

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO SOCIOAMBIENTAL E SUSTENTABILIDADE**

THAIS STEFANO MALVEZZI

**A DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL
CONCENTRADA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS POR MEIO DOS PROCESSOS
ESTRUTURAIS**

CURITIBA

2023

THAIS STEFANO MALVEZZI

**A DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL
CONCENTRADA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS POR MEIO DOS PROCESSOS
ESTRUTURAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa

CURITIBA

2023

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central
Luci Eduarda Wielganczuk – CRB 9/1118

M262d 2023	Malvezzi, Thais Stefano A democratização do acesso à jurisdição constitucional concentrada como instrumento de efetividade dos direitos fundamentais sociais por meio dos processos estruturais / Thais Stefano Malvezzi ; orientadora: Claudia Maria Barbosa. – 2023. 112 f. ; 30 cm Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2023 Bibliografia: f. 109-112 1. Direito constitucional. 2. Direitos civis. 3. Direitos sociais. 4. Acesso à justiça. 5. Política pública. 6. Poder Judiciário e questões políticas. I. Barbosa, Claudia Maria. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título. Dóris 3. ed. – 341.2
---------------	---

TERMO DE APROVAÇÃO

THAIS STEFANO MALVEZZI

A DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL CONCENTRADA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS POR MEIO DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial para a aprovação no Mestrado em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Professora Dra. Claudia Maria Barbosa
Orientadora PPGD – PUCPR

Professor Dr. Daniel Wunder Hachem
Membro PPGD – PUCPR

Professora Dra. Estefania Maria de Queiroz Barbosa
Membro externo – UFPR

Curitiba, 28 de março de 2023.

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu diversos direitos fundamentais sociais, mas nem sempre o Estado se empenha em cumprir as promessas constitucionais. Além disso, diversos segmentos da sociedade civil não conseguem pautar as discussões sobre os seus interesses e direitos segundo as regras do processo político ordinário. Nesse contexto, a atuação do Judiciário para, superando as situações de bloqueio político e institucional, conter a violação de direitos fundamentais sociais é imprescindível, mas é preciso reconhecer que a intervenção judicial em políticas públicas apresenta fragilidades democráticas. Como a determinação judicial para que os direitos fundamentais sociais sejam observados envolve a necessidade de estruturação de políticas públicas, função típica do Poder Executivo, os processos estruturais possibilitam a racionalização da intervenção judicial, ao procurar as causas do problema e buscar soluções mediante a participação de todos os envolvidos. Assim, partindo do reconhecimento de que o descumprimento dos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição de 1988 configura hipótese de omissão inconstitucional, é possível essas falhas estruturais sejam enfrentadas por meio da jurisdição constitucional concentrada, no âmbito do Supremo Tribunal Federal pelos processos estruturais. Todavia, esta modalidade de acesso à justiça é limitada a legitimados específicos. Desse modo, a pesquisa teve por objeto avaliar se a democratização do acesso à jurisdição constitucional concentrada no Supremo Tribunal Federal em processos estruturais contribuiria de alguma forma para a efetividade dos direitos fundamentais sociais. Partiu-se da hipótese de que a garantia do direito de acesso à jurisdição constitucional concentrada às organizações da sociedade civil de caráter nacional, tal como previsto no art. 103, inciso IX, da Constituição de 1988, possibilitaria o enfrentamento das falhas estruturais causadas por bloqueios políticos ou institucionais da política majoritária na concretização de políticas públicas, contribuindo, ainda que de forma indireta/reflexa, para a concretização igualitária de direitos fundamentais sociais por meios dos processos estruturais. Porém, essa porta de acesso à justiça foi estreitada pelo STF desde a promulgação da constituição e, apenas após a decisão cautelar no âmbito da ADPF 709 no ano de 2020, promoveu-se o resgate da acepção original da previsão constitucional, capaz de ampliar as vozes na jurisdição constitucional concentrada. O objetivo foi o de demonstrar a imprescindibilidade de se conferir o direito de acesso e de voz no âmbito da jurisdição constitucional concentrada àquelas parcelas da sociedade que, embora representativas de determinados segmentos sociais, têm sua participação renegada nos processos políticos ordinários. O método adotado foi o hipotético-dedutivo e, quanto ao procedimento, apresenta pesquisa bibliográfica e documental. Partindo-se da ideia de que a interpretação constitucional é tarefa de todos os atores políticos e sociais, concluiu-se que a democratização do acesso à jurisdição constitucional concentrada possibilita a inclusão e a ampliação de vozes comumente caladas nas demais esferas de poder, funcionando como mecanismo de desbloqueio de pautas invisibilizadas nos processos políticos majoritários e contribuindo, ainda que de forma indireta, para a realização igualitária dos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição de 1988. Essa garantia de acesso à justiça reforça não só a legitimidade democrática do Poder Judiciário, mas a sua legitimidade social.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Judicialização da política. Políticas Públicas. Processo estrutural. Acesso à justiça.

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 established several fundamental social rights, but the State does not always strive to fulfill constitutional promises. In addition, several segments of civil society are unable to guide discussions about their interests and rights according to the rules of the ordinary political process. In this context, the role of the Judiciary to, overcoming political and institutional blockage situations, contain the violation of fundamental social rights is indispensable, but it is necessary to recognize that judicial intervention in public policies presents democratic weaknesses. As the judicial determination for the observance of fundamental social rights involves the need to structure public policies, a typical function of the Executive Power, the structural processes make it possible to the rationalization of judicial intervention, by looking for the causes of the problem and seeking solutions through the participation of all those involved. So, based on the recognition that non-compliance with fundamental social rights provided for in the Constitution of 1988 constitutes a hypothesis of unconstitutional omission, it is possible that these structural flaws are faced through concentrated constitutional jurisdiction, within the scope of the Federal Supreme Court, through structural litigation. However, this modality of access to justice is limited to specific legitimacy. Therefore, the research aimed to assess whether the democratization of access to constitutional jurisdiction concentrated in the Federal Supreme Court in structural litigation would contribute in some way to the effectiveness of fundamental social rights. It was based on the hypothesis that the guarantee of the right of access to the constitutional jurisdiction concentrated on national civil society organizations, as provided for in article 103, item IX, of the Constitution of 1988, would make it possible to face the structural failures caused by blockages of political elements or institutional aspects of the majority policy in the implementation of public policies, contributing, even if indirectly/reflexively, to the egalitarian implementation of fundamental social rights through structural processes. However, this door of access to justice has been narrowed by the STF since the promulgation of the constitution and, only after the injunction under the ADPF 709 in the year 2020, the rescue of the original meaning of the constitutional provision was promoted, capable of expanding the voices in concentrated constitutional jurisdiction. The objective was to demonstrate the indispensability of granting the right of access and voice within the scope of the constitutional jurisdiction concentrated to those portions of society that, although representative of certain social segments, have their participation denied in ordinary political processes. The adopted method was the hypothetical-deductive one and, as for the procedure, it presents bibliographical and documental research. Based on the idea that constitutional interpretation is the task of all political and social actors, it was concluded that the democratization of access to concentrated constitutional jurisdiction enables the inclusion and expansion of voices commonly silenced in other spheres of power, functioning as a mechanism for unblocking agendas made invisible in the majority political processes and contributing, albeit indirectly, to the equal realization of fundamental social rights provided for in the Constitution of 1988. This guarantee of access to justice reinforces not only the democratic legitimacy of the Judiciary, but its social legitimacy.

Key-words: Constitutionalism. Judicialization of politics. Constitutional interpretation. Structural litigation. Access to justice.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. O CONTEXTO DA ASCENSÃO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL	13
2.1. DO CONSTITUCIONALISMO LIBERAL AO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL E OS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	13
2.2. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	26
2.3. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: A QUEM CABE INTERPRETAR A CONSTITUIÇÃO?.....	38
3. A CONSTITUIÇÃO E OS PROCESSOS ESTRUTURAIS	48
3.1. O LITÍGIO ESTRUTURAL DECORRENTE DA TUTELA INSUFICIENTE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	48
3.2. OS PROCESSOS ESTRUTURAIS E A EFETIVIDADE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	57
3.3. JUSTIFICATIVAS E FUNÇÕES DA JUDICIALIZAÇÃO DO LITÍGIO ESTRUTURAL	65
4. A DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO PRESSUPOSTO DA REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	76
4.1. HISTÓRICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DA LEGITIMIDADE ATIVA.....	78
4.2. A FLEXIBILIZAÇÃO DO ACESSO À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO STF	86
4.3. A ADPF 709 E A SUPERAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA AO ART. 103, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	96
5. CONCLUSÃO	105
REFERÊNCIAS	108

1. INTRODUÇÃO

A mudança ocorrida nas últimas décadas em relação ao papel das Constituições a partir do paradigma jusfilosófico denominado pós-positivismo fez surgir alguns fenômenos dentre os quais se destacam a força normativa da constituição e a consequente judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder do Executivo e do Legislativo para o Judiciário.

Até então, as constituições consagravam direitos que dependiam quase que exclusivamente dos governantes do momento para se realizarem e não havia a quem recorrer nos casos de violação. A partir da atribuição de força normativa às normas constitucionais, os direitos que não eram efetivados espontaneamente pelos poderes constituídos passaram a ser demandados perante o Poder Judiciário, o que provocou uma ascensão institucional do Poder Judiciário.

Esse fenômeno ocorreu no Brasil a partir da Constituição de 1988, a qual foi promulgada com um amplo e generoso rol de direitos fundamentais e criou diversos remédios constitucionais que fortaleceram os mecanismos de controle de constitucionalidade.

Diante do atual quadro de profundo descumprimento do programa constitucional, a atuação do Judiciário para conter a violação de direitos é indispensável. Porém, é preciso não só identificar, mas assumir que a efetivação de direitos fundamentais sociais pelo Poder Judiciário apresenta fragilidades democráticas. Para tanto, é preciso diagnosticar quais são essas fragilidades da atuação judicial para se pensar em formas de minimizar essas deficiências por procedimentos que legitimem democraticamente as decisões judiciais – o que pode se tornar possível por meio dos chamados processos estruturais. Além disso, também é preciso repensar os mecanismos de acesso ao sistema de justiça, de forma que o recurso ao Judiciário seja um instrumento de contestação e de luta pela realização de direitos, especialmente acessível àquelas parcelas da população sem voz nos processos políticos ordinários.

Nesse contexto, a democratização do acesso à jurisdição constitucional concentrada no Supremo Tribunal Federal em processos estruturais contribui de alguma forma para a efetividade dos direitos fundamentais sociais?

Entende-se que a garantia do direito de acesso à jurisdição constitucional concentrada às organizações da sociedade civil de caráter nacional, tal como previsto no art. 103, inciso IX, da Constituição de 1988, possibilita o enfrentamento das falhas estruturais causadas por bloqueios políticos ou institucionais da política majoritária na concretização de políticas públicas, contribuindo – ainda que de forma indireta/reflexa – para a concretização igualitária de direitos fundamentais sociais por meios dos processos estruturais.

O objetivo geral da pesquisa é o de demonstrar a imprescindibilidade de se conferir o direito de acesso e de voz no âmbito da jurisdição constitucional concentrada àquelas parcelas da sociedade que – embora representativas de determinados segmentos sociais – têm sua participação renegada nos processos políticos ordinários. Assim, no contexto de descumprimento generalizado de diversos preceitos constitucionais, deve-se garantir que a sociedade civil possa acionar diretamente o Judiciário e, a partir de sua própria voz, lutar pela efetividade dos direitos fundamentais sociais por meio de processos estruturais.

Para alcançar o objetivo geral, fez-se necessário o atingimento dos seguintes objetivos específicos: (i) a descrição do contexto que possibilitou a ascensão institucional do Poder Judiciário no Brasil e a consequente judicialização da política; (ii) a exposição do litígio estrutural como hipótese de omissão inconstitucional e a possibilidade de seu enfrentamento por meio de um processo estrutural como mecanismo do desbloqueio de políticas públicas e da realização efetiva dos direitos fundamentais sociais; (iii) a demonstração da necessidade da flexibilização do acesso à jurisdição constitucional concentrada como pressuposto da realização das promessas constitucionais não realizadas, de forma a permitir que os segmentos marginalizados do processo político possam falar em causa própria.

A pesquisa tem por justificativa o reiterado descumprimento estatal das promessas contidas na Constituição de 1988. Decorridos mais de 35 anos de sua promulgação, é notório que muitos dos objetivos constitucionais não foram sequer almejados pelos governos que se sucederam. Nesse contexto, é possível vincular a Administração Pública à concretização dos direitos fundamentais, especialmente os sociais, na busca do cumprimento dos objetivos constitucionais? Se sim, qual seria um

instrumento possível para que a parcela da sociedade civil excluída dos processos políticos majoritários possa reivindicar tais direitos?

Para tanto, o texto percorre diferentes teorias constitucionais contemporâneas, com ênfase nas teorias da *sociedade aberta dos intérpretes*, proposta por Peter HÄBERLE, e do *constitucionalismo democrático*, defendida por Robert POST e Reva SIEGEL para compreender a necessária retomada da participação popular na definição do sentido da constituição. Desse modo, ainda que a interpretação constitucional seja levada a efeito pelos Tribunais no âmbito de processos judiciais, a concepção que a sociedade civil detém a respeito de determinado direito deve ser considerada em todos os seus efeitos.

A proposta da *sociedade aberta dos intérpretes* inspirou de forma direta as disposições legislativas das audiências públicas e da figura do *amicus curiae*, instrumentos previstos nas Leis 9.868/1999 e 9.882/1999, que regulamentaram o processo e o julgamento das ações de controle de constitucionalidade.

A teoria do *constitucionalismo democrático*, por sua vez, ao invés de polarizar, pretende demonstrar como a interação entre o constitucionalismo e a democracia pode ser construtiva. Nesse sentido, a legitimidade da jurisdição constitucional residiria em sua capacidade de ser reconhecida como expressão da própria identidade do povo (responsividade democrática). Trata-se de exigir o cumprimento da constituição ao mesmo tempo em que se reafirma o papel dos tribunais na interpretação constitucional. Porém, diferente do defendido pelas teorias reconhecidas como constitucionalismo popular, o constitucionalismo democrático não pretende retirar a constituição dos tribunais, uma vez que reconhece o papel essencial dos direitos fundamentais garantidos judicialmente.

Considerando que, com a longa lista de direitos previstos na constituição, ocorreu uma expansão do protagonismo institucional e político do Judiciário nos processos decisórios e que a interpretação constitucional não é exclusiva deste Poder, é preciso se pensar em formas de retomar a participação social nesta nova arena de disputa de direitos. A jurisdição constitucional, portanto, não é algo oposto à democracia, mas seu próprio catalisador quando procura fomentar o debate político dentro e fora das instituições, desbloqueando pautas renegadas em outros espaços públicos.

É nesse contexto que – entendendo-se que a não realização das promessas constitucionais e dos direitos fundamentais sociais ali previstos configuram hipótese de omissão inconstitucional – os processos estruturais surgem como mecanismo adequado de enfrentamento judicial perante a jurisdição constitucional das falhas estruturais relativas à falta ou à deficiência das políticas públicas. Essa possibilidade é ainda mais premente nos casos em que há bloqueios políticos ou institucionais que impedem a discussão e o enfrentamento de temas relevantes a determinada parcela da sociedade civil nos processos políticos majoritários.

Desse modo, a partir (i) das premissas defendidas pelas teorias da sociedade aberta dos intérpretes e do constitucionalismo democrático; (ii) da concepção do Judiciário como um novo palco de luta e disputa por direitos; e (iii) da contribuição que os processos estruturais podem dar ao aprimoramento das políticas públicas, é preciso conferir à sociedade civil a capacidade de inaugurar uma deliberação pública a respeito de determinado direito violado. Mais do que isso, é preciso garantir que a sociedade civil tenha a capacidade de definir os termos de uma demanda e falar em nome próprio no curso de todo o processo judicial, sem a necessidade de intermediação dos demais entes legitimados à jurisdição constitucional concentrada.

É nesse sentido que a Assembleia Nacional Constituinte, na intenção de atribuir maior poder à sociedade civil na disputa dos sentidos da constituição, trouxe a previsão de que entidades de classe teriam legitimidade ativa para a propositura de ações de controle de constitucionalidade (art. 103, inciso IX, da Constituição de 1988). Infelizmente, a vontade do poder constituinte originário foi restringida por anos pelo Supremo Tribunal Federal que vinculou a expressão ‘classe’ à ideia de profissão ou segmento econômico, negando o direito de acesso às associações representativas de outros segmentos da sociedade civil.

Finalmente, no ano de 2020, no âmbito da ADPF 709, o STF aderiu à vontade do poder constituinte originário ao reconhecer expressamente que as entidades que representam grupos vulneráveis podem propor ações diretas perante a jurisdição constitucional.

O desenvolvimento metodológico desta pesquisa compreendeu o aprofundamento teórico, sobretudo na problemática específica das condições que possibilitaram a ascensão institucional do Poder Judiciário no sistema tripartite de

poderes, refletindo-se sobre a judicialização da política e quem são os intérpretes da constituição, segundo as contribuições das teorias do *constitucionalismo democrático* e da *sociedade aberta dos intérpretes*.

Em um segundo momento, defendeu-se a hipótese de que a não concretização dos direitos fundamentais sociais caracteriza hipótese de omissão inconstitucional a ser enfrentada por meio de processos estruturais no âmbito da jurisdição constitucional concentrada, refletindo-se, ainda, sobre os efeitos diretos e indiretos de uma provocação judicial para o tratamento de políticas públicas problemáticas.

Por fim, refletiu-se sobre a necessidade de se democratizar o acesso à jurisdição constitucional concentrada nos termos previstos na própria Constituição de 1988 (art. 103, inciso IX), possibilitando que organizações da sociedade civil, especialmente aquelas excluídas dos processos políticos ordinários, possam acionar o Judiciário na luta pela efetividade de seus direitos. A partir do marco teórico utilizado nesta pesquisa, reflete-se sobre possíveis contribuições das teorias do constitucionalismo democrático e da sociedade aberta dos intérpretes à realidade brasileira, a fim de posicionar o Poder Judiciário como uma esfera pública de participação e mobilização popular.

Para o cumprimento das etapas acima referidas, foi utilizado o método de abordagem hipotético-dedutivo, por meio do qual se procurou responder o problema formulado do geral para o particular a partir da análise de legislação, jurisprudência e doutrina, especialmente de obras bibliográficas especializada no assunto, no intuito de comprovar a hipótese inicialmente levantada, analisando também eventuais possíveis refutações à mesma.

O método de procedimento foi o histórico e o comparativo, por meio da investigação de fenômenos passados e de possibilidades alternativas para fins de avaliação do estado atual das coisas.

A pesquisa foi realizada por meio de documentação indireta, pela pesquisa bibliográfica de fontes secundárias (artigos, revistas, livros e monografias) sobre o tema e de pesquisa documental de fontes primárias (decisões do Supremo Tribunal Federal).

O trabalho foi dividido em três capítulos. No primeiro, contextualizou-se a ascensão institucional do Poder Judiciário no Brasil a partir da descrição da evolução do modelo de constitucionalismo liberal ao constitucionalismo social, o qual resultou na

promulgação da Constituição de 1988, farta na previsão de direitos fundamentais sociais e de promessas de um país mais igualitário. Em seguida, enfrentou-se o tema da judicialização da política resultante dessa expansão do texto constitucional e, ao final do capítulo, refletiu-se sobre quem são os intérpretes da constituição.

No segundo capítulo, a partir da premissa de que a tutela insuficiente dos direitos fundamentais configura hipótese de omissão inconstitucional, apresentou-se os processos estruturais como mecanismo adequado de intervenção judicial em políticas públicas com o fim de dar efetividade aos direitos fundamentais, especialmente os sociais. No último tópico discorreu-se sobre os efeitos diretos e indiretos da judicialização de um litígio estrutural, em especial sobre o seu efeito desbloqueio de políticas públicas.

Por fim, no terceiro capítulo – partindo dos pressupostos da constitucionalização do direito, da expansão da intervenção judicial em políticas públicas e de que a tarefa de interpretar a constituição cabe a diversos intérpretes – discorreu-se sobre a necessidade de flexibilizar, ainda que de forma moderada, o acesso à jurisdição constitucional concentrada para que litígios estruturais relevantes, notadamente os decorrentes do descumprimento reiterado dos direitos fundamentais sociais, sejam levados ao Judiciário a partir e por meio da voz dos principais prejudicados.

2. O CONTEXTO DA ASCENSÃO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL

2.1. DO CONSTITUCIONALISMO LIBERAL AO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL E OS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O constitucionalismo é um movimento político que se definiu pelo estabelecimento de uma constituição que organiza e limita o exercício do poder político. O primeiro modelo de constitucionalismo – motivado pelas revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII insurgentes contra o Estado absolutista – foi o liberal. O principal objetivo dos primeiros textos constitucionais era o de impedir o arbítrio dos governantes, estabelecendo limites ao exercício do poder político. Para tanto, as constituições previam normas com dois conteúdos básicos: de um lado, as normas instituidoras de direitos individuais, de outro, as normas de organização do Estado.¹

Portanto, as constituições liberais surgem a partir da necessidade de se limitar o poder do Estado, por meio da organização de sua estrutura e da definição de direitos fundamentais, especialmente os direitos de liberdade em sua dimensão individual.² A partir desse arranjo, as constituições liberais desenhavam um Estado constitucional moderado, que era capaz de proteger, em especial, as liberdades, a segurança e a propriedade dos indivíduos. Nesse quadro, os direitos fundamentais eram vistos como direitos negativos que impunham abstenções ao Estado, protegendo os indivíduos de eventual arbítrio ou abuso da ação estatal.³

Esse constitucionalismo liberal-burguês pregava a igualdade sob uma perspectiva apenas formal, embora nem mesmo esse aspecto fosse preservado, como por exemplo com o emprego de critérios censitários para o exercício de direitos políticos.

Além disso, o ideal de liberdade era vinculado à ideia de autonomia privada do indivíduo (e não à autonomia pública do cidadão), cujo objetivo era apenas o de assegurar ao indivíduo uma esfera livre de constrangimentos estatais. A liberdade era

¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 184.

² BARBOSA, Claudia Maria. A juristocracia no Brasil e o futuro da Constituição. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 14, n. 2, maio./ago. 2019. p. 4.

³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 80.

vista sob a ótica igualmente formal, na medida em que não se questionava o nível de liberdade real das pessoas, ou seja, não havia a preocupação com a existência de condições materiais mínimas para que cada um pudesse fazer suas escolhas particulares de vida.⁴

O modelo de Estado Liberal partia da premissa de abstenção do Poder Público, pois pressupunha um equilíbrio das forças sociais que atuavam livremente no exercício da autonomia privada. Ocorre que esse equilíbrio proposto pelo modelo liberal era hipotético e os problemas sociais – advindos da inércia do Estado e do desequilíbrio do jogo de forças – logo ganharam força, especialmente a partir do início do século XX.

Diversos fatores contribuíram para a crise do Estado Liberal, dentre os quais se destaca o elevado grau de exploração do trabalho promovido pela industrialização. Além disso, o livre mercado gerou não apenas desigualdade social, mas também trouxe patologias que ameaçavam o seu próprio funcionamento, como o surgimento de monopólios e oligopólios que ofendiam o ideal da livre concorrência.⁵

A grande pressão dos trabalhadores, aliada ao receio de rupturas revolucionárias de inspiração de esquerda e da aparente disfuncionalidade da *mão invisível*, fez surgir um novo modelo de constitucionalismo – o social. A busca por igualdade material passou a exigir uma ação corretiva do Estado, por meio de uma administração pública ativa, responsável pelo fornecimento de bens e pela prestação de serviços que assegurassem condições materiais mínimas a todos.⁶

Esse novo propósito fez emergir um novo constitucionalismo comprometido com a dignidade humana e a igualdade material. Conforme destacam Cláudio Pereira de SOUZA NETO e Daniel SARMENTO “*O constitucionalismo social não renega os elementos positivos do liberalismo (...) mas antes pugna por conciliá-los com a busca da justiça social e do bem-estar coletivo*”.⁷

Nesse sentido, após a Primeira Guerra Mundial, alguns países aprovaram constituições que contemplavam diversos direitos fundamentais sociais, abrangendo

⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 81.

⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 82.

⁶ BITTENCOURT NETO, Eurico. Estado social e administração pública de garantia. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 289-302, jan./abr. 2017. p. 291.

⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 84.

matérias que até então não eram consideradas como constitucionais, como se verificou na Constituição mexicana, de 1917, e na Constituição alemã, de 1919. Essas constituições pretenderam organizar não apenas o Estado, mas também a sociedade, prescrevendo normas que disciplinavam a ordem econômica, as relações de trabalho e a família. Os textos constitucionais incorporaram direitos fundamentais sociais, os quais passaram a demandar do Estado – por meio de políticas públicas – o fornecimento de prestações materiais, tais como educação, moradia, saúde e previdência social. Embora tais constituições não tenham excluído os direitos individuais clássicos, especialmente os patrimoniais passaram a ter sua proteção relativizada e até mesmo condicionada a uma função social. Além disso, a autonomia negocial foi relativizada diante da necessidade de intervenção estatal na defesa das partes mais fracas nas relações sociais.⁸

No Brasil, o modelo do constitucionalismo social foi inaugurado pela Constituição de 1934, que embora tenha tido curta duração com a outorga da Carta de 1937, incorporou uma série de temas não previstos nas constituições anteriores, tais como a disciplina da ordem econômica, das relações de trabalho, da família, da educação e da cultura.

O sistema de direitos fundamentais sofreu as alterações mais sensíveis, que evidenciaram o caráter social da Constituição de 1934. A constituição trouxe um amplo rol de direitos e garantias individuais, mantidas as tradicionais liberdades civis. O direito de propriedade foi condicionado à função social, que não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo (art. 113, XVII). Porém, a maior novidade no campo dos direitos fundamentais foi a previsão dos direitos sociais, os quais estavam inseridos nos títulos que tratavam da “ordem econômica e social”, merecendo destaque os direitos trabalhistas (art. 121) e o amparo aos desvalidos, à maternidade e à infância e o socorro à família numerosa (art. 138).

Após, sucederam-se a Carta de 1937, a Constituição de 1946, a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 65 de 1969 até à promulgação da Constituição de 1988, a qual representou sob o ponto de vista histórico “*o coroamento do processo de transição do regime autoritário em direito à democracia*”.⁹

⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 83.

⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 170.

Nas décadas de 1980 e 1990 na América Latina, as constituições pós ditatoriais expressaram preocupações sociais.¹⁰ Para tanto, a Constituição de 1988, além de trazer em seu texto forte compromisso com os direitos fundamentais e com a democracia, mostrou-se preocupada com o futuro, prescrevendo a construção de uma sociedade mais justa, fundada na dignidade da pessoa humana. É nesse sentido que no art. 3º, inciso I, estabeleceu como um dos objetivos fundamentais a construção de “*uma sociedade livre, justa e solidária*”.

Além disso, o texto constitucional foi expresso ao estabelecer também como objetivo fundamental “*erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*” (art. 3º, inciso II). Esta previsão, somada à consagração expressa de um amplo rol de direitos econômicos, sociais e culturais evidencia a opção constituinte da instituição no Brasil de um modelo de *Estado Social e Democrático de Direito*.¹¹

Nesse sentido, a Constituição de 1988 é uma constituição *dirigente*¹² ou *programática*, na medida em que não se limitou a organizar o Estado e prescrever os direitos negativos para limitar a intervenção estatal, mas previu direitos positivos, estabelecendo metas e programas a serem implementados pelo Estado e pela sociedade. Ao propor a alteração do *status quo* “*a Constituição brasileira se reveste de uma forte dimensão prospectiva, na medida em que define um ‘horizonte de sentido’, que deve inspirar e condicionar a ação das forças políticas*”.¹³

A Constituição de 1988 cuida não só o Estado, mas da própria sociedade, uma vez que regula diversos campos da vida social e contém princípios e valores fundamentais que devem nortear a interpretação de todo o ordenamento infraconstitucional. Esse atributo, somado ao caráter analítico do texto constitucional, favoreceu o fenômeno da

¹⁰ BARBOSA, Claudia Maria. A juristocracia no Brasil e o futuro da Constituição. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 14, n. 2, maio./ago. 2019. p. 5.

¹¹ BITTENCOURT NETO, Eurico. Estado social e administração pública de garantia. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 289-302, jan./abr. 2017. p. 293-294.

