre o cumprimento das penas deixa muito a desejar e não é incomum que se encontrem, em mutirões carcerários, presos que já deveriam ter sido soltos há anos. Neste cenário revoltante, não é de se

admirar a frequência com que ocorrem rebeliões e motins nas prisões, cada vez mais violentos.

Para além da narrativa dessa situação degradante sobre as prisões no Brasil, a exordial ainda demonstra que é de ciência de todas as autoridades brasileiras esse contexto, trazendo as informações da Câmara dos Deputados que promoveu uma CPI sobre o sistema carcerário, os dados do relatório do Conselho Nacional de Justiça- CNJ de 2008, a fala do Ministro da Justiça da época José Eduardo Cardozo que afirmou que as prisões brasileiras são “*masmorras medievais*”, a análise dos Ministros do STF sobre a mesma temática e a condenação sofrida pelo país na Corte Interamericana de Direitos Humanos que determinou o cumprimento de medidas para garantir o extermínio das situações de risco e efetivar meios de garantia da vida, integridade física, psíquica e moral em várias penitenciárias nacionais.

Sendo demonstrado ainda na inicial, os inúmeros direitos fundamentais e humanos que são massivamente violados pelo Brasil no que se refere a população encarcerada, *in litteris* (2015, p.05):

Este cenário é francamente incompatível com a Constituição de 88. Afinal, nossa Lei Fundamental consagra o **princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), proíbe a tortura e o tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), veda as sanções cruéis (art. 5º, XLVII, “e”), impõe o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (art. 5º, XLVIII) assegura aos presos o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX), e prevê a presunção de inocência (art. 5º, LVII)**. Estes e inúmeros outros direitos fundamentais – como **saúde, educação, alimentação adequada e acesso à justiça** – são gravemente afrontados pela vexaminosa realidade dos nossos cárceres. O quadro é também **flagrantemente incompatível com diversos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo país, como o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, ofendendo, ainda, a Lei de Execução Penal. (negritos nossos).**

Ou seja, a petição inicial já cumpre o primeiro requisito/pressuposto para o reconhecimento do ECI, que é a demonstração da violação generalizada e massiva de direitos fundamentais voltados para um grupo afetado específico<sup>122</sup>, que é a população carcerária brasileira.

---

<sup>122</sup> O grupo afetado é aquele que sofre as violações de direitos fundamentais, ressaltando que este grupo pode sofrer graus de lesividade diferentes e é possível também que tenhamos uma situação em que a lesão de direitos é estabelecida de uma maneira geral onde não será possível identificar com precisão o grupo afetado, porém isso não descaracteriza o desrespeito ao cumprimento dos ditames constitucionais. Nesse sentido, recomendamos as lições de Edilson Vitorelli no que se refere aos litígios estruturais e os grupos afetados: “litígio estrutural tem lugar no contexto de uma violação que atinge *subgrupos sociais diversos, com intensidades e de formas diferentes, afetando os interesses desses subgrupos de modos distintos, sem que haja, entre eles, qualquer*

Posteriormente a exordial vem apresentar as omissões sistêmicas praticadas por atos omissivos e comissivos das autoridades públicas, particularmente, referente aos direitos dos apenados, o que configuraria uma falha estrutural na implementação da política pública prisional brasileira.

Ao longo da peça fica caracterizado as constantes transgressões as condições e aos direitos fundamentais dos presos, bem como o contingenciado dos recursos públicos vinculados ao Fundo Penitenciário Nacional- FUNPEN por parte da União Federal, a inércia também por parte do Poder Judiciário em fazer cumprir os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e o 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos que determinam a realização das audiências de custódia com a finalidade de combater a superlotação carcerária, os problemas alusivos a interpretação da norma de execução penal que não leva em consideração as situações desumanas das prisões e por fim a postura do Poder Legislativo que reiteradamente vem aprovando legislações meramente simbólicas e punitivistas, o que agrava o quadro do encarceramento em massa no país, o que atesta a lesividade dos preceitos fundamentais praticada por atos de omissão e ação perpetrados pelos Poderes Públicos brasileiros.

Nesse particular, a peça inaugural cumpre o segundo requisito/pressuposto para o caminho do reconhecimento do ECI, que é a comprovação das omissões repetidas praticada pelas autoridades públicas diante do quadro tenebroso do sistema prisional nacional.

Ainda é de se observar, que na ação já se tenta afastar as críticas quanto a impossibilidade de intervenção do Poder Judiciário na construção de políticas públicas, tanto a partir da ótica da ausência de legitimidade democrática quanto pela falta de *expertise*, visto que se justifica a intervenção frente a inércia dos outros Poderes e com a emissão de ordens flexíveis estruturadas por meio de diálogos entre as instituições. Também se apresenta a questão financeira-orçamentária que não pode ser usada como um escape para o não cumprimento dos ditames constitucionais.

O outro aspecto proeminente da inicial é o atendimento ao terceiro requisito/pressuposto do ECI quanto à extensão dos remédios necessários para sanar o quadro de violações de direitos fundamentais, pois dependerá da atuação conjunta dos três poderes

---

*perspectiva social compartilhada*. Pode ser que parte do grupo seja até mesmo beneficiada pela manutenção do status posterior à violação e se volte contra a pretensão da sociedade. É por isso que os litígios estruturais são policêntricos e não se enquadram adequadamente no esquema processual tradicional”. (VITORELLI, Edilson. **Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças**. Revista de Processo (REPRO), v. 284, out 2018.p.07 [versão digital]).

que compõem a República, com o objetivo de enfrentar os problemas alusivos a superlotação, a situação dos presos provisórios que lotam os estabelecimentos prisionais, a efetivação do acesso à justiça aos prisioneiros, a melhoria na infraestrutura física, pessoal e organizacional das prisões, a assistência material à população encarcerada referente a alimentação, itens de higiene pessoal e vestuário, assistência a saúde, a educação, ao trabalho, a proibição da prática de tortura, sanções ilegítimas e uso da força, as políticas de atenção específica voltadas para a mulher encarcerada e para a comunidade LGBTQIA+ e a utilização dos recursos do fundo penitenciário.

Vislumbra-se aqui, a complexidade das medidas que devem ser tomadas com a finalidade de sanar essas violações e assim se fazer cumprir as disposições constitucionais e os ditames internacionais ratificados pelo Brasil quanto as políticas públicas voltadas para a população do cárcere. Como podemos visualizar uma ação judicial com esse grau de enredamento não pode ser decidida no processo de jurisdição tradicional, posto que há uma grande chance de a decisão proferida não ter efetividade prática, caso venha a ser pronunciada por meio de um ativismo judicial na sua dimensão antidialógica<sup>123</sup>, o que deverá ser rechaçado ante a sua ilegitimidade.

E o quarto requisito/pressuposto para o reconhecimento do ECI se atesta a partir das medidas estruturais pleiteadas, já que a preocupação da ação é a reestruturação da política pública carcerária brasileira com a finalidade de fazer cumprir os preceitos constitucionais e as convenções/tratados internacionais ratificados pelo país, como também evitar a judicialização em massa através de demandas individuais ante o potencial lesivo por descumprimento dos direitos dos presos, o que resultaria em uma enxurrada de ações judiciais e um comprometimento maior do orçamento público, para atender cada uma das sentenças em ações proferidas em pleitos singulares.

Na inicial da ADPF, o partido político apresenta a sua estrutura de pedidos, primeiramente, em sede de medida cautelar com fundamento no art. 5º<sup>124</sup> da Lei nº. 9882/99, nos seguintes termos:

---

<sup>123</sup> Dimensão antidialógica é uma expressão utilizada por Carlos Alexandre Azevedo Campos e diz respeito a atuação do Supremo Tribunal nos casos em que a posição do Tribunal “não é de apenas o último intérprete da Constituição, mas como único, exclusivo”. Para o autor e nos filiamos ao seu pensamento a dimensão antidialógica do ativismo “deve ser, a todo custo evitada”, pois em qualquer hipótese ela será ilegítima. (CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 275-339).

<sup>124</sup> Art. 5º: O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental.

- a) Determine a todos os juízes e tribunais que, em cada caso de decretação e **manutenção de prisão provisória, motivem expressamente as razões** que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal;
- b) Reconheça a aplicabilidade imediata dos **arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, determinando a todos os juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia**, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até **24 horas contadas do momento da prisão**.
- c) Determine aos **juízes e tribunais brasileiros que passem a considerar fundamentadamente o dramático quadro fático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais**, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal.
- d) Reconheça que como **a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica, a preservação, na medida do possível, da proporcionalidade e humanidade da sanção impõe que os juízes brasileiros apliquem, sempre que for viável, penas alternativas à prisão**.
- e) Afirme que o **juízo da execução penal tem o poder-dever de abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos do preso, como a progressão de regime**, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, visando assim a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção.
- f) Reconheça **que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abater tempo de prisão da pena a ser cumprida**, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, de forma a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção.
- g) **Determine ao Conselho Nacional de Justiça que coordene um ou mais mutirões carcerários**, de modo a viabilizar a pronta revisão de todos os processos de execução penal em curso no país que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas “e” e “f” acima.
- h) **Imponha o imediato descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN**, e vede à União Federal a realização de novos contingenciamentos, até que se reconheça a superação do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro. **(grifos nossos)**.

Dessa forma, percebe-se que os pedidos formulados em sede de cautelar ficaram subordinados basicamente a liberação do FUNPEN, a realização das audiências de custódia e a definição de diretrizes interpretativas gerais para os juízes de execução penal ao definir o

cumprimento de pena, para que estes possam ponderar com razoabilidade em face da situação calamitosa dos presídios brasileiros sobre a aplicabilidade da pena restritiva de liberdade ou penas alternativas.

Mas o que evidencia que a ADPF nº. 347/2015 foi desenhada por meio de sua petição inicial para além de ser um litígio estrutural, também ser decidida por meio da técnica do processo estrutural, ou seja, requerendo a modificação da postura decisória do STF que passará a atuar como um grande coordenador de um plano de trabalho que deverá ser constituído a partir de uma decisão judicial coordenada, com ordens de implementação das metas elaboradas através de um diálogo colaborativo realizado entre as instituições públicas responsáveis em construir ou reconstruir a política pública e que essa implementação decorra de uma execução estrutural com o objetivo de mudar o comportamento institucional que ocasiona a violação aos direitos fundamentais dos presos, são exatamente os seus pedidos definitivos (VITORELLI, 2018, p. 343).

Os pedidos de mérito ou definitivos da ADPF nº. 347/2015 confirmam que a finalidade da ação é sanar as falhas na política carcerária e para que isso venha a ocorrer é necessário provocar uma mudança de postura do Tribunal em seu processo decisório, por isso denominamos essa espécie de controle como sendo estruturante, visto que a forma de atuação da Corte deixa de ter como objetivo aquele de apenas sanar a lesividade aos direitos dos presos, para que ela seja transformada em uma grande propulsora no desbloqueio da pauta política, provocando por meio de uma colaboração a movimentação dos outros poderes no sentido de buscar soluções para as violações apontadas. Nesse sentido, os pedidos foram estruturados da seguinte maneira:

a) **Declarar o estado de coisas inconstitucional** do sistema penitenciário brasileiro.

b) Confirmar as medidas cautelares

c) Determinar ao Governo Federal que elabore e **encaminhe ao STF, no prazo máximo de 3 meses, um plano nacional (“Plano Nacional”) visando à superação do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, dentro de um prazo de 3 anos.**

O Plano Nacional deverá conter propostas e metas específicas para a superação das graves violações aos direitos fundamentais dos presos em todo o país, especialmente no que toca à (i) redução da superlotação dos presídios; (ii) contenção e reversão do processo de hiperencarceramento existente no país; (ii) diminuição do número de presos provisórios; (iii) adequação das instalações e alojamentos dos estabelecimentos prisionais aos parâmetros normativos vigentes, no que tange a aspectos como espaço mínimo, lotação máxima, salubridade e condições de higiene, conforto e

segurança; (iv) efetiva separação dos detentos de acordo com critérios como sexo, idade, situação processual e natureza do delito; (v) garantia de assistência material, de segurança, de alimentação adequada, de acesso à justiça, à educação, à assistência médica integral e ao trabalho digno e remunerado para os presos; (vi) contratação e capacitação de pessoal para as instituições prisionais; (vii) eliminação de tortura, de maus tratos e de aplicação de penalidades sem o devido processo legal nos estabelecimentos prisionais; **(viii) adoção de medidas visando a propiciar o tratamento adequado para grupos vulneráveis nas prisões, como mulheres e população LGBT.**

**d) Submeter o Plano Nacional à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, da Defensoria Geral da União, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, do Conselho Nacional do Ministério Público, e de outros órgãos e instituições que queiram se manifestar sobre o mesmo, além de ouvir a sociedade civil, por meio da realização de uma ou mais audiências públicas.**

**e) Deliberar sobre o Plano Nacional, para homologá-lo ou impor medidas alternativas ou complementares, que o STF reputar necessárias para a superação do estado de coisas inconstitucional. Nesta tarefa, a Corte pode se valer do auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça.**

**f) Após a deliberação sobre o Plano Nacional, determinar ao governo de cada Estado e do Distrito Federal que formule e apresente ao STF, no prazo de 3 meses, um plano estadual ou distrital, que se harmonize com o Plano Nacional homologado, e que contenha metas e propostas específicas para a superação do estado de coisas inconstitucional na respectiva unidade federativa, no prazo máximo de 2 anos.** Cada plano estadual ou distrital deve tratar, no mínimo, de todos os aspectos referidos no item “c” supra, e conter previsão dos recursos necessários para a implementação das suas propostas, bem como a definição de um cronograma para a efetivação das mesmas.

**g) Submeter os planos estaduais e distrital à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, do Ministério Público da respectiva unidade federativa, da Defensoria Geral da União, da Defensoria Pública do ente federativo em questão, do Conselho Seccional da OAB da unidade federativa, e de outros órgãos e instituições que queiram se manifestar. Submetê-los, ainda, à sociedade civil local, em audiências públicas a serem realizadas nas capitais dos respectivos entes federativos, podendo a Corte, para tanto, delegar a realização das diligências a juízes auxiliares, ou mesmo a magistrados da localidade, nos termos do art. 22, II, do Regimento Interno do STF.**

**h) Deliberar sobre cada plano estadual e distrital, para homologá-los ou impor outras medidas alternativas ou complementares que o STF reputar necessárias para a superação do estado de coisas**



**inconstitucional na unidade federativa em questão.** Nessa tarefa, mais uma vez, a Corte Suprema pode se valer do auxílio do Departamento de **Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça.**

**i) Monitorar a implementação do Plano Nacional e dos planos estaduais e distrital, com o auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça, em processo público e transparente, aberto à participação colaborativa da sociedade civil, até que se considere sanado o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro. (negritos nossos).**

Pelos pedidos vislumbra-se a o grau de trabalho e a complexidade que deve ser desenvolvido pelo Supremo nas demandas de controle de constitucionalidade estruturante, posto que o papel desempenhado pelo Tribunal será no exercício da jurisdição estrutural, atuando como um coordenador na elaboração de um plano de trabalho, definindo através de um modelo colaborativo as metas que devem ser estabelecidas e sua ordem hierárquica, implementação, fiscalização e monitoramento da decisão.

O controle de constitucionalidade estruturante busca aproximar o julgador da realidade social desempenhando uma função de catalisador das transformações sociais ou nas palavras de Clara Inéz Vargas Hernández (2003, p. 206) “[...] *assume uma verdadera dimensión de estadista, erigiéndose em um agente de cambio, adoptando decisiones de gran calado que trascienden la esfera de lo particular [...]*”, conforme pleiteado em sede da petição inicial da ADPF nº. 347/2015 que requer a completa modificação da política pública carcerária brasileira.

Após especificarmos o objeto e os pedidos detalhados na exordial da ADPF nº. 347/2015, passaremos a analisar a estrutura decisória proferida pelo STF quando do julgamento da medida cautelar em 03 de outubro de 2009.

### **5.1.2 Estrutura decisória do STF na ADPF nº. 347/2015**

Em 09 de setembro de 2015 inicia o julgamento da medida cautelar em sede da Arguição de Preceitos Fundamentais nº. 347/2015 pleiteando o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro.

Quando do julgamento da Cautelar, o Supremo Tribunal Federal reconheceu pela primeira vez no Brasil o estado de coisas inconstitucional, nos seguintes termos:

**EMENTA: CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cíveis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. (negritos nossos).**

Era a primeira vez em que o STF passava a enfrentar as questões de violações generalizadas de direitos fundamentais ao ponto de declarar que todo esse quadro apresentado e comprovado na exordial resultava em um estado total de inconstitucionalidade fruto da inércia dos Poderes Executivo e Legislativo Brasileiro e que ocasionava como consequências gravíssimas a violação dos direitos dos presos.

Destaca-se ainda, o voto proferido pelo Relator o Ministro Marcos Aurélio que atesta claramente o quadro grave e de violações constantes de direitos fundamentais, o Ministro chama atenção da gravidade ao narrar que “as penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios se convertem em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se “lixo digno do pior tratamento possível” (Voto de Marcos Aurélio, 2015, p.7).

Ainda no seu voto o Ministro Marcos Aurélio enfrenta pontos importantíssimos para a adoção do estado de coisas inconstitucional no ordenamento brasileiro, frisando que a responsabilidade pela situação drástica do cárcere no país é fruto de uma responsabilidade de todos os poderes e entes da federação brasileira, o que demonstra a necessidade urgente da superação dessa falha estrutural. Destacamos aqui, a passagem importante disposta nas páginas 08-09, *in litteris*:

A responsabilidade pelo estágio ao qual chegamos, como aduziu o requerente, **não pode ser atribuída a um único e exclusivo Poder, mas aos três – Legislativo, Executivo e Judiciário –, e não só os da União, como**

**também os dos estados e do Distrito Federal.** Há, na realidade, problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal. Falta coordenação institucional. O **quadro inconstitucional de violação generalizada e contínua dos direitos fundamentais dos presos é diariamente agravado em razão de ações e omissões, falhas estruturais, de todos os poderes públicos da União, dos estados e do Distrito Federal, sobressaindo a sistemática inércia e incapacidade das autoridades públicas em superá-lo. (negritos nossos).**

Em outra passagem emblemática do voto do Relator seguindo nos requisitos para que um litígio visto como estrutural se transforme em um processo estrutural, se refere a atuação coordenada que deve existir entre os Poderes que vão construir e implementar um plano de trabalho com a finalidade de corrigir o estado de coisas inconstitucional. Vale destaque para os trechos das páginas 10 e 11:

Em síntese, assiste-se ao mau funcionamento estrutural e histórico do Estado – União, estados e Distrito Federal, considerados os três Poderes – como fator da violação de direitos fundamentais dos presos e da própria insegurança da sociedade. Ante tal quadro, a solução, ou conjunto de soluções, para ganhar efetividade, deve possuir alcance orgânico de mesma extensão, ou seja, **deve envolver a atuação coordenada e mutuamente complementar do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, dos diferentes níveis federativos, e não apenas de um único órgão ou entidade.**

Trata-se do que a doutrina vem designando de “litígio estrutural”, no qual **são necessárias outras políticas públicas ou correção daquelas que não alcançam os objetivos desejados, alocação de recursos orçamentários, ajustes nos arranjos institucionais e nas próprias instituições, novas interpretações e aplicações das leis penais, enfim, um amplo conjunto de mudanças estruturais, envolvida uma pluralidade de autoridades públicas.**

A vontade política de um único órgão ou poder não servirá para resolver o quadro de inconstitucionalidades. A eliminação ou a redução dos problemas **dependem da coordenação de medidas de diferentes naturezas e oriundas da União, dos estados e do Distrito Federal: intervenções legislativas, executivas, orçamentárias e interpretativas (Judiciário). A solução requer ações orquestradas**, a passagem do concerto (com C) institucional para o conserto (com S) do quadro inconstitucional. (grifos e negritos nossos).