¹² Uma constituição dirigente estabelece um modelo de nação que o constituinte concebe para o futuro, fornecendo às gerações atuais e futuras um plano de desenvolvimento econômico e social que não apenas limita a atividade governamental futura, mas antecipa o conteúdo das ações dessas ações. As constituições dirigentes são típicas do constitucionalismo social (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 61-62).

¹³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 171-172.

constitucionalização do Direito.¹⁴ Nesse sentido, BARBOSA ressalta que a Constituição de 1988 estabeleceu “*novos marcos jurídicos das relações socioeconômicas no âmbito privado, público e nas interfaces entre ambos, marcadas pelo entendimento de que os direitos sociais são essenciais à fruição da vida digna*”.¹⁵

Quanto aos direitos fundamentais, a constituição previu amplo rol de direitos civis, políticos e sociais, inclusive prestacionais em sentido estrito. Ademais, previu normas voltadas à proteção de sujeitos vulneráveis, tais como mulheres, crianças, idosos, populações tradicionais e pessoas com deficiência. Também previu direitos de terceira dimensão, como o direito ao patrimônio cultural (artigos 215 e 216) e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225). Ao lado da previsão de um generoso elenco de direitos fundamentais, o texto constitucional também se preocupou com a efetivação desses direitos, ao prescrever o princípio da aplicabilidade imediata (artigo 5º, §1º) e prever remédios constitucionais para a tutela.

A Constituição de 1988 implicou em uma grande virada institucional do Supremo Tribunal Federal (STF) e do sistema do controle de constitucionalidade, o que provocou a modificação não apenas do direito constitucional brasileiro, mas da própria relação entre o Estado e os cidadãos e do papel político-institucional do Supremo.¹⁶ É nesse contexto que há um reforço institucional do Poder Judiciário, o qual foi concebido na Constituição de 1988 como guardião dos direitos. Para tanto, o texto constitucional reforçou a autonomia administrativa e financeira do Judiciário e ampliou a sua importância política, ao (i) promover o acesso à justiça pela ampliação das ações individuais e coletivas voltadas à tutela de direitos e (ii) conferir um novo perfil às instituições como a Defensoria Pública e o Ministério Público.¹⁷

É essencial destacar que a Constituição de 1988 desmonopolizou a iniciativa para a deflagração do controle abstrato de constitucionalidade, cuja legitimidade até então era restrita ao Procurador-Geral da República (PGR). A escolha de temas para submissão ao STF pelo PGR – que era de livre escolha pelo Poder Executivo – acabava condicionado

¹⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 172.

¹⁵ BARBOSA, Claudia Maria. A juristocracia no Brasil e o futuro da Constituição. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 14, n. 2, maio./ago. 2019. p. 5.

¹⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 48.

¹⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 172-175.

a agenda da Corte e restringindo as hipóteses de controle de constitucionalidade aos temas que interessavam ao governo.¹⁸

O novo papel do Judiciário, amparado em um sistema de jurisdição constitucional amplo, ensejou o fenômeno da *judicialização da política*. Isso porque a combinação de uma constituição extensa e analítica aos inúmeros instrumentos de controle de constitucionalidade fizeram com que toda e qualquer questão política pudesse ser submetida ao crivo do Judiciário. Esse movimento (que será detalhado adiante) suscitou questões complexas sobre os limites da legitimidade democrática do Judiciário, que passou a decidir questões controvertidas com base na exegese de cláusulas constitucionais abertas, sujeitas às mais diversas interpretações.¹⁹

De um lado, não há dúvidas de que a Constituição Federal de 1988 adotou um modelo de Estado Social, impondo ao Estado diversos deveres de caráter social e atribuindo expressamente ao cidadão uma série de posições jurídico-subjetivas da mesma natureza. Por outro, os novos objetivos constitucionais traçados pela afirmação de múltiplos direitos sociais passaram a gerar debates doutrinários e jurisprudenciais em relação ao papel institucional e respectivos limites entre os poderes.²⁰ No caso de inércia do Poder Público quanto à realização dos direitos fundamentais sociais, pode o cidadão demandar diretamente da Administração Pública ou por meio do Judiciário a realização das pretensões ligadas a esses direitos? Qual é o limite da intervenção do Poder Judiciário nas escolhas dos Poderes Legislativo e Executivo na efetivação dos direitos fundamentais sociais?

Os direitos fundamentais sociais, dentre diversas classificações, podem ser classificados entre direitos originários a prestações e direitos derivados a prestações. Para Ingo Wolfgang SARLET, os direitos originários a prestações são aqueles que podem ser exigidos com base na constituição, independentemente, portanto, de um sistema prévio de oferta desses bens e/ou serviços por parte do Estado. Já os direitos derivados a prestações são

¹⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 49.

¹⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 175.

²⁰ HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia* (UniBrasil), v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jul. 2013. p. 345.

posições jurídico-subjetivas a prestações que dependem da concretização dos direitos fundamentais pelo legislador ordinário.²¹

A Constituição Federal de 1988 traz muitos direitos fundamentais sociais que podem ser definidos como derivados à prestação. Nesses casos, quando ausentes as políticas públicas que os implementem, tanto no âmbito normativo como no âmbito administrativo, seria inviável a tutela jurisdicional individual. É o caso do direito à moradia, previsto no art. 6º, *caput*, por exemplo. São situações em que – sem a prévia formulação e execução de políticas públicas pelos canais políticos legitimados – há um esvaziamento dos direitos fundamentais sociais diante da baixa densidade normativa que pode ser extraída do texto constitucional.²²

O risco da inefetividade foi reconhecido pela própria Constituição de 1988, que trouxe remédios específicos para enfrentar a omissão do Poder Público, tais como o mandando de segurança (art. 5º, inciso LXIX), o mandando de injunção (art. 5º, inciso LXXI), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (artigo 102, §1º).

O fato é que muitos direitos fundamentais sociais são negligenciados pelo Estado mesmo em seu *mínimo existencial*²³ sob a desculpa de limitações orçamentárias (*cláusula da reserva do possível*). Todavia, o que falta mesmo ao Estado não é propriamente a falta dos recursos, mas o planejamento adequado e direcionado às prioridades que foram previamente eleitas pelo poder constituinte.

No Brasil não há disposição expressa acerca do direito à garantia do mínimo existencial, porém os próprios direitos fundamentais sociais específicos abarcam algumas

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 194-195.

²² VIEIRA, Luciano Pereira; FLUMINHAN, Vinícius Pacheco. Adjudicação judicial de direitos sociais: do necessário deslocamento do eixo dos direitos públicos subjetivos para a pretensão metaindividual a políticas públicas. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 84, p. 253-272, abr./jun. 2021. p. 259-260.

²³ A noção de mínimo existencial foi desenvolvida pelo publicista alemão Otto BACHOF, após a Segunda Guerra Mundial, com o objetivo de possibilitar o reconhecimento de um direito subjetivo à garantia de recursos mínimos para uma existência digna com base no princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que a constituição alemã não previa direitos sociais típicos, especialmente os de cunho prestacional. Um ano depois de sua formulação, a teoria foi aplicada pelo Tribunal Federal Administrativo da Alemanha, que reconheceu o direito subjetivo do indivíduo carente pleitear auxílio material do Estado. Após duas décadas, o mesmo direito foi consagrado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que reconheceu o direito fundamental à garantia das condições mínimas para uma existência digna. (SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016. p. 119-120).

de suas dimensões, tais como a assistência social, a saúde e a moradia. A doutrina e a jurisprudência brasileiras sustentam a tese de que o mínimo existencial representa o núcleo essencial dos direitos sociais, o qual está protegido de toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade.²⁴

Quanto aos direitos originários a prestação, tanto o Supremo Tribunal Federal como o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já definiram que a cláusula da reserva do possível não é oponível pelo Estado quando se está diante do mínimo existencial de um direito fundamental social, cuja concretização depende da implementação de políticas públicas definidas na própria constituição (por exemplo a educação básica, prevista como direito público subjetivo no art. 208, §1º, da Constituição Federal). Porém, esse entendimento não assegura a progressiva transformação social pretendida pela Constituição de 1988, uma vez que deixa fora da proteção judicial os direitos derivados a prestação de baixa densidade normativa (o direito à moradia e à alimentação, por exemplo), os quais dependem de atuação e programação política para a sua concretização.²⁵

É por essa razão que a noção de mínimo existencial não pode se confundir com o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, pois do contrário a própria fundamentalidade dos direitos sociais estaria reduzida ao mínimo existencial.²⁶ Nesse sentido, Daniel Wunder HACHEM adverte que a noção de mínimo existencial “*é um minus em relação aos direitos sociais, os quais são providos de um conteúdo mais amplo, que engloba outros deveres (...) que ultrapassam a circunscrição do mínimo existencial*”.²⁷

Segundo Luciano Pereira VIEIRA e Vinícius Pacheco FLUMINHAN, nos casos de direitos derivados a prestação de baixa densidade normativa deveria ser

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016. p. 126-127.

²⁵ VIEIRA, Luciano Pereira; FLUMINHAN, Vinícius Pacheco. Adjudicação judicial de direitos sociais: do necessário deslocamento do eixo dos direitos públicos subjetivos para a pretensão metaindividual a políticas públicas. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 84, p. 253-272, abr./jun. 2021. p. 262.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016. p. 127.

²⁷ HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 205-240. p. 221.

reconhecido pelos tribunais superiores ao menos “*a existência de um progressivo dever constitucional de policy-making. Afinal, à medida que o tempo passa para a Constituição mais juridicamente robustas ficam as exigências de satisfação dos direitos fundamentais sociais*”. A inefetividade estatal na realização dos direitos fundamentais sociais assegurados pela constitucional esvazia o conteúdo social do *Welfare State*, aproximando-o, em termo de fracasso na área social, dos resultados vividos pelos Estados liberais. Os resultados experimentados nos dois modelos têm sido os mesmos – a mera expectativa constitucional de progressão social sem prazo para se realizar.²⁸

Uma Administração Pública inclusiva, tal como exigida pela Constituição Federal de 1988, não deve se ater ao mínimo existencial, mas assegurar a realização progressiva e integral do conteúdo dos direitos fundamentais sociais. Trata-se de um imperativo constitucional o cumprimento da dimensão objetiva desses direitos, ou seja, a criação das condições necessárias à fruição real e efetiva dos direitos fundamentais sociais.²⁹

É nesse contexto que VIEIRA e FLUMINHAN defendem que – diante desse cenário de expectativas constitucionais não realizadas – é necessário resgatar, pela via inversa, a ideia de *vinculação objetiva dos direitos fundamentais sociais* como forma de enfrentamento à inefetividade das disposições constitucionais.³⁰ Todavia, considerando que não se reconhece o direito público subjetivo individual à concretização de direitos sociais de baixa densidade normativa, como seria possível exigir a formulação e a implementação de políticas públicas para a sua fruição?

A norma jurídica de direito fundamental pode ser compreendida a partir de duas perspectivas: a subjetiva e a objetiva. Sob a *perspectiva subjetiva*, ou seja, do titular do bem jurídico protegido, a norma prevê posições jurídicas autônomas que conferem situações de vantagem ao seu titular. Já pela *ótica objetiva*, do objeto que pretende

²⁸ VIEIRA, Luciano Pereira; FLUMINHAN, Vinícius Pacheco. Adjudicação judicial de direitos sociais: do necessário deslocamento do eixo dos direitos públicos subjetivos para a pretensão metaindividual a políticas públicas. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 84, p. 253-272, abr./jun. 2021. p. 262.

²⁹ HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia* (UniBrasil), v. 14, n. 14.1, Curitiba, UniBrasil, p. 618-688, ago./dez. 2013. p. 619-656. p. 655.

³⁰ VIEIRA, Luciano Pereira; FLUMINHAN, Vinícius Pacheco. Adjudicação judicial de direitos sociais: do necessário deslocamento do eixo dos direitos públicos subjetivos para a pretensão metaindividual a políticas públicas. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 84, p. 253-272, abr./jun. 2021. p. 263.

proteger, a norma faz surgir diversos deveres jurídicos ao Estado. A partir do ponto de vista do objeto, portanto, a norma de direito fundamental impõe ao Poder Público a obrigação de criar condições de fruição daquele bem jurídico pelos cidadãos. Para tanto, o Poder Público se vê obrigado a instituir estruturas organizacionais e mecanismos procedimentais que garantam a realização e a proteção desses direitos.³¹

A identificação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais advém da compreensão de que o conjunto de direitos fundamentais garantidos na constituição representa uma ordem axiológica que fundamenta e legitima o sistema constitucional. A partir dessa perspectiva, os valores emanados desses direitos embasam as normas constitucionais e infraconstitucionais, orientando a compreensão e a interpretação das normas jurídicas. Conforme destaca HACHEM, por representarem os valores básicos da sociedade, *“mais do que simples restrições ao exercício do poder político pelo Estado, os direitos fundamentais se transformam ao longo do século XX, tornando-se um conjunto valorativo que passa a dirigir a atuação positiva dos poderes constituídos”*.³²

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais foi inicialmente reconhecida, conforme aponta a doutrina, no caso Lüth, julgado pelo Tribunal Constitucional alemão em 1958. Tratava-se da discussão relativa a um boicote organizado pelo presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, Erich Lüth, contra um filme dirigido por um cineasta da passado nazista. Discutia-se a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, isto é, se seria possível invocar direitos fundamentais em face de outros cidadãos. A justiça estadual de Hamburgo determinou a cessação do boicote, mas a decisão foi revista pelo Tribunal Constitucional, que entendeu que as normas de direito privado devem ser interpretadas levando em consideração os direitos fundamentais.³³

A corte alemã reconheceu que os direitos fundamentais emanam um conteúdo axiológico juridicamente vinculante, cujos efeitos repercutem em todo o ordenamento jurídico e condicionam a interpretação das normas infraconstitucionais. Desse modo,

³¹ HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia* (UniBrasil), v. 14, n. 14.1, Curitiba, UniBrasil, p. 618-688, ago./dez. 2013. p. 619-656. p. 627.

³² HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia* (UniBrasil), v. 14, n. 14.1, Curitiba, UniBrasil, p. 618-688, ago./dez. 2013. p. 619-656. p. 634.

³³ SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: José Adércio Leite Sampaio (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 251-314. p. 261-262.

referida corte concluiu que a interpretação das normas do direito privado deveria ser realizada à luz dos valores emanados dos direitos fundamentais previstos na constituição. Tratou-se, portanto, do reconhecimento de uma ordem objetiva de valores que se impõe tanto em relação à atuação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como nas relações entre os particulares, o que ficou conhecido como *eficácia horizontal* dos direitos fundamentais.³⁴

A compreensão dos direitos fundamentais sob a ótica objetiva traz diversos desdobramentos jurídicos, dentre os quais, para o presente trabalho, importa destacar: (i) a *eficácia irradiante*, que reflete o conteúdo axiológico dos direitos fundamentais por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas jurídicas; e (ii) a *teoria dos deveres autônomos de respeito, proteção e promoção*.³⁵

A escolha pelo poder constituinte de determinados direitos fundamentais sociais a serem consagrados no texto constitucional representa o estabelecimento de uma pauta de fins e valores constitucionais que devem ser observados e concretizados não só pelos poderes constituídos, mas por toda a sociedade. Trata-se do que a doutrina denominou de *eficácia irradiante* dos direitos fundamentais.³⁶

Por conta da eficácia irradiante dos direitos fundamentais, Daniel SARMENTO destaca que os direitos fundamentais deixam de constituir meros limites à atuação do Estado para se transformarem em um objetivo da atuação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Para o autor, a principal consequência jurídica da eficácia irradiante é a imposição, ao Poder Público, de que toda a norma seja reexaminada com novas lentes, sob a perspectiva da dignidade humana, da igualdade substantiva e da justiça social, todas previstas na Constituição de 1988.³⁷

Com relação ao efeito jurídico da *imposição de deveres autônomos de respeito, proteção e promoção*, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais impõe ao

³⁴ HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. p. 167-168.

³⁵ HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. p. 169.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. E-book.

³⁷ SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: José Adércio Leite Sampaio (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 251-314. p. 254 e 279.

Estado não só a obrigação de se abster de violar tais direitos, mas a tarefa de assegurar as condições materiais mínimas para o efetivo exercício das liberdades constitucionais. A dimensão objetiva parte da relação jurídica entre o cidadão e o Estado para, então, identificar o dever jurídico constitucionalmente imposto ao Estado, a partir do qual se reconhece a permanência de uma obrigação transindividual, superior aos vínculos observados sob a ótica subjetiva.³⁸

É nesse sentido em que se assenta a relevância desse efeito jurídico da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, uma vez que o Estado é compelido não só a atuar preventivamente para evitar a violação dos direitos por outros particulares, mas – principalmente – para tornar viável o seu exercício pelos seus titulares.³⁹ Para SARLET, “a partir do conteúdo das normas de direitos fundamentais é possível extrair consequências (...) para uma formatação do direito organizacional e procedimental que auxilie na efetivação da proteção aos direitos fundamentais”.⁴⁰

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais impõe ao Estado os deveres de criar: (i) normas legais e administrativas que regulamentem os critérios para o exercício dos direitos fundamentais; (ii) estruturas organizativas que possibilitem a fruição dos direitos fundamentais; (iii) normas que protejam os bens jurídicos resguardados pelos direitos fundamentais contra investidas dos particulares mediante a previsão de sanções (administrativas, cíveis, penais); (iv) mecanismos procedimentais e processuais que permitam a reinvidicação da efetivação de um direito; (v) prestações fáticas e materiais que satisfaçam os direitos fundamentais. Esses deveres estatais independem de qualquer reinvidicação subjetiva de tutela, ou seja, existem mesmo que não haja provocação pelo titular, razão pela qual se fala em deveres autônomos de proteção.⁴¹

A partir da perspectiva da dimensão objetiva do direito é possível compreender a questão da dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos

³⁸ HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais*: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. p. 172-173.

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 148-157.

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. E-book.

⁴¹ HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais*: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. p. 173-174.

fundamentais sociais. Isso porque conceber os direitos fundamentais apenas como direitos subjetivos individuais implicaria na ineficácia dos deveres objetivos de ação estatal para a proteção de um direito, as quais não poderiam ser reconhecidas como pretensões jurídicas individuais. Nesse contexto HACHEM reflete acerca da dupla titularidade dos chamados direitos fundamentais sociais, para quem os direitos sociais constituem categoria jurídica autônoma, dotada de regime jurídico especial. Além de conferirem posições subjetivas ao cidadão, referidos direitos projetam deveres objetivos ao Poder Público, que se torna obrigado a proporcionar condições de exercício de e proteção. Para HACHEM é necessário deixar de ser “*reducionista sobre a possibilidade de associar os direitos sociais à condição de direitos subjetivos, para, em vez disso, observar em que medida esse duplo caráter – subjetivo e objetivo – dos direitos fundamentais influencia na questão da sua titularidade individual ou transindividual*”.⁴²

Partindo da compreensão da estrutura normativa bidimensional dos direitos fundamentais, é possível demandar judicialmente a realização da dimensão objetiva dos direitos fundamentais? Em caso positivo, essa tutela pode se dar pela via individual ou deve ser coletiva?

Como descrito acima, a dimensão objetiva da norma de direito fundamental cria sobre o Poder Público a obrigação de criar estruturas organizacionais e instrumentos procedimentais para a realização plena dos direitos fundamentais. Em princípio, essa é uma obrigação direcionada ao Estado em relação à qual não há uma pretensão jurídica subjetiva dela decorrente. Todavia, dependendo do grau de desrespeito às imposições constitucionais objetivas, essas obrigações podem ser conduzidas a uma visão subjetiva, geradora de uma pretensão jurídica de natureza transindividual exigível pelos mecanismos da tutela coletiva.⁴³

Conforme esclarece HACHEM, a depender do grau de descumprimento dos deveres constitucionais objetivos, pode nascer uma nova posição subjetiva, a qual permite que se exija judicialmente que o Estado atenda às obrigações impostas pela dimensão objetiva do direito fundamental. Trata-se no fenômeno identificado como

⁴² HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia* (UniBrasil), v. 14, n. 14.1, Curitiba, UniBrasil, p. 618-688, ago./dez. 2013. p. 619-656. p. 624-625 e 630.

⁴³ HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. p. 179.

ressubjetivização da dimensão objetiva.⁴⁴ Nesse mesmo sentido, SARLET adverte que a dimensão objetiva ressoa na perspectiva subjetiva, uma vez que os seus efeitos jurídicos implicam na possibilidade de serem invocados perante o Judiciário.⁴⁵

Vanice Regina Lirio do VALLE adverte que o controle de políticas públicas é justamente a atividade que remete à dimensão objetiva dos direitos fundamentais e, por esse motivo, deve ser enfrentado sempre a partir de uma perspectiva coletiva.⁴⁶ Isso porque o interesse de que o Estado cumpra a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais é titularizado por toda a coletividade ou, em certos casos, por grupos determinados ou determináveis. De qualquer forma, a sua titularidade é sempre transindividual (difusa ou coletiva). Em razão de sua natureza transindividual, a pretensão jurídica ao cumprimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais deve ser acionada pela via da tutela processual coletiva.⁴⁷

2.2. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Desde os anos 1990 há intenso debate sobre o controle judicial de políticas públicas. Inicialmente indiferentes ao tema de políticas públicas, há 30 anos o conceito e os ciclos de formulação e implementação de políticas públicas passaram a constar dos estudos acerca da concretização de direitos fundamentais sociais e sua respectiva justiciabilidade. De um modo geral, percebe-se que a formulação de políticas públicas significa não só a programação de estratégias, ações e serviços estatais, mas fundamentalmente a eleição de prioridades e o empenho, de modo eficaz, de recursos públicos finitos.⁴⁸

⁴⁴ HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia* (UniBrasil), v. 14, n. 14.1, Curitiba, UniBrasil, p. 618-688, ago./dez. 2013. p. 619-656. p. 652.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. E-book.

⁴⁶ VALLE, Vanice Regina Lirio do. *Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 160-161.

⁴⁷ HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia* (UniBrasil), v. 14, n. 14.1, Curitiba, UniBrasil, p. 618-688, ago./dez. 2013. p. 619-656. p. 654.

⁴⁸ VIEIRA, Luciano Pereira; FLUMINHAN, Vinícius Pacheco. Adjudicação judicial de direitos sociais: do necessário deslocamento do eixo dos direitos públicos subjetivos para a pretensão metaindividual a políticas públicas. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 84, p. 253-272, abr./jun. 2021. p. 257-258.

A partir da Constituição de 1988, há uma expressiva ampliação da intervenção judicial visando à concessão de prestações estatais positivas para a efetivação de direitos fundamentais sociais. De um cenário em que havia ampla rejeição à possibilidade de investir o cidadão em posições jurídico-subjetivas capazes de serem demandadas judicialmente, a Administração Pública passou a ser condenada, de forma não criteriosa, a conceder os pedidos postulados judicialmente, especialmente em matéria de saúde.⁴⁹

O próprio STF já admitiu, principalmente nos últimos 15 anos, a possibilidade de intervenção do Judiciário no âmbito de atuação dos poderes políticos, em especial nas questões de saúde, educação e sistema carcerário. Nesse sentido, cite-se a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 45, na qual se discutiu a legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas, bem como a viabilidade instrumental da ADPF para a concretização dos direitos fundamentais prestacionais. Embora o referido processo judicial não tenha sido definitivamente julgado, uma vez que foi considerado prejudicado pela perda superveniente de seu objeto, nele se fixou o entendimento de que a ADPF é um instrumento idôneo para viabilização de políticas públicas que, embora previstas na constituição, são total ou parcialmente descumpridas pelos destinatários do comando normativo.⁵⁰

É evidente que a possibilidade de intervenção judicial em políticas públicas deve ser excepcional, conforme destacado pelo ministro Celso de Mello STF na ADPF 45, quando afirmou que a intervenção ocorre quando há uma “*injustificável inércia estatal*” ou pelo “*abusivo comportamento governamental*”.⁵¹ O fato é que, apesar da intervenção judicial em políticas públicas ter se iniciado de forma tímida, caminhou-se de um cenário da falta de efetividade dos direitos fundamentais sociais à judicialização excessiva. Conforme adverte Luís Roberto BARROSO nos casos de ações judiciais envolvendo o direito à saúde, os excessos e as inconsistências das decisões judiciais

⁴⁹ HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia* (UniBrasil), v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jul. 2013. p. 350.

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45, Relator Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgado em 29.4.2004.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45, Relator Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgado em 29.4.2004.

esparças concedendo os mais diversos tipos de pleitos individuais colocam em risco a continuidade das políticas públicas de saúde, pois desorganizam a atividade administrativa e impedem a alocação racional dos recursos públicos escassos.⁵²

Por essa razão, é preciso abordar os direitos fundamentais sociais não só pelo aspecto da efetividade, mas pela perspectiva da igualdade. Como não são todos os que têm acesso à via judicial, é preciso que a Administração Pública se esforce para implementar os direitos fundamentais sociais por meio de políticas públicas universais e igualitárias.⁵³

Caso a Administração Pública seja omissa, é preciso que a intervenção judicial também seja igualitária, por meio de ações cuja pretensão seja a implementação/melhoria das políticas públicas em si, não apenas o atendimento específico a um caso isolado. É nesse quadro que o enfrentamento da questão a partir de uma perspectiva estrutural se evidencia como alternativa viável à racionalização e à legitimação das intervenções judiciais em políticas públicas, uma vez que tais litígios envolvem amplos valores da sociedade e afetam diversas pessoas de diferentes formas.

Desse modo, o avanço da jurisdição constitucional e do papel político das cortes constitucionais deflagrado pelas constituições democráticas do segundo pós-guerra – caracterizadas pelo estabelecimento de diversos direitos fundamentais e a partir da perspectiva da dimensão objetiva desses direitos – provocou o deslocamento do *locus* de decisões centrais de uma nação da arena política para a judicial.

Nas últimas décadas, não apenas no Brasil, mas em todo o mundo, ocorreu uma profunda transferência de poder das instituições representativas para os tribunais. Uma das manifestações dessa tendência é a *judicialização da política*, ou seja, o recurso cada vez mais frequente a meios judiciais para o enfrentamento de relevantes dilemas morais, questões de políticas públicas e controvérsias políticas. Nesse contexto, por meio da jurisdição constitucional, os tribunais de todo o mundo têm sido chamados a resolver questões como as relacionadas às liberdades religiosa e de expressão, ao casamento entre

⁵² BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 875-903. p. 875-876.

⁵³ HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia* (UniBrasil), v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jul. 2013. p. 352.

pessoas do mesmo sexo, aos limites para o financiamento de campanhas e às ações afirmativas.⁵⁴

Conforme destaca Ran HIRSCHL, a crescente importância política dos tribunais se tornou não apenas mais abrangente, mas também expandiu o seu escopo, indo além da elaboração de políticas públicas por juízes. A judicialização da política agora também inclui a transferência aos tribunais de algumas das controvérsias políticas mais importantes e polêmicas que uma democracia pode se envolver. E isso ocorre pela suposição de que os tribunais (e não os políticos ou a população) são os fóruns apropriados para tomar essas decisões cruciais à comunidade.⁵⁵

Apesar do crescimento significativo da judicialização da política, HIRSCHL destaca que na maioria das vezes esse fenômeno é tratado de maneira superficial e pouco refinada, visto apenas como um resultado natural à prevalência do discurso dos direitos fundamentais. Em alguns casos, confunde-se com uma versão genérica de ativismo judicial, sem qualquer atenção à diferença entre atribuir aos tribunais o controle de uma política pública, por exemplo, e a delegar às cortes a definição de questões delicadas de identidade coletiva que estão no âmago dos processos de construção de uma nação.⁵⁶

A partir desta distinção entre as diferentes formas de judicialização de política, HIRSCHL diferencia três faces da política judicializada: (i) a disseminação de discursos, regras e procedimentos jurídicos na esfera política; (ii) a judicialização do controle de políticas públicas pelas formas tradicionais de controle judicial de constitucionalidade de leis e atos da administração pública; e (iii) a judicialização da ‘política pura’, qual seja, a transferência para os tribunais de assuntos cuja natureza e significado são evidentemente políticos, tais como os debates sobre a legitimidade de regimes e identidades coletivas que definem (e até mesmo dividem) comunidades inteiras.⁵⁷

O primeiro tipo de judicialização da política – a disseminação de discursos, regras e procedimentos jurídicos na esfera política – é observado pela subordinação de

⁵⁴ HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide, *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, p. 721-754, 2006. p. 721.

⁵⁵ HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide, *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, p. 721-754, 2006. p. 722.

⁵⁶ HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide, *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, p. 721-754, 2006. p. 722-723.

⁵⁷ HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide, *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, p. 721-754, 2006. p. 723.

quase todos os aspectos decisórios da política a normas e procedimentos quase judiciais. Assuntos que anteriormente eram tratados de maneira até mesmo informal são dominados por regras e procedimentos jurídicos. Esse tipo de judicialização é inseparável do fenômeno da captura das relações e dos conflitos sociais pelo direito e pode ser descrito como a ‘judicialização das relações sociais’ (*‘judicialization of social relations’*).⁵⁸

A segunda faceta da judicialização é a expansão da competência dos juízes e dos tribunais quanto ao controle de políticas públicas, o que ocorre principalmente por meio de decisões envolvendo direitos fundamentais e da redefinição judicial dos limites entre órgãos do estado, como questões relacionadas à separação de poderes e ao federalismo. Como esse tipo de judicialização é normalmente iniciado por pessoas comuns que se opõem a determinadas políticas, decisões ou práticas do Estado, pode ser descrita como a ‘judicialização vinda de baixo’ (*‘judicialization from below’*).⁵⁹

A judicialização vinda de baixo é um reflexo da adoção de amplos catálogos de direitos fundamentais, cujo impacto, porém, pode ser limitado pela estrutura de suporte à mobilização jurídica. Se de um lado a positivação no texto constitucional é condição necessária para a efetiva proteção de direitos e liberdades, de outro, não é suficiente. A judicialização dependerá, na maioria das vezes, de uma estrutura de suporte à mobilização jurídica da sociedade civil e, de forma geral, de condições socioculturais adequadas para que ocorra. A mobilização jurídica desse tipo é favorecida pela crença de que os direitos protegidos judicialmente operam como forças auto implementáveis de mudança social, ou seja, forças que não dependem das restrições do poder político.⁶⁰

O terceiro tipo de judicialização da política, conforme a classificação proposta por HIRSCHL, é o crescente envolvimento dos tribunais para lidar com questões de ‘megapolítica’, ou seja, controvérsias políticas centrais que definem comunidades inteiras. Essas questões se dividem em subcategorias, tais como a judicialização de processos eleitorais, a supervisão judicial de prerrogativas do Poder Executivo em áreas de planejamento macroeconômico ou segurança nacional, dilemas fundamentais de justiça restaurativa, a confirmação judicial de transformações de regime político e a

⁵⁸ HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide, *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, p. 721-754, 2006. p. 723 e 725.

⁵⁹ HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide, *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, p. 721-754, 2006. p. 724 e 725.

⁶⁰ HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide, *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, p. 721-754, 2006.

judicialização de identidades coletivas, processos de construções de nações e disputas a respeito da própria definição da comunidade.⁶¹

O resultado desse último movimento crescente tem sido a transformação das cortes supremas do mundo todo em parte central das nações na elaboração de políticas públicas, processo descrito pelo Ran HIRSCHL como uma transição para a *juristocracia* (*'juristocracy'*).⁶² Segundo sintetiza Claudia Maria BARBOSA, na juristocracia tanto a constituição como os direitos nela protegidos são redefinidos pelo Judiciário como se fossem questões jurídicas conforme o interesse das elites. Essa transferência de responsabilidade acaba por afastar o custo político da defesa de propostas que não se voltam à proteção dos interesses da maioria, mas de uma minoria em benefício próprio.⁶³

Para o autor, a diferença entre as segunda e terceiras facetas da judicialização é sutil, mas importante. Há diferença entre a importância política da judicialização do controle de políticas públicas e da judicialização da megapolítica. Essa distinção se situa na diferença qualitativa entre, de um lado, questões de justiça processual e, de outro, de dilemas morais substantivos ou controvérsias políticas essenciais enfrentados por toda a nação.⁶⁴

Segundo o referido autor, as questões de megapolítica refletem problemas que são essencialmente políticos (e não jurídicos) e como tais, devem ser enfrentados e decididos pela própria população por meio dos seus representantes eleitos e politicamente responsáveis. O julgamento dessas questões é uma atividade inerente e substancialmente política, que vai além da mera aplicação de dispositivos constitucionais sobre direitos fundamentais e questões de políticas públicas. Segundo HIRSCHL, é esse terceiro tipo de judicialização que torna questionável as credenciais democráticas do controle judicial de constitucionalidade, uma vez que não há evidência de que os tribunais sejam o fórum mais apropriado para a resolução de dilemas puramente políticos.⁶⁵

⁶¹ HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide, *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, p. 721-754, 2006. p. 727.

⁶² HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide, *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, p. 721-754, 2006. p. 727.

⁶³ BARBOSA, Claudia Maria. A juristocracia no Brasil e o futuro da Constituição. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 14, n. 2, maio./ago. 2019.

⁶⁴ HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide, *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, p. 721-754, 2006. p. 728.

⁶⁵ HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide, *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, p. 721-754, 2006. p. 727-728.

Para o autor, em diversos países do mundo está ocorrendo uma crescente deferência do Legislativo ao Judiciário e uma crescente interferência do Judiciário em prerrogativas dos demais poderes, as quais repercutem na aceleração do processo de judicialização de políticas públicas. Esses movimentos transformam de forma indevida os tribunais em importantes órgãos de decisões políticas, as quais deveriam ser resolvidas em princípio por meio de deliberação pública na esfera política.⁶⁶

A despeito desse movimento crescente, o discurso da teoria constitucional dominante permanece preocupado com o debate já exaurido e até mesmo abstrato sobre a natureza contramajoritária da revisão judicial e a tensão entre o constitucionalismo e a democracia, ignorando as origens políticas da deferência aos tribunais. Para o autor “*tudo o empreendimento da teoria constitucional canônica parece estar preso à noção positivista do direito constitucional como um empreendimento soberano, ao mesmo tempo em que ignora a noção realista dela como ‘política por outros meios’*”.⁶⁷

Diante dessa lacuna, HIRSCHL busca descrever as condições políticas que propiciam a judicialização da política. Para o autor, nem uma estrutura constitucional favorável ao ativismo judicial, nem a existência de juízes ‘famintos por poder’ são suficientes ao movimento da judicialização da política. É até mesmo ingênuo supor que a definição de questões políticas centrais seja delegada aos tribunais sem que essa transferência conte com ao menos o apoio tácito de atores políticos relevantes. Como as demais instituições políticas, os tribunais constitucionais não atuam em um cenário de vazio institucional ou ideológico, razão pela qual se faz necessário perquirir quais são os determinantes políticos da judicialização.⁶⁸

A ilustração mais clara da necessidade de suporte político para a judicialização são as reações da esfera política contra as manifestações indesejadas de ativismo judicial. As retaliações ao ativismo judicial podem incluir revisão legislativa de decisões controversas, a interferência política no preenchimento de vagas nos tribunais e nas garantias inerentes ao cargo, a aplicação de sanções disciplinares aos juízes ou a introdução de restrições à jurisdição dos tribunais. Some-se a esta lista a resposta política

⁶⁶ HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide, *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, p. 721-754, 2006. p. 744.

⁶⁷ HIRSCHL, Ran. Juristocracy - political, not judicial, *The Good Society*, v. 13, n. 3, p. 6-11, 2004. p. 8.

⁶⁸ HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide, *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, p. 721-754, 2006. p. 744-745.

sutil de simples inobservância das determinações judiciais por parte do Estado ou a implementação demorada de decisões indesejadas.⁶⁹

A judicialização ‘de baixo para cima’ terá mais chances de ocorrer quando as instituições judiciais foram percebidas por movimentos sociais, grupos de interesse e ativistas políticos como órgãos decisórios mais imparciais e efetivos do que as instituições governamentais (consideradas muito burocráticas) ou as arenas decisórias majoritárias (consideradas enviesadas). Além disso, a judicialização também será facilitada pelas disfuncionalidades ou paralisação do sistema político e suas instâncias e pela fragmentação de poder entre os órgãos.⁷⁰

Sob a ótica dos políticos no poder, a delegação de questões controversas pode ser uma forma eficaz de transferir responsabilidade. Essa estratégia de ‘redirecionamento de culpa’ é uma saída conveniente para que políticos incapazes ou desinteressados em resolver determinados dilemas na esfera política não se comprometam ou se desgastem com o resultado. Ainda, evita o colapso de coalizações de governo em estágio de fragilidade ou de impasse. Do ponto de vista da oposição política, a judicialização pode servir como forma de dificultar a vida do governo eleito ou como forma de exposição na mídia.⁷¹

O cálculo da estratégia de deserção de culpa é simples. Se a delegação de poderes ao Judiciário aumentar o crédito e/ou reduzir a culpa atribuída ao político como resultado da decisão política do órgão delegado, então tal delegação poderá beneficiar o político. No mínimo, a transferência para os tribunais de questões controvertidas, como o aborto e o casamento entre pessoas do mesmo sexo, oferece um refúgio conveniente para os políticos que não querem ou são incapazes de resolver disputas públicas contenciosas na esfera política. Da mesma forma, pode oferecer refúgio para políticos que buscam evitar decisões difíceis ou "sem vitória" e/ou evitar o colapso de coalizões de governo em impasse ou frágeis.⁷²

⁶⁹ HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide, *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, p. 721-754, 2006. p. 748.

⁷⁰ HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide, *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, p. 721-754, 2006. p. 745.

⁷¹ HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide, *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, p. 721-754, 2006. p. 745.

⁷² HIRSCHL, Ran. Juristocracy - political, not juricial, *The Good Society*, v. 13, n. 3, p. 6-11, 2004. p. 8-9.

Por fim, outro fator favorável à judicialização pode ser visto como parte de um processo maior, por meio do qual elites políticas e econômicas procuram proteger a definição de políticas públicas das adversidades da política democrática.⁷³ Nesse sentido, o ativismo judicial pode emanar de um problema político orgânico, como um sistema político fraco, descentralizado ou cronicamente bloqueado. Quanto mais disfuncional for o sistema político em uma dada democracia, maior será a probabilidade de expansão do poder judicial nessa política.

Constata-se, portanto, segundo a formulação proposta do HIRSCHL, que a deferência ao Judiciário é derivada de fatores políticos, não judiciais. Para o autor, uma esfera política favorável ao ativismo judicial continua sendo um (senão o) determinante-chave do ativismo judicial.⁷⁴ Nesse contexto, esclarece BARBOSA que:

a juristocracy consolida-se como consequência de uma forma autointeressada de preservação hegemônica, na qual as tradicionais elites estrategicamente cedem ao Judiciário parcela do poder político que antes detinham, porque se beneficiam desta transferência. Nesse sentido, a hipótese da juristocracia refuta tanto o caráter inexorável do processo de judicialização da política, quanto a ideia de que no cenário da judicialização o Judiciário estaria usurpando poder do Legislativo. Haveria, antes, um acordo entre as elites que, vendo enfraquecido seu poder nas urnas, decidem transferi-lo às cortes, sobretudo cortes constitucionais.⁷⁵

Para Ran HIRSCHL, a judicialização da política é problemática sob o ponto de vista da democracia representativa. A crescente confiança nos tribunais para decidir grandes controvérsias políticas representa uma rejeição de responsabilidade política em larga escala. Nesse contexto, a delegação prejudica a própria essência da política democrática, entendida como um empreendimento que deve envolver a deliberação aberta entre representantes eleitos e responsabilizáveis perante os cidadãos. Ao transferirem as suas responsabilidades ao Judiciário, os políticos conseguem evitar a tomada de decisões difíceis ou mesmo impopulares para as quais foram eleitos. Ao jogar a culpa para outro, as legislaturas dão prioridade aos interesses de curto prazo – sem prejudicar seu apoio eleitoral – em detrimento de sua responsabilidade política.⁷⁶

⁷³ HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide, *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, p. 721-754, 2006. p. 746.

⁷⁴ HIRSCHL, Ran. Juristocracy - political, not judicial, *The Good Society*, v. 13, n. 3, p. 6-11, 2004. p. 8.

⁷⁵ BARBOSA, Claudia Maria. A juristocracia no Brasil e o futuro da Constituição. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 14, n. 2, maio./ago. 2019. p. 11-12.

⁷⁶ HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide, *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, p. 721-754, 2006. p. 753.

As circunstâncias políticas descritas acima – somadas à existência de uma constituição analítica e farta na previsão de direitos fundamentais e à instituição de formas fortes de jurisdição constitucional – favoreceram o fenômeno da judicialização da política no Brasil. Embora a judicialização da política e a expansão do poder judicial sejam fenômenos distintos, são movimentos que se retroalimentam. Conforme sintetiza Pedro Felipe de Oliveira SANTOS:

de um lado, a judicialização da política é um fenômeno de origem extrajudicial, na medida em que os players deliberada e estrategicamente levam temas ao Poder Judiciário, o qual, em obediência ao art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, não pode se eximir de apreciar alegada lesão ou ameaça a direito. Por outro lado, as cortes, como corpos cuja legitimidade democrática é constantemente questionada, respondem afirmativamente a esse chamado, ocupando os espaços de poder que a própria constituição lhes concedeu institucionalmente, na profundidade dos pedidos processuais que os players levam até elas.⁷⁷

Em contraponto, Diego Werneck ARGUELLES argumenta que todos os fatores tipicamente utilizados na construção de explicações para a judicialização da política no Brasil – tais como o desenho institucional, a democratização, as demandas sociais e o comportamento estratégico dos atores políticos – são indiscutivelmente relevantes para compreender o fenômeno, mas não suficientes. Todos constituem variáveis exógenas à composição do STF que não explicam por que, a despeito da existência de todas essas condições, a judicialização da política só ocorreu no Brasil alguns anos após a promulgação da Constituição de 1988.⁷⁸

Para ARGUELLES, nos anos subsequentes à promulgação da constituição, os ministros do STF interpretaram de forma restritiva os amplos poderes que o texto constitucional lhes conferia, de maneira que, para este autor, o processo de expansão ou retração do poder judicial é resultado não apenas da combinação de fatores político-institucionais, mas também de atitudes judiciais em uma dada composição do tribunal sobre quais são as formas adequadas e oportunas para se pronunciar acerca de questões políticas.⁷⁹

⁷⁷ SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira. O futuro da jurisdição constitucional: as aspirações do constitucionalismo global no paradigma do engajamento comparativo. *Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região*, Brasília, v. 30, n. 1/2, p. 23-44, jan./fev. 2018. p. 39.

⁷⁸ ARGUELLES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. *Universitas JUS*, v. 25, n. 1, p. 25-45, 2014. p. 26.

⁷⁹ ARGUELLES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. *Universitas JUS*, v. 25, n. 1, p. 25-45, 2014. p. 42.

De toda forma, a despeito do rico debate a respeito das origens e da legitimidade democrática do Judiciário diante da judicialização da política, a teoria política e a respectiva realidade prática parecem ter aceitado os instrumentos de jurisdição constitucional. A revisão judicial não é apenas uma realidade em quase todo o mundo, mas também o Judiciário é continuamente instado pelos diversos atores para a resolução de temas sensíveis. Nesse contexto, SANTOS adverte que, ao invés de se questionar se a interferência judicial é legítima, deve-se questionar quais instrumentos podem garantir a redução dos custos morais de uma intervenção.⁸⁰

Esse avanço metodológico no questionamento acerca da conduta da expansão do Judiciário exige a superação da dicotomia entre o minimalismo *versus* o ativismo judicial, surgida a partir da crítica constitucional produzida nas últimas décadas. De um lado, os minimalistas defendem – a depender da vertente teórica - uma postura judicial deferente ao processo democrático, às escolhas dos poderes eleitos ou às escolhas dos constituintes. Para esse grupo, em regra, cabe ao magistrado apenas reconhecer as violações aos direitos, deixando as providências cabíveis aos poderes e atores políticos competentes. Por outro lado, as vertentes ativistas defendem que os juízes devem não apenas reconhecer as violações aos direitos, mas adotar os remédios processuais cabíveis para a restauração desses direitos.⁸¹

As críticas mais comuns ao ativismo judicial se referem à ausência da legitimidade democrática do Poder Judiciário. Todavia, argumentos consequencialistas também têm se destacado. Enquanto minimalistas alegam que a intervenção judicial desorganiza políticas públicas em vigor sem gerar transformações sociais positivas, os ativistas afirmam que a deferência excessiva, sem os mecanismos adequados para que os demais poderes cumpram os comandos judiciais, ensejam a persistência das violações de direitos. Para SANTOS, essa classificação binária, importada dos Estados Unidos e pautada em figuras estereotipadas do juiz, reduz uma discussão complexa para uma abordagem formal sobre a separação ideal de poderes em um Estado. Para o autor, essa

⁸⁰ SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira. O futuro da jurisdição constitucional: as aspirações do constitucionalismo global no paradigma do engajamento comparativo. *Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região*, Brasília, v. 30, n. 1/2, p. 23-44, jan./fev. 2018. p. 39.

⁸¹ SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira. O futuro da jurisdição constitucional: as aspirações do constitucionalismo global no paradigma do engajamento comparativo. *Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região*, Brasília, v. 30, n. 1/2, p. 23-44, jan./fev. 2018. p. 39.

discussão se ocupa mais com o grau de intervenção judicial em si do que com os impactos dessa interferência no mundo dos fatos.⁸²

Se de um lado o Poder Judiciário não é o local ideal para a solução de conflitos, de outro a natureza do processo judicial e a esperada imparcialidade dos juízes acabam tornando as cortes um ambiente propício para promover o reengajamento de instituições e de atores em direção a uma resolução do problema. O êxito será tanto maior quanto mais esses atores se sentirem os protagonistas do seu alcance.⁸³

Nesse sentido, mais do que a função contramajoritária, as cortes podem desempenhar importante função de *catalisação do processo político* a partir de três tarefas essenciais: (i) garantindo a participação e a interação de todas as partes envolvidas no conflito; (ii) monitorando o levantamento de informações para o processo decisório; e (iii) impondo transparência e *accountability* para alcançar um processo decisório justificado pelas partes envolvidas.⁸⁴

Segundo destaca SANTOS “*Essa abordagem estimula as cortes, cada vez mais, a investirem num exercício de criatividade institucional — por óbvio, sempre nos limites de suas competências institucionais — para desenhar injunções e remédios processuais que se adequem aos diversos tipos de conflitos constitucionais*”. Para tanto, SANTOS cita como experiências dos processos estruturais, tema que será desenvolvido adiante.⁸⁵

⁸² SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira. O futuro da jurisdição constitucional: as aspirações do constitucionalismo global no paradigma do engajamento comparativo. *Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região*, Brasília, v. 30, n. 1/2, p. 23-44, jan./fev. 2018. p. 40.

⁸³ SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira. O futuro da jurisdição constitucional: as aspirações do constitucionalismo global no paradigma do engajamento comparativo. *Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região*, Brasília, v. 30, n. 1/2, p. 23-44, jan./fev. 2018. p. 42.

⁸⁴ SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira. O futuro da jurisdição constitucional: as aspirações do constitucionalismo global no paradigma do engajamento comparativo. *Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região*, Brasília, v. 30, n. 1/2, p. 23-44, jan./fev. 2018. p. 42.

⁸⁵ SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira. O futuro da jurisdição constitucional: as aspirações do constitucionalismo global no paradigma do engajamento comparativo. *Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região*, Brasília, v. 30, n. 1/2, p. 23-44, jan./fev. 2018. p. 42.

2.3. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: A QUEM CABE INTERPRETAR A CONSTITUIÇÃO?

Diante dos fenômenos acima descritos do constitucionalismo social e as respectivas constitucionalização do direito e a judicialização da política, que acabaram impactando no papel institucional do Poder Judiciário, cabe a indagação: a quem cabe interpretar a constituição? Qual o papel do Judiciário nesse processo?

Conforme registram SOUZA NETO e SARMENTO, a interpretação constitucional é tida como uma tarefa eminentemente judicial, destacando-se o papel das cortes constitucionais. Tais autores não discordam do papel relevante ocupado pelo Poder Judiciário nesse processo, bem como de sua posição privilegiada. Nesse sentido, o artigo 102 da Constituição de 1988 dispõe que “*Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (...)*”. A interpretação constitucional é justamente o eixo principal do fenômeno da judicialização da política, acima descrita.⁸⁶

Todavia, seria um equívoco pretender que o Judiciário seja o intérprete exclusivo das disposições constitucionais. O Poder Judiciário não é nem o único nem o último intérprete constitucional. A atividade de interpretação do texto constitucional, na verdade, é processada por meio de um diálogo permanente entre o Judiciário, o Legislativo, o governo, as entidades da sociedade civil e a academia. Ademais, a interpretação judicial também ocorre fora dos processos judiciais, como nas atividades desempenhadas pelo Legislativo e pelo Executivo, bem como nos debates entre os diferentes atores sociais da esfera pública.⁸⁷

A interpretação constitucional é, desse modo, resultado do que Peter HÄBERLE denominou de ‘*sociedade aberta dos intérpretes da constituição*’, para quem a ampliação do círculo de intérpretes é uma consequência da necessidade de integração da realidade ao processo de interpretação. Segundo essa tese proposta, “*no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais,*

⁸⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 403.

⁸⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 403.

todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com numerus clausus de intérpretes da Constituição".⁸⁸

A constituição que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas a própria esfera pública, dispondo sobre a organização da sociedade e de setores da vida privada, não pode tratar essas forças sociais como objetos, mas integrá-los ativamente como sujeitos, ou seja, *"todo aquele que vive a Constituição é seu legítimo intérprete"*. Há necessidade, portanto, de *"uma democratização da interpretação constitucional"*. Isso porque todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma é, ao menos indiretamente, intérprete dessa norma. A competência objetiva do povo para a interpretação constitucional – seja como partido político, opinião científica, grupo de interesse ou cidadão – é um direito da cidadania.⁸⁹

A partir da perspectiva de HÄBERLE, a jurisdição constitucional funciona como um catalisador, cuja legitimidade depende das outras forças que participam do processo de interpretação. Segundo o autor, trata-se da denominada *"Constituição enquanto processo público"*, pois quanto mais ampla for a interpretação constitucional do ponto de vista objetivo e metodológico, maior deverá ser o círculo dos intérpretes.⁹⁰

Portanto, a concepção de uma interpretação constitucional plural não se limita à ampliação dos participantes no processo constitucional, mas no reconhecimento de que a constituição também é interpretada e concretizada fora das cortes. Trata-se de reconhecer que o sentido da constituição também é definido por meio de debates e interações que ocorrem nas diferentes arenas em que a cidadania se manifesta.⁹¹

Para SOUZA NETO e SARMENTO, a *"interpretação constitucional fora das cortes é vital para a legitimação democrática da empreitada constitucional. O cidadão e os movimentos sociais devem ter sempre a possibilidade de lutar, nos mais diversos espaços, pela sua leitura da Constituição"*. Para os autores, pensar de forma

⁸⁸ HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional. *A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 13.

⁸⁹ HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional. *A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 9, 14-15, 33 e 37.

⁹⁰ HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional. *A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 28 e 32.

⁹¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 404.

diversa seria negligenciar o papel da constituição como elemento de coesão social e a sua capacidade de expressar a identidade política de um povo.⁹²

Seguindo a mesma perspectiva, os juristas norte-americanos Robert POST e Reva SIEGEL propõem a retomada da participação popular na definição do sentido da constituição por meio da teoria do *constitucionalismo democrático*. A partir da realidade dos Estados Unidos, os autores sustentam que as lutas que se desenvolvem sobre o significado da constituição configuram o conteúdo do direito constitucional. Ainda que tais conflitos possam parecer ameaçar a legitimidade da constituição, na verdade ajudam a sustentar sua autoridade quando é gerido de forma adequada.⁹³

Para os autores, os movimentos sociais podem mudar a maneira como os norte-americanos entendem a constituição. Os conflitos dos movimentos sociais, possibilitados e limitados pela cultura constitucional, geram uma dinâmica que influencia as formas de compreensão da constituição.⁹⁴

A premissa do constitucionalismo democrático é a de que a autoridade de uma constituição depende de sua legitimidade democrática, de sua capacidade para inspirar os cidadãos a reconhecer como seus o texto constitucional. Essa crença se sustenta na faculdade que os cidadãos detêm de apresentar suas posições sobre o significado de uma norma constitucional e de se opor ao governo que não cumpre as disposições constitucionais. Ao Estado, por sua vez, cabe resistir ou responder aos reclamos populares e, por meio dessas complexas relações de troca, o significado da constituição é historicamente construído. Aos tribunais cabe o papel de exercerem uma forma característica de autoridade a fim de reconhecer e garantir direitos negados ou negligenciados pelo governo. A cidadania espera que os tribunais protejam os valores sociais importantes, controlando os demais atores estatais que descumpram o texto constitucional. Essa tarefa, porém, depende do grau de confiança dos cidadãos e, de alguma forma, de uma interpretação convergente dos tribunais com as convicções

⁹² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 404-405.

⁹³ POST, Robert; REVA, Siegel. Constitucionalismo democrático. In: POST, Robert; REVA, Siegel. *Constitucionalismo democrático: por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013. p. 31-41. p. 33.

⁹⁴ SIEGEL, Reva. Constitutional culture, social movement conflict and constitutional change: the case of the de facto ERA. *California Law Review*, n. 94, p. 1323-1420, 2005. p. 1323.

populares. Se houver divergência, o mesmo povo encontrará formas de comunicar suas objeções e de se opor às decisões judiciais.⁹⁵

A teoria do constitucionalismo democrático, ao invés de polarizar, pretende demonstrar como interação entre o constitucionalismo e a democracia pode ser construtiva. Para os autores, caso os tribunais impusessem o significado da constituição nos assuntos que são de interesse para muito cidadãos, haveria uma indiferença em relação ao texto constitucional. Para POST e SIEGEL, a legitimidade da constituição depende justamente dessa relação de reconhecimento.⁹⁶

Como então uma constituição pode inspirar lealdade e compromisso apesar dos constantes desacordos sobre o seu conteúdo? Para POST e SIEGEL, a crença na sensibilidade do ordenamento constitucional aos desacordos existentes é essencial para a preservação da autoridade da constituição, pois quando existe essa confiança, os cidadãos aceitam diferentes juízos sobre o significado da constituição, ainda que discordem da posição adotada. A confiança não depende do resultado interpretativo em si, mas da oportunidade de persuasão durante o processo de compreensão da constituição.⁹⁷

Diferente de uma abordagem jurídica centrada no tribunal, o constitucionalismo democrático valoriza o papel essencial que o engajamento público desempenha ao orientar e legitimar as instituições no controle de constitucionalidade. Tanto é assim que, segundo a teoria proposta, a legitimidade da jurisdição constitucional residirá em sua *responsividade democrática*, ou seja, em sua capacidade de ser reconhecida como expressão da própria identidade do povo, ainda que essa adesão seja reconhecida em momento posterior.⁹⁸

Para tanto, o constitucionalismo democrático examina as diversas práticas que facilitam a comunicação constante e contínua entre os tribunais e o povo. Para POST

⁹⁵ POST, Robert; REVA, Siegel. La furia contra el fallo “Roe”: constitucionalismo democrático y reacción violenta. In: POST, Robert; REVA, Siegel. *Constitucionalismo democrático: por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013. p. 43-118. p. 44-45.

⁹⁶ POST, Robert; REVA, Siegel. Constitucionalismo democrático. In: POST, Robert; REVA, Siegel. *Constitucionalismo democrático: por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013. p. 31-41. p. 33.

⁹⁷ POST, Robert; REVA, Siegel. Constitucionalismo democrático. In: POST, Robert; REVA, Siegel. *Constitucionalismo democrático: por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013. p. 31-41. p. 33-34.