Percebe-se, pelos trechos colacionados, que em três momentos distintos, o Ministro Relator fala em **atuação coordenada, conjunto** de mudanças estruturais **envolvida uma pluralidade de autoridades públicas**; e mais uma vez de **coordenação de medidas** na busca de solução que requer **ações orquestradas**, ou seja, há a incorporação no voto da medida cautelar do espírito da resolução de um litígio estrutural.

Nessa mesma linha, o Relator preocupado com as críticas que viriam após a publicação da presente decisão, já se antecipa no voto para deixar claro qual o papel que

compete ao Supremo Tribunal Federal na resolução de litígios de natureza estruturais, porém fica em aberto o sentido semântico e o alcance do estado de coisas inconstitucional, o que é uma problemática a ser considerada já que se corre o risco de banalização do instituto do ECI<sup>125</sup>.

Assim, é importante frisar mais algumas passagens do voto do Relator sobre o papel do STF em demandas estruturais como é o caso do ECI (pgs.12-13), *in verbis*:

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”.**

[..]

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.**

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. (Grifos e negritos nossos).

Importante ratificar mais uma vez, que o Ministro Relator deixa muito claro quanto ao papel desempenhado pelo Tribunal, sendo este um Poder que tem a função de desbloquear a pauta da política pública prisional frente ao estado de inércia dos Poderes Legislativos e

---

<sup>125</sup> Recentemente em sede da ADPF nº. 709/2020 que trata das omissões da União referente à proteção dos grupos indígenas na pandemia do covid-19, que teve sua medida cautelar julgada em 05 de agosto de 2020, os Ministros do STF citam o estado de coisas inconstitucional no decorrer dos votos sem estabelecer um conceito institucional e do alcance do ECI, naquele contexto, pelo próprio Tribunal e sem enfrentar claramente todos os requisitos necessários a sua deflagração.

Executivo como forma de efetivar os preceitos constitucionais de 1988. O Ministro mais vez reafirma que a **atuação do STF deve ser a de coordenar as ações e monitorar os resultados alcançados** a partir da emissão de **ordens flexíveis** que deixem o espaço reservado ao exercício dos demais poderes, para fins de fortalecer o Estado Constitucional Democrático de Direito e harmonizar a teoria da Separação dos Poderes.

E para não restar nenhuma dúvida quanto a atuação do STF nos litígios estruturais, o Ministro Relator já na página 19 do seu voto antes de se encaminhar para análise dos pedidos da medida cautelar, mais uma vez ressalta que a atuação da Corte deve acontecer mediante o diálogo entre os Poderes na concretização do Constitucionalismo cooperativo, nos seguintes termos:

Esse é, enfim, o papel que deve **desempenhar o Tribunal** em favor da superação do quadro de inconstitucionalidades do sistema prisional: **retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas, assegurando, assim, a efetividade prática das soluções propostas. Ordens flexíveis sob monitoramento previnem a supremacia judicial e, ao mesmo tempo, promovem a integração institucional cogitada pelo ministro Gilmar Mendes, formuladas que são no marco de um constitucionalismo cooperativo.** (Grifos e negritos nossos).

Já o Ministro Edson Fachin ao se pronunciar sobre os pedidos da medida cautelar também reforça a atuação da Corte ante aos casos de inércia dos outros Poderes e que a alegação de violação a Separação dos Poderes não pode ser usada como escusa de efetivação das promessas constitucionais estabelecidas em 1988. Destaca-se aqui, a passagem da página 50, *in litteris*:

Pondero que este caso demonstra justamente que **a separação entre os Poderes e a política democrática muitas vezes são invocados como escusas para impedir a atuação, em especial diante da inércia intencional e sistemática dos demais Poderes**, de quem deve guardar a Constituição. Não creio que a ADPF 347 esteja sendo utilizada para fazer do STF um espaço de debate constituinte permanente ou para tencionar um uso indevido de sua competência. **Ao contrário, quando os direitos de minorias excluídas são sistematicamente violados, é o Poder Judiciário o último guardião desses direitos e o Supremo Tribunal Federal deve deles fazer a sua morada.** (negritos nossos)

Logo em seguida temos apresentação do voto do Ministro Luís Roberto Barroso que apresenta algumas ponderações importantes, sendo a primeira delas a necessidade de um diálogo com a sociedade sobre a temática do sistema prisional “para ela participar deste debate coletivo sobre como interferir de maneira legítima nesse sistema” (p.71), já fazendo

uma reflexão sobre a necessidade de abertura democrática do Tribunal com a sociedade para efetivação da participação.

A segunda observação necessária trazida por Barroso é que o reconhecimento do ECI decorrente não de uma ação específica de um Poder, mais sim de “conjunto de ações e omissões notórias que fazem com que se tenha esse estado de generalizada inconstitucionalidade por falha estrutural do sistema” (p.72), também reforçando a natureza das violações sistêmicas de direitos fundamentais praticadas por mais de uma instituição pública.

E ao final do seu voto, faz uma proposta interessante que é de antecipar o pedido de mérito quanto a apresentação do plano de ação por parte do Governo Federal, o Ministro Barroso avalia que caso não seja pedido, o Tribunal iria ter prejuízos no julgamento de mérito e iria perder tempo, pois quando da análise de mérito é essencial que existam dados de diagnóstico sobre a problemática do sistema prisional, nos seguintes termos (p.77):

Há um pedido definitivo que é um pedido de apresentação de um plano, pelo Governo Federal, no prazo máximo de três meses. **Eu penso que, até para nós julgarmos o mérito desta Ação, quando chegar a hora, nós precisamos de informações vindas do Governo Federal: um diagnóstico adequado do sistema; um diagnóstico - que pode ser até que exista, mas não está nos autos - que diga respeito ao número de vagas faltantes; que diga respeito aos custos; que diga respeito a sabermos quanto disso é obrigação ou possibilidade da União Federal; quanto disso caberá aos Estados, já que, em última análise, enfrentar esse problema adequadamente exigirá que os Estados também apresentem planos de enfrentamento e superação do problema.** Portanto, eu estou dando de ofício uma liminar. Ministro Marco Aurélio, eu gostaria de fazer essa interlocução com Vossa Excelência, que é o Relator. Há um pedido, que é o pedido de apresentação de um plano. **Esse é um pedido definitivo, mas, se nós julgarmos isso, vamos imaginar, daqui a seis meses ou daqui a um ano, quando Vossa Excelência possa trazer e o Presidente possa pautar, nós teremos perdido um ano. (negritos nossos).**

Nesta ocasião, o Ministro Barroso faz uma ponderação necessária já que é essencial que o Tribunal tenha um diagnóstico minucioso sobre o problema e para isso é fundamental a apresentação dos planos de ação do Governo Federal, Estadual e Distrital, salientando, que esta antecipação de um pedido de mérito pode acontecer na fase da cautelar, para que seja iniciado os procedimentos de apresentação dos planos de ação e a partir de então seja iniciada a abertura democrática do Tribunal com a instalação do diálogo entre as instituições, os demais atores envolvidos e a sociedade civil organizada.

Frisa-se, que em sede de litígios estruturais que venham a se transformar em processos estruturais, a fase de diagnóstico e a construção do plano de trabalho é um requisito

obrigatório para que seja instalado o diálogo entre as instituições, se afaste a supremacia judicial das decisões, o ativismo antidialógico e assim se estabeleça uma mudança de postura judicial para concretização do ativismo judicial dialógico como sendo um mecanismo que fortalece a democracia ao invés de promover a sua erosão (GARAVITO; FRANCO, 2015, p.38).

Posteriormente tivemos o voto do Ministro Teori Zavascki, que no início da sua argumentação já realiza uma sinalização importante que a decisão tomada pelo STF deverá ser de forma responsável e que seja efetivamente cumprida, para que ela “não fique, assim como a própria decisão definitiva num caso como este, apenas no plano simbólico, ou no plano retórico, ou no plano acadêmico” (p.79).

Em seguida, o Ministro vai apresentando as suas ilações no voto quanto a realização da audiência de custódia e dos mutirões carcerários, tendo como sugestão a escuta do Conselho Nacional de Justiça quanto ao tema, para que este possa vir aos autos demonstrar a proposta de regulamentação e o prazo de efetivação da audiência de custódia e a periodicidade dos mutirões. Entretanto, a sugestão de escuta do CNJ acaba ocasionando um grande debate entre os Ministros do STF e a partir da leitura dos diálogos percebe-se que em determinados momentos eles se perdem na discussão e não sabem com certeza para quem enviar a ordem de regulamentação, essas evidências estão entre as páginas 79-99 da decisão da cautelar.

Nesse aspecto, detectamos um outro problema na construção decisória do STF, pois em uma demanda de alta complexidade como é o caso do ECI, é possível iniciar o diálogo entre as instituições já em sede pedidos cautelares, para que a decisão judicial que vise sanar a falha estrutural identificada seja elaborada, mesmo ainda em sede de juízo precário, através de um modelo de colaboração entre os atores envolvidos.

Ficando os Ministros na dúvida quanto a responsabilidade do CNJ ou outro órgão, no que se refere a regulamentação da audiência de custódia e quanto aos prazos para efetivação dos mutirões prisionais, prudentemente o que deve ser feito é a implementação de um diálogo entre vários órgãos envolvidos com o intuito de tirar da inércia as instituições e movimentá-las na busca de soluções para o problema do sistema carcerário. Ressaltando-se ainda, que o próprio art. 5º, § 2º<sup>126</sup> da Lei nº. 9882/99 ao falar da medida cautelar, autoriza que o relator

---

<sup>126</sup> Art. 5º. O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental.

§2º: O relator poderá ouvir os órgão ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado Geral da União ou o Procurador Geral da República, no prazo comum de cinco dias.

possa ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, no prazo de cinco dias.

A Ministra Rosa Weber apresenta um voto sucinto acompanhando em parte do relator, as observações do voto de Edson Fachin e a sugestão de Barroso quanto a apresentação do diagnóstico e do plano nacional pelo Governo Federal e os planos dos Estados e do Distrito Federal.

O Ministro Luiz Fux apresenta o seu voto também concordando com o Relator, porém faz observações fundamentais que devem ser destacadas. A primeira análise trazida por Fux é o desenvolvimento em Cortes Constitucionais do ativismo judicial dialógico que tem como objetivo efetivar os direitos fundamentais previstos nos textos constitucionais, *in verbis*:

Senhor Presidente, hodiernamente, o que se tem **verificado em várias cortes constitucionais é exatamente esse ativismo judicial-dialógico que visa a implementar esses direitos fundamentais previstos na Carta dos respectivos países.** Então, aqui, cita-se como exemplo a **corte colombiana, que efetivamente é uma corte que tem dado ênfase a essa implementação de políticas públicas. Entendo que cabe, sim, ao Judiciário, num estado de inércia e de passividade em que os direitos fundamentais não estão sendo cumpridos, interferir.** E me recordo, por exemplo, que na **Índia, na África do Sul, na Colômbia, enfim, em todos esses países, as cortes supremas, elas, digamos assim, determinam a prática de uma política pública e acompanham e coordenam essas práticas.** Mas, aqui, já há um passo adiante. Aqui o que se alega é que já há uma previsão constitucional e uma previsão legal, e que essas previsões constitucionais, em primeiro lugar, eclipsadas em direitos fundamentais, elas estão sendo descumpridas (p.113). **(negritos nossos).**

Outro ponto relevante do voto do Ministro Fux, é quando o mesmo destaca a função pedagógica exercida pela jurisdição constitucional perante o próprio Poder Judiciário, assevero aqui a importância que o STF deve ter na sua construção decisória em estabelecer molduras mínimas e sentidos semânticos dos institutos que analisa, especialmente em demandas estruturais como é o caso do ECI, para que essa fórmula seja aplicada pelos juízes e tribunais com a finalidade de evitar a propositura de inúmeras outras ações individuais, o surgimento de decisões contraditórias e assim preservar a competência constitucional do próprio Supremo.

Por outro lado, no meu modo de ver, a jurisdição constitucional não se esgota só nas ponderações de valores e, às vezes, até na técnica de subsunção de um caso à lei. **Eu entendo que a Suprema Corte, que é a última palavra do Judiciário - quer queira ou quer não, está previsto na Constituição - tem que ter um efeito pedagógico.** Assim, por exemplo, nas **Turmas, nós já chegamos a discutir sobre a necessidade de nós municiarmos a Justiça de um conhecimento técnico para que ela possa fundamentar suas decisões,** para que ela possa aplicar as medidas



alternativas, para que possa haver essa vigília constante em relação ao sistema penitenciário (p.114). **(negritos nossos)**.

[..]

jurisdição constitucional também tenha um efeito pedagógico. E não há efeito pedagógico melhor do que, num acórdão do Supremo Tribunal Federal, constar textualmente aquilo que os juízes devem fazer e não estão fazendo. Logo, o efeito pedagógico dessa ação de descumprimento de preceito fundamental, no meu modo de ver, é extremamente didático para nós colocarmos as coisas no seu devido lugar (p.115). **(negritos nossos)**.

E por fim, um outro ponto formidável do voto de Fux foi o destaque, para a não aplicação da reserva do possível no sistema brasileiro, conforme já ressaltamos no item 3.2.2 da presente tese, reafirmando a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais no sistema brasileiro, *in litteris*:

Se nós tivéssemos nos Estados Unidos, talvez a Suprema Corte de lá pudesse se pronunciar ou não - "não julgo, acho que a sociedade não está preparada". Lá, há a denominada reserva do possível, Professor Cass Sunstein, enfim... Mas, aqui, não. Aqui, nós estamos diante de uma ação que vai permitir ao Poder Judiciário estabelecer regras de como devem agir os juízes, pedagogicamente, com eficácia erga omnes e sem prejuízo de nós não nos assustarmos com o cabimento de reclamação, porque, eu repito, e até sugiro que se expeça um entendimento sumular no sentido de que a reclamação não é meio substitutivo de recurso. Porque, a partir do momento em que houver transgressão a essas regras de proceder pelos juízes, eles estarão cometendo uma ilegalidade passível de solução, através do recurso cabível (p.117). **(grifos e negritos nossos)**.

Após tivemos o voto da Ministra Carmen Lúcia que apenas acompanhou o voto do Relator, mas também fez um destaque para a importância de existir um diálogo com a sociedade sobre a temática corroborando com as observações feitas no voto do Ministro Barroso.

Depois o Ministro Gilmar Mendes proferiu o seu voto e destacamos aqui três aspectos relevantes da sua posição: o primeiro deles é a preocupação que o Ministro tem em relação ao Tribunal emitir ordens flexíveis “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” (p.133) e cita como exemplo o caso *Brown v. Board of Education*, de 1954, que nos referimos na presente tese no item 4.2.1; o segundo foi a necessidade de acompanhamento da decisão, para que ela tenha efetividade prática “há uma exigência de que haja acompanhamento, sob pena de o esforço que se está a fazer aqui resultar pouco significativo” (p.133), inclusive ao

delongar do voto o Ministro sugere que essa coordenação de acompanhamento seja feita em parceria com o CNJ e por fim o terceiro aspecto é o reconhecimento do desafio que o STF está diante, que requer muitas ações coordenadas e uma resolução em sede de uma jurisdição complexa (p.134).

O Ministro Celso de Melo também profere seu voto e reafirma suas posições em votações anteriores, afirmado que cabe ao Poder Judiciário intervir no controle judicial de políticas pública ante a madorna do outros Poderes, especificamente, no tema apreciado na ADPF nº. 347/2015 e ratifica mais uma vez a inexistência de aplicabilidade da teoria da reserva do possível quando estamos a falar sobre a implementação de direitos fundamentais que decorrem do fundamento máximo da Dignidade da Pessoa, disposto no art. 1º, III<sup>127</sup> da Constituição de 1988.

O Ministro Ricardo Lewandowski, a época Presidente da Corte, proferiu o seu voto destacando a importância do Poder Judiciário resolver demandas complexas em caráter estrutural, assim ele acompanha o voto do relator e revela como legítima a intervenção do STF na liberação dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional. Destaque para o trecho do voto (p. 178) em o Ministro fala sobre o reconhecimento pelo plenário do ECI pela primeira vez no país:

Eu queria salientar, porque não tenho mais muito a acrescentar, que **esta Corte, pioneiramente, acolhe o argumento do estado de coisas inconstitucional. Salvo engano, jamais se cogitou desse tema no presente Plenário,** e é uma proposta que foi desenvolvida pioneiramente pela Corte Constitucional da Colômbia, e que reconheceu, numa determinada situação, um quadro insuportável e permanente de violação massiva de direitos fundamentais, que não poderia subsistir e que exigia, **sem dúvida nenhuma, uma intervenção do Poder Judiciário de caráter estrutural e que demandava, inclusive, medidas de natureza orçamentária. (negritos nossos).**

Ao final dos debates, os ministros reconheceram o estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, determinaram que a União libere o Fundo Penitenciário Nacional, determinaram que todos os juízes e tribunais do país devem cumprir os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o

---

<sup>127</sup> Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III- a dignidade da pessoa humana.

comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo de 24h e por maioria acataram a sugestão do Ministro Barroso, deferindo uma cautelar de ofício encaminhada para que se determine à União e aos Estados, e especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional.