⁹⁸ POST, Robert; REVA, Siegel. La furia contra el fallo “Roe”: constitucionalismo democrático y reacción violenta. In: POST, Robert; REVA, Siegel. *Constitucionalismo democrático: por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013. p. 43-118. p. 51.

e SIEGEL até mesmo o *backlash*⁹⁹ configura uma das muitas práticas possíveis, por meio da qual o povo busca influenciar na construção de sentido da constituição.¹⁰⁰

A retomada da teoria do constitucionalismo democrático contribui para uma melhor compreensão da realidade constitucional brasileira, uma vez que procura entender que “o processo de legitimação da constituição como um fluxo contínuo de interações entre os membros judiciais e não judiciais da sociedade”.¹⁰¹

É a partir do desacordo que o constitucionalismo democrático se desenvolve e se legitima, pois permite que os diversos atores constitucionais interajam de forma recíproca na reivindicação do sentido da constituição. Nesse contexto, as cortes não estão alheias às políticas, mas constituem sua parte ativa, atuando como *catalisadoras do debate público institucionalizado e não institucionalizado*. Por meio do debate constitucional, as diferentes formas de compreensão existentes em uma sociedade são confrontadas em um processo deliberativo inclusivo, no qual todos devem ser legitimados a participar. O sentido constitucional é, portanto, uma obra coletiva de diversos atores.¹⁰²

Nesse sentido, a legitimidade democrática do direito constitucional depende justamente da sua sensibilidade à opinião popular. Essa, porém, não é uma tarefa fácil. Os tribunais devem ser sensíveis à incorporação das crenças populares no campo da legalidade, mas, ao mesmo tempo, devem ser fiéis às exigências da razão jurídica. O Judiciário deve percorrer um campo de intenso desacordo para produzir uma versão que seja democraticamente legítima e, ainda, fiel às normas jurídicas.¹⁰³ A resposta judicial, embora seja definitiva para um caso concreto, é apenas provisória em relação ao

⁹⁹ Segundo Katya KOZICKI, “o termo *backlash* pode ser traduzido como reação, resposta contrária, repercussão. Dentro da teoria constitucional, vem sendo concebido como a reação contrária e contundente a decisões judiciais que buscam outorgar sentido às normas constitucionais. Seriam, então, reações que acontecem desde a sociedade e questionam a interpretação da Constituição realizadas no âmbito do Poder Judiciário” (KOZICKI, Katya. *Backlash*: as “reações contrárias” à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de e et al. (Org.). *O Direito Achado na Rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina*. Brasília: UnB, 2015, v. 7, p. 192-196. p. 193-194).

¹⁰⁰ POST, Robert; REVA, Siegel. La furia contra el fallo “Roe”: constitucionalismo democrático y reacción violenta. In: POST, Robert; REVA, Siegel. *Constitucionalismo democrático: por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013. p. 43-118. p. 53-55.

¹⁰¹ DANTAS, Ingrid Cunha; FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Constitucionalismo democrático: entre as teorias populares do constitucionalismo e um novo aporte do papel das cortes na democracia. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, v. 64, n. 2, p. 61-88, maio/ago. 2019. p. 63.

¹⁰² FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022. p. 152-153.

¹⁰³ POST, Robert; REVA, Siegel. La furia contra el fallo “Roe”: constitucionalismo democrático y reacción violenta. In: POST, Robert; REVA, Siegel. *Constitucionalismo democrático: por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013. p. 43-118. p. 57-58.

desacordo subjacente, visto que a decisão não consegue encerrar um debate político se o povo, as instituições e o governo discordarem do seu sentido.

A jurisdição constitucional, a partir dessa perspectiva, não é antagônica à democracia ou ao autogoverno, mas – muitas vezes – a sua própria catalisadora. A decisão judicial proferida é apenas uma voz, ao lado das demais, que participam do processo interpretativo, cuja solução não encerrará o debate público democrático. Eventual oposição ao sentido judicial, portanto, não deslegitima a constituição ou a própria jurisdição constitucional, pois faz parte do próprio processo de legitimação em um ambiente democrático.¹⁰⁴

Apesar da construção de sentido da constituição ser objeto de uma obra coletiva resultante de um fluxo contínuo de interações, POST e SIEGEL defendem que a alguma forma de autoridade final das cortes é necessária ao constitucionalismo e à democracia. Para os autores são necessários requisitos mínimos para que os cidadãos participem de forma efetiva de debate público, tais como igualdade, liberdade e direitos sociais básicos (saúde e educação). Ademais, a supremacia judicial desempenha importante papel para a estabilização e segurança da constituição. Todavia, essa supremacia judicial não significa última palavra acerca do significado constitucional.

Ainda que a referida teoria tenha por objeto a realidade constitucional norte-americana, os problemas e as críticas enfrentadas pela teoria são próximos ao contexto brasileiro. No Brasil, há predominância de entendimentos que partem de uma identificação entre supremacia judicial e supremacia da constituição. Essa premissa repercute na atividade dos tribunais, os quais são vistos como instituições apartadas da política, cuja legitimidade democrática advém de uma razão superior incriticável ou insuperável. Todavia, é o do povo que tanto o Judiciário como os demais poderes devem extrair a sua legitimidade, devendo ser a ele sensível e permeável.

Desse modo, o Poder Judiciário não detém o monopólio da tarefa de interpretar a constituição, muito menos a última palavra. Embora haja uma visão convencional de que cabe o Supremo Tribunal Federal dar a ‘última palavra’ sobre o

¹⁰⁴ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022. p. 153/154.

significado da constituição – hipótese afirmada em alguns julgados¹⁰⁵ – essa visão é absolutamente equivocada pelos argumentos acima e a seguir expostos.¹⁰⁶

Do ponto de vista descritivo, a hipótese não se sustenta porque em muitos casos o STF não deu a última palavra sobre determinadas interpretações constitucionais. Há diversos mecanismos de reação contra as decisões dos tribunais, tais como a aprovação de emenda constitucional em sentido contrário e até mesmo a posição contrária da sociedade ou dos outros poderes, o que pode levar a própria corte à revisão de sua posição inicial sobre um determinado tema. Segundo SOUZA NETO e SARMENTO *“uma decisão do STF é, certamente, um elemento de grande relevância no diálogo sobre o sentido de uma norma constitucional, mas não tem o condão de encerrar o debate sobre uma controvérsia que seja verdadeiramente importante para a sociedade”*.¹⁰⁷

A partir da ótica prescritiva, não é aconselhável atribuir a um órgão a prerrogativa de dar a última palavra sobre o sentido da constituição, pois se tratando de corte composta por intérpretes humanos, não é infalível. O Judiciário, assim como o Legislativo e o Executivo, pode errar, sendo preferível adotar um modelo que não atribua a nenhum poder o direito de errar por último. Abre-se, assim a possibilidade permanente de correções recíprocas baseada na ideia de diálogo.

Uma das justificativas para a prevalência da interpretação constitucional dada pelo Judiciário seria o seu papel de proteger as minorias diante dos abusos das majorias. Nesse ponto, o afastamento da Corte do processo eleitoral lhe confere vantagem

¹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 26603, Relator Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 4.10.2007. Segue trecho da ementa do acórdão: *“A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E O MONOPÓLIO DA ÚLTIMA PALAVRA, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. - O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. - No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que “A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la”. Doutrina. Precedentes. - A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal - a quem se atribuiu a função eminente de “guarda da Constituição” (CF, art. 102, “caput”) - assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País conferiu, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental”*.

¹⁰⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 405.

¹⁰⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 403.

institucional em relação aos demais poderes para o desempenho da função contramajoritária. Todavia, há casos em que até mesmo a atuação do Judiciário se dá contra os direitos da minoria^{108 109} e, para essas hipóteses, é preciso que haja espaço para reação à decisão da Corte. Portanto, a ideia de diálogos constitucionais não é incompatível com a lógica de proteção dos direitos das minorias.

É inquestionável que quando o STF declara a inconstitucionalidade de um ato normativo, a decisão será definitiva. De fato, ao decidir a Corte dá a última palavra e seu comando deve ser obedecido. Trata-se de uma das funções essenciais do processo judicial, qual seja, a de resolver definitivamente com conflitos entre sujeitos com vistas à segurança jurídica e à pacificação social. Porém, o processo de interpretação constitucional de determinada norma não se encerrará com o término do processo judicial. Segundo SOUZA NETO e SARMENTO:

Pode-se alcançar, com a decisão judicial, o final de uma ‘rodada’ na interpretação, mas não o encerramento da controvérsia sobre o significado da Constituição. Se a disputa for de fato muito relevante, é pouco provável que uma decisão judicial baste para colocar uma pá de cal no assunto, aquietando os grupos perdedores e os setores da opinião pública que o apoiam.¹¹⁰

Exemplo desse fenômeno é o caso *Roe v. Wade*, no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu, em 1973, que a constituição norte-americana, por meio do direito à privacidade, assegurava às mulheres o direito fundamental de interrupção da gravidez. A decisão judicial, além de não encerrar o debate, o aqueceu, tanto no campo jurídico como na esfera pública e no debate público. Os grupos vencidos, dentre os quais estava o Partido Republicano, colocaram a superação dessa decisão como prioridade em sua agenda política, o que influenciou até mesmo a seleção de juízes para a Suprema Corte, que deviam estar comprometidos com a superação desse precedente. Por outro lado, os

¹⁰⁸ Cláudio Pereira de SOUZA NETO e Daniel SARMENTO citam como exemplo os ‘condicionamentos’ impostos às futuras demarcações de terras indígenas no julgamento do caso ‘Raposa Serra do Sol’ (Petição nº 3.388, rel. min. Carlos Britto, julgamento em 19.3.2009), uma vez que limitaram gravemente os direitos fundamentais para uma minoria étnica, o que constituiu uma hipótese evidente de ativismo judicial contrário à proteção de grupo vulnerável.

¹⁰⁹ No artigo ‘*The Constitutionalization of Disparate Impact – Court-Centered and Popular Pathways: a coment on Owen Fiss’s Brennan Lecture*’ Reva B. SIEGEL destaca que, apesar de esperarmos que os tribunais desempenhem um papel especial na proteção dos direitos das minorias, há épocas em que são as instituições do governo representativo – e não a corte – que lutam por esses direitos.

¹¹⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 408.

grupos que apoiavam o precedente também se mobilizaram para enfrentar a reação conservadora à decisão da corte.

No Brasil, embora as decisões do STF não possam ser invalidadas pelos outros poderes, nada impede que seja editada nova lei ou mesmo emenda constitucional com conteúdo similar ao que foi declarado inconstitucional. Essa conclusão pode ser extraída da Constituição de 1988, que não estendeu o efeito vinculante das decisões proferidas pelo STF no controle de constitucionalidade ao Poder Legislativo, conforme dispõem os artigos 102, §2º e 103-A.

Verifica-se, a partir desse contexto, que a despeito da retórica da ‘supremacia judicial’ na interpretação constitucional, há nas decisões do STF alguma abertura para a revisão de seus posicionamentos anteriores que foram questionados por atos legislativos subsequentes. “*Essa abertura ao diálogo é salutar, pois permite o controle recíproco entre os poderes do Estado, viabilizando a correção de erros na hermenêutica constitucional*”.¹¹¹ Nesse sentido, é o seguinte trecho da ementa do acórdão da ADI 5105, julgada em 1º de outubro de 2015:

3. O desenho institucional erigido pelo constituinte de 1988, mercê de outorgar à Suprema Corte a tarefa da guarda precípua da Lei Fundamental, não erigiu um sistema de supremacia judicial em sentido material (ou definitiva), de maneira que seus pronunciamentos judiciais devem ser compreendidos como última palavra provisória, vinculando formalmente as partes do processo e finalizando uma rodada deliberativa acerca da temática, sem, em consequência, fossilizar o conteúdo constitucional. 4. Os efeitos vinculantes, ínsitos às decisões proferidas em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade, não atingem o Poder Legislativo, ex vi do art. 102, § 2º, e art. 103-A, ambos da Carta da República. 5. Consectariamente, a reversão legislativa da jurisprudência da Corte se revela legítima em linha de princípio, seja pela atuação do constituinte reformador (i.e., promulgação de emendas constitucionais), seja por inovação do legislador infraconstitucional (i.e., edição de leis ordinárias e complementares), circunstância que demanda providências distintas por parte deste Supremo Tribunal Federal.¹¹²

Nesse contexto – diante das promessas constitucionais não realizadas e da pouca efetividade dos diversos direitos fundamentais sociais estabelecidos pela Constituição de 1988 – é possível colocar a jurisdição constitucional a serviço das aspirações cidadãos? Partindo da premissa da ‘sociedade aberta dos intérpretes da

¹¹¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 413.

¹¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5105, Relator Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 1.10.2015.

constituição' e da proposta do 'constitucionalismo democrático', é preciso recuperar o protagonismo cidadão nas grandes discussões judiciais a respeito dos sentidos da constituição e da efetivação dos direitos fundamentais sociais.

3. A CONSTITUIÇÃO E OS PROCESSOS ESTRUTURAIS

Assentadas as premissas que ensejaram a judicialização da política e a respectiva ascensão institucional do Poder Judiciário – não apenas sob a ótica da teoria constitucional (pela definição de constituições analíticas e de uma jurisdicional constitucional ampla), mas também pelas condições políticas que permitem e apoiam esse movimento – cabe seguir a análise a respeito dos processos estruturais como modelo processual para a efetivação igualitária dos direitos fundamentais sociais.

3.1. O LITÍGIO ESTRUTURAL DECORRENTE DA TUTELA INSUFICIENTE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O litígio estrutural se configura a partir de comportamentos políticos omissivos persistentes que causam um grave quadro social de violação de direitos fundamentais. Nesse contexto, que alguns autores e a jurisprudência já denominaram de Estado de Coisas Inconstitucional, há possibilidade do exercício concreto de ativismo judicial, que se legitima ao oportunizar o diálogo de juízes e cortes com os outros poderes e a sociedade.¹¹³

Conforme adverte Carlos Alexandre de Azevedo CAMPOS, para que a intervenção judicial seja legítima, é essencial que se identifique “*uma situação especial e sistêmica de inércia estatal, conectando a paralisia política e administrativa à realidade contrária aos comandos constitucionais sobre direitos fundamentais*”. Trata-se, conforme propõe este autor, de um novo conceito de **omissão inconstitucional**, o qual se vincula a um estágio específico de falhas estruturais que dificultam ou impedem a efetividade dos direitos fundamentais.¹¹⁴

Tradicionalmente, a análise da inconstitucionalidade em determinado sistema pressupõe que: (i) as normas constitucionais são dotadas de supremacia hierárquica; (ii) há órgãos estatais com competência para reconhecer as violações aos comandos constitucionais; (iii) há ferramentas institucionais que permitam ajustar as condutas

¹¹³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 17.

¹¹⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 18-19.

qualificadas como inconstitucionais. Ocorre que, conforme adverte Jane Reis Gonçalves PEREIRA e Gabriel Accioly GONÇALVES:

o conceito de inconstitucionalidade, em muitos casos, envolve um feixe complexo de ações e omissões, o que impõe que a análise quanto à violação da Constituição priorize a avaliação dos resultados e implicações do conjunto de comportamentos estatais e sociais, em substituição às leituras normativistas e legiscêntricas sobre o tema.¹¹⁵

Quanto à situação de omissão inconstitucional apta a permitir a intervenção judicial, CAMPOS adverte que a doutrina tradicional incorre em dois reducionismos, quais sejam, que (i) a omissão normativa inconstitucional ocorre apenas quando há descumprimento de ordens constitucionais expressas do dever de legislar ou de regulamentar; e que (ii) quanto ao tipo (legislativa ou administrativa) a omissão é analisada de forma estanque, sem considerar aquela que pode ser decorrente da falha de coordenação entre os diferentes órgãos de todos os poderes estatais.¹¹⁶

A omissão normativa inconstitucional está prevista no art. 103, §2º, da Constituição Federal¹¹⁷ como a falta de “*medida para tornar efetiva norma constitucional*”, o qual poderá ser de competência do legislador ou de órgão administrativo.

Embora a própria constituição tenha previsto que a falta de medida poderia ter origem administrativa, tradicionalmente a literatura jurídica descreveu a inconstitucionalidade como uma incompatibilidade entre norma e constituição. Ocorre que essa incompatibilidade internormativa seria apenas uma das muitas faces da inconstitucionalidade.¹¹⁸ Nesse sentido, CAMPOS adverte que toda a teoria sobre o controle de constitucionalidade por omissão se desenvolveu com base na omissão legislativa inconstitucional. Essa omissão seria aquela decorrente do fato de o legislador não cumprir, por um período razoável, um enunciado constitucional no qual há um dever

¹¹⁵ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição. *Revista Juris Poiesis*, a. 18, n. 18, p. 130-159, 2015. p. 131-132.

¹¹⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 18-19.

¹¹⁷ Art. 103 (...) § 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

¹¹⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição. *Revista Juris Poiesis*, a. 18, n. 18, p. 130-159, 2015. p. 133.

expresso e específico de legislar, tal como aquele previsto no art. 18, §4º, da Constituição de 1988.^{119 120}

A partir desse conceito restrito, estaria fora do alcance da situação de omissão inconstitucional as violações decorrentes de normas constitucionais autoaplicáveis. Conforme explicita CAMPOS, a doutrina brasileira do estudo da omissão inconstitucional e sua respectiva incidência se baseou na tipologia de normas constitucionais desenvolvida por José Afonso da SILVA, que as classificou em (i) normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata; (ii) normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, porém sujeitas a restrições legislativas futuras; e (iii) normas de eficácia limitada. A situação de omissão inconstitucional estaria restrita às hipóteses de normas de eficácia limitada que não fossem regulamentadas em tempo razoável para que pudessem ser aplicadas, sem qualquer consideração de ordem material a respeito da eficácia das normas constitucionais. Para CAMPOS “*essa perspectiva favorece a irresponsabilidade política e institucional do Parlamento e de órgãos administrativos ante a ausência de efetividade, de realização concreta de muitos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição de 1988*”.¹²¹

Segundo destaca George Marmelstein LIMA, o conceito de norma de eficácia plena “*negligencia a multiplicidade de deveres que decorrem das normas constitucionais*”. A omissão inconstitucional configura-se toda vez que a pretensão normativa da constituição é frustrada por uma inação estatal.¹²²

Conforme PEREIRA e GONÇALVES, esse conceito legiscêntrico de inconstitucionalidade foi produto do seu processo de construção histórica, uma vez que a noção de incompatibilidade com a constituição surgiu como fórmula à passagem do modelo de soberania do parlamento ao da supremacia da constituição. Adicionalmente, pacificada a ideia de supremacia da constituição, ocorreu um alargamento do conceito e

¹¹⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 39.

¹²⁰ Art. 18 (...) § 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 15, de 1996)

¹²¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 41-45.

¹²² LIMA, George Marmelstein. A eficácia incompleta das normas constitucionais: desfazendo um mal-entendido sobre o parâmetro normativo das omissões inconstitucionais. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 20, n. 20, p. 174-192, jul./dez. 2016. p. 183.

das finalidades da constituição. Essa assunção de novas tarefas impõe a revisão do conceito de inconstitucionalidade, de forma a reconhecê-la não apenas sob a ótica do exame de validade de atos estatais e da eficácia jurídica das normas constitucionais, mas também abrangendo a noção de efetividade da constituição, ou seja, a sua capacidade de conformar a realidade social.¹²³

É nesse contexto que CAMPOS propõe a ampliação do alcance da omissão inconstitucional mediante a revisão dos seus pressupostos. Para tanto, para combater o primeiro reducionismo, propõe que o dever constitucional de legislar ou regulamentar, como pressuposto necessário da omissão inconstitucional, passaria a ser avaliado sob o enfoque do dever de proteção suficiente dos direitos e liberdades fundamentais, incluindo os sociais, os quais – a partir da caracterização de um quadro de falhas estruturais – seriam tuteláveis pela jurisdição constitucional.¹²⁴

Desse modo, a omissão inconstitucional não se vincula à eficácia jurídico-formal dos dispositivos constitucionais, mas com a (falta de) efetividade dos direitos fundamentais. A efetividade dos direitos fundamentais pode ser prejudicada por falhas de coordenação entre medidas legislativas, administrativas e orçamentárias, pela indiferença do legislador, pela ineficiência da administração e pela insuficiência orçamentária. Trata-se de vícios estatais que implicam em violações de direitos fundamentais e que independem da eficácia jurídico-formal das normas constitucionais.¹²⁵

Na análise de uma omissão, o escopo deve ser a concretização da constitucional como um todo. Os direitos fundamentais seriam uma simples abstração sem a atuação adequada para assegurar o gozo efetivo. Daí exsurge a ideia de que a obrigação constitucional de legislar – cuja falta pode configurar uma omissão inconstitucional – se configura como um ‘dever de proteção’ a ser cumprido pelo Estado para defender bens e valores fundamentais como a dignidade da pessoa humana. A partir desse entendimento, CAMPOS defende que o dever constitucional pode derivar inclusive de direitos fundamentais implícitos e da própria ideia de projeto constitucional delineada

¹²³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição. *Revista Juris Poiesis*, a. 18, n. 18, p. 130-159, 2015. p. 133-135.

¹²⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 61.

¹²⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 74.

pelos fundamentos e objetivos expressos nos artigos 1º e 3º da Constituição de 1988, cuja execução é confiada, primariamente, ao legislador democrático.¹²⁶

O dever de proteção dos direitos fundamentais é derivado da ideia da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Essa dimensão se vincula ao reconhecimento de que os direitos fundamentais – além de garantirem certas prestações – consagram os valores mais importantes de uma comunidade política. O Estado deve atuar positivamente para proteger direitos e objetivos da comunidade, pois há ofensa à constituição não apenas quando o Estado pratica excessos, mas quando deixa de agir em prol dos direitos fundamentais.¹²⁷

Com efeito, a partir da concepção de que direitos fundamentais exprimem os valores nucleares de uma ordem jurídica democrática, cujo efeitos não se resumem à limitação da ação estatal, surge um dever que se irradia, impulsiona e orientação a atuação do Legislativo, do Executivo e do Judiciário. Nesse sentido, SARMENTO sintetiza que “*Os direitos fundamentais, mesmo aqueles de matriz liberal, deixam de ser apenas limites para o Estado, convertendo-se em norte da sua atuação*”.¹²⁸

Exemplo do processo de reconhecimento das omissões não normativas foi a progressiva judicialização dos direitos fundamentais sociais em processos objetivos, o que foi aceito pelo STF, que admitiu que as políticas públicas de implementação dos direitos fundamentais podem ser apreciadas em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Seguindo essa perspectiva, o STF decidiu na ADI 1698 que políticas públicas definidas no texto constitucional podem ensejar o reconhecimento de uma omissão se forem descumpridas pelo Poder Público.¹²⁹

¹²⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 75 e 77.

¹²⁷ SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: José Adércio Leite Sampaio (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 251-314. p. 253 e 482.

¹²⁸ SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: José Adércio Leite Sampaio (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 251-314. p. 254.

¹²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1698. Relatora Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 25.2.2010. Conforme registrado nos debates, após questionamento específico, a relatora reafirmou que “*O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – Senhor Presidente, a eminente Relatora não está negando a possibilidade de controle de constitucionalidade por omissão de políticas públicas no campo da educação. A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) – Não, pelo contrário, até acentuo, em todos os campos do Direito Constitucional e muito mais dos direitos sociais. Até fiz um item específico sobre a possibilidade de se poder e dever cobrar a adoção de políticas públicas para chegar não apenas às normas de princípios e regras, mas inclusive aos objetivos do artigo 3º, que só serão conseguidos quando se chegar à erradicação total do analfabetismo formal e informal*”.

Essa nova leitura do controle de constitucionalidade permitiu o reconhecimento de que a análise do cumprimento da constituição se faz não apenas no campo da validade, mas no campo da efetividade. Segundo PEREIRA e GONÇALVES “*Essa atividade nada mais é que um monitoramento e coparticipação, pelo Judiciário, da materialização da dimensão objetiva dos direitos fundamentais*”. Essa tendência é ilustrada pela incorporação, pela lei que instituiu a ADPF, do controle concentrado de “*atos do poder público*”, o que abarca não apenas atos normativos, mas também políticas e ações concretas dos agentes do Estado.¹³⁰

Apesar de não existirem dúvidas a respeito dos deveres de proteção impostos ao Estado, há sempre uma incerteza em relação ao controle judicial sobre a configuração normativa e administrativa para efetivação dessa proteção. De um lado, é preciso considerar que o legislador e o administrador possuem margem de ação livre para estabelecer seus meios de ação, tanto em relação ao conteúdo, como em relação ao momento. De outro, é preciso averiguar situações em que a (falta de) atuação legislativa/administrativa compromete de tal forma a efetividade dos direitos fundamentais, configurando uma situação ilícita sujeita ao controle judicial.¹³¹

A respeito dos limites do controle judicial das decisões políticas sobre os meios de implementação dos deveres de proteção dos direitos fundamentais pelo Estado, tanto a doutrina quanto a jurisprudência passaram a se utilizar do princípio da proporcionalidade em sua dimensão de proibição de proteção deficiente. Enquanto imperativo de tutela, o dever de proteção estatal dos direitos fundamentais deve ser avaliado sob a ótica da proporcionalidade como forma de coibir a inação estatal ou a sua atuação deficiente.¹³²

Concebido tradicionalmente como ferramenta metodológica de avaliação dos excessos do exercício de poder pelo Estado, o princípio da proporcionalidade ganhou nova dimensão, com o objetivo de avaliar se o Estado adotou medidas suficientes para a proteção adequada e eficaz dos direitos fundamentais. A violação desse princípio

¹³⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição. *Revista Juris Poiesis*, a. 18, n. 18, p. 130-159, 2015. p. 144-145.

¹³¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 86.

¹³² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 482.

configurará uma omissão quanto ao cumprimento de uma norma constitucional – a de proteger adequadamente os direitos fundamentais.¹³³

A partir da ótica do *princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente*, caberá a avaliação dos subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. A partir do subprincípio da adequação deve-se indagar se a omissão ou atuação deficiente contribui para a promoção de algum objetivo legítimo. Pelo subprincípio da necessidade, deve-se avaliar se não existe outro meio menos prejudicial ao direito que favoreça, em igual medida, o mencionado objetivo. Por fim, pelo subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito deve-se averiguar se a promoção do referido objetivo compensou, sob a perspectiva constitucional, a deficiência na proteção ou promoção do direito em discussão.¹³⁴

A partir dessa construção teórica, CAMPOS conclui que a omissão inconstitucional pode surgir do descumprimento do dever de proteção decorrente da dimensão objetiva do direito fundamental sob a ótica da vedação da proteção deficiente como parâmetro de controle. Entendimento contrário favoreceria a debilidade dos direitos fundamentais diante de situações de paralisia estatal, tais como os casos de inércia deliberada dos poderes políticos, de impossibilidade real de consenso parlamentar (*deadlock*), de autênticos “pontos cegos legislativos” (*legislative blind spots*) e de bloqueios institucionais.

Quanto ao segundo reducionismo recorrente nas análises de omissão, é preciso considerar que uma omissão também pode decorrer não da ação específica de um determinado poder, mas da falha de coordenação entre o Executivo e o Legislativo, o que pode dificultar a execução de políticas públicas. A falta de capacidade institucional dos poderes quanto à efetividade dos direitos fundamentais ou mesmo de disposição política para revertê-la se caracteriza como um quadro de *falhas estruturais*.

Esse quadro de violação de direitos fundamentais apto a caracterizar uma omissão inconstitucional foi rotulado pela Corte Constitucional colombiana como Estado de Coisas Inconstitucional (ECI). O ECI foi reconhecido pela primeira vez em 6 de novembro de 1997 na *Sentencia SU-599*. Nesse caso, quarenta e cinco professores de dois

¹³³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 88-89.

¹³⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 483.

municípios colombianos pleiteavam direitos previdenciários recusados pelas autoridades locais sob o argumento de escassez de recurso orçamentário, a despeito do recolhimento de contribuição mensal. A Corte Colombiana, reconhecendo o ECI, não apenas determinou o pagamento dos benefícios aos demandantes, mas ordenou que os municípios em situação similar corrigissem a inconstitucionalidade em prazo razoável. A sentença continha, portanto, uma dimensão objetiva voltada a superar o ECI a partir da identificação de contexto amplo e estrutural de causas e efeitos.¹³⁵

O caso mais relevante de violação massiva de direitos fundamentais decorrentes de falhas estruturais foi enfrentado pela Corte Colombiana na *Sentencia T-025*, de 22 de janeiro de 2004. O processo tratou do deslocamento forçado de pessoas em virtude do contexto de violência no país. A corte reconheceu que existia uma violação massiva e reiterada dos direitos fundamentais da população deslocada em razão das falhas estruturais das políticas do Estado colombiano para o enfrentamento da situação.¹³⁶

No Brasil, o reconhecimento do ECI chegou ao STF na ADPF 347, de relatoria do ministro Marco Aurélio. A ação foi proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e tem por objeto o reconhecimento do ECI relativo ao sistema penitenciário brasileiro. Por meio da referida ADPF, foi requerida a adoção de providências estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos, decorrentes de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal. O ECI foi reconhecido em decisão cautelar proferida pelo plenário do STF em 9 de setembro de 2015, conforme trecho da ementa:

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

¹³⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 127-131.

¹³⁶ Conforme trecho do dispositivo da *Sentencia T-025*: “RESUELVE DECLARAR la existencia de un estado de cosas inconstitucional en la situación de la población desplazada debido a la falta de concordancia entre la gravedad de la afectación de los derechos reconocidos constitucionalmente y desarrollados por la ley, de un lado, y el volumen de recursos efectivamente destinado a asegurar el goce efectivo de tales derechos y la capacidad institucional para implementar los correspondientes mandatos constitucionales y legales, de otro lado”. Disponível em https://www.mininterior.gov.co/wp-content/uploads/2022/03/sentencia-t-025-04_0.pdf. Acesso em 23.12.2022.

normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como ‘estado de coisas inconstitucional’.¹³⁷

Apesar do destaque que se deu à tese do ECI desenvolvida pela Corte Constitucional colombiana, ressalta-se que esse novo modelo de adjudicação surgiu décadas antes nos Estados Unidos, por meio da denominada *structural litigation*, tema que será detalhado a seguir.

Os processos estruturais – rotulados ou não como ECI – são instrumentos relevantes para o cumprimento das promessas de transformação contidas no texto constitucional. Para tanto, a jurisdição constitucional vem enfrentando as falhas estruturais por meio de processos judiciais com técnicas de intervenção judicial estrutural e com monitoramento, com o objetivo de controlar políticas públicas e interferir na alocação de recursos econômicos em favor dos direitos fundamentais sociais. Como aponta CAMPOS, há uma íntima conexão entre o ECI e as sentenças estruturais, desenvolvidas inicialmente nos Estados Unidos e recentemente aplicadas em diversos países do Sul Global, tais como a Argentina, a Índia e a África do Sul, no enfrentamento de violações massivas de direitos fundamentais.¹³⁸

E quais seriam os meios processuais mais indicados para sanar as inconstitucionalidades por omissão decorrentes de falhas estruturais? A princípio, a ADPF parece ser o meio processual mais indicado para provocar a jurisdição constitucional nas situações em que esteja presente a inconstitucionalidade sistêmica, uma vez que a lei que a disciplinou previu objeto de controle amplo (“*atos do poder público*”, conforme art. 1º da Lei 9.882/1999). Foi justamente por meio desse mecanismo processual que o STF reconheceu o ECI no âmbito da ADPF 347. Não se exclui também a hipótese de invocação da tese de omissão em processos subjetivos coletivos, desde que a arguição de inconstitucionalidade seja apenas uma questão prejudicial, visto que não pode constituir o pedido principal.¹³⁹

¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 9.9.2015.

¹³⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 23.

¹³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração na Reclamação 1898, Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 10.6.2014. Conforme trecho da ementa: “O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público,

Por fim, importa ressaltar que o alargamento da noção de inconstitucionalidade resultante das progressivas transformações do constitucionalismo contemporâneo não pode implicar em “*um dirigismo jurisdicional, que converta o Poder Judiciário numa espécie de profeta do constitucionalismo*”. Conforme ressaltam PEREIRA e GONÇALVES, da maior amplitude do conceito de omissão inconstitucional não deve decorrer a ideia de que o Judiciário deva ser o protagonista na sua correção. Para tanto, as teorias dialógicas quanto ao papel do Judiciário propõem que o processo judicial deve ser o espaço para a construção dos significados constitucionais de forma participativa e deliberativa, com o envolvimento de todo os atores, públicos e sociais.¹⁴⁰

3.2. OS PROCESSOS ESTRUTURAIS E A EFETIVIDADE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

O processo estrutural é instrumento processual voltado à tutela dos direitos fundamentais, especialmente os sociais, o que possibilita que o Judiciário intervenha no ciclo de políticas públicas. Isso porque a atuação judicial, com o objetivo de superar a violação massiva e sistemática de direitos fundamentais, traz reflexos na agenda política e nos processos de formulação, implementação e avaliação de políticas públicas.

O surgimento dos processos estruturais está ligado ao avanço dos direitos fundamentais no constitucionalismo contemporâneo. Nesse sentido, após a Primeira Guerra Mundial, alguns países aprovaram constituições que contemplavam diversos direitos fundamentais sociais, abrangendo matérias que até então não eram consideradas como constitucionais, como se verificou na Constituição mexicana, de 1917, e na Constituição de Weimar, de 1919.¹⁴¹

Porém, é somente a partir do desenvolvimento da ideia da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, após a Segunda Guerra Mundial, que se passa a exigir dos

mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal”.

¹⁴⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição. *Revista Juris Poiesis*, a. 18, n. 18, p. 130-159, 2015. p. 156.

¹⁴¹ SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; LIMA, George Marmelstein. Compromisso Significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 8, n. 3, p. 771-806, set./dez. 2021. p. 774.

Estados uma atuação para a efetivação desses direitos. Isso porque, apesar de positivados nas constituições, os direitos sociais foram (e são) muito pouco concretizados.¹⁴² Para Marcelo NEVES, a positivação desses direitos teve um carácter predominantemente simbólico, com a finalidade de influenciar o imaginário social.¹⁴³

As omissões políticas inconstitucionais – entendidas como a falta de políticas públicas necessárias à proteção de direitos fundamentais garantidos na constituição – estão no centro dos processos estruturais. Os litígios estruturais surgem quando os grupos afetados pela inércia estatal buscam a proteção jurisdicional para alcançar as políticas públicas necessárias à proteção dos seus direitos.¹⁴⁴

O ativismo judicial nos Estados Unidos surgiu a partir de meados da década de 1950, com a pretensão de reformular a estrutura de diversas instituições sociais, como escolas, presídios e hospitais psiquiátricos. Na década de 1970, a partir da alteração da *Era Warren* para a *Era Burger* e a respectiva reação conservadora, emergiu relevante discussão doutrinária sobre o escopo da adjudicação (função jurisdicional) e suas formas (processo).

Para analisar o fenômeno, Lon L. FULLER escreveu o artigo ‘*The forms and limits of adjudication*’ sobre os limites e as formas de adjudicação com posição bastante restritiva sobre as possibilidades de atuação das cortes, a partir de uma concepção teórica forte a respeito dos limites da jurisdição. Para este autor, há questões que os tribunais não podem resolver, pois excedem os limites da adjudicação.¹⁴⁵

Para FULLER, o que define a função jurisdicional é o tipo de problema enfrentado. Alguns problemas seriam mais bem resolvidos pelos poderes legislativo ou executivo, como os problemas policêntricos. FULLER define os problemas policêntricos como aqueles em que há diversas variáveis críticas que se afetam mutuamente, de modo

¹⁴² SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; LIMA, George Marmelstein. Compromisso Significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 8, n. 3, p. 771-806, set./dez. 2021. p. 774.

¹⁴³ Marcelo NEVES entende que a constitucionalização simbólica implica em uma mudança do texto constitucional sem a correspondente alteração das estruturas reais de poder, de forma a servir como “*mecanismo construtivo de ilusões*”. NEVES, Marcelo. Constitucionalização Simbólica e Desconstitucionalização Fática: Mudança Simbólica de Constituição e Permanência das Estruturas Reais de Poder. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 33, n.132, p. 321-330, 1996.

¹⁴⁴ SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; LIMA, George Marmelstein. Compromisso Significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 8, n. 3, p. 771-806, set./dez. 2021. p. 775.

¹⁴⁵ FULLER, Lon L. The forms and limits of Adjudication. *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, p. 353-409, 1978.

que apenas a consideração de todas ao mesmo tempo levaria a um equilíbrio. Para este autor, a essência da jurisdição é a atuação institucional caracterizada pela possibilidade de apresentar provas e argumentos pelos afetados em um processo judicial. Como os problemas policêntricos impactam pessoas que não participaram do processo, os juízes poderiam interferir (de forma indevida) na vida de pessoas que não participaram do processo. A decisão sobre problemas policêntricos, portanto, seria uma decisão de natureza administrativa ou de gestão, não de razões ou princípios.¹⁴⁶

Abram CHAYES fez um estudo clássico sobre o tema no artigo ‘*The Role of the Judge in Public Law Litigation*’. Segundo CHAYES, em um *public law litigation* as cortes não resolvem disputas entre indivíduos segundo normas jurídicas de direito privado, mas lidam com reivindicações deduzidas das leis ou da própria constituição a respeito de mudanças sociais amplas, em programas ou políticas públicas.¹⁴⁷

Segundo CHAYES há um fato, qual seja, o surgimento de um novo modelo de adjudicação e do papel do juiz em um processo, cuja pretensão é a implementação de uma norma de direito público. Nesse processo, supera-se a lógica adversarial e simplista de um processo tradicional, no qual se busca identificar uma relação de causalidade e um culpado pelo fato ilícito em julgamento. A lógica do processo é prospectiva e as normas processuais tornam-se mais flexíveis, uma vez que é preciso representar e considerar os interesses daqueles que não serão parte do processo, mas afetados pela decisão.¹⁴⁸

O fenômeno também foi analisado por Owen FISS, que definiu o processo estrutural a partir da percepção de que a alteração não era apenas da função desempenhada pelo processo, mas da maneira como passou a se organizar. São estruturais as decisões que transcendem o interesse individual e pretendem reestruturar determinada organização social ou instituição pública com o objetivo de proteger direitos fundamentais.¹⁴⁹

Owen FISS conceituou a decisão estruturante a partir do caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*¹⁵⁰, no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos

¹⁴⁶ FULLER, Lon L. The forms and limits of Adjudication. *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, p. 353-409, 1978.

¹⁴⁷ CHAYES, Abram. The Role of the Judge in Public Law Litigation. *Harvard Law Review*, v. 89, n. 7, p. 1281-1316, 1976.

¹⁴⁸ CHAYES, Abram. The Role of the Judge in Public Law Litigation. *Harvard Law Review*, v. 89, n. 7, p. 1281-1316, 1976.

¹⁴⁹ FISS, Owen. *Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade*. Tradução coordenada por Carlos Alberto de Salles. 2. ed. Juruá: Curitiba, 2017. p. 10-11.

¹⁵⁰ US SUPREME COURT. *Brown vs. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

determinou o fim da segregação racial nas escolas. Em 1951 Oliver Brown tentou matricular a sua filha, Linda Brown, em uma escola próxima à sua residência, mas teve o pedido rejeitado por ela ser negra, uma vez que a escola só matriculava crianças brancas. No mesmo ano, Oliver ajuizou ação contra a Secretaria da Educação da cidade de Topeka pleiteando a admissão da sua filha na escola que recusara a sua matrícula.

O caso chegou até a Suprema Corte para julgamento da questão de direito sob o viés do direito à igualdade, garantido pela 14ª emenda da Constituição dos Estados Unidos. No ano de 1954 – diferente do que foi decidido no caso *Plessy vs. Ferguson*¹⁵¹ que, em 1896, estabelecera a doutrina *separate but equal* – a Suprema Corte reconheceu que a divisão de escolas a partir do critério racial era inconstitucional.

A decisão voltada a superar a segregação racial nas escolas possuía duas dimensões: (i) a proibição de discriminação com base na raça; (ii) outra, de natureza estrutural, que pretendia a transformação do sistema escolar dual até então existente. Para concretizar as duas dimensões foi necessário que a Corte norte-americana proferisse novas decisões de implementação.

Diante da dificuldade de cumprimento da decisão, o caso retornou à Suprema Corte, sob a alcunha de Brown II, para discussão da forma de implementação da decisão. É nesse contexto que FISS identificou o nascimento de uma nova forma de *adjudicação*¹⁵², o que foi denominado por ele por *structural injunctions*.

FISS esclarece que a reforma estrutural reconhece o caráter verdadeiramente burocrático do Estado moderno, ajustando as formas processuais tradicionais à nova realidade social. A pretensão estrutural envolve um encontro entre o Judiciário e as burocracias estatais. Por meio de um processo estrutural, o juiz – confrontando uma burocracia estatal com os preceitos constitucionais – compromete-se a reestruturar a organização para eliminar uma ameaça a esses preceitos provocada pelos arranjos institucionais vigentes.¹⁵³

Conforme explicita FISS, o caso Brown permitiu a percepção de uma outra maneira de verificar a relação entre um direito e os provimentos judiciais, visto que a implementação da decisão transcendeu o caso individual e seu cumprimento implicaria

¹⁵¹ US SUPREME COURT. *Plessy vs. Ferguson*, 167 U.S. 537 (1896).

¹⁵² *Adjudication* é a forma usual para designar a atividade realizada pelo Judiciário na solução de conflitos na língua inglesa.

¹⁵³ FISS, Owen. *The law as it could be*. New York: NYU Press, 2003. *E-book*.

na reforma estrutural de instituições de grande porte. Assim, para a execução da proclamada igualdade racial no caso Brown, foi preciso ajustar as formas processuais tradicionais para atender às necessidades existentes da aspiração organizacional, o que provocou o conceito novo de adjudicação. Por meio de decisões estruturais, as cortes distritais dos EUA, sob o comando da Suprema Corte, passaram a determinar diretrizes reconstrutivas para o processo de transformação das instituições envolvidas, surgindo uma nova perspectiva de se olhar a relação entre direitos e remédios.¹⁵⁴

A evolução de processo estrutural não ocorreu de forma pacífica, visto que havia resistência de um bloco de juízes. Essa resistência implicou em movimento de avanços e retrocessos. De toda forma, conforme destaca FISS, o contra-ataque da *Era Burger*, embora tenha enfraquecido posições judiciais anteriores, não acabou com o processo estrutural, mas provocou reflexões e mudanças sobre o instituto.¹⁵⁵

Apesar de nos Estados Unidos os processos estruturais terem sido concebidos com foco em direitos liberais, como a igualdade e a integridade física, nos países emergentes, cujas constituições apresentam forte caráter emancipatório sob o viés econômico e social, tais processos passaram a ser utilizados para enfrentar a reiterada omissão estatal na promoção dos direitos fundamentais prestacionais.

É fundamental perceber que pelos processos estruturais se pretende não apenas eliminar uma conduta ilícita por meio de uma obrigação de fazer ou não fazer, mas impor uma reestruturação da relação burocrática causadora do dano. Essa modificação tem efeitos essencialmente prospectivos, uma vez que objetiva alterar substancialmente a forma das interações sociais no longo prazo.¹⁵⁶

Para FISS, existem dois modelos de adjudicação diferentes em suas perspectivas e objetivos. De um lado, há o modelo tradicional de solução de controvérsias, vinculado a fins privados, de visão individualista e direcionado à manutenção do *status quo*. De outro lado, há o modelo de *reforma estrutural*, por meio do qual o Judiciário assume a função de (re)estruturar instituições sociais na tarefa de concretizar valores constitucionais.

¹⁵⁴ FISS, Owen. *Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade*. Tradução coordenada por Carlos Alberto de Salles. 2. ed. Juruá: Curitiba, 2017. p. 25-28.

¹⁵⁵ FISS, Owen. *Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade*. Tradução coordenada por Carlos Alberto de Salles. 2. ed. Juruá: Curitiba, 2017. p. 28.

¹⁵⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013.

Uma constituição, como destaca FISS, além de definir a estrutura do Estado, uma vez que cria órgãos e determina suas respectivas funções, também identifica os valores que informarão e limitarão essa estrutura. Esses valores são ambíguos e dão margem a interpretações diferentes e até mesmo conflitantes, o que faz surgir uma necessidade constitucional de dar aos valores constitucionais um significado específico pela definição dos seus respectivos conteúdos operacionais.¹⁵⁷

A quem cabe esse papel de interpretação? Para Owen FISS, todos – quer como indivíduos quer com atores institucionais – têm um papel no processo de concretização dos valores constitucionais: “*o número de vozes que lhes confere significado é tão vasto quanto o próprio público*”.¹⁵⁸ Esta missão, portanto, cabe aos Poderes Legislativo e Executivo, às instituições privadas, assim como às cortes. Embora o Poder Judiciário não possua o monopólio da tarefa de significar os valores constitucionais, não há por que silenciá-lo diante de condutas que afrontem tais valores. Ademais, o Judiciário pode, a partir de uma nova perspectiva de processo, contribuir para as discussões e os debates públicos acerca da significação dos valores.

Em suma, por meio de um processo estrutural o Judiciário busca significar valores constitucionais a partir da re(adequação) das burocracias estatais, eliminando a ameaça imposta a tais valores pelos arranjos institucionais existentes.¹⁵⁹

Nos últimos anos, os processos estruturais ganharam força no Sul Global, destacando-se decisões proferidas pelas cortes da Colômbia, da Argentina, da Índia e da África do Sul. César Rodríguez GARAVITO e Diana Rodríguez FRANCO, em estudo sobre os impactos da decisão da Corte Constitucional Colombiana em 2004 da sentença T-025 que tratou do deslocamento interno forçado de pessoas em virtude de conflitos armados, defendem que ao lado da incorporação dos direitos fundamentais sociais às constituições, as intervenções judiciais promovidas por meio dos processos estruturais

¹⁵⁷ FISS, Owen. *Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade*. Tradução coordenada por Carlos Alberto de Salles. 2. ed. Juruá: Curitiba, 2017. p. 24-25.

¹⁵⁸ FISS, Owen. *Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade*. Tradução coordenada por Carlos Alberto de Salles. 2. ed. Juruá: Curitiba, 2017. p. 23.

¹⁵⁹ FISS, Owen. *Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade*. Tradução coordenada por Carlos Alberto de Salles. 2. ed. Juruá: Curitiba, 2017. p. 25.

foram inovações cruciais para superar injustiças socioeconômicas que se refletem em privação das condições materiais básicas de uma vida digna.¹⁶⁰

A partir dos estudos de CHAYES e de Charles F. SABEL e William H. SIMON sobre os litígios de interesse público nos Estados Unidos, GARAVITO e FRANCO definem os casos estruturais como aqueles que: (i) afetam um número grande de pessoas que, em nome próprio ou por meio de organizações que as representam no tribunal, alegam violações de seus direitos; (ii) envolvem diversos órgãos públicos responsáveis por falhas persistentes de política pública que contribuem para a violação de direitos; e que (iii) implicam em provimentos judiciais de natureza estrutural, ou seja, ordens de cumprimento obrigatório por meio das quais os tribunais determinam que os órgãos públicos atuem de forma a proteger toda a população afetada (e não apenas os demandantes específicos do caso).

Para GARAVITO e FRANCO, a abordagem de um litígio sob a perspectiva estrutural é relevante porque, diante da judicialização crescente dos direitos fundamentais sociais, as decisões estruturais proporcionam uma alternativa processual frente as decisões judiciais individuais, que saturam a capacidade dos tribunais, bem como produzem resultados contraditórios e desiguais. Ademais, os processos estruturais fomentam significativo diálogo e colaboração entre o Estado e a sociedade civil quanto aos problemas distributivos, permitindo melhores perspectivas para alcançar progressos sustentáveis na proteção dos direitos fundamentais sociais.¹⁶¹

A situação não é diferente no Brasil. Diante da judicialização crescente dos pela realização de direitos fundamentais sociais, é imperioso racionalizar o processo judicial para o enfrentamento das causas estruturais das violações aos direitos de forma sistêmica e igualitária.

Nesse contexto, os processos estruturais se mostram como ferramentas legítimas a serem utilizadas de forma excepcional para o enfrentamento de quadro de violação de direitos fundamentais decorrentes do mau funcionamento das estruturais governamentais. A importância de abordar as violações dos direitos fundamentais sociais

¹⁶⁰ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Juicio a la exclusión: el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales del Sur Global*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015. E-book.

¹⁶¹ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Juicio a la exclusión: el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales del Sur Global*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015. E-book.

sob a perspectiva estrutural reside em poder otimizar a função jurisdicional, que atua sobre a raiz do problema de forma prospectiva, evitando milhares de ações individuais, que não apenas saturam o sistema judiciário, mas geram o risco de resultados contraditórios. Ademais, quando os tribunais mantêm a jurisdição mediante mecanismos de supervisão de cumprimento, podem fomentar um diálogo significativo e de colaboração entre o Estado e a sociedade civil, além de permitir progressos sustentáveis na proteção dos direitos fundamentais sociais.¹⁶²

Cabe ao Judiciário, portanto, por meio dos processos estruturais enfrentar bloqueios políticos e institucionais, interferindo na própria formulação e implementação de políticas públicas. A proposta é a possibilidade de demandar – por meio de um processo estrutural – o atendimento dos parâmetros necessários ao cumprimento dos deveres que emergem da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, especialmente quanto ao efeito jurídico decorrente dos deveres autônomos, sobre o qual se discorreu acima. A pretensão de acesso ao Judiciário não existe *prima facie*, mas exsurgerà nos casos em que o Estado não empreender as prestações fáticas e normativas necessárias à efetivação dos direitos fundamentais sociais, especialmente para fins de organização, procedimento e proteção em níveis que sejam aceitáveis à fruição desses direitos.¹⁶³

Desse modo, os processos estruturais têm como ponto de partida a violação sistemática de direitos fundamentais. Seu objetivo não é apenas reparar danos já ocasionados (objetivo retrospectivo), mas de promover uma adequação das políticas públicas necessárias à concretização dos direitos violados (objetivo prospectivo), o que inclui a reorganização estrutural das instituições responsáveis pela realização dessas políticas. As demandas dos processos estruturais normalmente estão vinculadas a violações dos direitos fundamentais sociais, uma vez que a realização desses direitos envolve estruturas complexas de prestações sociais que exigem orçamento público e organização de serviços públicos.¹⁶⁴

¹⁶² GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Juicio a la exclusión: el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales del Sur Global*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015. E-book.

¹⁶³ HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia* (UniBrasil), v. 14, n. 14.1, Curitiba, UniBrasil, p. 618-688, ago./dez. 2013. p. 619-656. p. 655-656.

¹⁶⁴ SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; LIMA, George Marmelstein. Compromisso Significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 8, n. 3, p. 771-806, set./dez. 2021. p. 773 e 776.

3.3. JUSTIFICATIVAS E FUNÇÕES DA JUDICIALIZAÇÃO DO LITÍGIO ESTRUTURAL

O processo estrutural une a problemática da constitucionalização do processo e a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente os direitos fundamentais sociais. Porém, há diversas críticas quanto à intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas, das quais duas se sobressaem: o argumento do caráter antidemocrático do ativismo judicial e a ausência de capacidade institucional das cortes para impulsionar transformações estruturais, como as exigidas pelos direitos fundamentais sociais.

A questão da objeção democrática compreende, na verdade, duas críticas. A primeira refere-se ao fato de juízes não eleitos pelo voto popular interferirem em políticas públicas que seriam de competência de órgãos eleitos (como o Legislativo e o Executivo). Essa intervenção afetaria os dois pilares da democracia: a legitimidade baseada em eleições e a separação de poderes. A segunda crítica é um complemento da primeira e corresponde à suposta ausência de *accountability* (prestação de contas) do Poder Judiciário, pois enquanto os poderes eleitos estão sujeitos ao controle dos cidadãos mediante novas eleições, os juízes usurariam um poder sem ter que prestar contas de como o exercem à população. Com relação aos possíveis efeitos antidemocráticos do ativismo judicial, sustenta-se que a intervenção judicial pode suprimir o debate público e a mobilização social como canais de solução de controvérsias e de tomada de decisões democráticas.¹⁶⁵

O segundo argumento central contra o ativismo judicial refere-se à ausência de capacidade institucional do Judiciário. Segundo a crítica, as cortes não possuiriam ferramentas para desenvolver políticas públicas apropriadas e implementar as sentenças. Conforme o desenho institucional, as cortes geralmente se ocupam de casos individuais, possuem conhecimentos limitados sobre assuntos de política pública e dependem de outros setores do poder público para fazer cumprir suas decisões. Desse modo, de acordo com a crítica, as cortes não teriam visão geral, especialmente de longo prazo, e

¹⁶⁵ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado em Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010. p. 34-35.

informações técnicas para solucionar a questão, além de lhes faltar efetivo poder coercitivo para o cumprimento das decisões.¹⁶⁶

Que tipo de ativismo judicial pode melhor corresponder às objeções acima descritas para o enfrentamento dos casos de violações massivas de direitos? Diante dessas questões, surgiram tentativas recentes de repensar a justificativa, o procedimento e os efeitos das decisões judiciais.

Nesse sentido, os atuais defensores do ativismo judicial tendem a aceitar a crítica do risco antidemocrático da intervenção judicial em políticas públicas, mas sem abandonar a concepção do direito como catalisador de mudança social. Para tanto, propõe-se a reformulação da justificativa e dos mecanismos das intervenções judiciais, buscando, ao invés de enfraquecer, aprofundar a democracia.¹⁶⁷

Preliminarmente, porém, é preciso considerar (e ressaltar) que a objeção democrática ao Judiciário parte de uma visão idealizada e limitada de democracia, por pressupor que: (i) há efetiva representação da vontade popular pelos poderes públicos eleitos; e (ii) que os respectivos mecanismos de prestação de contas (*accountability*) são eficientes. A prática política e institucional, porém, é bem diferente, visto que os jornais estão repletos de notícias de escândalos de corrupção e tráfico de influência por parte dos poderes eleitos, propósitos que se afastam bastante da vontade popular que os elegeu.¹⁶⁸

Some-se, ainda, as dificuldades práticas impostas pelos canais tradicionais de *accountability*. O mecanismo vertical de controle (o voto), por meio do qual os eleitores controlam seus eleitos, são esporádicos e insuficientes a garantirem, por si só, a vigência da ordem democrática e dos direitos fundamentais. Para a manutenção da democracia e do Estado de Direito também são importantes os mecanismos horizontais de *accountability*, o que pressupõe a existência de órgãos estatais que tenham autoridade

¹⁶⁶ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado em Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010. p. 35.

¹⁶⁷ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado em Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010. p. 37.

¹⁶⁸ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado em Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010. p. 37.

legal e disposição para controlar atos dos demais poderes, como o controle judicial de atos do Executivo e do Legislativo.¹⁶⁹

Portanto, uma concepção aprofundada de democracia exige dos tribunais exatamente o tipo de ação que os críticos condenam – a intervenção judicial para a garantia de direitos diante de ações e omissões dos poderes Executivo e Legislativo. Nesse sentido, GARAVITO e FRANCO destacam que “*Especialmente en burocracias complejas como las del Estado democrático contemporáneo, la transparencia y la responsabilidad de los poderes públicos frente a los ciudadanos no pueden ser garantizadas sólo mediante el mecanismo de las elecciones*”.¹⁷⁰

Nessa mesma perspectiva, SABEL e SIMON na formulação de um novo ativismo judicial a partir de uma proposta experimentalista – defendida no artigo intitulado ‘*Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds*’ –, ressaltam que o litígio público rejeita a noção de que a *accountability* pode ser extraída do fato de uma entidade pública estar situada na estrutura de um poder chefiado por um funcionário eleito. Essa suposição transformaria a separação de poderes em um formalismo vazio.¹⁷¹

Quanto à justificação do novo ativismo judicial nos litígios estruturais sobre direitos fundamentais sociais e a recorrente crítica democrática, GARAVITO e FRANCO sustentam que a intervenção judicial é necessária e legítima, porque são frequentes os casos em que os sistemas burocrático e político das democracias contemporâneas geram bloqueios que impedem a realização dos direitos fundamentais. Assim, diante de situações de *bloqueio institucional* – que levam a graves deficiências ou até mesmo a falta de uma política pública – os tribunais são as instituições apropriadas para eliminar os obstáculos ao funcionamento apropriado do Estado, promovendo a proteção de direitos. Nesse sentido, partindo de uma concepção de democracia baseada na deliberação pública e no controle horizontal entre os órgãos do Poder Público, os autores defendem que essa

¹⁶⁹ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado em Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010. p. 38.

¹⁷⁰ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado em Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010. p. 39.

¹⁷¹ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. *Destabilization rights: how public law litigation succeeds*. Harvard Law Review, v. 117, p. 1016-1101, 2004. p. 1094.

forma de intervenção judicial, operada nas circunstâncias e por meio de mecanismos adequados, fortalece a democracia ao invés de enfraquecê-la.¹⁷²

Nesse sentido, em 2004 SABEL e SIMON definiram o *public law destabilization right* como o direito de desestabilizar uma instituição pública que (i) falha em satisfazer padrões mínimos de desempenho adequado, violando direitos e (ii) é substancialmente imune aos mecanismos políticos convencionais de correção. É justamente essa situação de bloqueio político, marcado pela ausência de mecanismos políticos convencionais de correção em políticas públicas, que legitima a intervenção judicial.¹⁷³

Os bloqueios institucionais podem ter várias origens. Podem surgir de uma situação de ‘dilema de prisioneiro’ por meio do qual as entidades responsáveis estão presas em um emaranhado burocrático que só pode ser resolvido por meio de um esforço explícito de coordenação que nenhuma pode empreender. O bloqueio também pode surgir quando algum ente estatal ou grupo social dominante captura o processo político ou as políticas públicas sobre um tema em detrimento dos interesses e grupos menos poderosos.¹⁷⁴

Há, ainda, um terceiro fator de bloqueio comum aos litígios estruturais do Sul Global. GARAVITO e FRANCO advertem que – enquanto os juristas do Norte Global estão preocupados com questões de falhas de coordenação ou *accountability* de instituições que possuem uma estrutura básica, recursos e capacidade técnica para enfrentar o problema – na América Latina e outras partes do Sul Global o litígio estrutural se caracteriza, com frequência, pela falta de capacidade técnica das instituições encarregadas pela política pública. Enfrentando a crítica da ausência de capacidade institucional atribuída ao Judiciário para a interferência em políticas, constata-se, portanto, que a falta de capacidade pode ser endêmica da própria administração pública.¹⁷⁵

¹⁷² GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Juicio a la exclusión: el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales del Sur Global*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015. *E-book*.