Passados mais de cinco anos da decisão do STF em sede de cautelar na ADPF nº. 347/2015, o cenário do sistema prisional no Brasil pouco foi alterado<sup>128</sup>, posto que a situação estrutural dos presídios e a violação aos direitos fundamentais dos presos ainda persistem e se agravaram na pandemia do covid-19, tanto que o Tribunal foi provocado a intervir através do Habeas Corpus Coletivo nº. 165704 julgado em outubro de 2020, em que os Ministros determinaram a substituição da prisão cautelar por domiciliar dos pais e dos responsáveis por crianças menores de 12 anos e pessoas com deficiências, com fundamento no art. 318<sup>129</sup> do Código de Processo Penal.

O que também ocasionou na convocação pelo Ministro Gilmar Mendes, relator do HC nº. 165704, na realização de uma audiência pública por videoconferência nos dias 14 e 15 de junho de 2021, para debater a extensão dos efeitos da decisão do HC para as mães presas e uma oportunidade de discutir as questões precedentes do reconhecimento do ECI no sistema carcerário nacional, refletindo ainda sobre mecanismos de implementação, monitoramento e fiscalização no cumprimento das ordens proferidas pelo Tribunal em sede remédio constitucional coletivo.

Entretanto, no dia 28 de maio de 2021, o Ministro Marcos Aurélio Relator da ADPF nº. 347/2015 antes da sua aposentadoria colocou em pauta de julgamento virtual, precisamente a meia noite, a análise dos debates de mérito da presente ação.

<sup>128</sup> O Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias atesta que em 2015 a população carcerária totalizava 698.618 presos, dos quais 37, 47% correspondiam a presos provisórios o que totalizava 261.786 e tinha um déficit de 327.417 vagas no sistema penitenciário. Já os dados de 2019 demonstram que a população prisional no país é de 755.274 dos quais 30,429% são presos provisórios, um total de 229.823 possuindo um déficit de vagas de 312.925, ou seja, o cenário de 2015 para 2019, posto que os dados completos de 2020 ainda não estão divulgados, sofreu pouca alteração desde a decisão do STF que reconheceu o ECI no sistema penitenciário brasileiro. Acesso aos Relatórios completos em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>.

<sup>129</sup> Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - maior de 80 (oitenta) anos; II - extremamente debilitado por motivo de doença grave; III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; IV - gestante; V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

O Ministro Marcos Aurélio profere um voto de vinte nove páginas quem em parte modifica o entendimento exarado por ele mesmo quando do julgamento da medida cautelar, especificamente, referente ao papel do STF na intervenção e controle de políticas públicas que implementam os direitos fundamentais da população carcerária. O voto basicamente faz uma colagem dos argumentos dispostos no julgamento da cautelar, porém tem uma mudança brusca no que se refere a **coordenação das ações, o monitoramento e a fiscalização** que devem ser exercidas pelo Tribunal em demandas estruturais com o intuito de sanar o estado de coisas inconstitucional.

Enquanto no voto da cautelar, em vários momentos da sua argumentação, o Ministro Relator reafirmava a importância da coordenação das ações, monitoramento e fiscalização pelo STF na implementação das etapas das políticas públicas sobre o sistema carcerário como destacamos acima, inclusive com a sugestão do Ministro Barroso de que essa coordenação fosse realizada em parceria com o CNJ. Agora no voto de mérito Marcos Aurélio vem afirmar que esse papel não cabe ao Poder Judiciário, conforme abaixo mencionado (p. 24-26):

[...]

A República encontra-se assentada no postulado da **separação dos Poderes, aos quais cumpre, no relacionamento recíproco, agir com independência e harmonia, predicados cuja concretização implica a atuação de cada qual no campo respectivo previsto na Constituição Federal – artigo 2º. Importante ter presente a tríplice reserva institucional, sob pena de não se alcançar patamar civilizatório aceitável.**

[...]

Considerada a **repartição de atribuições, não compete ao Tribunal deliberar sobre planos de ação formulados pelo Poder Público, voltados à superação da situação do sistema carcerário, e homologá-los, ou não, determinando providências alternativas ou complementares.**

Tampouco é pertinente **exercer crivo quanto às verbas necessárias ao implemento de certa política, sob pena de colocar-se verdadeira camisa de força no Congresso Nacional**, que possui atribuição central no regime democrático: a atividade de alocação de recursos escassos, **observada, de maneira deliberativa, a tomada de decisões a revelarem rumos e superação da situação do sistema carcerário, e homologá-los, ou não, determinando providências alternativas ou complementares.**

É **impróprio criar obrigação** de submeter o plano federal à análise da Procuradoria-Geral da República, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, do Conselho Nacional de Justiça, do Conselho Nacional do Ministério Público, da Defensoria-Geral da União e outros órgãos que queiram se manifestar, além de, **mediante audiências públicas, à sociedade civil.**

É igualmente inadequada a submissão dos planos estaduais e distrital ao exame da Procuradoria-Geral da República, do Conselho Nacional de Justiça, do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, do Ministério Público e Defensoria-Geral do ente. Há o risco de, a esse

pretexto, redesenhar-se o figurino constitucional, assumindo o Supremo – contrariando, e não protegendo, a Carta da República – o papel de legislador positivo ou órgão consultivo. **Não cabe atuar fazendo recomendações.**

Os **órgãos políticos são a arena preferencial de deliberação e decisão, considerada a democracia representativa**, quanto às diretrizes que norteiam o Estado na condução de política pública.

**O monitoramento – administrativo – do cumprimento, ou não, das políticas públicas contidas nos planos não deve ser realizado pelo Judiciário, sob pena de inobservância ao sistema de freios e contrapesos. A fiscalização, sob diferentes ângulos, cabe ao Legislativo, aos Tribunais de Contas e à sociedade civil.** (grifos e negritos nossos).

Percebe-se pelo voto do Ministro Relator Marcos Aurélio na análise do mérito, que ele modificou parte do seu entendimento exarado em sede da medida cautelar para afastar a competência do STF nas etapas de coordenação, monitoramento e fiscalização das medidas que devem ser elaboradas com a finalidade de sanar as falhas estruturais do sistema penitenciário brasileiro. Ocorreu um retrocesso na interpretação proferida pelo Relator estabelecendo como afronta a Separação dos Poderes medidas tomadas pelo Judiciário que venham a definir metas, homologar planos, submeter os planos à análise de outras instituições, inclusive a submissão dos planos à sociedade civil por meio de audiências públicas.

Além do mais, o Relator ainda deixa taxativo no voto que o papel de monitoramento administrativo das medidas administrativas de cumprimento ou não das políticas públicas dispostas nos planos não deve ser realizada pelo Judiciário, sob pena de afronta ao sistema de freios e contrapesos. Para ele a fiscalização deve caber ao Legislativo, Tribunal de Contas e a Sociedade Civil.

E após apresentar as suas argumentações o Ministro Marcos Aurélio reafirma os pedidos contidos na medida cautelar, julga procedente em parte os pedidos referentes a implementação de um plano Nacional, Estadual e Distrital, porém julga improcedente os pedidos relacionados a homologação desses planos, a fiscalização e ao seu monitoramento, já que ele atesta que essa responsabilidade não está na seara do Poder Judiciário.

Até o presente momento, o único voto apresentado foi do Relator e o julgamento encontra-se suspenso em razão do pedido de vistas solicitado pelo Ministro Luís Roberto Barroso em 08 de junho de 2021.

Porém, a partir do voto do Relator é possível indagar: Como criar um plano nacional sem nenhum diálogo com as instituições e a sociedade civil afetada pela falha estrutural? Como ter um Poder Judiciário atuando em uma jurisdição estrutural sem coordenar as ações

para elaboração de um plano de trabalho que vise suplantar a problemática da efetivação de direitos fundamentais, no caso específico voltado para população carcerária? Como submeter o monitoramento e fiscalização de um plano de soluções aos Poderes que deram causa a falha estrutural diante das suas posturas de inércia?

São reflexões necessárias a partir do voto exarado pelo Relator que demonstra, a princípio, que resolver o presente litígio estrutural pela via jurisdicional tradicional seria suficiente na visão dele, já que as decisões judiciais “são construídas no já mencionado padrão de isolamento e decisionismo, afastadas do perfil de fomentador que o Judiciário deve assumir em favor da transformação da sociedade” (PULCINELLI, 2016.p.159).

O voto proferido demonstra um descompasso entre a análise das situações fáticas e a atuação do Judiciário, especialmente, do Supremo Tribunal Federal como um dos Poderes responsáveis pela efetivação do projeto constitucional de 1988. Resta claro, que inexiste no Tribunal um modelo metodológico de construção de decisões em litígios estruturais, especificamente no caso do ECI, que sejam resolvidos por meio do processo estrutural, modificando assim a postura decisória dos Ministros e atuando para fortalecer o Estado Constitucional Democrático de Direito.

O grau de efetividade de uma decisão judicial em sede de litígio estrutural, como no caso da ADPF nº. 347/2015, depende da adoção de uma metodologia decisória que leve em consideração a participação democrática, o diálogo entre as instituições, o caráter experimental do provimento, a transparência do julgado, o monitoramento e a sua fiscalização, a emissão de ordens flexíveis que possam ser repactuadas após o debate entre as instituições que efetivam e fiscalizam o plano de trabalho, tudo isso visando superar a crise do sistema democrático, para afastar decisões judiciais solipsistas que aprofundam a crise entre os Poderes, buscando assim encontrarmos um caminho decisório de cooperação que fortaleça as premissas democráticas brasileiras e solucione as falhas estruturais que impedem a efetividade dos direitos fundamentais sociais.

## 5.2 PROPOSTA DE METODOLOGIA DECISÓRIA EM DEMANDAS DE ALTO GRAU DE COMPLEXIDADE: DEFLAGRADO O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Como demonstrado no item 5.1 e seus respectivos subitens, através da análise da estrutura decisória exarada pelo STF em sede da ADPF nº. 347/2015 tanto referente a decisão da medida cautelar, quanto recentemente na publicação do voto de mérito do Ministro Relator

Marcos Aurélio, percebe-se uma carência metodológica em demandas de alto grau de complexidade, especificamente, ao se deflagrar o estado de coisas inconstitucional.

Essa ausência de metodologia decisória contribui para promoção da insegurança jurídica, para baixa efetividade das decisões judiciais, uma vez que o Tribunal não se preocupa com o consequencialismo decisório, afasta os Ministros da realidade social no momento em que não se promove o diálogo institucional e nem a abertura democrática para participação da sociedade civil organizada, reforça a supremacia judicial e consequentemente o ativismo antidialógico, o que leva ao aprofundamento da crise entre os Poderes.

Assim, para superarmos a crise entre os Poderes e efetivarmos na realidade os anseios constitucionais de 1988, principalmente no que tange a concretude de direitos fundamentais sociais quando estes são judicializados e nos deparamos com uma falha sistêmica e reiterada em decorrência da omissão dos Poderes no estabelecimento de políticas públicas ao ponto de levar ao STF o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, se faz necessário que o Tribunal desenvolva uma postura experimental e dialógica a partir de uma proposta decisória construtivista que busque as “consequências que gerem maior bem-estar à coletividade envolvida, coadunando com todos os valores constitucionais envolvidos” (MEDEIROS JUNIOR, 2018, p. 133).

É importante realçar, que em demandas estruturais dessa magnitude que envolve um grande número de pessoas beneficiadas e que exige da Corte uma resposta complexa, criativa e experimental, não é possível termos uma decisão judicial proferida nos mesmos moldes de julgamento de um processo que visa apenas sanar a lesividade do direito afetado, pelo contrário o Judiciário estará diante da estruturação de uma “macrosentença”<sup>130</sup> ou nas palavras de Franciso de Barros e Silva Neto (2018, p.78) “a sentença assume um feitio de uma norma princípio (um resultado a ser alcançado, uma meta)”, que exige um contorno

<sup>130</sup> A expressão “Macrosentença” ou em espanhol “Macrosentencia” foi cunhada por César Rodriguez Garavito e Diana Rodriguez Franco para sinalizar o grau de complexidade da construção decisória em litígios estruturais que reconhecem o estado de coisas inconstitucional, para eles são sentenças que estão em movimentação constante, pois envolve uma rede de atuações coordenadas entre várias instituições, impacta inúmeras pessoas e tem como objetivo construir ou (re)construir a política pública de efetivação de direitos fundamentais sociais que diante da sua falha leva a uma violação generalizada de direitos. Para os autores a “ macrosentencia” se refere: “1) el tamaño de la población beneficiaria, 2) la gravedad de las violaciones de derechos que pretende resolver, 3) los numerosos actores estatales y sociales que involucra, y 4) la ambición y duración del proceso de implementación de las órdenes del fallo, que lleva seis años y sigue abierto. La envergadura del caso amplía, como por un efecto de lupa, los retos y las oportunidades para la garantía de los derechos sociales en las condiciones de países latinoamericanos (y de otras partes del mundo) en los que se combinan la presencia de cortes activistas, el litigio y la movilización social a favor de los derechos, y la existencia de Estados fragmentados y burocracias con capacidad (y voluntad) limitadas para aplicar esos derechos. (GARAVITO. Cesar Rodriguez; FRANCO. Diana Rodriguez. **Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010. p. 14)

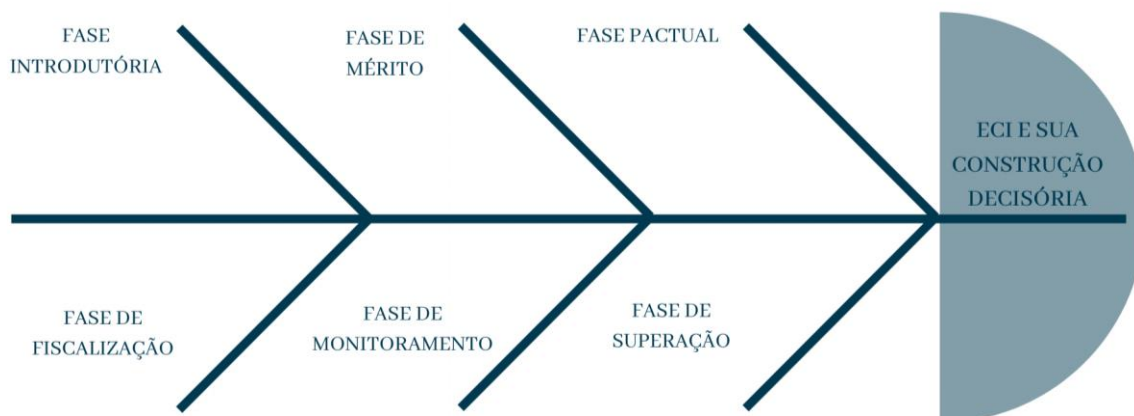
metodológico específico que cuja finalidade buscar estratégias para solucionar a falha de estrutura das instituições estatais ante a inoperância da efetivação de um direito fundamental social.

A proposta metodológica aqui apresentada se amparou na análise do provimento judicial do STF que reconhece o estado de coisas inconstitucional pela primeira vez por meio da ADPF nº. 347/2015 e visa estabelecer uma estrutura decisória em litígios estruturais de alta complexidade como no caso do ECI, com o objetivo de promover um diálogo democrático e institucional sobre as questões relacionadas as falhas estruturais na implementação dos direitos fundamentais sociais, sendo assim um mecanismo de superação da crise democrática entre os Poderes.

A proposta é estruturada a partir de seis fases que serão denominadas da seguinte maneira: 1º) **Fase introdutória** destinada a apresentação da demanda, definição do procedimento no STF, diagnóstico do problema, definição dos sentidos semânticos do direito fundamental social violado e a fundamentação jurídica interna e internacional; 2º) **Fase de mérito** voltada para a deflagração do estado de coisas inconstitucional com a definição e comprovação dos seus requisitos, instalação do diálogo entre as instituições e a sociedade civil visando a construção do plano de trabalho que considere o impacto financeiro da implementação do direito fundamental social e posteriormente a apresentação pública do plano para efetivar a transparência; 3º) **Fase pactual** voltada para definição das medidas estruturais e a formação de um pacto público entre as instituições envolvidas para superação da falha estrutural identificada; 4º) **Fase de Fiscalização** objetivando a determinação da jurisdição supervisora do cumprimento integral da decisão; 5º) **Fase de monitoramento** proposta de definição dos prazos para apresentação de relatórios sobre o cumprimento das medidas estruturais adotadas e análise daquelas que podem ser repactuadas devido à complexidade da demanda e as vicissitudes da realidade social buscando cumprir os ditames constitucionais e 6º) **Fase de superação** após a análise de indicadores de resultado decorrente do cumprimento das etapas do plano de trabalho e das medidas estruturais, que possam ser considerados para fins de se atestar a superação do estado de coisas inconstitucional e consequentemente a extinção definitiva do processo judicial.



**FLUXOGRAMA 01:** Síntese da metodologia proposta em demandas de alta complexidade:  
Deflagrado o ECI



**Fonte:** produzido pela autora

### 5.2.1 Fase introdutória

A fase introdutória da estruturação da decisão judicial deve ser destinada à apresentação geral do *case*, ao detalhamento do objeto em debate com as narrações das argumentações das partes envolvidas e o esclarecimento sobre o procedimento de tramitação perante o Supremo Tribunal Federal.

Importante reforçar o caminho em que a ação do controle de constitucionalidade estruturante percorreu no Tribunal e o respeito a todos os requisitos do seu processamento.

Destina-se ainda nessa fase, a análise do diagnóstico do problema a partir de dados da realidade que comprovam a violação generalizada do direito fundamental social pleiteado. O enfrentamento do diagnóstico “*llevó a la Corte a asumir un rol activo en la promoción y coordinación de las política*” (GARAVITO; FRANCO. 2010. p. 48), é essencial para se detectar a partir dos dados empíricos quais as instituições possuem responsabilidades e em que local está acontecendo os bloqueios institucionais sejam eles político e/ou orçamentário.

Demonstrar o diagnóstico na fase introdutória do caso concreto é crucial para delinear nas próximas etapas quem serão os agentes e as instituições responsáveis para elaboração e apresentação do plano de trabalho e quem serão as entidades que devem ser

convocadas para participação da abertura democrática do Tribunal seja por meio de audiências públicas e *amicus curie*.

No caso por exemplo da ADPF nº. 347/2015 existe um diagnóstico muito bem relatado na petição inicial proposta, bem como todos os relatórios do Departamento Penitenciário Nacional e os produzidos pelo Conselho Nacional de Justiça por meio do seu Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas criado pela Lei nº. 12.106/2009.

Na sequência do diagnóstico deve ser definido pelo STF os sentidos semânticos dos núcleos essenciais do direito fundamental social violado, ou seja, a identificação daquele núcleo mínimo inegociável que levará a concretude do direito que não está sendo efetivado ante as posturas omissas dos Poderes e que, conseqüentemente, restará no reconhecimento do estado de coisas inconstitucional.