¹⁷³ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. *Destabilization rights: how public law litigation succeeds*. Harvard Law Review, v. 117, p. 1016-1101, 2004. p. 1062.

¹⁷⁴ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. *Destabilization rights: how public law litigation succeeds*. Harvard Law Review, v. 117, p. 1016-1101, 2004. p. 1064-1065.

¹⁷⁵ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado em Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010. p. 49/50.

No contexto de incapacidade institucional da própria administração pública, o desbloqueio institucional gerado por uma sentença estrutural pode incentivar a elaboração ou melhoria de capacidades institucionais básicas, tais como o levantamento de informações, a indicação de recursos e a articulação entre os diferentes entes federativos. O *efeito desbloqueador*, portanto, é o primeiro efeito da intervenção judicial em litígios estruturais. O propósito é o de desestabilizar o direito e os direitos, buscando alterar o equilíbrio institucional perverso, que bloqueia tanto o funcionamento adequado da democracia como o cumprimento dos direitos fundamentais previstos na constituição.¹⁷⁶

Nessa mesma perspectiva quanto aos bloqueios existentes em uma democracia, Rosalind DIXON defende que os tribunais detêm relevante papel na interpretação e no cumprimento de garantias constitucionais. A autora argumenta que – ainda que as democracias tenham um modo de funcionamento relativamente correto – os processos políticos majoritários possuem pontos cegos e cargas de inércia.¹⁷⁷

Durante o processo deliberativo podem surgir pontos cegos (*puntos ciegos*) envolvendo situações em que o Legislativo não dispõe da necessária percepção sobre o possível impacto de sua ação ou omissão. Primeiro, em razão dos pontos cegos de aplicação (*puntos ciegos de aplicación*), quando o Legislativo não prevê que a aplicação de determinadas leis pode não estar conforme o direito em razão das pressões de tempo que recaem sobre os processos de deliberação legislativa ou mesmo em razão de outras condicionantes do processo legislativo. Segundo, diante dos pontos cegos de perspectiva (*puntos ciegos de perspectiva*), os quais decorrem da ausência da previsão dos impactos que as leis podem ter sobre o pleno exercício de direitos pelos cidadãos. Essa situação pode ocorrer na medida em que nem todas as perspectivas sobre os direitos envolvidos são consideradas a partir dos diferentes experiências e aspectos da vida existentes. E, terceiro, podem existir pontos cegos de acomodamento (*puntos ciegos de acomodamiento*), os quais surgem a partir da limitada experiência dos legisladores no

¹⁷⁶ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado em Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010. p. 50.

¹⁷⁷ DIXON, Rosalind. Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos: Una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014. *E-book*.

campo jurídico, que querendo alcançar determinado objetivo legislativo, não percebem até que ponto uma reivindicação baseada em direitos particulares poderia ser acomodada a um custo razoavelmente baixo no âmbito do seu objetivo legislativo.¹⁷⁸

Além dos pontos cegos, podem existir cargas de inércia quanto às diferentes formas de proteção de um direito, na medida em que o processo constitucional de formação de leis torna a edição de uma lei um procedimento demorado e sujeito a limitações e restrições específicas. As cargas de inércia se classificam em cargas de inércia por prioridade, cargas de inércia por coalizão e cargas de inércia burocráticas.¹⁷⁹

As cargas de inércia por prioridade (*cargas de inercia por prioridad*) ocorrem quando o Legislativo deixa de enfrentar determinadas questões em razão da existência de outras prioridades legislativas decorrentes de maior relevância eleitoral imediata. As cargas de inércia por coalizão (*cargas de inercia por coalición*) surgem quando determinados assuntos dividem a coesão interna do grupo que detém o controle da casa legislativa, impondo um custo alto para que se alcance a coerência necessária para se alcançar determinado resultado. Por fim, há as cargas de inércia burocráticas (*cargas de inercia burocráticas*), que ocorrem quando o atendimento a um direito exige formatos complexos de ação administrativa, existindo a possibilidade de que no processo legislativo se cruzem distintos pontos cegos e cargas de inércia. Nesses casos, a possibilidade de se concretizar um direito é ameaçada por uma combinação da demora administrativa com a falta de uma adequada supervisão legislativa da ação administrativa.¹⁸⁰

A partir de uma perspectiva dialógica, DIXON preconiza que determinados tipos de omissão e atraso, como os causados pelas razões acima descritas, ou seja, que não têm origem na limitação de recursos de natureza absoluta nem se baseiam em uma justificativa de princípios, afetam a legitimidade do sistema constitucional. Para a autora,

¹⁷⁸ DIXON, Rosalind. Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos: Una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014. *E-book*.

¹⁷⁹ DIXON, Rosalind. Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos: Una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014. *E-book*.

¹⁸⁰ DIXON, Rosalind. Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos: Una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014. *E-book*.

todas as limitações existentes sobre o exercício dos direitos, inclusive daqueles sujeitos à realização progressiva, devem ser razoáveis e justificáveis. Alguns bloqueios institucionais afetam de forma tão significativa o sistema constitucional como um todo que se torna imperativo identificar as formas com as quais as diferentes instituições, incluindo as cortes, podem mitigar ou combater essas formas de obstrução legislativa. E para tanto, uma concepção dialógica atribui tanta importância à dimensão concreta, coercitiva e comunicativa dos processos decisórios no Judiciário quanto ao papel potencial mais amplo dos tribunais em ajudar a neutralizar os pontos cegos e os encargos de inércia do processo político como um todo.¹⁸¹

Conforme anotam SABEL e SIMON, é impressionante constatar que muitas das práticas denunciadas nos casos estruturais não resultam do exercício de autoridade por parte de alguém, mas da falha e ou da recusa em fazer política pública.¹⁸² Portanto, uma das consequências mais impactantes é a de que, com frequência, a violação de direitos não decorre da insuficiência das políticas públicas, mas da ausência total delas.¹⁸³

Assim, diante da constatação das situações de bloqueio institucional ou político que impedem a realização de direitos, o Poder Judiciário, ainda que não seja a instância ideal ou esteja dotada de todas as ferramentas ótimas para o cumprimento ideal da tarefa, surge como o único órgão estatal com independência e poder para superação da situação de paralisia.¹⁸⁴ O ativismo judicial estrutural é, portanto, justificado na medida que pretende desestabilizar o *status quo* e abrir as instituições públicas que falharam de forma crônica no cumprimento de suas obrigações e que estão imunes aos processos políticos normais de responsabilidade (*accountability*).¹⁸⁵

Constata-se, portanto, que os processos estruturais – embora nem sempre alcancem efeitos imediatos – promovem diversos impactos, diretos e indiretos.

¹⁸¹ DIXON, Rosalind. Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos: Una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014. *E-book*.

¹⁸² SABEL, Charles F.; SIMON, William H. *Destabilization rights: how public law litigation succeeds*. Harvard Law Review, v. 117, p. 1016-1101, 2004. p. 1092.

¹⁸³ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado em Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010. p. 40-41.

¹⁸⁴ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado em Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010. p. 39.

¹⁸⁵ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. *Destabilization rights: how public law litigation succeeds*. Harvard Law Review, v. 117, p. 1016-1101, 2004. p. 1020.

Como destaca Jules LOBEL, por quase meio século nos Estados Unidos discutiu-se dois modelos concorrentes do papel do Judiciário em uma sociedade democrática, conforme anteriormente explicitado. Tradicionalmente os tribunais funcionaram como árbitros para resolução de disputas entre indivíduos particulares com base em normas de direito privado. Posteriormente, com o surto de reformas determinadas pelo Judiciário norte-americano nas décadas de 1960 e 1970, os tribunais passaram a ser vistos como instrumentos de mudança social por meio dos litígios de direito públicos (Abram CHAYES) ou das reformas estruturais (Owen FISS).¹⁸⁶

Nesse novo contexto, os tribunais passaram a supervisionar a interface entre grandes instituições estatais (como escolas e prisões) e os cidadãos, uma atuação cuja legitimidade democrática foi bastante questionada nos anos que se seguiram. Por outro lado, nas décadas de 1970 e 1980 nos EUA, cientistas políticos e sociais se envolveram em um debate paralelo à discussão acerca da legitimidade e da competência do Judiciário. A questão era a de avaliar se as reformas estruturantes determinadas pelo Judiciário realmente tiveram repercussão na sociedade.¹⁸⁷

A publicação do artigo ‘*The Hollow Hope*’ de Gerald ROSENBERG em 1991 desencadeou o debate ao afirmar que mesmo em casos célebres – como *Brown v. Board of Education* e *Roe v. Wade* – os tribunais foram ineficazes na produção de mudanças sociais. Para o autor, encarar as cortes como motores de mudança social era uma ‘esperança vazia’. ROSENBERG alegou que o que revolucionou as relações raciais nos EUA não foi resultante do caso Brown, mas da mobilização política dos anos 1970 e da legislação antirracista resultante desse movimento. A mesma conclusão seria extraída do caso *Roe v. Wade* acerca do aborto.¹⁸⁸

Uma série de cientistas sociais citados por LOBEL, dentre os quais se destaca Michael MCCANN, discordaram das conclusões de ROSENBERG, embora reconheçam que as decisões judiciais por si só raramente provocam mudança social. Concluiu-se que o litígio judicial pode alcançar significativos benefícios indiretos, servindo como parte de uma estratégia política para o alcance da reforma social. Nesse sentido, os litígios judiciais – para além da obtenção da vitória – podem ser instrumentos para mobilização política de lutas, obtenção de publicidade favorável, construção de um movimento

¹⁸⁶ LOBEL, Jules. Courts as forums for protest. *UCLA Law Review*, v. 52, p. 477-561, 2004. p. 479.

¹⁸⁷ LOBEL, Jules. Courts as forums for protest. *UCLA Law Review*, v. 52, p. 477-561, 2004. p. 484-485.

¹⁸⁸ LOBEL, Jules. Courts as forums for protest. *UCLA Law Review*, v. 52, p. 477-561, 2004. p. 485-486.

político, geração de apoio para reivindicações políticas e constitucionais e para forçar a oposição a se estabelecer.¹⁸⁹

GARAVITO e FRANCO, também partindo do pessimismo de ROSENBERG quanto aos impactos de uma decisão judicial na sociedade, se debruçaram sobre os múltiplos efeitos de uma decisão estrutural, os quais vão desde o impacto material direto até efeitos simbólicos indiretos. Nesse sentido, a partir da visão construtivista da relação entre o direito e a sociedade e do estudo de Michael MCCANN, que concluiu que embora as vitórias judiciais não se traduzam efetivamente em mudança social, podem ajudar a redefinir os termos dos conflitos a curto e a longo prazo. Nesse sentido, as decisões judiciais podem ter efeitos simbólicos profundos ao modificar a percepção do problema e dar alternativas de solução que têm os diferentes atores sociais (funcionários públicos, vítimas, opinião pública). Assim, mesmo quando as reivindicações dos movimentos sociais são negadas perante o Judiciário ou não surtam os efeitos pretendidos, o processo judicial pode ter efeitos transformadores, tais como dar visibilidade a um problema na mídia e criar laços entre organizações ativistas que podem perdurar na luta em favor da causa em outros ambientes, como por exemplo no Congresso, nas ruas ou em organismos internacionais.¹⁹⁰

Essa perspectiva dos efeitos indiretos do processo judicial deve ser integrada ao debate jurídico acerca do papel adequado das cortes e faz emergir um terceiro modelo de litígio proposto por LOBEL, o de *tribunais como fóruns de protesto*. A partir desse modelo, os tribunais não funcionam apenas como palco de disputas privadas ou de imposição de reformas burocráticas por meio dos processos estruturais, mas como arenas nas quais movimentos políticos e sociais agitam e comunicam sua agenda legal e política.¹⁹¹

Embora a vitória seja importante nos dois modelos de litígio, vencer no tribunal não seria tão essencial para o modelo de protesto, uma vez que o objetivo é mais amplo – usar a luta judicial para construir um movimento político, seja como veículo para o protesto, seja como catalisador de um movimento social mais amplo. Nesse sentido, para além da vitória/derrota, o litígio pode servir para diversas funções: articulação de

¹⁸⁹ LOBEL, Jules. Courts as forums for protest. *UCLA Law Review*, v. 52, p. 477-561, 2004. p. 486.

¹⁹⁰ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado em Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010. p. 23.

¹⁹¹ LOBEL, Jules. Courts as forums for protest. *UCLA Law Review*, v. 52, p. 477-561, 2004. p. 479 e 487.

uma teoria constitucional que apoie as aspirações do movimento político, exposição do conflito entre as aspirações de uma lei e a realidade social, chamar a atenção do público para determinada questão e mobilizar uma comunidade oprimida ou, ainda, gerar pressão pública sobre um governo fechado às queixas de um movimento popular.¹⁹²

O modelo dos fóruns de protesto altera a relação entre o direito e a política, pois um dos objetivos na maioria dos casos é inspirar a ação política. Nesse aspecto, o litígio judicial é apenas parte de um movimento político mais amplo, não o motor da mudança em si. Nesse sentido, destaca LOBEL que *“Mesmo quando os processos de interesse público prevalecem no tribunal, muitas vezes seu legado mais duradouro não é o alívio ordenado pelo tribunal, mas a contribuição do processo para o discurso contínuo da comunidade sobre uma importante questão pública”*.¹⁹³

Sob essa perspectiva, há uma alteração do papel dos juízes. O juiz e a respectiva decisão judicial deixam de ser o epicentro do litígio do qual irradia todo o resto. Em vez disso, as próprias lutas sociais definem o centro da análise e os diversos atores (inclusive os não judiciais) são percebidos como agentes jurídicos práticos. Dessa forma, a questão crítica não é o que eventual decisão judicial afirma, mas como o litígio afeta os diversos atores na arena política, sejam esses atores o público em geral, grupos de interesse, órgãos legislativos, órgãos administrativos, entre outros.¹⁹⁴

Em outras palavras, a preocupação central não é como os juízes elaboram políticas públicas, mas como os tribunais funcionam como uma arena de disputa política. Para tanto, para se alcançar uma reforma significativa, é preciso reconhecer a interdependência dos tribunais, da mídia, dos ativistas e dos outros ramos do governo. Essa visão mais ampla permite perceber que a decisão judicial é apenas um incidente de um processo amplo e complexo de resolução de uma disputa pública.¹⁹⁵

Frequentemente os casos reais apresentarão elementos tanto do foro de protesto como dos modelos de reforma estrutural, uma vez que os litigantes buscam os tribunais não só para mobilização dos movimentos sociais, mas também para obtenção de uma intervenção judicial para remediar flagrante violação constitucional. Esses interesses

¹⁹² LOBEL, Jules. Courts as forums for protest. *UCLA Law Review*, v. 52, p. 477-561, 2004. p. 480 e 487.

¹⁹³ LOBEL, Jules. Courts as forums for protest. *UCLA Law Review*, v. 52, p. 477-561, 2004. p. 480.

¹⁹⁴ LOBEL, Jules. Courts as forums for protest. *UCLA Law Review*, v. 52, p. 477-561, 2004. p. 489-490.

¹⁹⁵ LOBEL, Jules. Courts as forums for protest. *UCLA Law Review*, v. 52, p. 477-561, 2004. p. 490.

diversos a serem atendidos pelo processo judicial têm implicações relevantes nas respostas judiciais ao litígio enquanto parte de uma luta política multifacetada.¹⁹⁶

Desse modo, os processos estruturais constituem importante mecanismo para o controle de políticas públicas que, por razões de bloqueio institucional, são ausentes e/ou deficientes, causando danos a direitos fundamentais. Embora o resultado judicial não seja sempre o ideal esperado, há diversos efeitos que podem emergir de um processo estrutural, tais como o efeito desbloqueador e o efeito participativo que trazem (ao menos alguma) repercussão sobre a política pública questionada. Ademais, a judicialização de um litígio estrutural pode ser vista também a partir da perspectiva do Judiciário como uma arena de disputa política (fórum de protesto) para aqueles grupos aliçados do processo político tradicional, permitindo a exposição e a discussão de diferentes pontos de vista e reforçando a deliberação democrática.

Nesse sentido, “*o processo constitucional torna-se parte do direito de participação democrática*”.¹⁹⁷ Essa perspectiva ampla das diferentes funções e repercussões de um processo estrutural, especialmente sob a jurisdição constitucional, evidenciam que o Judiciário é mais um *locus* de discussão do que um ator na afirmação de direitos. Essa visão ressalta a importância de se avaliar e se questionar sobre os mecanismos de acesso aos instrumentos jurisdicionais, uma vez que uma legitimidade ativa restrita pode dificultar, ou até mesmo calar, as diversas vozes já excluídas do processo político majoritário.

É nesse sentido que o propósito do próximo capítulo será o de analisar a necessidade de democratização do acesso ao Judiciário – especialmente à jurisdição constitucional no Supremo Tribunal Federal – como forma de garantir a capacidade dos movimentos sociais de superar bloqueios institucionais/políticos e participar direta e ativamente da construção do sentido da constituição na luta pela afirmação dos direitos fundamentais sociais por meio dos processos estruturais.

¹⁹⁶ LOBEL, Jules. Courts as forums for protest. *UCLA Law Review*, v. 52, p. 477-561, 2004. p. 490.

¹⁹⁷ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 10.

4. A DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO PRESSUPOSTO DA REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Como visto anteriormente, o problema brasileiro, assim como de muitos países latino-americanos, não é a ausência de direitos na constituição, mas a falta de instrumentos que sejam aptos a concretizá-los. Nesse sentido, Roberto GARGARELLA adverte – a partir da metáfora da ‘casa de máquinas’ – que foi um traço comum das novas constituições da América Latina a previsão de inúmeros direitos sem a correspondente abertura do aparato estatal aos instrumentos de afirmação da cidadania.¹⁹⁸

GARGARELLA conceituou a ‘casa de máquinas’ a partir da constatação de que o novo constitucionalismo latino-americano já nasceu velho ao reproduzir o modelo das constituições divididas em dois. De um lado, há o reforço da declaração de direitos, na mesma lógica das constituições do início do século XX, que já previam longas listas de direitos concebidos para reconhecer grupos excluídos. Por outro, preservou-se a organização de poder típica da segunda metade do século XIX, concentrada e elitista. Para o autor, o estabelecimento de diversos direitos de viés social, democrático e emancipatório, é absolutamente inconciliável com a manutenção da velha organização elitista de poder (a mesma ‘casa de máquinas’), razão pela qual na leitura do autor as constituições latino-americanas são dotadas de duas almas: “*un rostro que mira hacia atrás, hacia la preservación de un pasado conservador, y otro que apunta adelante, hacia un futuro brillante, igualitário*”.¹⁹⁹

É na ‘casa das máquinas’ que estão previstos os mecanismos que possibilitam a realização da constituição. Para GARGARELLA, a ideia de que a organização tradicional de poder possa ser colocada a serviço de reformas sociais avançadas não faz sentido. O problema será particularmente maior quando se tenta, conforme já ocorreu na América Latina, modificar substancialmente o rol de direitos, mantendo-se intacto o bloco relativo à organização do poder. Se os cidadãos têm problemas de acesso à justiça, toda a estrutura de direitos poderá permanecer adormecida. É preciso, portanto, entregar

¹⁹⁸ GARGARELLA, Roberto. *El derecho como una conversación entre iguales*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2021. *E-book*.

¹⁹⁹ GARGARELLA, Roberto. *El derecho como una conversación entre iguales*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2021. *E-book*.

ao povo os instrumentos de acesso ao poder político, a chave da ‘casa de máquinas’ da constituição.²⁰⁰

Conforme sintetizam Rodrigo BRANDÃO e Daniel Capecchi NUNES, a relação entre a Constituição de 1988 e os resquícios normativos da ditadura é confusa e muitas vezes incompatível com visões reforçadas da democracia. Esses impactos ainda produzem efeitos na visão que prevalece sobre o papel institucional do STF e do acesso à sua jurisdição constitucional.²⁰¹ Nesse contexto – diante das promessas constitucionais não realizadas e da pouca efetividade dos diversos direitos fundamentais sociais estabelecidos pela Constituição de 1988 – é possível colocar a jurisdição constitucional a serviço das aspirações cidadãs?

Partindo da premissa da ‘sociedade aberta dos intérpretes da constituição’ e da proposta do ‘constitucionalismo democrático’, é possível recuperar o protagonismo cidadão nas grandes discussões judiciais a respeito dos sentidos da constituição. A cidadania deve ter o direito de iniciar e de intervir nos grandes debates em que há desacordo. Essencialmente no caso das minorias não representadas nos processos políticos majoritários, a capacidade dos movimentos sociais de participar da construção da constituição por meio da jurisdição constitucional é ainda mais relevante. Para tanto, “o direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática”.²⁰² Por isso, a questão das formas de acesso às cortes constitucionais e dos respectivos instrumentos para efetivação de direitos fundamentais, especialmente por parte dos grupos politicamente pouco ou não representados, é essencial para o desenvolvimento de uma democracia verdadeiramente inclusiva.²⁰³

²⁰⁰ GARGARELLA, Roberto. *El derecho como una conversación entre iguales*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2021. *E-book*.

²⁰¹ BRANDÃO, Rodrigo; NUNES, Daniel Capecchi. O STF e as entidades de classe de âmbito nacional: a sociedade civil e seu acesso ao controle concentrado de constitucionalidade. *Revista de Direito da Cidade*, v. 10, n. 1, p. 164-196, p. 171.

²⁰² HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 48.

²⁰³ NUNES, Daniel Capecchi. *Minorias no Supremo Tribunal Federal: entre a impermeabilidade constitucional e os diálogos com a cidadania*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 149.

4.1. HISTÓRICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DA LEGITIMIDADE ATIVA

O controle de constitucionalidade no Brasil, inicialmente exercido apenas de forma difusa e concreta, teve origem com a primeira Constituição Republicana, em 1891. Esse modelo perdurou por 40 anos, até a Constituição de 1934, a qual trouxe para o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro a primeira modalidade de controle abstrato, a representação interventiva. Seu objetivo era o de garantir o controle abstrato de normas relativas à intervenção federal. Referida modalidade foi suprimida pela Constituição de 1937 e só retornou com a Constituição de 1946.²⁰⁴

O instituto da representação interventiva previsto na Constituição de 1946, cuja legitimação ativa se restringia ao Procurador-Geral da República, era um instrumento voltado apenas para a discussão de conflitos federativos. Apesar dessa natureza restrita e das diferenças significativas no tratamento dado pelas Constituições de 1934 e 1946, o instituto foi considerado uma ação típica de controle de constitucionalidade. Isso porque a representação interventiva foi empregada para exercer o controle abstrato da constitucionalidade de atos normativos estaduais, mas o parâmetro de controle não era a totalidade da constituição em vigor, apenas os princípios constitucionais sensíveis.²⁰⁵

A inclusão de um sistema de controle abstrato de constitucionalidade de normas perante o STF só ocorreu de fato com o advento da Emenda Constitucional nº 16 de 1965, no início da ditadura militar, mantendo-se a legitimação ativa restrita ao Procurador-Geral da República. O instituto foi introduzido no contexto de uma ampla reforma do Poder Judiciário, a qual tinha por escopo declarado alcançar maior economia processual, reduzindo a sobrecarga de trabalho dos tribunais.²⁰⁶

Há, porém, outra explicação para essa inovação constitucional em pleno regime militar – a de que essa transformação foi uma forma de enfraquecer a posição da Corte no regime. Isso porque, em conjunto com o AI-2, havia possibilidade de aposentadoria compulsória de juízes e ocorreu o aumento do número de membros do STF de 11 para 16, garantindo a indicação de mais membros pelo próprio regime militar.

²⁰⁴ NUNES, Daniel Capecchi. *Minorias no Supremo Tribunal Federal: entre a impermeabilidade constitucional e os diálogos com a cidadania*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 164-168.

²⁰⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-book*. p. 185.

²⁰⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-book*. p. 194-197.

Ademais, a EC 16/1965 previu não só a ação de controle abstrato, mas também a possibilidade de os ministros removerem ou colocarem em disponibilidade juízes de instâncias inferiores por razões de interesse público, o que criou um clima de instabilidade institucional. É nesse contexto que a pretensão de fundo da inclusão do sistema concentrado de controle de constitucionalidade não foi a de instrumentalizar a defesa dos direitos fundamentais perante o Poder Judiciário, mas a de domesticar o Poder Judiciário como um todo, o qual era visto como um elemento importante de legitimação do novo regime.²⁰⁷

A partir dessa perspectiva, para evitar que referido instrumento fosse utilizado para a tutela de direitos fundamentais, especialmente em época de regime de exceção, a possibilidade de ajuizamento da ação ficou restrita ao Procurador-Geral da República, cujo cargo era de livre nomeação e exoneração pelo chefe do Poder Executivo e que, segundo jurisprudência consolidada, detinha ampla discricionariedade para decidir se iniciava ou não o processo. Nesse sentido, ressalta Rodrigo BRANDÃO que o fato de a legitimidade ativa ser exclusiva do PGR demonstrava que a finalidade da criação do controle de constitucionalidade abstrato no Brasil era a de servir como instrumento do regime autoritário e não a de fortalecer o papel do Judiciário como protetor dos direitos fundamentais.²⁰⁸

Essa breve digressão histórica a respeito das razões políticas e administrativas que motivaram o surgimento do controle de constitucionalidade concentrado típico no Brasil demonstra o seu ‘pecado original’, ou seja, possibilita a compreensão das causas subjacentes à adoção de um filtro restrito para o uso do instituto.²⁰⁹

A estrutura do controle concentrado de constitucionalidade se alterou com a promulgação da Constituição de 1988, que expandiu o acesso ao instituto ao atribuir legitimidade ativa a diversos agentes que se agrupavam na noção de sociedade civil e àqueles que se encontravam dentro do sistema político. Para tanto, o art. 103 prescreveu

²⁰⁷ NUNES, Daniel Capecchi. *Minorias no Supremo Tribunal Federal: entre a impermeabilidade constitucional e os diálogos com a cidadania*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 171-172.

²⁰⁸ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 144.

²⁰⁹ NUNES, Daniel Capecchi. *Minorias no Supremo Tribunal Federal: entre a impermeabilidade constitucional e os diálogos com a cidadania*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 172-173 APUD OSCAR VILHENA P. 123.

originalmente²¹⁰ que – além do Procurador-Geral da República – também poderiam propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa, o Governador de Estado, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o partido político com representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A ampliação do rol de legitimados ativos para o controle de constitucionalidade concentrado não foi unânime na Assembleia Nacional Constituinte. Havia um embate entre duas principais perspectivas sobre o papel do STF. De um lado um grupo político resistia à ampliação sob o argumento de que iria sobrecarregar o tribunal. Por outro lado, havia um grupo com a pretensão de transformar o Supremo em corte constitucional, cujo objetivo seria o de garantir os direitos fundamentais e a democracia.²¹¹ Os próprios ministros do Supremo à época da Assembleia Nacional Constituinte enviaram mensagem pública e formal à Comissão Afonso Arinos sugerindo que a legitimidade ativa para propositura de ação de controle de constitucionalidade ficasse restrita à Procuradoria-Geral da República.²¹²

A posição que venceu na Assembleia Nacional Constituinte foi a de “*atribuir maior poder à sociedade civil na disputa pelos sentidos da Constituição*”. Nesse sentido, o constituinte, preocupado em romper com a lógica de que o controle de constitucionalidade servia apenas para a domesticação da justiça, decidiu dar às ações de

²¹⁰ A redação dos incisos IV e V foi ajustada pela Emenda Constitucional nº 45/2004 para prever expressamente a legitimidade da Câmara Legislativa do Distrito Federal e do Governador do Distrito Federal.

²¹¹ NUNES, Daniel Capecchi. *Minorias no Supremo Tribunal Federal: entre a impermeabilidade constitucional e os diálogos com a cidadania*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 186.