Salutar evidenciar as lições de Vanice Valle (2016.p 193) ao estabelecer que o núcleo essencial de um direito fundamental social deverá ser muito bem delimitado para além de simplesmente argumentar o cumprimento genérico dos parâmetros de dignidade da pessoa humana, *in verbis*:

[..]

raciocínio circular – de que o núcleo essencial se define a partir da essência valorativa da dignidade, que se protege pelo núcleo essencial – levaria à descaracterização do que seja, afinal, o *minimum core*. **Porque se tudo que se pode associar à preservação da dignidade da pessoa constitui essência normativa, toda e qualquer postulação tendente a sua promoção encontraria guarida no núcleo essencial. Essa não pode ser, certamente, a compreensão, eis que toda a teoria de direitos fundamentais opera a partir da lógica da existência de um núcleo duro, inegociável, e de uma outra área de cogitação legal que contém as possibilidades de expansão do conteúdo desse mesmo direito num dado sistema jurídico, dadas as condições históricas, sociais, econômicas e geográficas de um determinado momento.** (grifos e negritos nossos).

Logo, é relevante que o STF se preocupe com a definição dos contornos mínimos de implementação do direito fundamental violado para fins de estabelecer as premissas inegociáveis para sua concretude.

É nesse sentido inclusive que em sede dessa fase introdutória, o Tribunal identifique os fundamentos jurídicos internos (na nossa legislação nacional) e os internacionais como tratados e convenções ratificados pelo Brasil que alberguem a garantia do direito fundamental social em discussão no litígio estrutural.

Quando falamos em direito fundamental social para além das previsões constitucionais e infraconstitucionais sobre a temática no nosso ordenamento pátrio, destaca-se que o Brasil ratificou o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que foi devidamente aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº. 226/91<sup>131</sup> e que estabelece requisitos mínimos de efetivação desses direitos, bem como os comentários tecidos pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>132</sup> da Organização das Nações Unidas que descreve minimamente os núcleos essenciais de cada um desses direitos para que os Países que assinaram o pacto, mesmo dentro da sua autonomia<sup>133</sup> de atuação, possuam diretrizes gerais de implementação desse núcleo duro referente a cada um dos direitos sociais.

<sup>131</sup> Decreto Legislativo nº. 226/91 que recepciona o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1991/decretolegislativo-226-12-dezembro-1991-358251-publicacaooriginal-1-pl.html>

<sup>132</sup> Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU teceu comentários sobre o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais detalhando minimamente cada um dos direitos albergados no pacto e quais são os requisitos de implementação que os países devem observar para que possa ser considerada a implementação dos direitos fundamentais sociais a partir do seu conteúdo mínimo. Por exemplo: o Comitê estabeleceu que para se implementar o direito social fundamental à moradia adequada é essencial que o conteúdo mínimo desse direito seja composto por segurança jurídica da posse, disponibilidade de serviços, materiais, benefícios e infraestrutura como água potável, energia, iluminação, saneamento e limpeza, meios para armazenamento de alimentação, eliminação de resíduos, drenagem e outros, ter um custo acessível, ter condições de habitabilidade protegendo os seus moradores contra frio, chuva, calor, umidade, ventos, outras ameaças à saúde, dos riscos estruturais e dos vetores de doenças, Acessibilidade. A moradia adequada deve ser acessível aos titulares do direito. Os grupos desfavorecidos devem ter acesso pleno e sustentável aos recursos adequados para conseguir uma moradia. Assim, a esses grupos desfavorecidos como os idosos, as crianças, os deficientes físicos, os doentes terminais, indivíduos HIV positivos, as pessoas com problemas persistentes médicos, os doentes mentais, as vítimas de desastres naturais, os grupos que vivem em área de risco e outros grupos deve ser assegurado um certo grau de prioridade na esfera da moradia, localização que permita o acesso às opções de emprego, ao transporte, aos serviços de saúde, às escolas, às creches e a outros equipamentos sociais e Adequação cultural. A expressão da identidade e diversidade cultural da moradia. No mesmo sentido, o Comitê destacou as proteções gerais para concretização do direito à alimentação adequada devendo ser observada a quantidade e qualidade suficientes para satisfazer as necessidades alimentares dos indivíduos, livres de substâncias nocivas, e aceitáveis dentro de uma dada cultura; acessibilidade de tais alimentos de forma sustentável, dieta como um todo contenha uma mistura de nutrientes para o crescimento físico e mental, desenvolvimento e manutenção, e atividade física que estão em conformidade com as necessidades fisiológicas humanas em todas as fases do ciclo de vida com o gênero e ocupação, estar livre de substâncias adversas determina requisitos de segurança alimentar dentre outros requisitos que compõe o núcleo essencial. Todos os comentários sobre os demais direitos como proteção aos idosos, pessoas com deficiência, direito à educação, direito à saúde, direito às águas entre outros pactuados envolvem a definição dos parâmetros inegociáveis para efetivação desses direitos minimamente. Para quem tiver interesse na leitura todos os comentários estão disponíveis em: <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/0/Coment%C3%A1rios%20Gerais%20da%20ONU.pdf>.

<sup>133</sup> O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais deixa claro que os Países possuem autonomia de atuação, desde que respeite o espírito geral presente na pactuação. Essa autonomia fica clara em alguns dispositivos como por exemplo: *Artigo 2º §1*. Cada Estado Membro no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

### 5.2.2 Fase de mérito

Após a apresentação dos aspectos gerais, das definições conceituais e dos fundamentos jurídicos do objeto do litígio estrutural, é necessário na construção decisória iniciar a fase de mérito que será destinada a fixação e a análise do cumprimento dos requisitos para deflagração do estado de coisas inconstitucional.

Conforme demonstrado no item 5.1.2 é fundamental que o STF determine os requisitos de forma rigorosa para a declaração do estado de coisas inconstitucional definindo as violações massivas e generalizadas do direito fundamental social debatido, bem como aponte as falhas estruturais detectadas que estão impedindo a efetivação desse direito, para fins de estabelecer os contornos jurídicos necessários do ECI evitando assim a banalização do instituto, já que este é visto como “ferramenta que funciona como uma ‘senha’ para o Tribunal intervir no ciclo de política pública por meio das sentenças estruturais” (CAMPOS, 2016, p. 298), logo deve ser encarado de forma excepcional.

A definição rigorosa dos requisitos do ECI e a amplitude dos efeitos após a sua deflagração comporá a *ratio decidendi* e afixará os parâmetros que vincularão novas aplicações futuras (RAQUEL CÁRDENAS, 2011, p. 146). A partir do preenchimento dos requisitos do ECI vislumbra-se a complexidade das violações, a amplitude dos seus efeitos e a detecção de todos os atores que devem ser envolvidos na busca de solução para sanar as falhas sistêmicas na política pública.

É nesse momento que Tribunal tem o **dever** de se abrir democraticamente para se questionar como “efetivar decisões judiciais que aparentam impossibilidade de concretização”? (JOBIM, 2017. p. 451). Essa construção decisória para ser efetiva deve ser fruto da formação de um diálogo aberto e contínuo com os Poderes que devem implementar a decisão, e ainda com a sociedade civil organizada que deve participar ativamente do litígio estrutural, já que esta é a real beneficiária do direito fundamental social tutelado.

Assim em um litígio estrutural, como no caso do ECI, que deve ser resolvido pela técnica do processo estruturante é imprescindível a realização de audiências públicas e a participação de *amicus curie*, posto que o STF não criará a política pública, mais sim coordenará as ações para suplantando as violações generalizadas do direito fundamental social enfrentado.

Nesse momento da construção decisória é necessário o estabelecimento do diálogo entre os poderes e a participação democrática da sociedade, para que a partir do processo de compartilhamento de informações seja definido o plano de trabalho, os responsáveis pelo seu

desenvolvimento, o prazo para conclusão, entrega e apresentação do mesmo que deverá ocorrer em sessão pública para garantia da máxima transparência, sendo ainda fundamental que o mesmo fique disponível em um sítio eletrônico, para que os interessados possam apresentar contribuições para sua melhoria.

Dessa maneira, salienta-se os ensinamentos de Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016, p. 299) sobre o papel do Tribunal na formação da construção decisória:

O Tribunal visa catalisar a atuação dos outros poderes, superar os bloqueios políticos e institucionais que perpetuam e agravam as violações de direitos. A Corte não desenhará as políticas públicas e sim afirmará a necessidade urgente que o Congresso e Executivo estabeleçam essas políticas, inclusive que tomem novas decisões orçamentárias, limitando-se a estabelecer parâmetros objetivos e, não raramente, prazos.

Para construção do plano de trabalho em controle de constitucionalidade estrutural são requisitos **obrigatórios** a realização de audiências públicas e aceitabilidade da participação do *amicus curie*, ante policentria das violações, o grau de complexidade das soluções e a multipolaridade dos afetados.

O artigo 6º, § 1º da Lei nº. 9882, de 03 de dezembro de 1999 que regulamenta a ADPF assim estabelece:

Art. 6º. Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

§1º. Se **entender necessário**, **poderá o relator** ouvir as partes nos processos em que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, **fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.** (grifos e negritos nossos).

Da mesma forma, dispõe o Regimento Interno do STF em seu art. 21, inciso XVII, *in verbis*:

Art. 21. São atribuições do Relator:

XVII – **convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário** o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral ou de interesse público relevante; (*Incluído pela Emenda Regimental n. 29, de 18 de fevereiro de 2009*) (grifos e negritos nossos).

Assevera-se, que as legislações mencionadas tratam a realização da audiência pública como uma faculdade do relator em demandas de jurisdição tradicional, porém no caso da jurisdição estruturante em que a função do Judiciário é a de coordenação de um plano de

trabalho que possibilite sanar a falha institucional na concretização de uma política pública que efetive direito fundamental social, a convocação de audiência pública e a admissão de *amicus curie* é um dever, para fins de se afastar o ativismo antidialógico e evitar ou minimizar erros decisórios que venham a impactar na ineficiência do provimento judicial.

Nas lições de Ivo Dantas e Carina Barbosa Gouvêa (2021, p. 138), a realização de audiência pública melhora o grau de efetividade da resposta constitucional, nos seguintes termos:

As audiências públicas incorporam “importantes fundamentos”. Primeiro, os genéricos: elevar a qualidade e resposta institucional e aprofundar o estado constitucional de direito; possibilitar que a definição de sentidos da constituição seja compartilhada pela participação cidadã. Sendo um sistema social estes objetivos se correspondem, inclusive para elevar o grau de legitimidade da resposta constitucional.

Neste sentido, na fase de mérito o STF deve realizar a convocação de audiência pública<sup>134</sup> e escuta de *amicus curie*, ressaltando que com o auxílio dos mecanismos tecnológicos (mídias sociais, sites, formulários eletrônicos, consultas públicas virtuais, mapeamento de dados, uso da inteligência artificial entre outros) é possível a efetivação de um processo de escuta amplo<sup>135</sup>, tanto dos Poderes omissos na implementação da política pública, quanto das partes que integram a demanda estrutural, os *experts* na temática envolvida e a sociedade civil organizada que também é afetada com a violação do direito fundamental social, tudo isso com a finalidade de construir um plano de trabalho que seja democrático, responsável financeiramente, transparente, exequível e que leve a concretização das medidas estruturais que deverão ser determinadas para buscar a superação das falhas sistêmicas e assim realizar o projeto constitucional de 1988.

---

<sup>134</sup> É importante estabelecer que a audiência pública na fase de mérito terá como objetivo a criação de uma solução dialogada, ou seja, se busca o consenso entre todos envolvidos para fins de se desenhar a realização e efetivação do plano de trabalho. Como bem dispõe Benedetti e Sáenz (2016, p. 44) “*Entre estas medidas más caracterizadas por la transparencia que por el incentivo a la participación, la instauración de las audiencias públicas en la discusión judicial de ciertas causas tuvo en lugar central. Aquella acordada, junto con la admisión de los amici curiae, agregó al “efecto vidrio” de la difusión y publicidad, la “apertura de una puerta” por la que distintos actores pueden, además de “ver” la actividad de la Corte, “entrar” a ella e intervenir en alguna de sus tareas*”, ou seja, a implementação das audiências públicas para além de estabelecer a transparência, também proporciona o ingresso da população na Corte para que esta possa participar ativamente da construção decisória que visará efetivar o direito fundamental social violado.

<sup>135</sup> Saliento que o processo de escuta amplo não pode ser um entrave para a busca de soluções que sanem as falhas sistêmicas na política pública, por isso é possível que o Ministro Relator possa determinar um número máximo de participantes e até os temas específicos que eles possam debater, desde que sua decisão seja motivada e amplamente publicizada para conferir transparência democrática ao litígio estrutural.

### 5.2.3 Fase pactual

A fase que denominamos pactual é aquela destinada à determinação das medidas estruturais que deverão ser realizadas, com a definição das metas de forma hierarquizada considerando os graus de lesividade dos grupos afetados pela decisão, o impacto financeiro delas, a instituição dos prazos para o seu cumprimento e a formação de um pacto institucional entre todos os atores envolvidos no litígio estrutural que se comprometerão formalmente a efetivar tudo aquilo que for designado na decisão judicial estruturante.

Nesse momento, os atores envolvidos na busca das soluções para sanar as falhas estruturais que estão levando a ausência de implementação do direito fundamental social pleiteado devem firmar um pacto institucional, ou seja, um compromisso formal com a responsabilização do cumprimento dos termos pactuados dialogicamente no plano de trabalho. Ressalta-se, que o firmamento do pacto institucional decorrerá de uma estratégia judicial criativa que elevará o grau de responsabilidade dos agentes envolvidos quando for publicizado a sua formalização perante a sociedade.

A formação do pacto institucional deve estabelecer os prazos para a efetivação das metas de forma hierarquizada levando em consideração o grau de lesividade, ou seja, a priorização da implementação do direito fundamental social para aqueles atores mais afetados ante a necessidade de urgência no seu cumprimento. Por exemplo, no caso da ADPF nº. 347/2015 a petição inicial demonstrou o estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro de forma geral e requereu alguns provimentos específicos, dentre eles, adoção de medidas visando propiciar o tratamento adequado aos grupos vulneráveis nas prisões, como mulheres e população LGBTQIA+.

Ou seja, diante da lesividade do sistema penitenciário brasileiro existem graus de lesões que são distintos para a população carcerária masculina, feminina e LGBTQIA+, como no caso das mulheres no cárcere temos problemas graves relacionados a pobreza menstrual, a falta de itens de higiene pessoal, a ausência de medicamentos para cólicas menstruais dentre outros, já no que se refere a população LGBTQIA+ existem as questões relacionadas ao respeito a sua identidade de gênero, a exposição a doenças sexualmente transmissíveis, os abusos sexuais dentro do sistema prisional etc. Isso implica que a construção do plano de trabalho (fase de mérito) e a formação do pacto institucional para implementação das medidas estruturais devem levar em consideração essas peculiaridades, para fins de determinação de uma hierarquia do seu cumprimento buscando efetivar o direito de maneira urgente para

aquela parcela da população carcerária mais exposta às violações de direitos fundamentais frente àquela que possui um grau menor de lesão.

A observância dos graus de exposição a violação do direito fundamental social discutido em sede de uma demanda estrutural como no caso do estado de coisas inconstitucional é fundamental para a formalização do pacto institucional de cumprimento, com a finalidade do estabelecimento de um modelo decisório realista, a partir de ordens flexíveis que podem ser revistas na fase de monitoramento e que tenham plena capacidade de serem efetivadas.

Conforme mencionado no item 5.1 quando da apresentação do voto de mérito do Relator Marcos Aurélio na ADPF nº. 347/2015, ele não se preocupou em abrir o STF para a participação democrática com o intuito de dialogar com os atores envolvidos e com a sociedade civil para que juntos pudessem construir um plano de trabalho que apresentasse soluções para sanar os problemas do sistema carcerário brasileiro, muito menos se ateve a observância dos graus de lesividade distintos entre a população carcerária proferindo assim um voto monológico e dissociado da construção decisória estruturante.

A formação de um pacto institucional é valorosa para ratificar o compromisso entre os atores envolvidos no cumprimento das medidas estruturais que levarão a superação do estado de inércia quanto a violação do direito fundamental social tutelado, ressaltando que esse firmamento se aproxima muito da figura do termo de ajustamento de conduta, previsto no §6º do art.5º<sup>136</sup> da Lei nº. 7347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública) que prevê a figura do compromisso de ajustamento conferindo a este a natureza de título executivo extrajudicial.

A ideia da formalização do pacto institucional em muito se aproxima do TAC (termo de ajustamento de conduta), a diferença é que ele será construído nos autos da ação do controle de constitucionalidade estrutural, logo se transformando em um título executivo judicial, possuindo a Corte a função de coordenar todas as atividades desenvolvidas ao longo da sua formalização, oferecendo as diretrizes e estabelecendo um espaço amplo para que a criação ou o redesenho da política pública aconteça por meio dos órgãos governamentais em respeito ao desenho institucional da Teoria da Separação dos Poderes, competindo assim ao Poder Judiciário estabelecer os termos e as diretivas do pacto institucional e a especificação

---

<sup>136</sup> Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. [\(Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990\)](#)



da política pública com todos os seus detalhamentos minuciosos ficando com a responsabilidade do Poder Executivo e/ou Legislativo.

#### **5.2.4 Fase de fiscalização**

Após a formalização do pacto institucional de forma imperioso é fundamental para o seu cumprimento adequado a determinação do agente fiscalizador do provimento judicial, ou seja, nessa fase será definido o órgão, tribunal ou entidade que deverá auxiliar o STF no processo fiscalizatório.

É importante que o processo de fiscalização do pacto institucional firmado em sede do provimento judicial seja realizado pelo Poder Judiciário com o auxílio de outras entidades, uma vez que além do quantitativo de demandas jurisdicionais diversas que chega ao Tribunal, a fase de satisfação do processo requer um elevado grau de cognição que o Judiciário não tem como fiscalizar sozinho (MEDEIROS JÚNIOR, 2018,p.151). Entretanto, a participação do Tribunal é necessária, já que ele atua em processos estruturais como um coordenador/gestor dos trabalhos e das ações.

A depender do caso concreto o agente fiscalizador pode ser o Conselho Nacional de Justiça- CNJ que tem como uma das suas funções prevista no art. 103-B, § 4º da CF/88, a de adotar e acompanhar as providências necessárias a execução da lei, bem como a elaboração de relatórios anuais propondo medidas para melhoramento do cumprimento das decisões judiciais. Por exemplo, em sede da ADPF nº. 347/2015 que trata do sistema penitenciário brasileiro, o CNJ pode desenvolver o papel de fiscalizador auxiliando o STF, já que ele antes mesmo do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional criou o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas pela Lei nº. 12.106/2009, voltado para o acompanhamento da situação do cárcere e passou a firmar termos de compromisso e termos de cooperação técnica entre os entes federativos e os seus respectivos poderes executivos, para fins de estabelecer medidas de melhoria das condições prisionais e dá pleno cumprimento a lei de execução penal.

Também é possível a depender do caso concreto e do direito fundamental social violado que o agente de fiscalização possa ser o Tribunal de Contas da União com a cooperação dos Tribunais de Contas Estaduais, já que é a sua função precípua a de fiscalizar a legalidade, legitimidade, economicidade na aplicação de recursos públicos de forma geral com o objetivo de efetivar os valores constitucionais de 1988, inclusive no que pertence a

aplicação de dinheiro público na construção ou reconstrução de uma política pública que venha a efetivar direitos fundamentais sociais.

É possível ainda que essa atividade de fiscalização seja implementada a partir da cooperação judicial nacional que é “ a interação entre órgãos judiciários, para que um coopere com o outro para a prestação do serviço jurisdicional” (DIDIER JR; ZANETI JR; OLIVEIRA, 2020, p.129), uma vez que o art. 102, I, alínea m<sup>137</sup> da CF/88 autoriza que o STF facultativamente possa delegar a atribuição para prática de atos processuais e os arts. 67 a 69 do Código de Processo Civil de 2015 estabelece parâmetros para o exercício dessa cooperação nos seguintes termos:

**Art. 67. Aos órgãos do Poder Judiciário, estadual ou federal, especializado ou comum, em todas as instâncias e graus de jurisdição, inclusive aos tribunais superiores, incumbe o dever de recíproca cooperação, por meio de seus magistrados e servidores.**

Art. 68. Os juízos poderão formular entre si pedido de cooperação para prática de qualquer ato processual.

**Art. 69. O pedido de cooperação jurisdicional deve ser prontamente atendido, prescinde de forma específica e pode ser executado como:**

**I - auxílio direto;**

II - reunião ou apensamento de processos;

III - prestação de informações;

IV - atos concertados entre os juízes cooperantes.

§ 1º As cartas de ordem, precatória e arbitral seguirão o regime previsto neste Código.

§ 2º Os atos concertados entre os juízes cooperantes poderão consistir, além de outros, no estabelecimento de procedimento para:

I - a prática de citação, intimação ou notificação de ato;

II - a obtenção e apresentação de provas e a coleta de depoimentos;

III - a efetivação de tutela provisória;

IV - a efetivação de medidas e providências para recuperação e preservação de empresas;

---

<sup>137</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I-Processar e julgar, originalmente:

m) a execução de sentenças nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais.

V - a facilitação de habilitação de créditos na falência e na recuperação judicial;

**VI - a centralização de processos repetitivos;**

**VII - a execução de decisão jurisdicional.**

§ 3º O pedido de cooperação judiciária pode ser realizado entre órgãos jurisdicionais de diferentes ramos do Poder Judiciário. (negritos nossos).

É possível que essa cooperação judicial seja implementada para fins de fiscalizar e fazer cumprir o pacto institucional firmado a partir do plano de trabalho apresentado pelas instituições, tanto nas execuções de medidas estruturais como na concentração em um juízo daquelas demandas individuais que tenham como o objeto o mesmo debatido na ação do controle de constitucionalidade estruturante e assim gerencie essas decisões nessas demandas singulares com a finalidade de não prejudicar o plano de trabalho em execução que visa resolver o problema no macrossistema.

No caso da ADPF nº. 347/2015 é possível se estabelecer também uma cooperação nacional entre os juízes das varas de execuções penais, para que estes possam fiscalizar e fazer cumprir nos Estados e no Distrito Federal as medidas estruturais determinadas no pacto institucional, como no caso da decisão proferida na medida cautelar que determinou que todos os juízes do país realizassem as audiências de custódia no prazo de 24h.

Ainda é possível pensar que essa fiscalização pode ser exercida pelo Ministério Público, Defensoria Pública, por um Comitê interinstitucional composto por vários atores envolvidos na implementação do pacto institucional e que possa atuar auxiliando o Judiciário na fiscalização das medidas estruturais.

O fato é que para o bom andamento do plano de trabalho que fundamenta o pacto firmado entre as instituições é imprescindível a definição do agente fiscalizador, para que as soluções apontadas, debatidas democraticamente e firmadas, sejam efetivadas com o fito de transformar a realidade social e assim solver a fissura estrutural que compromete a realização do projeto constitucional de 1988.

### **5.2.5 Fase de Monitoramento**

Com a definição do agente ou dos agentes de fiscalização é necessário a concretização dos mecanismos de monitoramento do provimento jurisdicional. Como bem ensina Rodriguez Garavito e Diana Franco (2015, p. 123) o “principio básico del análisis de la

política pública es la consecución de métodos y herramientas para evaluar sus efectos, progresos y retrocesos”.

Assim, o estabelecimento de mecanismos de monitoramento e avaliação de indicadores são fundamentais para analisar a evolução do cumprimento dos cronogramas firmados no plano de trabalho que sedimenta o pacto institucional entre as instituições envolvidas e a execução das medidas estruturais determinadas, para fins de avaliar as etapas do ciclo da política pública desenhada, a obtenção dos resultados efetivos já alcançados, mensurar os custos orçamentários já aplicados e aqueles que serão ainda investidos e aferir as razões que podem levar a não implementação de determinadas metas, para que estas sejam repactuadas ante a permeabilidade e o grau de experimentalismo das ordens estruturais, o que permite a atuação do espaço político na repactuação de novas metas em face da complexidade do direito fundamental violado e dos infortúnios que podem surgir na realidade social.

Para que uma decisão estrutural obtenha sucesso na sua efetivação, uma das razões é que as ordens exaradas por meio desta, seja de natureza flexível, ou seja, descentralizadas não ficando por sua vez concentradas no papel do julgador, mais sim são instituídas em colaboração com os demais atores envolvidos no *case*, conferindo dessa maneira uma margem de discricionariedade no que se refere a adoção dos instrumentos essenciais para o atendimento do resultado esperado (SABEL; SIMON, 2004.p.1019-1020), no nosso caso específico, a busca da superação do estado de coisas inconstitucional que impossibilita a concretude do direito fundamental social discutido.

Nesse sentido, a fase de monitoramento deverá acontecer com máxima transparência, posto que é o momento de prestação de contas à sociedade quanto ao cumprimento do pacto institucional que levará a efetivação do direito fundamental social atacado, por isso o monitoramento deverá ocorrer por meio de diversos atores. Por exemplo, é possível se criar um comitê de monitoramento composto pelo Ministério Público, Defensoria Pública, Tribunal de Contas, Entidades do Terceiro Setor, Universidades Públicas e Privadas e a Sociedade Civil organizada voltado para a produção de relatórios bimestrais ou semestrais, a periodicidade dependerá do estabelecido no plano de trabalho e no provimento judicial, que se responsabilizará a apresentação desses documentos ao agente fiscalizador para fins de análise e avaliação do cumprimento da decisão.

A apresentação dos resultados que estão sendo monitorados pelos agentes deve acontecer da maneira mais transparente possível, deixando todas as informações quanto ao cumprimento da decisão disponível para a população não só através da realização de audiências públicas informativas para demonstração desses resultados, mas também sendo

possível a criação de mecanismos tecnológicos que proporcionem essa acessibilidade a população, como por exemplo: a criação de sites destinados ao acompanhamento do cumprimento da decisão, o desenvolvimento de um aplicativo que possa ser acessado por qualquer dispositivo móvel e que preste contas à sociedade, a disponibilidade desses resultados em consultas públicas digitais entre outros instrumentos que servem para melhorar o grau de transparência.

Um exemplo dessa transparência aconteceu no caso da Ação Civil Pública nº. 0000533-73.1993.4.04.7204 conhecida popularmente como a ACP do Carvão julgada na Justiça Federal de Criciúma e que foi criado um site só para publicização dos resultados do monitoramento da decisão judicial que condenou os réus a realização de projetos de planejamento e recuperação ambiental nas áreas afetadas pela extração do carvão sem controle. Nesse caso ainda, destaca-se que para o monitoramento foi criado um Grupo Técnico de Assessoramento composto por representantes técnicos de todos os envolvidos, mas também foram chamados técnicos externos aos autos do processo e que eram especialistas na área ambiental para atuarem em conjunto no monitoramento do cumprimento da decisão.

Já no caso das Creches do Município de São Paulo (apelação nº. 0150735-64-2008-8.26002 julgada em 16 de dezembro de 2013 no TJSP) foi criado também um comitê de monitoramento vinculado à Coordenação da Infância e Juventude, que tinha a função de emitir relatórios bimestrais perante o juízo, com a finalidade de informar as etapas de cumprimento do provimento jurisdicional, bem como foram realizadas audiências públicas tanto informativas quanto ordinatórias, com a intenção de promover a transparência decisória e a efetivação do plano de trabalho pactuado entre as entidades envolvidas.

O próprio STF já vem utilizando instrumentos de cooperação e monitoramento de medidas estruturais, como no caso da ADPF nº. 709 que enfrenta a questão sanitária relacionada ao contágio pela COVID-19 referente aos povos indígenas. O Ministro Relator Luis Roberto Barroso proferiu decisão em 21 de outubro de 2020, no sentido da não homologação do Plano Geral para Enfretamento e Monitoramento da COVID-19 para os Povos Indígenas apresentado pela União Federal ante o seu alto grau de generalidade, nos seguintes termos:

[...]

**Tratar de tais itens significa traçar um plano com elementos concretos, critérios objetivos, metas, quantitativos, indicadores, cronograma de execução e resultados esperados, que impliquem a efetiva assunção de um compromisso pela União e permitam seu monitoramento pelo Juízo.**

Diante do exposto, **nego homologação à segunda versão do Plano Geral** para Enfrentamento e Monitoramento da COVID-19 para Povos Indígenas. (negritos e grifos nossos).

Diante da negativa pelo Ministro Barroso quanto ao Plano apresentado pela União Federal, ele determina então que à nova versão do Plano Geral de Enfrentamento e Monitoramento da COVID-19 para os Povos Indígenas no Brasil deve ser elaborado no prazo máximo de 20 dias, mas sob a Coordenação do Ministério da Justiça e Segurança Pública, com a participação do Ministério da Saúde, da FUNAI e da SESAI, do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, bem como a implementação do funcionamento da Sala de Situação Nacional voltada para troca de informação e monitoramento do avanço da pandemia na população indígena, o cumprimento das ações apresentadas no plano de trabalho com a participação de diversos atores envolvidos, inclusive os povos indígenas em respeito ao Convênio 169 da OIT, para fins de que seja monitorado o andamento do cronograma, reajustado quando necessário e definida novas ações, devendo a Sala se reunir quinzenalmente no mínimo a partir do calendário demonstrado pela União Federal.

Já em sede da ADPF nº. 743/2020 proposta pelo Partido Rede Sustentabilidade que tem como objeto o combate dos incêndios no Pantanal, um dos pedidos exarados na petição inicial é a da criação da “Sala de Situação Nacional” composta por diversas entidades distintas com a finalidade de monitorar o cumprimento do plano de trabalho apresentado pela União e das medidas estruturais determinadas pelo STF quando do seu julgamento, para fins de auxiliar na fiscalização do Poder Judiciário. Ressalto, que a presente ADPF tinha a Relatoria do Ministro Marcos Aurélio, e que este proferiu uma decisão monocrática publicada em 07 de janeiro de 2021 determinando que a análise dos pedidos cautelares deveria ser enfrentada diretamente no plenário da Corte e até o momento não houve qualquer tipo de julgamento, nem mesmo da medida cautelar.

Para além do monitoramento ser realizado através de diversos corpos intermediantes como Comitês, Salas de Situação, Conselhos interinstitucionais, Grupos de Gestão e Assessoramento, também é possível refletirmos sobre probabilidade de ser criada uma entidade para fins específicos (*claim resolution facilities*), ou seja, uma instituição formada por terceiros fora do contexto da relação processual e que tenha a função de monitoramento da implantação do pacto institucional com base no plano de trabalho. Como, por exemplo, no caso da tragédia de Mariana/MG foi instituída a Fundação Renova por meio do TAC e que tem participação da Samarco, Vale do Rio Doce e BHP Billiton em parceria com a União, Estado de Minas Gerais e Espírito Santo e suas respectivas autarquias com a finalidade de

implantar e monitorar o plano de trabalho acordado entre os atores envolvidos na demanda judicial.

Recentemente um outro modelo de monitoramento de medidas estruturais está em desenvolvimento em Santa Catarina a partir da decisão liminar proferida em 12 de junho de 2021 na Ação Civil Pública Estruturante nº. 5012843-56.2021.4.04.7200/SC proposta pela União Florianopolitana das Entidades Comunitárias, ONG Costa Legal, Associação Pachamama em face do Município de Florianópolis/SC e outros, que tem como objeto da demanda a defesa e a preservação da Lagoa da Conceição em Florianópolis/SC, o Juiz da 6ª Vara Federal Marcelo Krás Borges determinou liminarmente a criação da Câmara Judicial de Proteção a Lagoa da Conceição.

No enfrentamento da questão da Lagoa da Conceição, o MM. Juízo da 6ª Vara Federal atesta a falência no modelo da gestão ambiental, reconhece o estado de coisas inconstitucional<sup>138</sup> diante da omissão dos atores envolvidos no problema e descreve a dificuldade de monitoramento do cumprimento de várias decisões judiciais proferidas anteriormente, o que possibilita a postura de inércia do Poder Pública e sua permanência no *status quo* atual diante do cenário de irresponsabilidade institucional e ambiental.

Assim, determina na decisão liminar a criação da Câmara Judicial de Proteção a Lagoa da Conceição/SC que terá como objetivo “assessorar este Juízo na adoção de medidas estruturais necessárias para garantir a integridade ecológica do ente natural através de uma governança judicial socioecológica, a ser composta com a participação dos réus e interessados no feito, representantes da comunidade acadêmica, das associações autoras e outros” (DECISÃO LIMINAR, 2021, p.04).

Salienta-se que a Câmara Judicial de Proteção a Lagoa da Conceição/SC já foi formada e conta com a representação de quinze instituições e órgãos, são elas:

1. Departamento de Unidades de Conservação – Depuc/Floram;
2. Diretoria de Licenciamento Ambiental – Dilic/Floram;
3. Conselho Consultivo do Parque Estadual do Rio Vermelho – Paerve;
4. Conselho Consultivo da Reserva Biológica Marinha do Arvoredo –

<sup>138</sup> Isso na nossa reflexão é um problema que remete a fase de mérito quando apontamos no item 5.1 da presente tese, que a ausência de definição de sentidos semânticos pelo STF sobre o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional é uma problemática, o que nos leva a um questionamento quanto a competência para declarar o ECI. Será que um Juiz de primeira instância como nesse caso da Lagoa da Conceição pode fazer esse reconhecimento? Na nossa percepção a declaração do ECI é de competência exclusiva do STF, está dentro das competências constitucionais do art. 102 da CF/88, uma vez que estamos diante de falha estrutural na política pública que leva as violações generalizadas, massivas e sistêmicas de direitos fundamentais, logo somente o STF poderá proferir decisões dessa magnitude e com natureza vinculante em todo o território nacional. Por isso que a ausência de definição semântica do ECI pelo STF e o enquadramento legal dos seus pressupostos pode levar a banalização do instituto.

- Corbio;
5. Base avançada TAMAR do Centro Nacional de Pesquisa e Conservação;
6. Divisão Técnico-Ambiental da Superintendência do Ibama no Estado de Santa Catarina – Ditec/Ibama;
7. Superintendência do Iphan em Santa Catarina;
8. Companhia Catarinense de Águas e Saneamento – Casan;
9. Agência de Regulação de Serviços Públicos de Santa Catarina – Aresc;
10. Laboratório de Ficologia (Lafic), Laboratório de Oceanografia Química e Biogeoquímica Marinha (Loqui), Núcleo de Estudos do Mar (Nemar), e Laboratório de reuso de águas (Lara), todos da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC);
11. Grupo Técnico da Floram, instaurado pela Portaria nº 004/2021;
12. Conselho Municipal do Meio Ambiente – Comdema;
13. Conselho Estadual de Meio Ambiente – Consema;
14. Defesa Civil de Florianópolis;
15. Defesa Civil do Estado de Santa Catarina.

Ou seja, para o sucesso da implementação de uma macrossentença estruturante, ao ser deflagrado o estado de coisas inconstitucional é fundamental que o STF adote mecanismos de monitoramento de cumprimento do pacto institucional desenhado a partir do plano de trabalho, como os modelos apresentados anteriormente dentro do próprio Tribunal e em outras instâncias jurisdicionais, podendo inclusive ser utilizado sistemas computacionais simples ou operações mais rebuscadas de inteligência artificial<sup>139</sup> que auxiliem no trabalho de monitoramento do plano e já sinalize para o Comitê, a Comissão, a Câmara Judicial, a Sala de Situação entre outros modelos, o descumprimento das metas e assim de forma mais eficiente já seja informado ao Julgador para a realização das medidas cabíveis.

A fase de fiscalização e monitoramento são essenciais na metodologia decisória em demandas de ECI, posto que robustece a transparência com a apresentação dos resultados por meio de audiência públicas informativas, ordinatórias e/ou conciliatórias, a divulgação também dos resultados em sistemas eletrônicos e em aplicativos de fácil acesso a sociedade civil, fortalece o diálogo democrático entre as instituições proporcionando uma integração e se transformando em um mecanismo de superação da crise democrática entre os Poderes e

<sup>139</sup> É importante registrar que já existe projeto em desenvolvimento, para fins de acompanhamento de cumprimento de sentença em demandas coletivas. Um dos projetos em fase de desenvolvimento é do TRF-1ª Região que nasce a partir de um acordo de cooperação técnica com o Conselho Federal da OAB, o projeto chamado de “execução célere” está sendo projetado para o acompanhamento da fase de cumprimento de sentença e execução em demandas de natureza coletiva. Para outras informações sobre as operações de IA e sistemas operacionais que estão sendo desenvolvidas pelo Judiciário Brasileiro recomendamos a leitura da primeira pesquisa do país desenvolvida pelo Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário vinculada a FGV/SP sob a coordenação do Ministro do STJ Luís Felipe Salomão e que copilou todos os projetos dos diversos tribunais brasileiros. O Relatório publicado possui o nome de Inteligência Artificial – Tecnologia aplicada a gestão dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário Brasileiro que foi publicado em dezembro de 2020 e está disponível em: [https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/estudos\\_e\\_pesquisas\\_ia\\_1afase.pdf](https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/estudos_e_pesquisas_ia_1afase.pdf).



indica o momento adequado para que seja declarada a superação do estado de coisas inconstitucional finalizando assim a intervenção judicial.