²¹² Conforme item II.9 do documento intitulado “Sugestões do Supremo Tribunal Federal à Comissão Provisória de Estudos Constitucionais”, publicado no jornal Estado de São Paulo em 3 de agosto de 1986, que propôs os seguintes termos “*Quanto à pretendida outorga de legitimidade para representação por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual a certos órgãos do Poder Público (Executivo, Legislativo e Judiciário) ou, mesmo, a entidades de direito público ou privado, entendeu a Corte que ela deve continuar a cargo, exclusivamente, da Procuradoria-Geral da República. Se se entende que seu titular fica excessivamente vinculado ao Poder Executivo, diante da demissibilidade “ad nutum”, então será caso de pô-la em discussão, com eventual outorga de garantias maiores para o exercício do cargo. Isso, porém, deve ser considerado, com maior segurança, pelo próprio Poder Constituinte, abstendo-se a Corte de outras considerações por envolverem temas ligados aos Poderes Executivo e Legislativo*”.

controle abstrato um papel fundamental para a defesa dos direitos fundamentais e para a afirmação da cidadania.²¹³

Todavia, o debate não se encerrou com a promulgação da Constituição de 1988, visto que diante da abertura do texto constitucional, o resultado dependeria da atividade interpretativa do STF. Era a Corte, com parte de sua composição ainda nomeada no regime autoritário, quem decidiria sobre quem poderia acessar a jurisdição constitucional concentrada. Desse modo, utilizando-se desse poder interpretativo, o STF restringiu sensivelmente, pela via jurisdicional, a interpretação do art. 103.

Conforme relata Gilmar MENDES, o direito de propositura pelas ‘confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional’ gerou dificuldades práticas significativas em razão da existência de diferentes formas de organizações destinadas à representação de profissões ou atividades e da inexistência de disciplina legal sobre o assunto. Sobretudo, a definição e a identificação das entidades de classe foram complicadas, porque inexistia critério preciso que as diferenciasses de outras formas de organização. Nas palavras do referido autor “*O conceito de entidade de classe de âmbito nacional abarca um grupo amplo e diferenciado de associações que não podem ser distinguidas de maneira simples*”.²¹⁴

Em 5 de abril de 1989, no julgamento da ADI 34, o STF decidiu que a simples associação de empregados de determinada empresa não se caracterizava como entidade de classe. Segundo a decisão, não havia agrupamento de pessoas intrinsecamente distinta das demais com interesse em comum, mas a simples associação de pessoas pelo interesse contingente de prestarem serviço ao mesmo empregador.²¹⁵

Em 29 de agosto de 1990, na ADI 61, o STF não reconheceu como entidade de classe a Associação Brasileira de Defesa do Cidadão, voltada à finalidade altruísta de promoção e defesa de aspirações cívicas de toda a cidadania. Conforme o voto do ministro-relator Sepúlveda Pertence, a noção de entidade de classe demanda, de um lado, a existência de um grupo social diferenciado que constitui a sua base e, de outro, um coeficiente de representatividade, que torna imprescindível tanto quanto possível a

²¹³ NUNES, Daniel Capecchi. *Minorias no Supremo Tribunal Federal: entre a impermeabilidade constitucional e os diálogos com a cidadania*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 181-182.

²¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-book*. p. 420.

²¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 34, Relator Min. Octavio Gallotti, Tribunal Pleno, julgado em 5.4.1989.

universalidade da representação da categoria ou do grupo em função das quais foi constituída e organizada.²¹⁶

Na ADI 57, julgada em 31 de outubro de 1991, no esforço de restringir o conceito de entidade de classe de âmbito nacional, o STF decidiu que não configurava entidade de classe a organização formada por associados pertencentes a categorias de natureza diversas em razão de sua heterogeneidade.²¹⁷

Na ADI 79, julgada em 13 de abril de 1992, o STF não reconheceu a legitimidade ativa para a Associação Brasileira de Teleprodutores Independentes por entender que as pessoas jurídicas de direito privado que reúnam, como membros integrantes, associações de natureza civil e organizamos de caráter sindical, em razão da sua composição híbrida, não se qualificam como entidades de classe. Para o tribunal o conceito de entidade de classe reclamaria a participação nessas entidades dos próprios indivíduos integrantes de determinada categoria e não das entidades constituídas para representá-los. Nessa decisão também constou que a composição heterogênea da associação, que vincula pessoas de diferentes categorias, descaracteriza a sua representatividade. Com relação ao caráter nacional da entidade, prevista expressamente no texto constitucional, o STF assentou que não bastava a simples declaração formal ou manifestação de intenção constante de seus atos constitutivos. A partir de uma aplicação analógica do art. 7º, §1º da Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei 9.096/1995), a Corte definiu que a entidade deveria conter membros em ao menos nome Estados da Federação.²¹⁸

Essa ideia de interesse comum essencial – identificados por meio da homogeneidade dos membros da entidade e de sua representatividade – forneceu a base para a distinção entre a entidade de classe prevista na constituição e outras formas de associações e organizações sociais.

Em 24 de setembro de 1992, no julgamento da ADI 42, após amplo debate a respeito do conceito de entidade de classe, o STF decidiu que associação que reúne empregados, sociedades de companhias abertas e pessoas jurídicas de direito privado, não

²¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 61, Relator Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 29.8.1990.

²¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 57, Relator Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 31.10.1991.

²¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 79, Relator Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 13.4.1992.

caracteriza entidade de classe, pois haveria a necessidade de unidade de interesse, em caráter permanente, daqueles que empreendem atividade profissional idênticas. Extrai-se desse julgamento, especialmente do voto do ministro Sepúlveda Pertence, que o traço distintivo para a caracterização das entidades de classe seria o de representar grupos de pessoas que exercem as mesmas atividades profissionais ou econômicas, conforme se verifica no seguinte trecho:

68. O que marca, assim, o grupo social básico das entidades de classe, a meu ver, é sempre a identidade ou semelhança da atividade empresarial ou profissional ou do setor econômico em que empregados os seus integrantes.

69. Há quem abra um espaço adicional no conceito de classe para incluir nele a comunidade estudantil: ainda aí, porém, restaria o vínculo básico da identidade da atividade habitual, ainda que despida de sentido econômico ou profissional imediato.²¹⁹

Assentou-se, assim, que a expressão ‘classe’ estava presa à ideia de ‘profissão’ ou ‘segmento econômico’, considerado o interesse objetivo homogêneo entre os associados, ideia que perdurou por décadas. Essa restrição foi aplicada no julgamento da ADI 894, que negou o reconhecimento da legitimidade ativa à União Nacional dos Estudantes, uma vez que o conceito de entidade de classe não se compatibilizaria com entidades associativas de outros segmentos da sociedade civil que não os profissionais ou econômicos. Segue trecho do voto do ministro-relator Néri da Silveira:

No que concerne a “entidade de classe” de âmbito nacional (“segunda parte”, do inciso IX do art. 103 da Constituição), vem o STF emprestando-lhe compreensão sempre a partir da representação de interesses profissionais definidos. Não se trata, assim, apenas, de classe, no mero sentido de um certo estrato ou segmento da sociedade; cumpre se informe a noção de “classe” de conteúdo, profissional ou econômico, determinado.²²⁰

Ademais, além do conceito restrito ao termo entidade de classe conferido pelo STF, exigiu-se que o objeto da ação de inconstitucionalidade guardasse relação de pertinência com a atividade representada pela entidade associativa. Para tanto, por construção jurisprudencial, criou-se a divisão entre legitimados universais (que poderiam ajuizar ADI em qualquer circunstância) e os especiais (que só poderiam propor ações quando houvesse uma relação direta entre o direito constitucional violado e o interesse

²¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 42, Relator Min. Paulo Brossard, Tribunal Pleno, julgado em 24.9.1992.

²²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 894, Relator Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julgado em 18.11.1993.

dos membros daquela entidade – a denominada ‘pertinência temática’), entre os quais figuravam as confederações sindicais e as entidades de classe de âmbito nacional.²²¹

Como destaca Jane Reis Gonçalves PEREIRA, a exigência da pertinência temática para a propositura da ação de constitucionalidade por entidades de classe ou de âmbito nacional comprova os bloqueios criados pela própria Corte. Sob esse argumento, o STF criou uma barreira processual não existente na Constituição de 1988, que acabou restringindo de forma drástica o acesso da sociedade civil organizada à jurisdição constitucional concentrada. Para a autora, a exigência da demonstração de interesses econômicos valoriza a tutela de direitos patrimoniais perante a fiscalização constitucional e dificulta o acesso com a finalidade de defesa de direitos existenciais pela sociedade civil.²²²

Para Gilmar MENDES, a exigência da relação de pertinência entre o objeto da ação e a atividade de representação da entidade é uma restrição ao direito de propositura que, por se tratar de processo de natureza objetiva, não poderia ser formulado nem mesmo pelo legislador ordinário. Para este autor (e ministro do STF) “*a relação de pertinência assemelha-se muito ao estabelecimento de uma condição de ação — análoga, talvez, ao interesse de agir —, que não decorre dos expressos termos da Constituição*”.²²³

A partir desta interpretação restritiva, Daniel Capecchi NUNES adverte que o STF, ao invés de servir como mecanismo de proteção aos direitos fundamentais, serviu como “*órgão de ‘chancela constitucional’ dos tradicionais ‘donos do poder’, reforçando a exclusão de amplos setores da sociedade do debate político e, sobretudo, do debate constitucional*”.²²⁴ Na pauta do que é efetivamente decidido pelo Supremo no âmbito do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, com exceção de algumas decisões pontuais, há o predomínio dos grupos econômicos hegemônicos e da Administração Pública.

Nesse sentido, “*existe uma relação direta entre quem acessa o Tribunal e o que ele julga*”. Ao restringir a legitimidade às entidades de classe que representam

²²¹ NUNES, Daniel Capecchi. *Minorias no Supremo Tribunal Federal: entre a impermeabilidade constitucional e os diálogos com a cidadania*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 187.

²²² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Representação democrática do Judiciário: reflexões preliminares sobre os riscos e dilemas de uma ideia em ascensão. *Revista Juris Poesis*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 17, 2014.

²²³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book.

²²⁴ NUNES, Daniel Capecchi. *Minorias no Supremo Tribunal Federal: entre a impermeabilidade constitucional e os diálogos com a cidadania*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 66.

categorias econômicas ou profissionais, o STF acabou conferindo um perfil predominantemente corporativo aos casos que chegaram por essa via de acesso.²²⁵ Estudo realizado pela Universidade de Brasília em 2014, intitulado ‘*A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?*’, identificou que os quatro principais demandantes das ações diretas de inconstitucionalidade eram as entidades corporativas (29,34% do total), os governadores de Estado e do Distrito Federal (24,05% do total), o procurador-geral da República (20,20% do total) e os partidos políticos (17,83% do total), as quais juntas compunham mais de 90% do total das demandas.²²⁶

Com base nos dados colhidos no referido estudo, concluiu-se que a partir do perfil dos legitimados autorizados a ajuizar as ações diretas, o modelo de controle concentrado de constitucionalidade priorizou interesses institucionais e corporativos em prejuízo da defesa dos direitos fundamentais:

Apesar dos discursos de legitimação do controle concentrado normalmente se justificarem na necessidade de oferecer proteção adequada aos direitos dos cidadãos, o que se observa na prática é uma garantia relativamente efetiva dos interesses corporativos e não do interesse público. E mesmo quando o interesse público é efetivamente garantido por decisões em ADI baseadas na aplicação de direitos fundamentais, quase sempre pelo MP ou pelos governadores, a maior parte das intervenções é no sentido de anular benefícios concedidos de forma indevida, e não de garantir direitos individuais, coletivos e difusos, que têm uma participação minoritária. (...)

Essas constatações conduzem a corroborar a hipótese de que, na atuação concentrada, o STF realiza basicamente um controle da própria estrutura do Estado, voltada à preservação da competência da União e à limitação da autonomia dos estados de buscarem desenhos institucionais diversos daqueles que a Constituição da República atribui à esfera federal.²²⁷

Ademais, os poucos casos que envolveram a defesa dos direitos fundamentais de minorias propriamente ditos só chegaram ao STF com a intermediação dos legitimados à propositura das ações diretas, o que cria a necessidade de que os grupos não corporativos

²²⁵ LELLIS, Carina. Diálogos sociais no STF: o art. 103, IX, da Constituição e a participação da sociedade civil no controle concentrado de constitucionalidade. In: BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos (Coord.). *A República que ainda não foi*: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 451-467. p. 459.

²²⁶ COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden (Coord.). *A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?* O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais. Brasília: UnB, 2014. Disponível em: <https://arcos.org.br/a-quem-interessa-o-controle-concentrado-de-constitucionalidade/>. Acesso em 19.12.2022.

²²⁷ COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden (Coord.). *A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?* O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais. Brasília: UnB, 2014. Disponível em: <https://arcos.org.br/a-quem-interessa-o-controle-concentrado-de-constitucionalidade/>. Acesso em 19.12.2022.

da sociedade civil precisem encontrar, dentre os legitimados ativos autorizados, disposição para acionarem o STF e, ainda, para arcarem com os custos políticos do patrocínio da causa.²²⁸

Conclusão semelhante é extraída do ‘*I Relatório Supremo em Números*’²²⁹. Conforme ressalta NUNES a partir desse estudo empírico empreendido pela Fundação Getúlio Vargas, a maior parte dos processos em andamento no STF, órgão que deveria se preocupar com a proteção dos direitos fundamentais, tem origem na litigiosidade do Poder Público e não na luta por direitos da sociedade civil.²³⁰

Portanto, diversos argumentos podem justificar a frágil defesa dos direitos fundamentais pelo STF. Sob a perspectiva processual, há poucos instrumentos efetivos para alcançar diretamente a corte em matérias relativas à proteção dos direitos fundamentais. Ainda que se alcance a corte, não há garantia de uma tutela efetiva, uma vez que o número de processos em trâmite do Tribunal leva a uma estrutura que não é capaz de lidar de forma eficiente com esses processos.

4.2. A FLEXIBILIZAÇÃO DO ACESSO À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO STF

A ADPF tem sido o meio processual mais utilizado para provocar a jurisdição constitucional nas situações em que esteja presente o litígio estrutural causado pela omissão inconstitucional, visto que a norma que a disciplinou previu como objeto de controle a lesão a preceito fundamental “*resultante de ato do Poder Público*”, conforme art. 1º, *caput*, da Lei 9.882/1999. O objeto de controle amplo permite abranger tanto a noção de falha estrutural anteriormente descrita, como a indicação de responsabilidade para diferentes autoridades, órgãos e poderes. Ademais, não resta dúvida de que a

²²⁸ LELLIS, Carina. Diálogos sociais no STF: o art. 103, IX, da Constituição e a participação da sociedade civil no controle concentrado de constitucionalidade. In: BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos (Coord.). *A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 451-467. p. 460.

²²⁹ FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELLES, Diego Werneck. *I Relatório Supremo em Número: o Múltiplo Supremo*. Disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/10312>. Acesso em 19.12.2022.

²³⁰ NUNES, Daniel Capecchi. *Minorias no Supremo Tribunal Federal: entre a impermeabilidade constitucional e os diálogos com a cidadania*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 150.

violação massiva e persistente de direitos fundamentais, especialmente os sociais, satisfaz o requisito da lesão a preceito fundamental.²³¹

Quanto ao pedido pretendido, o art. 5º, §3º da Lei 9.882/1999 prescreve que:

A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada. (grifou-se)

Em relação ao pronunciamento de mérito, a mesma lei prevê no art. 10, caput e §3º que “*Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.*” (grifou-se)

A abertura das expressões grifadas no texto legal demonstra de forma inequívoca que o STF está autorizado a proferir sentenças estruturais voltadas ao cumprimento dos preceitos fundamentais violados. Nesse sentido, CAMPOS conclui que “*a ADPF credencia-se como melhor remédio contra a violação massiva de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais*”. O único ponto fraco dessa ação ficaria por conta da legitimidade processual ativa, que é a mesma das ações diretas de inconstitucionalidade, conforme previsto no art. 2º, inciso I, da Lei 9.882/1999.²³²

Nesse sentido, cite-se a ADPF 45, julgada em 29 de abril de 2004, de relatoria do ministro Celso de Mello, na qual se discutiu a legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas, bem como a viabilidade instrumental da ADPF para a concretização dos direitos fundamentais prestacionais. Embora o referido processo judicial não tenha sido definitivamente julgado, uma vez que foi considerado prejudicado pela perda superveniente de seu objeto, nele se fixou o entendimento por decisão monocrática de que a ADPF é um instrumento idôneo para viabilização de políticas públicas que, embora previstas na Constituição Federal, são total ou parcialmente descumpridas pelos destinatários do comando normativo. Nesse sentido, destaca-se o seguinte trecho da decisão:

²³¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 270.

²³² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 271.

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.²³³

Ademais, a adequação da ADPF como instrumento de enfrentamento aos litígios estruturais resultantes da omissão do Poder Público, foi expressamente reconhecida na ADPF 347 (acima mencionada) e na ADPF 635, ação proposta pelo Partido Socialista Brasileiro a fim de que fossem reconhecidas e sanadas as graves lesões a preceitos fundamentais da constituição praticadas pelo Estado do Rio de Janeiro na elaboração e implementação de sua política de segurança pública, notadamente quanto à excessiva e crescente letalidade da atuação policial. Na ADPF 635 foi decidido que é cabível a ADPF quando há violação generalizada de direitos humanos, decorrente de uma omissão estrutural dos três poderes e a necessidade de solução complexa que exija a participação de todos.²³⁴

Nesse mesmo sentido, a ADPF 742, ajuizada tendo por objeto os atos comissivos e omissivos do Poder Executivo Federal quanto ao enfrentamento da pandemia da COVID-19 nas comunidades quilombolas, os quais inviabilizavam o desenvolvimento social, étnico e cultural. O STF decidiu que:

É hora de perceber que a Constituição Federal precisa ser observada tal como se contém. Respeitar os direitos implica proteger o cidadão de forma integral. A ausência de medidas legislativas e administrativas eficazes representa falha estrutural a gerar violação sistemática, com a perpetuação e o agravamento da situação.²³⁵

Visto que a ADPF é o instrumento adequado para o enfrentamento das omissões inconstitucionais, é previsto avaliar como se dá a relação entre o Supremo Tribunal Federal e as organizações da sociedade civil interessadas em tutelar seus direitos

²³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 MC, Relator Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgado em 29.4.2004.

²³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 635 MC, Relator Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 18.8.2020.

²³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 742 MC, Relator Min. Marco Aurélio, Relator p/ acórdão Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 18.8.2020.

por meio de processos estruturais em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Quais são as formas de interação entre o STF e a sociedade civil na luta por seus direitos?

Nos últimos anos, o STF – no exercício da jurisdição constitucional – vem interagindo com a sociedade civil por meio das audiências públicas e da figura do *amicus curiae*, instrumentos previstos nas Leis 9.868/1999 e 9.882/1999 e inspirados na teoria de Peter HÄBERLE. Trata-se de mecanismos que introduzem o diálogo social em ações que já tramitam perante o tribunal. Todavia, a participação desses grupos só é oportunizada após o ajuizamento da ação, com a questão constitucional já posta e delimitada perante o tribunal. Desse modo, embora constituam importante canal de participação social, esses instrumentos não resolvem o entrave criado pela jurisprudência para o acesso à jurisdição constitucional.

A ampliação do rol dos legitimados para acesso à jurisdição constitucional do STF instituiu a base normativa que tornaria possível o estabelecimento de um canal relevante de comunicação entre o STF e a sociedade brasileira. Foi vista como a criação de um novo *locus* de deliberação na esfera pública.²³⁶ De acordo com BRANDÃO e NUNES, os debates na Assembleia Nacional Constituinte deixaram claro que a ideia era a de conferir maior poder à sociedade civil nas disputas judiciais pelos sentidos da constituição.²³⁷

Some-se a essa intenção deliberada que grande parte da doutrina justifica o exercício do controle judicial sobretudo a partir da ideia de uma atuação contramajoritária da Corte, segundo a qual o Judiciário teria um papel primordial de proteger os direitos fundamentais e a democracia, mesmo na contramão de maiorias eventuais. Essa ressignificação judicial ocorreu com a sofisticação do valor democrático, que passa a exigir não só votos, mas direitos e razões para se legitimar. Assim, é incoerente afirmar, de um lado, que o tribunal protege as minorias por meio de uma atuação contramajoritária

²³⁶ LELLIS, Carina. Diálogos sociais no STF: o art. 103, IX, da Constituição e a participação da sociedade civil no controle concentrado de constitucionalidade. In: BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos (Coord.). *A República que ainda não foi*: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 451-467. p. 456.

²³⁷ BRANDÃO, Rodrigo; NUNES, Daniel Capecechi. O STF e as entidades de classe de âmbito nacional: a sociedade civil e seu acesso ao controle concentrado de constitucionalidade. *Revista de Direito da Cidade*, v. 10, n. 1, p. 164-196, p. 172.

e, de outro, criar barreiras intransponíveis para que essas minorias tenham acesso à uma das esferas mais relevantes de jurisdição da Corte na luta por seus direitos.²³⁸

Quanto à legitimidade processual ativa restrita, o projeto de lei de regulamentação da ADPF aprovado no Congresso previa em seu art. 2º, inciso II, que a ação poderia ser proposta por “*qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público*”. Todavia, referida previsão legal foi vetada pelo presidente da República sob o argumento de que o acesso individual e irrestrito seria incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais. Argumentou-se nas razões de veto que a abertura sem qualquer requisito poderia elevar excessivamente o número de feitos a serem apreciados pelo STF sem a correlata exigência de relevância social. Ainda, justificou-se que o rol do art. 103 da Constituição assegurava “*a veiculação e a seleção qualificada das questões constitucionais de maior relevância e consistência, atuando como verdadeiros agentes de representação social e de assistência à cidadania*”.²³⁹

Desse modo, a legitimidade para o ajuizamento da ADPF ficou restrita aos mesmos legitimados para o ajuizamento da ADI, conforme previsto no art. 103 da Constituição de 1988. Ocorre que, como descrito no tópico anterior, historicamente o STF restringiu severamente o acesso à jurisdição constitucional concentrada, mesmo no caso das entidades previstas no art. 103, inciso IX da Constituição de 1988. O entendimento que se consolidou a partir da década de 1990 é o de que a legitimidade das entidades de classe para acessar a jurisdição constitucional concentrada do STF pressupõe o atendimento de três condicionantes procedimentais: (i) a homogeneidade entre os membros integrantes da entidade, ligados entre si por integrarem a mesma categoria econômica ou profissional; (ii) a representatividade da categoria em sua totalidade e comprovação do caráter nacional da entidade, pela presença efetiva de associados em, pelo menos, nove estados-membros; e (iii) a pertinência temática entre os objetivos institucionais da entidade postulante e a norma objeto da impugnação.²⁴⁰

²³⁸ BRANDÃO, Rodrigo; NUNES, Daniel Capecchi. O STF e as entidades de classe de âmbito nacional: a sociedade civil e seu acesso ao controle concentrado de constitucionalidade. *Revista de Direito da Cidade*, v. 10, n. 1, p. 164-196, p. 188.

²³⁹ Conforme Mensagem nº 1807, de 3 de dezembro de 1999 encaminhada pelo Presidente da República ao Presidente do Senado Federal.

²⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5224, Relator Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 4.6.2020.

Dada a significativa importância da ADPF como instrumento de enfrentamento à omissão estrutural e às falhas na formulação e implementação de políticas públicas ligadas à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, é preciso democratizar de forma racional o acesso à jurisdição constitucional do STF. A jurisprudência vigente quanto ao conceito de ‘entidade de classe’ vai de encontro com as próprias razões que são utilizadas para legitimar o papel exercido pelos tribunais para o controle judicial de constitucionalidade.

Para tanto, ao lado da relevante participação social – já permitida legalmente na jurisdição constitucional concentrada por meio das audiências públicas e da admissão de *amicus curiae* – é preciso antes de tudo garantir que as questões ignoradas pelas instâncias políticas ordinárias sejam levadas ao Judiciário. Impedir de forma injustificada que determinado tema seja enfrentado pelo Judiciário inviabiliza de antemão a almejada participação social na construção de sentido da constituição, configurando mais uma hipótese de bloqueio institucional. Nesse sentido, conforme advertem BRANDÃO e NUNES, “do ponto de vista teórico, essa interpretação restritiva se afirmou como um bloqueio da via judicial para a possibilidade de reverberação de novas narrativas constitucionais que tentavam se estabelecer em uma sociedade recém-democratizada”.²⁴¹

Essa pluralização se faz necessária, porque, como visto anteriormente, o Judiciário é um relevante mecanismo de pauta e discussão dos temas que sofrem bloqueios políticos e institucionais nas esferas democráticas tradicionais. É preciso que haja alguma forma para que as vozes marginalizadas nas instâncias políticas ordinárias de deliberação sejam ouvidas. Nesse sentido, o Judiciário funcionaria não apenas para que a pretensão seja diretamente atendida, mas principalmente como relevante fórum de protesto, uma forma de dar visibilidade às demandas ignoradas e de superar os bloqueios político-deliberativos.

Nesse sentido, conforme destaca Daniel SARMENTO, é preciso se buscar a “abertura da interpretação judicial da Constituição às demandas e expectativas provenientes de atores não institucionais da sociedade civil” de modo que os segmentos sociais “possam participar dos processos constitucionais (...) como agentes e não como meros expectadores”. Para referido autor, a postura restritiva do STF, além de

²⁴¹ BRANDÃO, Rodrigo; NUNES, Daniel Capecechi. O STF e as entidades de classe de âmbito nacional: a sociedade civil e seu acesso ao controle concentrado de constitucionalidade. *Revista de Direito da Cidade*, v. 10, n. 1, p. 164-196, p. 179.

comprometer a legitimidade democrática da jurisdição constitucional, empobrece a sua agenda. Para este autor:

Não há qualquer razão legítima que justifique esta interpretação restritiva do Supremo. Ela não é postulada pela interpretação literal, pois a palavra “classe” é altamente vaga, comportando leituras muito mais generosas. Ela não se concilia com a interpretação teleológica da Constituição, pois, como se viu acima, frustra o objetivo do texto magno, que foi democratizar o acesso ao controle concentrado de constitucionalidade. Pior, ela colide frontalmente com a interpretação sistemática da Carta, afrontando o postulado de unidade da Constituição.

Com efeito, não há, na Constituição de 88, uma priorização dos direitos e interesses ligados às categorias econômicas e profissionais, em detrimento dos demais. Pelo contrário, a Constituição revelou preocupação no mínimo equivalente com a garantia de outros direitos fundamentais.²⁴²

Para Jane PEREIRA, a possível função democrática das cortes só pode ser exercida pelos Tribunais se eles puderem estar aparelhados para agir como guardiões do pluralismo e da igualdade, o que só será possível se o acesso for efetivamente igualitário.²⁴³ Nesse mesmo sentido, Carina LELLIS ressalta que o ingresso de novos atores no controle de constitucionalidade ajudaria o STF a se firmar como instância de defesa da democracia. Como o tribunal somente age por provocação, caberia aos novos atores submeter ao STF as violações aos direitos fundamentais e eventuais ameaças à estabilidade da democracia.²⁴⁴

A partir dessa constatação, BRANDÃO e NUNES propuseram uma nova interpretação para o disposto no art. 103, inciso IX, da Constituição de 1988. Para os autores, a entidade de classe de âmbito nacional deve ser entendida como a:

entidade composta por pessoas naturais ou físicas, de composição homogênea, que sejam representativas de grupo sociais, políticos, econômicos ou profissionais, respeitada a pertinência temática entre a questão que o grupo está demandando e seu objeto social, além do requisito inicial da existência de membros em, ao menos, nove estados da federação.²⁴⁵

²⁴² SARMENTO, Daniel. Dar voz a quem não tem voz: por uma nova leitura do art. 103, IX, da Constituição. In: SARMENTO, Daniel. *Direitos, Democracia e República: escritos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 79-90.

²⁴³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Representação democrática do Judiciário: reflexões preliminares sobre os riscos e dilemas de uma ideia em ascensão. *Revista Juris Poesis*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 17, 2014.

²⁴⁴ LELLIS, Carina. Diálogos sociais no STF: o art. 103, IX, da Constituição e a participação da sociedade civil no controle concentrado de constitucionalidade. In: BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos (Coord.). *A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 451-467. p. 456.

²⁴⁵ BRANDÃO, Rodrigo; NUNES, Daniel Capecci. O STF e as entidades de classe de âmbito nacional: a sociedade civil e seu acesso ao controle concentrado de constitucionalidade. *Revista de Direito da Cidade*, v. 10, n. 1, p. 164-196, p. 189.