### **5.2.6 Fase de Superação**

A última fase apontada na presente metodologia é talvez a mais complexa e porque não dizer incerteza ainda, pois se refere à análise da superação do estado de coisas inconstitucional. Como apontar que a situação de violação massiva de direitos fundamentais sociais não existe mais? Como definir o momento em que se deve parar a intervenção judicial na implementação da política pública?

É possível se atestar a superação do estado de coisas inconstitucional quando os Poderes Públicos responsáveis em implementar a política pública e consequentemente cumprir o pacto institucional firmado venham se movimentando seriamente no objetivo de efetivar os núcleos essenciais do direito fundamental social, concretizando assim aquele mínimo inegociável descrito no item 5.2.1 do presente capítulo. Destacando-se ainda, que a fase de superação dependerá de quais medidas estruturais serão adotadas em cada um dos casos concretos.

No entanto, é necessário salientar, que um dos efeitos que o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional deve provocar é o efeito desbloqueador, ou seja, obrigar os atores responsáveis a se movimentarem no sentido de buscar as soluções para sanar a falha estrutural apontada e assim efetivar o direito fundamental social. Nesse sentido, a aplicação da metodologia aqui defendida é essencial, já que será através dos indicadores levantados na fase de fiscalização e monitoramento que poderá ser apurado os resultados da dimensão material quanto a concretização do direito fundamental social, bem como da sua esfera processual que se refere ao cumprimento das metas firmadas no pacto institucional, e assim será possível detectar e reconhecer a superação do ECI, para que seja interrompida a intervenção judicial na política pública diante do funcionamento adequado dos outros atores políticos comprometidos na realização dos valores constitucionais de 1988.

Salienta-se que para Rodriguez Garavito e Diana Franco (2010, p. 277) que desenvolveram estudos empíricos relacionados a sentença T-25 da Corte Constitucional Colombiana que tinha como objeto a situação do deslocamento forçado, o reconhecimento da superação do estado de coisas inconstitucional ainda é uma cláusula aberta, mas um dos

caminhos apontados é a incitação da movimentação dos atores envolvidos na sua implementação, nos seguintes termos:

El futuro del caso suscita preguntas jurídicas y políticas muy interesantes. **¿Cuánto tiempo puede una corte activista como la colombiana sostener un proceso de seguimiento que tiene claros costos institucionales y políticos? ¿Cuándo se puede considerar que el caso ha cumplido su cometido y se puede levantar el estado de cosas inconstitucional?** Estas preguntas quedan abiertas para una agenda de investigación que otros estudiosos podrían retomar, a la luz de la evolución de éste y otros casos estructurales no sólo en Colombia sino en muchos otros países.

[..]

En otras palabras, **su suceso se debe medir por su capacidad de hacer que la administración pública y el legislativo atiendan eficazmente el problema**, sin que el poder judicial ejerza constante presión sobre ellos. En el caso que nos ocupa, este momento llegaría cuando la **Corte Constitucional constatare tal grado de avance de las políticas y la protección eficaz de los derechos de los desplazados, que pueda cesar su papel protagónico en el tema. (Negritos nossos).**

A proposta aqui apresentada é que o STF em um processo democrático na construção decisória em respeito a todas as fases demonstradas neste capítulo, desenvolva em conjunto com os outros atores institucionais, políticos e com a sociedade civil, indicadores de resultados quanto ao cumprimento das metas pactuadas, e a partir da apresentação dos resultados, do acompanhamento e da implementação do direito fundamental social, ao passar do cumprimento do mínimo exigido na efetivação das metas determinadas em cada um dos casos concretos e partir dos resultados atingidos, seja ponderado com todos os envolvidos, através de uma escuta aberta, legítima e democrática se já é o momento de se declarar a superação do estado de coisas inconstitucional, visto vez que se encaminhou a correção do rumo da política pública, porém mais do que isso se estabeleceu uma governança nas instituições responsáveis que passaram a funcionar adequadamente e estão comprometidas com o cumprimento dos valores constitucionais e por essa razão não necessitam mais da intervenção judicial.

Esse percentual mínimo pode ser aferido a partir do trabalho realizado nas fases de fiscalização e monitoramento, especialmente, com o auxílio de um sistema computacionais ou uma operação de inteligência artificial<sup>140</sup> que pode definir e acompanhar a implementação dos

<sup>140</sup> Atualmente no Poder Judiciário existe um processo de treinamento, controle, distribuição e auditoria das aplicações de inteligência artificial desenvolvida no âmbito dos Tribunais, e que ainda define parâmetros de implementação e funcionamento. Essa integração acontece por meio da Plataforma Sinapse do CNJ aprovada por meio da resolução nº. 332/2020 que dispõe nos seus artigos 1º e 2º que essas aplicações de inteligência artificial no âmbito do Judiciário “visa estabelecer o bem-estar do jurisdicionado e a prestação equitativa da jurisdição e

indicadores por parte dos atores responsáveis na concretude do pacto institucional, o que levará não só ao reconhecimento da superação do ECI contribuindo para o bom funcionamento dos Poderes, para suplantação das crises entre eles e para o fortalecimento do Estado Constitucional Democrático de Direito.

---

assim descobrir métodos e práticas que possibilitem atender a esses objetivos”. Para informações sobre a Plataforma Sinapse basta acessar: <https://www.cnj.jus.br/sistemas/plataforma-sinapses/> .

Logo, para fins de verificação de indicadores de resultado e o estabelecimento de percentuais para que o STF possa atestar a superação do ECI e assim finde a intervenção judicial na política pública, uma das alternativas possíveis é que seja desenvolvida um modelo operacional computacional simples ou por meio de modelagens de inteligência artificial que possa auxiliar a fase de fiscalização e monitoramento da decisão estrutural em sede de ECI e que assim possa ser integrada a uma plataforma nacional que reúna as decisões estruturais proferidas pelo STF em demandas de ECI, dando transparência a todas as fases de implementação, a divulgação dos resultados já alcançados, a publicidade sobre as metas não cumpridas e que serão repactuadas e estabeleça um canal aberto de participação com a sociedade civil.

## 6 CONCLUSÕES

O Estado brasileiro de 1988 inaugurado sob a ótica da promoção das transformações sociais, através de um texto constitucional que representa a esperança do povo ao dispor sobre a dignidade da pessoa humana como fundamento estrutural da República e ao estabelecer com robustecer objetivos claros que devem ser implementados pela atuação dos três Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, alicerçado ainda em um rol de direitos e garantias fundamentais como cláusulas essenciais para vivacidade da supremacia da Constituição, firma entre governantes e governados um pacto que precisa ser materializado na realidade social brasileira.

Entretanto, quando existem fissuras que impedem a materialização desse pacto democraticamente firmado entre instituições estatais e a sociedade, se proporciona um ambiente de tensionamento entre diversos atores políticos e sociais, que levam ao surgimento das crises do sistema democrático.

Assim, o Controle de Constitucionalidade Estruturante analisado na presente tese é apresentado como uma das estratégias possíveis para superação das crises do sistema democrático brasileiro. Diante disso, se faz necessário uma exposição, de forma sistematizada, das nossas conclusões e proposições, que aqui serão expostas conforme o sequenciamento dos capítulos.

1. No que se refere a ideologia do Estado Brasileiro de 1988 e as crises do seu sistema democrático percebemos o quão é difícil o processo de compatibilização de interesses diversos entre aqueles grupos detentores de espaço de poder em contrapartida aos anseios sociais, e como a construção dos consensos políticos no processo constituinte foi importante para o nascimento de uma Constituição vanguardista, mas de outro lado a partir do momento em que esse ideário constitucional passava a ser materializado na realidade, começaram a surgir as incompatibilidades entre os mais diversificados setores, levando assim a um clima de constante tensão entre as estruturas democráticas.

2. O desenho institucional e a incorporação da Teoria de Separação de Poderes de Charles de Montesquieu centrada na divisão de funções entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário são a pedra fundamental para compreendermos o funcionamento do Estado Brasileiro referente a definição de suas limitações, a concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos e por consequência na exaltação dos valores constitucionais sedimentados em 1988.

3. A incorporação da Teoria da Separação dos Poderes de Montesquieu ao longo das Constituições Brasileiras a partir da adoção dos espíritos da independência, harmonia e cooperação, sinalizam uma problemática quanto ao desenvolvimento da cultura do diálogo e da cooperação entre os Poderes nacionais, uma vez que detectamos a presença da cooperação de forma explícita apenas na Constituição de 1934, nos outros textos constitucionais não se falava na cooperação e em especial, na Constituição de 1988 apesar da cooperação não estar prevista no art. 2º ao dispor sobre os poderes, analisamos que o elemento cooperativo está presente em vários outros dispositivos ao longo do texto constitucional, sendo possível assim à luz da própria ideologia constitucional avivarmos o espírito cooperativo dentro do desenho institucional pátrio.

4. O estímulo ao fomento da cooperação entre os Poderes é uma necessidade para suplantarmos a dissintonia entre eles e assim possamos rumar a superação das crises do sistema democrático brasileiro, como vinha acontecendo através da formação dos Pactos Republicanos estabelecidos em 2004, 2009 e 2011, porém para que o ambiente dialógico e cooperativo impere é fundamental que tenhamos líderes moderados, que tenham paciência com a democracia e que propiciem um ecossistema de fortalecimento do Estado democrático.

5. Além do mais, cuidar dos subsistemas de crises é o processo de resgate das estruturas do Estado de Bem-Estar Social desenvolvido em 1988, pois a promoção de uma reforma tributária que instrumentalize os objetivos da República Federativa Brasileira é um mandamento constitucional, tornando assim o sistema tributário nacional compatível com sua própria principiologia com a finalidade de cobrar mais tributos daqueles que possuem uma maior capacidade econômica em favor daqueles que detém uma menor renda, transmutando-se esse sistema não só como propulsor da justiça fiscal, mas também como mecanismo de redução das desigualdades sociais no momento em que a boa gestão do produto da arrecadação poderá se transformar em implementação de políticas públicas que efetivem direitos fundamentais sociais.

Não esquecendo ainda, que a construção retórica das instâncias governamentais apresentadas sob a tônica das políticas de austeridade econômica é uma fissura profunda no sistema democrático de 1988, pois a partir da égide do discurso da limitação do teto dos gastos públicos, o que estamos a vivenciar no país é uma destruição das bases estruturais do Estado de Bem-Estar Social, o comprometimento das políticas públicas de efetivação de direitos fundamentais sociais, o aprofundamento das desigualdades sociais agravada pela pandemia do covid-19 e o aumento do número de família vivendo em condições de miserabilidade.

6. Nesse sentido, a existência de crises no sistema democrático e nos seus subsistemas impulsionaram o fortalecimento da jurisdição constitucional, que já foi desenhada em 1988 com a ampliação das ações do controle de constitucionalidade abstrato, com o aumento do número de legitimados para propositura dessas ações e com a democratização do controle de constitucionalidade difuso, como sendo mecanismos utilizados para concretude de direitos fundamentais, em especial, os de natureza sociais ante a postura de inação dos Poderes Legislativo e Executivo transformando assim o Judiciário em um “muro das lamentações”<sup>141</sup>, sendo visto como a “tábua de salvação” para efetivação de direitos.

8. O exercício da jurisdição constitucional pelo STF levou a diretrizes importantes como a análise do debate dos custos dos direitos frente a densidade econômica dos direitos fundamentais sociais e as abordagens teóricas relativas a efetivação do mínimo existencial e da aplicação da reserva do possível, especialmente, em decorrência da existência de núcleos essenciais inegociáveis quanto a cada um dos direitos fundamentais sociais, para que se reconheça um padrão mínimo que ateste a sua concretização.

De outro espectro, no que se refere a reserva do possível, as posições doutrinárias apresentadas e a própria posição do Supremo Tribunal Federal asseveram, que essa estratégia adotada pelas instituições estatais - para não implementarem direitos fundamentais sociais - foi suplantada, já que a Constituição não é apenas um texto bonito repleto de boas intenções, mais sim um instrumento normativo capaz de modificar a realidade civilizatória do país e para isso é indispensável a sua realização na sociedade.

9. Nessa linha de pensamento, aos direitos sociais foi reconhecida a sua natureza de fundamental deixando-os de serem vistos como diretivas programáticas que dependiam da vontade dos poderes para sua implementação, para serem respeitados como prestações de natureza positiva que geram para o Estado obrigações de fazer que levam a sua concretude.

10. Dessa forma, problematizar a atuação do Judiciário perante a intervenção em políticas públicas implica em pensarmos em novos contornos processuais, para que possamos sair da análise da sistemática do processo individual de características bipolares e de construção decisória no *modus* da jurisdição tradicional visando apenas sanar a lesividade

---

<sup>141</sup> Muro das Lamentações expressão utilizada por Antoine Garapon para demonstrar que o Poder Judiciário se transformou a última esperança para concretude de direitos fundamentais nos Estados Modernos. (GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas**. Tradução de Maria Luíza de Carvalho. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p.24).

com o império da supremacia judicial, mas que ao se deparar com verdadeiras falhas de estrutura na construção de uma política pública pelas instituições estatais essa fórmula decisória já não é mais suficiente diante de demandas complexas, policêntricas e que envolve um esforço dialógico, cooperado, experimental e consequencialista por parte do Judiciário, o que vem levando ao desenvolvimento de uma perspectiva processual com a instalação de litígios e processuais estruturais que podem ser utilizados como estratégia de desbloqueio de políticas públicas que efetivem direitos fundamentais sociais.

Assim, é crucial cada vez mais o aprofundamento de uma teoria de processos estruturais, como os vários estudos que já estão sendo difundido na doutrina nacional, que enfrente as questões relacionadas as conceituações de litígio estrutural, processo estrutural, decisão estrutural e execução estrutural, uma vez que a construção decisória na jurisdição estruturante envolve um ciclo complexo para a sua efetivação, além do mais alguns conceitos da jurisdição tradicional são flexibilizados na sua dimensão estruturante, como, por exemplo: pedido certo e determinado, meios executivos, uma interpenetração das fases de conhecimento e execução, a natureza jurídica híbrida de uma decisão estrutural, que ora vai declarar, constituir, reconhecer e a própria ideia do estabelecimento do fim de uma relação processual estruturante.

Ante as complexidades sociais e a própria desigualdade patente que assola o nosso país, alinhado ao avanço tecnológico e ao maior acesso à informação, a tendência é que as demandas judiciais relacionadas a efetivação de direitos fundamentais sociais ocorram cada vez mais na sua dimensão coletiva, ou seja, em litígios de natureza coletiva e sejam estruturais, posto que a partir de um litígio estrutural que seja resolvido pela técnica decisória do processo estrutural que atribui a formação da decisão o dialogo e a cooperação entre os Poderes Republicanos, a sociedade civil e demais instituições políticas, tornando esse processo mais realista quanto a análise do impacto financeiro na implementação do direito fundamental social e ainda contribuindo para um desenho institucional mais adequado ao parâmetro de uma sociedade democrática.

11. Salienta-se, que o Poder Judiciário não irá construir a política pública, essa tarefa não compete-lhe, entretanto, na jurisdição estruturante o que se busca é o afastamento da supremacia judicial com a personificação decisória na figura do julgador, para que este se transforme em um gestor ou coordenador de um plano de trabalho a ser desenvolvido e implementado de forma democrática, dialógica, cooperada e com ordens flexíveis que poderão ser repactuadas também democraticamente entre todos os atores envolvidos.

Outro ponto relevante na jurisdição estrutural é que a transformação da figura do julgador em um gestor ou coordenador de um plano de ação, também é tirar as instâncias majoritárias do seu estado de inação e democraticamente por meio do diálogo e da cooperação, possa movimentá-las para que estas ingressem no caminhar da construção ou reconstrução da política pública detectada com a presença de falhas estruturais e que estavam levando não apenas ao bloqueio institucional, mas também as violações massivas, generalizadas e sistêmicas de direitos fundamentais sociais.

12. Nesse sentido, as experiências vividas em outros países em processos estruturais, em especial, no sistema colombiano com o desenvolvimento da teoria do estado de coisas inconstitucional, é uma iluminação para a sistemática brasileira para que possamos depurar o que é possível ser adotado no nosso sistema em face das peculiaridades da nossa realidade e aquilo que não é adequado para o nosso modelo, mas que podemos com a nossa capacidade de inovação desenhar outras estruturais decisórias que sejam pertinentes as nossas características sociais, econômicas, políticas e jurídicas.

13. O debate dos litígios e processos estruturais é mais que atual, é uma urgência frente as crises do nosso sistema democrático e por essa temática já ser alvo de projetos de lei que tramitam atualmente no congresso nacional e que dispõem da adoção de técnicas estruturantes para o processo e consequentemente para as decisões, bem como o próprio STF vem recebendo demandas atrelada ao controle de constitucionalidade por meio de ADPF, pleiteando o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional e o Tribunal já declarou o ECI no sistema penitenciário brasileiro na ADPF nº. 347/2015.

14. Nada obstante, o STF já tenha declarado o estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário ao julgar a medida cautelar em sede da ADPF nº. 347/2015 que é um litígio estrutural, uma vez que o Tribunal identificou a falha de estrutura na política pública carcerária e os bloqueios institucionais estabelecidos pelo Poder Executivo Brasileiro, o que implica em violações massivas, generalizadas e sistêmicas dos direitos fundamentais dos presos, esse litígio não se transformou em sua plenitude em um processo estruturante, uma vez que tivemos apenas a decisão da cautelar e que esta falhou na sua dimensão dialógica e cooperada, uma vez que o STF decidiu no *modus* jurisdição tradicional visando sanada a lesividade e no julgamento do seu mérito só tivemos o voto do Ministro então Relator Marcos Aurélio, que recentemente se aposentou do Supremo, e que ao proferir seu voto de mérito entra em contradição com aquilo que já havia decido quando do julgamento da cautelar.

Isso nos demonstra, o quanto é fundamental pensarmos em uma sistemática de controle de constitucionalidade estruturante frente as demandas de alta complexidade quando



deflagrado o estado de coisas inconstitucional pelo STF e para isso é primordial refletirmos sobre uma proposta de metodologia desse ciclo decisório, uma vez que a natureza híbrida de uma decisão em um processo estrutural, como no caso do ECI, envolverá várias etapas desde a apresentação da demanda, a análise de mérito, a fiscalização, o monitoramento, a transparência, a abertura democrática do tribunal para uma construção decisória flexível, experimental, consequencialista e que integra ao controle de constitucionalidade estruturante não apenas a sua dimensão constitucional em si, mas também as dimensões social, política e jurídica.

15. Nesse sentido, o grande obstáculo no enfrentamento da construção decisória do ECI, é como instrumentalizá-la, ou seja, como colocar essa ideia em prática? Na intenção de responder essa questão, mesmo que ainda de maneira preliminar, refletimos sobre algumas propostas que serão apresentadas aqui de forma sintetizada, uma vez que para nós o controle de constitucionalidade estruturante atua em favor da concretização dos direitos fundamentais sociais, contribui para o aprimoramento do desenho institucional brasileiro e ainda fortalece o nosso sistema democrático ao integrar os elementos de diálogo e da cooperação entre os Poderes:

a) Primeiramente, é essencial o reconhecimento pelo STF da natureza estrutural do ECI e para isso o Tribunal precisa conceituar o estado de coisas inconstitucional de maneira institucional, ou seja, definindo o que é o ECI para a instituição Supremo Tribunal Federal, por exemplo: o ECI é um estado de fatos que naquele contexto analisado gera a violação massiva, generalizada e sistêmica de direitos fundamentais e humanos? A conceituação institucional do STF é fundamental, uma vez que a deflagração do ECI é uma medida excepcionalíssima e para que seja declarado se faz necessário tanto a análise e o cumprimento dos seus requisitos, bem como a definição semântica da instituição para evitar usos indevidos ou a sua própria banalização;

b) Em segunda análise, entendemos que a competência da declaração do ECI é exclusiva do STF, uma vez que se enquadra no recorte das suas competências constitucionais dispostas no art. 102 da Constituição Federal de 1988, sendo este Tribunal competente para proferir decisões em controle de constitucionalidade que tenham efeitos vinculantes e erga omnes;

c) Em terceira análise, nos deparamos com a questão do controle de constitucionalidade difuso, pois é possível que uma demanda que sinalize uma falha estrutural do Estado na implementação de políticas públicas que efetivem direitos fundamentais sociais possa se originar em demandas individuais ou coletivas propostas no primeiro grau de

jurisdição. Nesse caso, entendemos que o julgador do primeiro ou segundo grau de jurisdição não teria competência para reconhecer o estado de coisas inconstitucional, como dito essa atuação no nosso entender compete ao STF, entretanto, se deparando as instâncias inferiores com um pedido de declaração do ECI esses julgadores podem sinalizar a discussão para o STF dando um provimento jurisdicional opinativo e deflagrando um incidente de deslocamento de competência para julgamento para a Corte.

No nosso sistema, atualmente, o incidente de deslocamento de competência está previsto no art. 109, § 5º da Constituição Federal de 1988, especificamente, quando nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador Geral da República, com a finalidade de assegurar cumprimento de obrigação decorrente de tratados internacionais de direitos humanos que o Brasil é signatário, poderá suscitar esses incidente deslocando a competência da justiça federal para o STJ, em qualquer fase do processo ou inquérito.

Essa previsão do art. 109, § 5º da CF/88 é uma iluminação constitucional para os casos de pedido de declaração do ECI perante as instâncias inferiores, uma vez que o ECI consiste em uma violação massiva, generalizada e sistêmica de direitos fundamentais e humanos, podendo a ideia do deslocamento de competência ser adotada para o STF, evitando assim a banalização do instituto do ECI, já que ele é uma medida excepcional, reforçando assim a competência do Supremo na guarda dos valores constitucionais de 1988.

d) A construção decisória quando deflagrado o ECI envolve etapas complexas que devem ser desenvolvidas a partir da sua dimensão dialógica e cooperada e terá o processo de implementação gradual, ou seja, etapas decisórias que são cumpridas a partir da definição de um plano de trabalho e de um cronograma de metas que serão cumpridas por um período, por essa razão essa modelagem da decisão envolverá seis fases distintas:

Fase introdutória em que será apresentada a demanda, o procedimento de tramitação no STF, diagnóstico do problema, definição dos sentidos semânticos do direito fundamental social violado e a fundamentação jurídica interna e internacional;

Fase de mérito voltada para a deflagração do estado de coisas inconstitucional, com a definição institucional do ECI pelo STF naquele contexto, com a análise e comprovação dos seus requisitos, instalação do diálogo e da cooperação entre as instituições e a sociedade civil visando a construção do plano de trabalho que considere o impacto financeiro da implementação do direito fundamental social e posteriormente a apresentação pública do plano para efetivar a transparência;

Fase pactual voltada para definição das medidas estruturais e a formação de um pacto público entre as instituições envolvidas para superação da falha estrutural identificada;

Fase de Fiscalização objetivando a determinação dos corpos intermediantes, daqueles que irão auxiliar o STF no processo de fiscalização do cumprimento do pacto institucional desenhado a partir do plano de trabalho construído democraticamente entre todos os atores envolvidos.

Frisa-se ainda, que sinalizamos alguns modelos para atuação desses corpos intermediantes, que podem ser desenhados através de um Comitê Gestor, Conselho Interinstitucional, Câmara Judicial, Sala de Situação, Instituição de propósito específico, enfim temos exemplos em desenvolvimento no país, mas independentemente da estrutura desse corpo intermediante, o mesmo deve ser composto da forma mais democrática possível tendo a participação de vários setores diversos da nossa sociedade.

Fase de monitoramento destinada ao cumprimento dos prazos para implementação das medidas estruturais definidas e determinação de datas para apresentação de relatórios quanto a implementação das metas pactuadas, inclusive por meio da apresentação dos relatórios será possível detectar quais metas poderão ser repactuadas em face das vicissitudes da realidade social, podem levar a uma mudança das metas originalmente estabelecidas, por essa razão é que a decisão estrutural do ECI precisa emitir ordens flexíveis que possam ser revistas diante de algumas circunstâncias.

Assim, tanto para a fase de fiscalização e de monitoramento, quanto para melhoria da eficiência na implementação das metas e da própria transparência decisória, propomos além da abertura de uma aba diretamente no site do STF que aglutine todas as demandas em que foi reconhecido o ECI, a possibilidade da criação de um aplicativo de fácil acesso à sociedade civil para que esta também possa acompanhar diretamente pelos seus equipamentos de mobile o cumprimento decisório e também a utilização de sistemas computacionais simples ou operações mais rebuscadas de inteligência artificial que auxiliem os corpos intermediantes no seu trabalho de fiscalização e monitoramento.

Registra-se, que já existe um projeto em desenvolvimento, para fins de acompanhamento de cumprimento de sentença em demandas coletivas. O projeto em fase de desenvolvimento é do TRF-1ª Região originado a partir de um acordo de cooperação técnica com o Conselho Federal da OAB, o projeto chamado “execução célere” está sendo projetado para o acompanhamento da fase de cumprimento de sentença e execução em demandas de natureza coletiva. Em face da integração dos projetos de desenvolvimento tecnológico pelos Tribunais por intermédio da Plataforma Sinapse do CNJ é possível esse intercâmbio tecnológico, em especial, com o próprio STF já que a prioridade da Presidência do Ministro Luiz Fux é tornar o Supremo em uma corte cem por cento digital.

A última fase é a de superação após a análise de indicadores de resultado decorrente do cumprimento das etapas do plano de trabalho e das medidas estruturais, em que propomos também a utilização da tecnologia computacional ou uso da inteligência artificial para mensurar os indicadores de cumprimento decisório e assim sinalizar aos atores envolvidos, a possibilidade de se atestar a superação do ECI já que as instituições ingressaram no caminho da efetivação das políticas públicas de implementação dos direitos fundamentais sociais e assim seja decretado a extinção do processo judicial.

Por fim, reconhecemos que existem causas impeditivas de uma resposta estruturante de constitucionalidade como a ausência do diálogo e da cooperação na construção do processo decisório; se houver um clima de permanente conflito entre os poderes, ambiente inclusive propício para o desenvolvimento da polarização política e diante da própria omissão e inação do Estado em não prover o cumprimento dos valores constitucionais de 1988.

Entretanto, no nosso entendimento o desenvolvimento do controle de constitucionalidade estruturante no país é um instrumento que pode ser utilizado como estratégia para o desbloqueio de políticas públicas ante a ausência da concretização de direitos fundamentais sociais, é uma estrutura processual que contempla o controle social, político, jurídico e constitucional, proporcionando uma ambiência que estimula o diálogo e a cooperação e assim pode se transformar em um verdadeiro estímulo à superação das crises do sistema democrático brasileiro.

## REFERÊNCIAS

- ACNUR ONU. **Deslocamentos Internos**. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/quem-ajudamos/deslocados-internos/#:~:text=A%20Col%C3%B4mbia%2C%20pa%C3%ADs%20com%20o,milh%C3%B5es%20de%20deslocados%20internos%20registrados.&text=O%20ACNUR%20ajudou%20quase%20meio,%C3%A1reas%20de%20origem%20no%20Iraque>. Acesso em: 10 jan. 2021.
- ABRAMOCICH, Victor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: LA PROTECCIÓN judicial de los derechos sociales. Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad. Ecuador: Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, *Editores*. 2009. p. 3-31.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no Direito Brasileiro: reflexões a partir do Caso da ACP do Carvão. **Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região**, Brasília, v. 29, n.1/ 2, , p.70-79, jan./fev. 2017. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4875393/mod\\_resource/content/0/ARENHART%20%20S%C3%A9rgio.%20Processos%20Estruturais.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4875393/mod_resource/content/0/ARENHART%20%20S%C3%A9rgio.%20Processos%20Estruturais.pdf). Acesso em: 18 jun. 2019.
- ARISTÓTELES. **A política**. [s.n], 2001. p. 88-104. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh\\_aristoteles\\_a\\_politica.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_aristoteles_a_politica.pdf). Acesso em: 20 maio 2020.
- ARIZA, Libardo José. The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the Global South: The activist tribunals of India, South Africa, and Colombia**. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 129-162.
- BADIN, Arthur Sanchez. **Controle Judicial das Políticas Públicas – contribuição ao estudo da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil. K. Kosemar**. São Paulo: Malheiros Editora, 2013.
- BALEEIRO, Aliomar. **Constituição de 1891**. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.
- BALEEIRO. Aliomar; LIMA SOBRINHO, Barbosa. **Constituição de 1946**. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.
- BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARCELLOS, Ana Paula. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. **Revista de Direito do Estado**, 2006. p 1-50. Disponível em: [https://www.academia.edu/7784818/Constitucionaliza%C3%A7%C3%A3o\\_das\\_pol%C3%A9ticas\\_p%C3%BAblicas\\_em\\_mat%C3%A9ria\\_de\\_direitos\\_fundamentais\\_O\\_controle\\_pol%C3%ADtico\\_social\\_e\\_o\\_controle\\_jur%C3%ADdico\\_no\\_espa%C3%A7o\\_democr%C3%A1tico](https://www.academia.edu/7784818/Constitucionaliza%C3%A7%C3%A3o_das_pol%C3%A9ticas_p%C3%BAblicas_em_mat%C3%A9ria_de_direitos_fundamentais_O_controle_pol%C3%ADtico_social_e_o_controle_jur%C3%ADdico_no_espa%C3%A7o_democr%C3%A1tico). Acesso em: 27 jan. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. E-book.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Eletrônica Synthesis.**, v.5, nº. 1. 2012, p 23-32. ISSN 2358-4130 versão digital. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 27 jan. 2021.

BAUMAN. Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução Plínio Dent-zien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BAUMAN. Zygmunt. **Legisladores e intérpretes**: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais. tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BAUMAN. Zygmunt. **Capitalismo parasitário**: e outros temas contemporâneos. Tradução Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BAUMAN. Zygmunt; BORDONI. Carlo. **Estado de Crise**. tradução Renato Aguiar. 1.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

BATISTA, Felipe Vieira. **A recuperação judicial como processo coletivo**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Orientador: Fredie Didier Jr., 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/25064>. Acesso em: 10 jan. 2020.

BENEDETTI, Miguel Ángel; SÁENZ, María Jimena. **Las audiencias públicas de la Corte Suprema: apertura y límites de la participación en la justicia**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2016.

BERCOVICI. Gilberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BRINKS, Daniel; GAURI, Varun. Sobre triángulos y diálogos: nuevos paradigmas em la intervención judicial sobre el derecho a la salud. In: GARGARELLA, Roberto (org.). **Por una justicia dialógica: el poder Judicial como promotor de la deliberación democrática**. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2014. E-book.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Trad. Carmen C. Varriale et al. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. 674 p. v. 1. Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17973/material/Norberto-Bobbio-Dicionario-de-Politica.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2021.

BOBBIO, Norberto; REVELLI, Marco (org.). **Democracia e Segredo**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 1. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2015.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos Sociais, eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

BBC NEWS/BRASIL. **2 momentos em que Bolsonaro chamou o covid-19 de “gripezinha”, o que agora nega.** 27 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-55107536>. Acesso em: 29 dez. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **30 anos da Constituição Cidadã. 05 de Outubro de 1988:** um dia histórico. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/agencia/infograficos-html5/constituente/index.html>. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda Constitucional nº. 33/2011.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>. Acesso em: 28 out. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Ordinária nº. 4441/2020.** Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=node01gsfdk2d395b81f48mtw29176s1226172.node0?codteor=1927512&filename=PL+4441/2020](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01gsfdk2d395b81f48mtw29176s1226172.node0?codteor=1927512&filename=PL+4441/2020). Acesso em: 16 jan. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Ordinária nº. 4778/2020.** Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1933591&filename=PL+4778/2020](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1933591&filename=PL+4778/2020). Acesso em: 16 jan. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. **Decreto Legislativo nº. 226/91** que recepciona o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1991/decretolegislativo-226-12-dezembro-1991-358251-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 15 maio 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. **II Pacto Republicano do Estado por um Sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo.** 13 de abril de 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/outros/iipacto.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/outros/iipacto.htm). Acesso em: 06 mar. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Plataforma Nacional Sinapse.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistemas/plataforma-sinapses/>. Acesso em: 20 maio 2021.

BRASIL. Ministério da Cidadania do Governo Federal do Brasil. **Dados do Cadastro Único Brasileiro.** Disponível em: <https://cecad.cidadania.gov.br/painel01.php>. Acesso em: 30 jun. 2021.

BRASIL. Planalto. **Lei nº. 7347, de 24 de julho de 1985.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm). Acesso em: 15 maio 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº. 736 de 2015.** Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124010>. Acesso em: 06 jan. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **I Pacto Republicano firmado no Brasil. 2004.** Disponível em : <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2009/04/17/em-2004-planalto-congresso-e-stf-lancaram-o-1o-pacto>. Acesso em: 06 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 2.076, rel.: Min. Carlos Velloso, 15 de agosto de 2002. **DJ**, 8 de agosto de 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Relatório de Atividades 2019**. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/centralDoCidadaoAcessoInformacaoGestaoEstrategica/ane xo/2020\\_01\\_24\\_13.08\\_RelatoriodeAtividades2019\\_completo.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/centralDoCidadaoAcessoInformacaoGestaoEstrategica/ane xo/2020_01_24_13.08_RelatoriodeAtividades2019_completo.pdf). Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Processos Recebidos e Baixados em 2020**. Disponível em: <https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=b282ea92-29ef-4eeb-9676-2b9615ddfabd&sheet=ef87c134-e282-47ac-8f8f-813754f74e76>. Acesso em: 29 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Painel de Ações Covid-19**. Disponível em: [https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app\\_processo\\_covid19/index.html](https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app_processo_covid19/index.html). Acesso em: 29 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno [recurso eletrônico]** / Supremo Tribunal Federal. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 45 MC**, 29 de abril de 2004. **DJ**, 04 de maio de 2004, PP-00012, RTJ v. 00200-01 PP-00191.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 592581 RG/RS**, 22 de outubro de 2009. **DJe**, 20 de novembro de 2009, v. 02383-06 PP-01173, RDDP n. 84, 2010, p. 125-128. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>. Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **PETIÇÃO Nº. 3388/RR**, 19 de março de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em: 11 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MI Nº. 708/DF**, 25 de outubro de 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>. Acesso em: 15 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº. 709**, decisão monocrática, 21 de outubro de 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adpf709.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº. 743**, decisão monocrática, 07 de janeiro de 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344555398&ext=.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). REsp: 1854882 CE 2019/0146384-1, Relator: Ministra Nancy Andrighi, 02 de julho de 2020. **DJe**, 04 jun. 2020.



BRASIL. Justiça Federal de Santa Catarina. **Ação Civil Pública nº. 5012843-56.2021.4.04.7200/SC**. Decisão Liminar proferida em 12 de junho de 2021. Disponível em: <https://noticias.paginas.ufsc.br/files/2021/06/Decisao-Liminar-ACP-Lagoa.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 05 de outubro de 1988, compilado até a Emenda Constitucional nº. 101/2019. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2019.

BRASIL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Departamento Penitenciário Nacional. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>. Acesso em: 03 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº. 3689, 03 de outubro de 2041**. Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 03 jul. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Portaria nº. 534, de 13 de abril de 2005**. Disponível em: [http://www.pick-upau.org.br/mundo/raposa\\_serra\\_do\\_sol/raposa\\_serra\\_sol\\_portaria\\_20534.pdf](http://www.pick-upau.org.br/mundo/raposa_serra_do_sol/raposa_serra_sol_portaria_20534.pdf). Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. Receita Federal do Brasil. **Carga Tributária no Brasil 2018: análise por tributos e bases de incidência**, mar. 2020. Brasília: Esplanada dos Ministérios. Disponível em: <https://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/ctb-2018-publicacao-v5.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Fatos Fiscais**. Disponível em: <https://sites.tcu.gov.br/fatos-fiscais/index.htm>. Acesso em: 10 dez. 2020.

BRANDÃO, Guilherme. **Políticas públicas estatais**: a deliberação popular no ciclo das políticas públicas. Brasília: Senado Federal, 2013.

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

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucionais e o Litígio Estrutural**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em: 06 jul. 2018.

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

CANTARELLI, Margarida; SILVA, Altamir. A Constituição da República de Pernambuco de 1817. **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, v. 10, n. 22, set./dez. 2018. p 259-270. Disponível em: <https://revistas.faculdedamas.edu.br/index.php/cihjur/article/view/982/784>. Acesso em: 05 mar. 2021.

CARBONELL, Miguel. Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas. In: LA PROTECCIÓN judicial de los derechos sociales. Serie Justicia y Derechos

Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad. Equador: Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, *Editores*. 2009. p. 55-90.

CASTELLS, Manuel. **Ruptura: a crise da democracia liberal**. Tradução Joana Angélica d'Ávila Melo. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão; BRITO, Luiz Navarro de; BALEEIRO, Aliomar, **Constituição de 1967**. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

CHOMSKY, Noam. **O lucro ou as pessoas? Neoliberalismo e ordem global**. Tradutor Pedro Jorgensen Jr. São Paulo: Bertrand Brasil, 2002.

COLÔMBIA. **Constitución Política de Colombia de 1991**. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2021.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Unificación nº 559 de 1997**. Disponível em <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em: 11 jul. 2017.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela (T) nº. 153, de 1998**. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>. Acesso em: 12 jul. 2017.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Tutela (T) nº. 25/2004**. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: 12 jul. 2017.

CHAYES, Abraham. The role of the judge in public law litigation. **Harvard Law Review**, v. 89, n. 7, p. 1281-1316, 1976. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1340256>. Acesso em: 22 jan. 2021.

CLÉVER, Clémerson Merllin, LORENZETTO, Bruno Meneses. **Governo democrático e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DANTAS, Ivo. **Constituição & Processo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

DANTAS, Ivo. **Teoria do Estado Contemporâneo**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 253.

DANTAS, Ivo. **O Valor da Constituição**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

DANTAS, Ivo; CASTRO, Gina Gouveia Pires de; BARROS, Livia Dias. **O novo Constitucionalismo Latino-Americano e o Controle de Constitucionalidade**. Texto fornecido pelos autores. [s.l.]: [s.n.], 20--?

DANTAS, Ivo; GOUVÊA, Carina Barbosa. Controle de Constitucionalidade e a Experiência dialógica no STF: um desafio ao monopólio da interpretação nas audiências públicas. *In*:

DANTAS, Ivo [et al.] (org.). **Constitucionalismo Democrático e Justiça Constitucional**. 1. ed. Curitiba: Brazil Publishing, 2021. p.131-146.

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

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso Processual Civil – Processo Coletivo**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 4.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes, OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 75, p. 101-136, jan./mar. 2020.

DIRLIK, Arif. "Global South: Predicament and Promise". **The Global South**. v. 1, n. 1 &2, 2007. p. 12–23.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DUGARD, Jackie. Courts and Structural Poverty in South Africa: To What Extent Has the Constitutional Court Expanded Access and Remedies to the Poor? *In*: MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the global South**: the activist tribunals of India, South Africa, and Colombia. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 293-328.

FEITAL, Thiago Álvares. **Subjetividade e Direito Tributário**: teorias da equidade e o sujeito do Direito Tributário. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Tradução de Alexander Araujo de Souza e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas Constitucionais Programáticas – normatividade, operatividade e efetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERRARO, Marcella Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural**. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, 2015. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/39322>. Acesso em: 20 mar. 2020.

FGV/SP. **Tecnologia aplicada à gestão de conflitos no âmbito do Poder Judiciário Brasileiro com ênfase na em Inteligência Artificial**. Pesquisa desenvolvida pelo Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário desenvolvida sob a coordenação de Luís Felipe Salomão. dez. 2021. Disponível em: [https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/estudos\\_e\\_pesquisas\\_ia\\_1afase.pdf](https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/estudos_e_pesquisas_ia_1afase.pdf). Acesso em: 25 jan. 2021.

FLETCHER, William. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. **The Yale Law Journal**, v. 91, n. 4, 1982. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol91/iss4/1/>. Acesso em: 05 jan. 2020.

FLEISHER, David. **Um perfil sócio-econômico, Político e Ideológico da Assembleia Constituinte de 1987**. Trabalho apresentado ao XI Encontro Anual da ANPOCS. Águas de São Pedro. 1987. p. 1-18. Disponível em: <http://anpocs.com/index.php/encontros/papers/11-encontro-anual-da-anpocs/gt-12/gt02-11/6344-davidfleischer-perfil/file>. Acesso em: 16 jun. 2021.

FISS, Owen. Two Models of Adjudication. In: GOLDWIN, Robert A.; SCHAMBRA, William A. (ed.). **How Does the Constitution Secure Rights?**. University of Yale, 1984. p. 33-49. Disponível em: <https://www.law.yale.edu/sites/default/files/documents/faculty/papers/twomodels.pdf> . Acesso em: 10 jan. 2021.

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, 2017.

FULLER, Lon. **The Forms and Limits of Adjudication**, *Harvard Law Review*, v. 92, p. 353-409, 1978. Issue 2 Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/hlr92&div=21&id=&page=> . Acesso em: 9 mar. 2021.

GARGARELLA, Roberto; COURTIS, Christian. **El nuevo constitucionalismo latino-americano: promesas e interrogantes**. Las Naciones Unidas: Santiago, Chile. 2009. ISSN 1564-4162.

GARGARELLA, Roberto; COURTIS, Christian. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, Escuela de Derecho, Universidad Torcuato di Tella, v. 14, p 1-32, dic. 2013.

GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas**. Tradução de Maria Luíza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales em el Sur Global**. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America**. *Texas Law Review*. Texas, v. 89, p. 1669-1698, nov/2011.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado en Colombia** . Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010.

GOMES, Dias, 1922. **O pagador de promessas**. 36. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

GOUVÊA, Carina Barbosa. **O direito fundamental à saúde, um olhar para além do reconhecimento: construindo a efetivação que opera em favor da democracia e do desenho institucional**. Brasília: Gomes & Oliveira, 2015.

GOUVÊA, Carina Barbosa. **A Teoria da Separação dos Poderes em 30 anos de Constituição Democrática Brasileira**: o esquecido papel da cooperação para contemplar o todo perfeito do desenho institucional. 2019. p. 01-20. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3329942](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3329942). Acesso em: 20 dez. 2020.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

G1. **Casos de Covid no Brasil completam uma semana com queda significativa na média móvel, próxima de 30 mil por dia**. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2021/08/11/casos-de-covid-no-brasil-completam-uma-semana-com-queda-significativa-na-media-movel-proxima-de-30-mil-por-dia.ghtml>. Acesso em: 11 ago. 2021.

G1. **Fux anuncia cancelamento da reunião entre os Poderes**. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/08/05/fux-anuncia-cancelamento-de-reuniao-dos-chefes-dos-poderes.ghtml>. Acesso em: 05 ago. 2021.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos Direitos**: por que a liberdade depende dos impostos. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019. E-book.

JOBIM, Marco Félix. Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos litígios estruturais. In: JOBIM, Marco Félix; ARENHART, Sérgio Cruz (org). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017.

KLARMAN, Michael. Court, Congress na Civil Rights. In: DEVINS, Neil; WHITTINGTON, Keith E. Ed. **Congress and the Constituion**. Duke University Press, 2005.

HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. La Garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano em sede de acción de tutela: el llamano “estado de cosas inconstitucional”. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, Chile, Universidad de Talca, ano 1, n. 1, 2003.

HESSE, Konrand. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **A Garantia Jurisdicional da Constituição**. Tradução de Jean François Cleaver. Direito Público n. 1, jul./set. 2003. Doutrina Estrangeira. p. 111. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/233835928.pdf>. Acesso em: 14 out. 2020.

KELLER, Arno Arnoldo. **A exigibilidade dos direitos fundamentais sociais no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2007.

KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 2002.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as Democracias Morrem**. Tradução Renato Aguiar. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LIMA, João Alberto de Oliveira. **A Gênese do texto da Constituição de 1988**. João Alberto de Oliveira Lima, Edilenice Passos, João Rafael Nicola., Brasília: Senado Federal, Coordenação de edições técnicas, 2013. 2 v.

LIMA, Flávia Danielle Santiago; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. Ativismo Dialógico x Bloqueios Institucionais: limites e possibilidades do controle jurisdicional de políticas públicas a partir da sentença T-025/04 da Corte Colombiana. **Argumenta Journal Law**, n. 31, jul./dez. 2019. p. 209-244. Disponível em: [http://isaac.uenp.edu.br/seer/public\\_html/index.php/argumenta/article/view/1788/pdf](http://isaac.uenp.edu.br/seer/public_html/index.php/argumenta/article/view/1788/pdf). Acesso em: 10 mar. 2020.

LOPES, Júlio Aurélio Vianna. **A Carta da Democracia: o processo constituinte da ordem pública de 1988**. Rio de Janeiro: Topbooks, 2008.

LUCAS VERDÚ, Pablo. **O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como de integração política**. Tradução e prefácio Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MAIA, Fabiana; GOUVÊA, Carina Barbosa. Experiências dialógicas no STF: busca de uma jurisdição constitucional democrática? In: VALLE, Vanice Regina Lício do; PULCINELLI, Eliana; MANEIRO, Renata de Martins Jaber (coord.). **Contestação, persuasão e consenso no STF: uma construindo um constitucionalismo democrático [recurso eletrônico]**. 1.ed. Rio de Janeiro: Gramma, 2016. Recurso digital.

MARCHIORI, Neto; LENA, Dani. **A Suprema Corte dos EUA e a construção dos direitos sociais: estado-de-arte sobre a posição minoritária durante a Era Lochner (1905-1937)**. Disponível em: <http://repositorio.furg.br/handle/1/5223>. Acesso em: 21 out. 2020.

MEDEIROS JÚNIOR, Leonardo. **Processo estrutural consequencialista: a intervenção em políticas públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MELO, Luciana Grassano de Gouvêa. A Justiça Fiscal entre o “dever-ser” constitucional e o “ser” institucional. In: SCAFF, Fernando Facury; DERZI, Misabel de Abreu Machado; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; TORRES, Heleno Taveira (org.). **Reformas ou deformas tributárias: por que, para que, para quem e como?** Belo Horizonte: Letramento; Casa de Direito; Coleção de Direito Tributário & Financeiro, 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social. **Revista Do Serviço Público**, 39(4), 63-78. Disponível em: <https://doi.org/10.21874/rsp.v39i4.2239>. Acesso em: 05 jan. 2020.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. 2008.

Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE\\_CONRADO\\_HUBNER\\_MENDES.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf). Acesso em: 30 jun. 2020.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **Do espírito das leis**. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. ver. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

MOROZOV, Evgeny. **Big Tech**: a ascensão dos dados e a morte da política. Traduzido por Claudio Marconde. São Paulo: Ubu Editora, 2018.

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos Direitos Fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. In: **Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 737-767.

NASCENTES, Antenor. **Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: 1955. t. 1.

NETO, Francisco de Barros e Silva. Breves Considerações sobre os processos estruturais. **Civil Procedure Review**. v. 10. n. 01. jan./abr. 2019. Disponível em: [www.civilprocedurereview.com](http://www.civilprocedurereview.com). Acesso em: 19 ago. 2021.

NETO, João Costa. A Corte Constitucional Sul-Africana e os Direitos Fundamentais: um paradigma a ser seguido? **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Brasília: IDP, ano 7, n. 1, jan/jun, 2014. ISSN 1982-4564.

NOGUEIRA, Octaciano. **Constituição de 1824**. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania Social na Constituição de 1988- estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

OLIVEIRA, Daniela Olímpio de. **Uma sociologia da questão tributária no Brasil**: ocultamento e desocultamento da moral tributária. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

OLIVEIRA, Erival; PEIXOTO, Paulo (org.). **Vade Mecum. Administrativo, Constitucional e Tributário conjugados**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

OLIVEIRA, Luciano. **O Enigma da Democracia. O pensamento de Claude Lefort**. Piracicaba: Jacintha Flores, 2010.

OXFAM BRASIL. **Direitos Humanos em tempos de austeridade**. Estudo realizado em parceria com a Oxfam Brasil, Inesc e CERS apresentado em audiência publicada no dia 14 de dezembro de 2017 na Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.oxfam.org.br/noticias/teto-de-gastos-estudo-revela-queda-de-ate-83-em-politicas-publicas-para-area-social/>. Acesso em: 19 ago. 2020.

OXFAM BRASIL. **A distância que nos une**: um retrato das desigualdades brasileiras. Disponível em: <https://www.oxfam.org.br/um-retrato-das-desigualdades-brasileiras/a-distancia-que-nos-une/>. Acesso em: 19 ago. 2020.

ONU. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Adotada pela Resolução n. 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e ratificada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>. Acesso em: 15 maio 2021.

ONU. **Comentários Gerais dos Comitês de Tratados de Direitos Humanos da ONU e Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. 2018. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/0/Coment%C3%A1rios%20Gerais%20da%20ONU.pdf>. Acesso em: 15 maio 2021.

PARDO, David. Compromisso Significativo. **Jornal Correio Braziliense**. 14 set. 2015. p. 9. Caderno opinião

PISARELLO, Gerardo. Los Derechos Sociales y sus Garantías: notas para uma mirada “desde abajo”. In: LA PROTECCIÓN judicial de los derechos sociales. Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad. Ecuador: Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, *Editores*, 2009. p. 31-54.

POLETTI, Ronaldo. **Constituição de 1934**. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

PORTO, Walter Costa. **Constituição de 1937**. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

POST, Robert; SIEGEL, Reva Roe Rage. **Democratic Constitutionalism and Backlash**. **Harvard Civil Rights Civil Liberties Law Review**, 2007; Yale Law School, Public Law Working Paper, n. 131. Disponível em: [https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Siegel\\_RoeRageDemocraticConstitutionalismAndBacklash.pdf](https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Siegel_RoeRageDemocraticConstitutionalismAndBacklash.pdf). Acesso em: 10 jan. 2021.

PRADO, Anna Priscylla Lima; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. Litígios Estruturais e Experimentalismo Democrático: reflexões a partir da constitucionalização do processo civil brasileiro. In: DANTAS, Ivo [et al]. (org.). **Constitucionalismo Democrático e Justiça Constitucional**. 1. ed. Curitiba: Brazil Publishing, 2021. p. 67-89.

PUGA, Mariela G. **Litigio Estructural**. Tesis (Doctoral) - Faculdade de Derecho de La Universidad de Buenos Aires, 2013.

PULCINELLI, Eliana. **STF como indutor da mudança no constitucionalismo de transformação**. Curitiba: Juruá, 2016.

RANCIÈRE, Jacques. **Ainda se pode falar de democracia?** (2011). Trad. V. Brito. Ed. J. f. Figueira e V. Silva. Lisboa: Editor KKYM, 2014. E-book.



RAQUEL CÁRDENAS, Blanca. **Contornos jurídico-fáticos del estado de cosas inconstitucional**. 1. ed. Colômbia: Editora da Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho, 2011.

REYMÃO, Ana Elizabeth Neirão; CEBOLÃO, Karla Azevedo; ALVES, José Antônio. Os dilemas da construção do Estado Social no Brasil a partir do Consenso de Washington. *In*: REYMÃO, Ana Elizabeth Neirão; KOURY, Susy Elizabeth Cavalcante (coord). **O Capital no Século XXI: Piketty e a economia da desigualdade**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 215-237.

ROLLA, Giancarlo. La evolución del constitucionalismo em América Latina y la originalidade de las experiencias de justicia constitucional. **Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional**, Madrid, n. 16, 2012.

SABEL, Charles f; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds, **Havard Law Review**, v.117, n. 04, p. 1016-1101 fev. 2004. Disponível em: [https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1824&context=faculty\\_scholarship](https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1824&context=faculty_scholarship). Acesso em: 10 abr. 2021.

SACHÍS. Luis Prieto. **Neconstitucionalismo y Ponderación Judicial**. 2001. p. 201-228. Disponível em: [http://afduam.es/wp-content/uploads/pdf/5/6900111\(201-228\).pdf](http://afduam.es/wp-content/uploads/pdf/5/6900111(201-228).pdf). Acesso em: 08 out. 2020.

SAMPAIO. Joséx Adércio Leite. Teoria e Prática do Poder Constituinte. Como legitimar ou desconstruir 1988- 15 anos depois. *In*: SAMPAIO. Joséx Adércio Leite (coord.). **15 anos de Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 31-32.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A cruel pedagogia do vírus** [recurso eletrônico]/ Boaventura de Sousa Santos. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2020. Recurso digital.

SEM, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras. 2010.

SIEYES, Emmanuel Joseph. **Qu'est-ce que Le Tiers État ?, Précédé de L'Essai Sur Les Privilèges**. Traduzido a partir da edição crítica com uma introdução por Edme Champion (1889), Paris, PUF Quadrige, 1989, Cículo de Leitores e Temas e Debates, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Alfredo Canellas Guilherme da; GOUVÊA, Carina Barbosa. **Constitucionalismo e seus modelos contemporâneos de transformação e transição**. Disponível em: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/download/201/166/>. Acesso em: 08 out. 2020.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O STF e o controle de constitucionalidade**: deliberação, diálogo e razão pública. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4144/2927>. Acesso em: 08 out. 2020.

SOUTH AFRICA. “**Constitution of the Republic of South Africa, Act 108 of 1996**”, substituted by s. 1 (1) of the Citation of Constitutional Laws, 2005 (Act No. 5 of 2005) [Assented to 16 December 1996. Disponível em: <https://www.cabri-sbo.org/pt/documents/the-constitution-of-the-republic-of-south-africa-1996> . Acesso em: 03 jul. 2021.

STIGLITZ, Joseph E. **O mundo em queda livre**: os Estados Unidos, o mercado livre e o naufrágio da economia mundial. Tradução José Viegas Filho. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. A jurisdição constitucional e as possibilidades hermenêuticas de efetivação da constituição: um balanço crítico nos quinze anos da constituição. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, 2003. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista23/revista23\\_66.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_66.pdf). Acesso em: 20 set. 2020.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

SUNSTEIN, Cass R. Constituciones y democracias: epílogos. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. **Constitucionalismo y democracia**. México DF: Fondo de Cultura Económica, 1999.

SUPREME COURT. **Brown v. Board of Education of Topeka**, 347 U.S. 483 (1954). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>. Acesso em: 20 ago. 2020.

TÁCITO, Caio. **Constituição de 1988**. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

UCKMAR, Victor. **La capacidad contributiva, presupuesto jurídico e fundamento de la tributacion**. 2011. Disponível em: <http://www.uckmar.net/index.asp?pag=opi&rec=132>. Acesso em: 10 jul. 2021.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Políticas Públicas e ações civis públicas: judicialização da política? In: **Direito em Movimento**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 2, p. 182-202, 2º sem. 2018.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Demandas derivadas e ampliação do núcleo essencial do direito à moradia: deferência como critério judicial de solução. In: VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; SGANZERLA, Rogerio Barros (org.). **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. v. 1. p. 182-208.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Do Compromisso Maximizador ao Constitucionalismo Resiliente. In: DIMOULIS, Dimitri [et al]. **Resiliência constitucional**: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual. 1. ed. São Paulo: Direito GV, 2013. p.18-24.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista Direito GV, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez. 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2020.

VIEIRA, Oscar Vilhena; DIMOULIS, Dimitri. A Rigidez Complacente e a Contínua atualização constitucional. In: DIMOULIS, Dimitri [et al]. **Resiliência constitucional**: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual. 1. ed. São Paulo: Direito GV, 2013. p.41-50.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo (REPRO)**, v. 284, out. 2018. [versão digital].

VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural- Teoria e Prática**. Salvador: JusPodivm, 2020.

WEAVER, Russel. **The rise and decline of structural remedies**. San Diego Law Review, v. 41, 2004. Disponível em: <https://digital.sandiego.edu/sdlr/vol41/iss4/11/>. Acesso em: 30 ago. 2020.

WRIGHT, Erik Olin. **Como ser anticapitalista no século XXI?** Tradução Fernando Cauduro Pureza. 1.ed. São Paulo: Boitempo, 2019.