A proposta insere, ao lado dos grupos profissionais e econômicos, as entidades que representam *grupos sociais e políticos*, mantendo os requisitos da homogeneidade do grupo, pertinência temática da linha de atuação com o objeto da demanda, composição por pessoas físicas ou jurídicas e representação em pelo menos nove Estados da Federal.

Se, de um lado, é preciso flexibilizar o acesso à jurisdição constitucional concentrada, por outro, é preciso ter cautela a respeito da carga de processos da Corte. Nesse sentido, BRANDÃO e NUNES registram que a interpretação proposta permitirá a ampliação dos legitimados e a circulação democrática do poder, garantindo que a sociedade civil participe do processo constitucional sem que isso inviabilize o funcionamento do Tribunal.²⁴⁶ A preocupação em flexibilizar demais o acesso à Corte Constitucional também é registrada por Gilmar MENDES, para quem “*não se pode negar que a ampliação desmesurada desse direito acaba por provocar um excesso de trabalho sem maior proveito para a ordem e a segurança jurídicas*”.²⁴⁷

Seguindo o raciocínio acima, não se propõe a existência de uma corte sobrecarregada, que seja responsável por garantir todas as dimensões da democracia. Esse modelo levaria a um embate com os poderes políticos majoritários de consequências imprevisíveis para a própria corte e para a ordem constitucional. A defesa é por uma corte que sirva pelo menos como instrumento de inclusão das demandas por direitos na esfera pública. A posição dos autores é a de: “*que o Tribunal aja como uma caixa de ressonância das demandas minoritárias (...) que não consegue se traduzir na esfera pública por meio das instituições tradicionalmente representativas*”. Considerando que desde a sua fundação o STF vem exercendo de forma excessivamente moderada essa função de “caixa de ressonância” das demandas emudecidas, impõe-se a necessidade de se repensar o funcionamento da jurisdição constitucional, especialmente dos seus instrumentos de acesso.²⁴⁸

²⁴⁶ BRANDÃO, Rodrigo; NUNES, Daniel Capecchi. O STF e as entidades de classe de âmbito nacional: a sociedade civil e seu acesso ao controle concentrado de constitucionalidade. *Revista de Direito da Cidade*, v. 10, n. 1, p. 164-196, p. 190.

²⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-book*. p. 428.

²⁴⁸ NUNES, Daniel Capecchi. *Minorias no Supremo Tribunal Federal: entre a impermeabilidade constitucional e os diálogos com a cidadania*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 66-67.

A alteração da jurisprudência em relação à legitimidade ativa das entidades de classe implicaria não apenas na mudança de quem acessa o controle concentrado de constitucionalidade, mas em como a causa é defendida. Conforme destaca LELLIS, “*há uma relação direta entre quem acessa o Tribunal e o que ele julga, também existe um vínculo estreito entre quem defende uma causa e como essa causa é defendida*”. Para a esta autora, admitir que os grupos marginalizados vocalizem suas próprias lutas por direitos significa: (i) a quebra das barreiras da igualdade como reconhecimento; (ii) enxergar os movimentos sociais como protagonistas de suas próprias lutas; (iii) a desnecessidade de negociar com as entidades cuja legitimidade ativa é reconhecida.²⁴⁹

Relevante exemplo do descompasso entre o protagonismo de sua própria luta foi verificado na ADPF 54, julgada em 12 de abril de 2012, no âmbito da qual se discutiu a possibilidade de antecipação terapêutica do parto nos casos de fetos anencéfalos. A ação foi julgada procedente, assegurando às gestantes o direito de interromper a gravidez de feto anencefálico em nome dos direitos da liberdade sexual e reprodutiva, da saúde, da dignidade e da autodeterminação das mulheres. Todavia, a formulação do pedido não partiu de entidade que tivesse por objeto a defesa dos direitos das mulheres, mas da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), que buscava resguardar os profissionais da saúde de possíveis responsabilidades penais caso realizassem o procedimento. A proteção dos direitos da mulher se deu por via reflexa de interesses profissionais, o que revela a anomalia do sistema em garantir direitos fundamentais básicos.²⁵⁰

E aqui cabe retomar os argumentos propostos pela ideia da “*sociedade aberta dos intérpretes*” de Peter HÄBERLE, bem como do constitucionalismo democrático proposto por POST e SIEGEL.

A proposta de HÄBERLE – que defende o alargamento do círculo de intérpretes da constituição para compreender não apenas as autoridades públicas e as partes formais nos processos de controle de constitucionalidade, mas todos os cidadãos e grupos sociais que vivenciam a realidade constitucional – fundamenta a necessidade de

²⁴⁹ LELLIS, Carina. Diálogos sociais no STF: o art. 103, IX, da Constituição e a participação da sociedade civil no controle concentrado de constitucionalidade. In: BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos (Coord.). *A República que ainda não foi*: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 451-467. p. 463-464.

²⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 12.4.2012.

se democratizar o acesso à jurisdição constitucional. A proposta de uma interpretação aberta e pluralista inspirou as Leis 9.868/1999 e 9.882/1999, que instituíram a figura do *amicus curiae* e as audiências públicas na jurisdição constitucional brasileira.²⁵¹ Mas é preciso ir além, para que a sociedade civil não apenas participe dos processos constitucionais, mas – principalmente – possa pautar as questões que devem ser levadas ao Judiciário.

E, conforme destaca Inocência Martires COELHO, essa abertura hermenêutica só gerará frutos se, do ponto de vista do procedimento, a realidade seja integrada ao processo de interpretação constitucional. Para o autor, essa integração depende da criação de “*mecanismos idôneos para captar, filtrar e absorver os anseios de todos os atores da cena social*”.²⁵²

E, embora a teoria do constitucionalismo democrático não proponha uma metodologia para a compreensão das interações conformativas da constituição, POST e SIEGEL defendem a importância do papel das Cortes Constitucionais na determinação do sentido constitucional, as quais devem ser sensíveis às reivindicações políticas e populares. Trata-se de uma teoria democrática acerca da constituição e da jurisdição constitucional que inspira a conformação dos processos constitucionais e a legitimação das decisões judiciais.²⁵³

Seguindo essa linha de raciocínio, para ser legítima, a jurisdição constitucional deve ser capaz de preservar a sintonia entre a interpretação constitucional e a realidade constitucional, cuja missão será tanto mais fácil quando maior for a capacidade de escuta e compreensão dos anseios sociais. Nesse sentido, COELHO sintetiza que:

quanto mais aberto à participação social se mostrar o processo de interpretação e aplicação da Carta Política, mais consistentes e mais eficazes serão as decisões da jurisdição constitucional enquanto respostas hermenêuticas - temporalmente adequadas - às perguntas da Sociedade sobre o sentido, o alcance e a própria necessidade da sua Constituição.²⁵⁴

²⁵¹ MENDES, Gilmar. Ferreira. A Influência de Peter Häberle no Constitucionalismo. *Revista Estudos Institucionais*, v. 2, n. 1, p. 31-56, 2016. p. 33.

²⁵² COELHO, Inocência Mártires. As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, a. 35, n. 137, p. 157-164, 1998. p. 159.

²⁵³ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022. p. 154.

²⁵⁴ COELHO, Inocência Mártires. As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, a. 35, n. 137, p. 157-164, 1998. p. 159.

É a partir dessas inspirações teóricas que se defende a pluralização dos intérpretes constitucionais no âmbito judicial por meio da abertura da jurisdição constitucional concentrada à sociedade civil – tal como idealizado pelo poder constituinte originário. Felizmente, após muitos anos de vigência da Constituição de 1988, o STF finalmente aderiu aos anseios da Assembleia Nacional Constituinte, conforme será visto no próximo tópico.

4.3. A ADPF 709 E A SUPERAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA AO ART. 103, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A imperiosa necessidade de superação da interpretação restritiva do art. 103, inciso IX, da Constituição de 1988 foi sinalizada pelo ministro-relator Luiz Fux na ADI 4029, julgada em 8 de março de 2012. Esta ação foi proposta pela associação nacional dos servidores do IBAMA em face da Lei 11.516/2007, fruto de conversão de Medida Provisória, que dispôs sobre a criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio). Segundo a inicial, a Medida Provisória 366, que criou o ICMBio, possuía inconstitucionalidade formal por não ter sido examinada pela comissão mista de Deputados e Senadores, conforme previsto no art. 62, §9º, da Constituição e por não preencher os requisitos de relevância e urgência para a sua edição.²⁵⁵

Ao analisar a legitimidade ativa para a propositura da ação, o ministro Fux, retomando a ideia de ‘sociedade aberta dos intérpretes’ proposta por Peter HÄBERLE, afirmou que a Constituição de 1988 prezou pela abertura dos canais de participação democrática nas discussões travadas pelo Judiciário. Como o Judiciário não é eleito pelo sufrágio popular, sua legitimidade advém justamente pela possibilidade de influência de todos aqueles que são diretamente interessados nas decisões. Nas palavras do ministro é “*essa a faceta da nova democracia no Estado brasileiro, a democracia participativa, que se baseia na generalização e profusão das vias de participação dos cidadãos nos provimentos estatais*”.²⁵⁶

²⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4029, Relator Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 8.3.2012.

²⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4029, Relator Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 8.3.2012.

Em seu voto, o ministro Fux reconheceu não apenas a necessidade de modificação da interpretação restritiva, mas a sua própria ilegalidade. Em suas palavras *“A participação da sociedade civil organizada nos processos de controle abstrato de constitucionalidade deve ser estimulada em vez de limitada, quanto mais quando a restrição decorre de construção jurisprudencial, à míngua de regramento legal”*. Ainda, após registro a respeito da quantidade de ações extintas por ilegitimidade ativa das entidades de classe, o ministro conclui que *“O quadro relatado revela um descompasso entre as aspirações democráticas da Constituição e o rigor interpretativo do Pretório Excelso”*.²⁵⁷

No âmbito da ADI 5291, em decisão monocrática proferida em 6 de maio de 2015, o ministro-relator Marco Aurélio reconheceu a legitimidade ativa do Instituto Nacional de Defesa do Consumidor (IDECON). A ação foi proposta com o objetivo de declarar a inconstitucionalidade do art. 101 da Lei 13.043/2014, que alterou o Decreto-Lei 911/1969, o qual versava sobre os procedimentos da ação de busca e apreensão de veículos automotores com alienação fiduciária. Em suas palavras:

Estou convencido, a mais não poder, ser a hora de o Tribunal evoluir na interpretação do artigo 103, inciso IX, da Carta da República, vindo a concretizar o propósito nuclear do constituinte originário – a ampla participação social, no âmbito do Supremo, voltada à defesa e à realização dos direitos fundamentais.

A jurisprudência, até aqui muito restritiva, limitou o acesso da sociedade à jurisdição constitucional e à dinâmica de proteção dos direitos fundamentais da nova ordem constitucional. Em vez da participação democrática e inclusiva de diferentes grupos sociais e setores da sociedade civil, as decisões do Supremo produziram acesso seletivo. As portas estão sempre abertas aos debates sobre interesses federativos, estatais, corporativos e econômicos, mas fechadas às entidades que representam segmentos sociais historicamente empenhados na defesa das liberdades públicas e da cidadania.²⁵⁸

O ministro-relator Marco Aurélio, por entender que a restrição imposta ao conceito de entidade de classe implicava na redução da potencialidade de interação entre o Supremo e a sociedade civil, ferindo o caráter democrático da jurisdição constitucional, reconheceu a legitimidade ativa do IDECON.

²⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4029, Relator Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 8.3.2012.

²⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5291, Relator Min. Marco Aurelio, decisão monocrática, julgado em 11.5.2015.

No âmbito da ADPF 527, ajuizada contra normas administrativas que dispunham sobre parâmetros de acolhimentos do público LGBT submetido à privação de liberdade nos estabelecimentos prisionais brasileiros, o ministro-relator Roberto Barroso reconheceu, em decisão monocrática proferida em 2 de julho de 2018, a legitimidade ativa da Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ALGBT). Na decisão, o ministro-relator registrou que não havia entre os membros da associação o exercício de uma mesma atividade econômica ou profissional, porquanto o que une os associados da ALGBT é a busca pela não discriminação com base na orientação sexual ou na identidade de gênero e pelo reconhecimento da sua autonomia e identidade. Porém, em sua decisão monocrática, o ministro destacou a necessidade de revisitação da jurisprudência sobre a configuração do requisito ‘classe’ por três fundamentos.²⁵⁹

Primeiro, porque as justificativas que levaram o STF a construir a jurisprudência restritiva não estariam mais presentes. A ‘jurisprudência defensiva’²⁶⁰ produzida pelo STF nos primeiros anos de vigência da Constituição de 1988 foi criada sob o receio de sobrecarga de trabalho, bem como em razão de uma postura contida inicialmente exercida pela Corte, que procurava exercer suas competências com parcimônia para não comprometer a democracia recém instaurada. Além disso, os ministros que proferiram as primeiras decisões foram nomeados ainda durante o período autoritário.²⁶¹

Segundo, a interpretação restritiva viola a teleologia e o sistema constitucional, impedindo que o Supremo exerça uma dimensão fundamental da sua missão institucional que é a de proteger os direitos fundamentais com celeridade, efetividade e em ampla escala. A Constituição de 1988 conferiu densa proteção aos direitos fundamentais, sobretudo de grupos minoritários e vulneráveis e visou à ampliação da interlocução direta entre o Poder Público e a sociedade civil. Desse modo, a

²⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 527 MC, Relator Min. Roberto Barroso, decisão monocrática, julgado em 29.6.2018.

²⁶⁰ Conforme explicitado pelo ministro Roberto Barroso na medida cautelar concedida em 8.7.2020 na ADPF 709, o entendimento até então vigente no STF acerca do conceito de ‘entidades de classe’ integrou o que se convencionou chamar de “*jurisprudência defensiva*”, a qual se formou nos primeiros anos de vigência da Constituição de 1988 sob o temor de que a ampliação dos legitimados para propor ações diretas pudesse ensejar um grande aumento de casos do controle concentrado (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 709 MC, Relator Min. Roberto Barroso, decisão monocrática, julgado em 8.7.2020).

²⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 527 MC, Relator Min. Roberto Barroso, decisão monocrática, julgado em 29.6.2018.

interpretação restritiva ao acesso das associações representativas dos direitos de grupos vulneráveis ao STF está em desacordo como sistema constitucional. É fato que as mesmas discussões poderiam chegar por meio de recursos extraordinários, mas a prática demonstra que são raros os recursos admitidos e julgados em que figuram como requerentes essas associações. Ademais, o controle concentrado é mais célere, permitindo o conhecimento e a imediata suspensão de um ato violador de direitos fundamentais.²⁶²

Terceiro, referida interpretação viola a igualdade por impactar desproporcionalmente os grupos minoritários. Isso porque a interpretação conferida à expressão ‘entidade de classe’, embora aplicada de forma indistinta a toda e qualquer associação, na prática repercutiu de forma mais onerosa sobre as entidades defensoras de direitos fundamentais de grupos minoritários e vulneráveis. É um entendimento aparentemente neutro, mas que produziu impacto desproporcional sobre tais grupos que, alijados do processo majoritário, mais precisavam da atuação da Corte Constitucional para defesa de suas pautas. Nas palavras do ministro-relator:

Trata-se de ônus desproporcional porque a conceituação em tais termos mantém o acesso de entidades que têm trânsito na seara majoritária e que poderiam defender seus interesses nesse ambiente, ao passo em que sacrifica o acesso de grupos que só logram adquirir voz e acolhida no Judiciário.²⁶³

Por fim, na ADPF 709 o Plenário do STF – referendando a medida cautelar já concedida pelo ministro-relator Roberto Barroso – emitiu julgamento histórico ao reconhecer expressamente que as entidades que representam grupos vulneráveis podem propor ações diretas perante a jurisdição constitucional, com fundamento no art. 103, inciso IX, da Constituição de 1988.²⁶⁴

A ADPF 709 foi proposta pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB), pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), pelo Partido Comunista do Brasil (PC do B), pelo Rede Sustentabilidade (Rede), pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), tendo por objeto um conjunto de atos comissivos e omissivos do Poder Público, relacionados

²⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 527 MC, Relator Min. Roberto Barroso, decisão monocrática, julgado em 29.6.2018.

²⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 527 MC, Relator Min. Roberto Barroso, decisão monocrática, julgado em 29.6.2018.

²⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 709 MC, Relator Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 5.8.2020.

ao combate à pandemia por COVID-19, que implicariam alto risco de contágio e de extermínio de diversos povos indígenas, em violação à dignidade da pessoa humana, aos direitos à vida e à saúde, bem como ao direito de tais povos a viverem em seu território, de acordo com suas culturas e tradições.

Segundo a decisão cautelar do ministro-relator Roberto Barroso, a jurisprudência do STF formada nos primeiros anos de vigência da Constituição de 1988, que temia que a ampliação dos legitimados ativos para as ações diretas pudesse aumentar demais o volume de casos no STF, acabou reduzindo as oportunidades de atuação do Tribunal na proteção de direitos fundamentais. Como as associações defensoras de direitos humanos não constituem representação de categoria profissional ou econômica, não havia a possibilidade de acionar diretamente a Corte em sede concentrada. Conforme o voto, essa restrição dificultou “*a atuação do STF naquela que seria uma das funções essenciais de uma Corte Constitucional*”. Dessa forma, propõe a superação da interpretação restritiva do conceito de ‘classe’, visto que além de obsoleta é incompatível com a missão institucional do Tribunal. O ministro propõe reconhecer como ‘classe’ “*o conjunto de pessoas ligadas por uma mesma atividade econômica, profissional ou, ainda, pela defesa de interesses de grupos vulneráveis e/ou minoritários cujos membros as integrem*”.²⁶⁵

Com essa decisão, o Plenário do STF reverteu a jurisprudência restritiva vigente, segundo a qual apenas se qualificavam como entidades de classe os que representassem segmentos econômicos ou profissionais específicos, cujo precedente foi fixado pela ADI 42. Com receio de uma sobrecarga de trabalho, a Corte suprema favorecia a tutela de interesses econômicos e corporativos, negando voz às entidades que assumiam a defesa de grupos desfavorecidos, como os indígenas, quilombolas, negros, mulheres, presidiários, pessoas com deficiência e minorias sexuais.²⁶⁶

Essa interpretação restritiva se afastava bastante do propósito da Assembleia Constituinte que, de forma deliberativa, concluiu por facilitar o acesso da sociedade civil à jurisdição constitucional. Seguindo essa interpretação, os grupos estigmatizados só teriam como acionar a jurisdição constitucional concentrada com a mediação de

²⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 709 MC, Relator Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 5.8.2020.

²⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 709 MC, Relator Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 5.8.2020.

instituições como a PGR, os partidos políticos e o Conselho Federal da OAB. Ainda que as ações fossem propostas por essas entidades, os grupos acabaram perdendo o protagonismo na defesa de seus próprios direitos perante a Corte.²⁶⁷

Nesse sentido, conforme destacado no voto monocrático proferido pelo ministro Roberto Barroso na ADPF 527 nessas condições impostas pelo STF para acesso à jurisdição constitucional concentrada:

o legitimado não terá uma perspectiva própria sobre a experiência de vulnerabilidade, discriminação e invisibilidade que se pretende corrigir. Nessas condições, os grupos minoritários, que já não têm voz nas instâncias majoritárias, perdem o seu ‘lugar de fala’ também no Judiciário.²⁶⁸

Embora o lugar social não determine a consciência discursiva sobre o lugar de fala, possibilita diferentes experiências e perspectivas. Assim, por ocuparem determinada localização social, os indivíduos compartilham experiências nessas relações de poder sobre as quais só eles são capazes de externalizar. Sob essa perspectiva, Djamila RIBEIRO ressalta que “*Ao promover uma multiplicidade de vozes o que se quer, acima de tudo, é quebrar com o discurso autorizado e único, que se pretende universal. Busca-se aqui, sobretudo, lutar para romper com o regime de autorização discursiva*”. Quanto à interrupção do regime de autorização discursiva, referida autora explica que não se deve pensar no discurso apenas como um conjunto de frases com determinado significado, mas como um sistema de poder e controle que estrutura determinado imaginário social.²⁶⁹

Assim agindo desde a promulgação da Constituição de 1988, o STF conferiu mais proteção aos interesses econômicos e corporativos do que aos direitos fundamentais. Todavia, é justamente a proteção das minorias sociais e dos grupos vulneráveis – grupos sistematicamente derrotados nos processos políticos majoritários – o que justifica a atuação da jurisdição constitucional composta por juízes não eleitos. Isso porque a independência dos magistrados permitiria a *atuação contramajoritária* das cortes. Conforme destaca SARMENTO, “*Muitas vezes, é o desempenho corajoso da função contramajoritária dos tribunais constitucionais que pode evitar a barbárie, como o STF tem agora a chance de fazer, no caso da ADPF dos povos indígenas*”. Contudo, o

²⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 709 MC, Relator Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 5.8.2020.

²⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 527 MC, Relator Min. Roberto Barroso, decisão monocrática, julgado em 29.6.2018.

²⁶⁹ RIBEIRO, Djamila. *Lugar de Fala*. São Paulo: Pólen, 2019. E-book.

adequado desempenho desse papel é um ideal a ser perseguido, uma vez que o Supremo ainda é um espaço de poder “*mais permeável à retórica macia dos poderosos do que ao grito aflito dos excluídos.*”²⁷⁰

O STF reafirmou a nova interpretação do art. 103, inciso IX, da Constituição de 1988, no julgamento da ADPF 742, a qual foi ajuizada tendo por objeto os atos comissivos e omissivos do Poder Executivo Federal quanto ao enfrentamento da pandemia da COVID-19 nas comunidades quilombolas, os quais inviabilizavam o desenvolvimento social, étnico e cultural. Referida ação foi ajuizada pela Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas (CONAQ), Partido Socialista Brasileiro (PSB), Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), Partido Comunista do Brasil (PCdoB), Rede Sustentabilidade e Partido dos Trabalhadores (PT).

O ministro-relator Marco Aurélio, reconhecendo a legitimidade ativa da CONAQ, registrou em seu voto que:

conforme venho sustentando em Plenário, coadunado, há muito, com a visão segundo a qual o constituinte originário teve como objetivo a amplitude maior do rol de legitimados. Restringir o conceito de entidade de classe implica, ao reduzir a potencialidade de interação do Supremo com a sociedade civil, amesquinhar o caráter democrático da jurisdição constitucional, em desfavor da Carta da República.²⁷¹

Para Daniel SARMENTO esse foi o mais importante avanço na jurisdição constitucional brasileira desde a promulgação da Constituição de 1988, pois esse novo posicionamento permitiu a aproximação do discurso de legitimação do STF da efetiva prática institucional da Corte.²⁷²

Embora a interpretação se abra aos diversos atores sociais que vivem a norma, conforme proposto por HÄBERLE, é inegável que se reconhece ao magistrado, no âmbito de sua discricionariedade judicial, uma posição privilegiada nessa função.²⁷³ Desse modo, a ampliação da legitimidade atua como um contraponto ao protagonismo judicial na

²⁷⁰ SARMENTO, Daniel. Crise democrática e a luta pela Constituição. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 114-115.

²⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 742 MC, Relator Min. Marco Aurélio, Relator p/ acórdão Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 18.8.2020.

²⁷² SARMENTO, Daniel. Crise democrática e a luta pela Constituição. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 114-115.

²⁷³ BARBOSA, Claudia Maria; ARAUJO, Sylvia Cortês Bonifácio de. A contribuição do Constitucionalismo Popular para o Fortalecimento da Accountability Social sobre o Judiciário. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 53, jul./dez. 2018.

produção do significado da constituição, uma vez que – ainda que a decisão final seja do juiz – é preciso que ela enfrente os argumentos e as razões trazidas pelos diversos atores processuais, sendo passível de controle.

O modelo de supremacia judicial é criticado sob o argumento de que compromete a participação dos cidadãos na política e, principalmente, na produção de significado da constituição, uma vez que o protagonismo do Judiciário acaba por reduzir a mobilização popular e o sentimento de cidadania, essenciais à democracia.²⁷⁴ A ampliação da participação popular em grandes discussões, não só em processos já em andamento, mas especialmente a partir da possibilidade de que se inaugurem novas discussões – superando os bloqueios existentes acerca de determinados temas – permite enfrentar esta crítica, pelo resgate de uma condição cidadã muitas vezes renegada nos processos políticos majoritários.

A flexibilização da interpretação do art. 103, inciso IX, da Constituição de 1988, permite a ampliação da discussão acerca da falta de efetividade normas constitucionais, aqui defendida como hipótese de omissão inconstitucional. Isso porque, ao conferir aos diversos atores sociais a possibilidade de iniciar a discussão acerca de determinada política pública ausente ou deficitária por meio de um litígio estrutural, possibilita-se a superação dos bloqueios institucionais. Como se viu, nem sempre os mecanismos da política representativa possibilitam a discussão e o estabelecimento de políticas públicas de proteção a direitos relevantes para determinadas parcelas da população e a simples possibilidade de acionamento do Judiciário já significa um grande avanço para, pelo menos, desobstruir a discussão de temas importantes para a sociedade civil.

Partindo da premissa de que os processos estruturais são instrumentos relevantes para o cumprimento das promessas de transformação contidas no texto constitucional, essa alteração jurisprudencial permitirá que a jurisdição constitucional concentrada seja acionada diretamente a partir de demandas da sociedade civil – sem necessidade de que seus pleitos sejam submetidos ou modificados pelos interesses dos demais legitimados. Esta alternativa de acesso possibilita o enfrentamento direto de reiterada omissão estatal na promoção de direitos fundamentais prestacionais, permitindo

²⁷⁴ BARBOSA, Claudia Maria. A juristocracia no Brasil e o futuro da Constituição. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 14, n. 2, maio./ago. 2019. p. 7.

que se instaure a deliberação (ainda que no âmbito judicial) acerca do significado da constituição.

Ademais, como já destacado, a alteração da jurisprudência implicou não apenas na mudança de quem acessa o controle concentrado de constitucionalidade, mas em como a causa é defendida.²⁷⁵ É preciso que os movimentos sociais sejam os protagonistas de suas próprias lutas. Conforme ressalta Djamila RIBEIRO:

Há pessoas que dizem que o importante é a causa, ou uma possível “voz de ninguém”, como se não fôssemos corporificados, marcados e deslegitimados pela norma colonizadora. Mas, comumente, só fala na voz de ninguém quem sempre teve voz e nunca precisou reivindicar sua humanidade.²⁷⁶

Nesse sentido, a partir de uma interpretação que restaura a intenção do poder constituinte originário, o STF assume sua função precípua de – por meio dos processos estruturais – intervir em políticas públicas com o fim de proteger os direitos fundamentais dos grupos marginalizados das instâncias políticas ordinárias a partir de suas próprias reivindicações e seus diferentes pontos de vista. Referida posição confere a esses grupos o relevante direito de falar em causa própria, quebrando importante barreira até então existente, uma vez que a vedação do acesso a certos grupos em espaços deliberativos não apenas cala a sua voz, mas afeta a sua própria existência. *Não é só sobre falar, mas sobre existir.*

²⁷⁵ LELLIS, Carina. Diálogos sociais no STF: o art. 103, IX, da Constituição e a participação da sociedade civil no controle concentrado de constitucionalidade. In: BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos (Coord.). *A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 463-464.

²⁷⁶ RIBEIRO, Djamila. *Lugar de Fala*. São Paulo: Pólen, 2019. *E-book*.

5. CONCLUSÃO

A previsão constitucional de um rol amplo de direitos fundamentais e o reconhecimento de novos atores jurídicos fez surgir demandas que acabaram exigindo a ampliação dos espaços decisórios tradicionais. O distanciamento entre o previsto na Constituição de 1988 e a realidade social aumentou a atuação do Judiciário no âmbito do controle de constitucionalidade, voltado a assegurar os direitos fundamentais que os processos políticos ordinários não davam conta ou não queriam concretizar.

Nesse contexto, nos últimos anos o STF ganhou cada vez mais importância na consolidação da democracia e na afirmação dos direitos fundamentais sociais, tais como a decisão que convalidou as ações afirmativas, a que garantiu a constitucionalidade da união homoafetiva ou mesmo a que garantiu o direito à antecipação terapêutica do parto em caso de feto anencefálico.

A despeito de todos esses avanços, do ponto de vista quantitativo, como ficou demonstrado, a pauta do STF seguiu dominada por causas envolvendo interesses corporativos e econômicos de grupos que já possuíam acesso ao núcleo do poder político. Não se quer dizer que o STF não tem exercido um papel relevante na defesa dos direitos fundamentais, mas certamente fez muito menos do que poderia fazer.

Desse modo, é imprescindível repensar a interpretação que se dá ao vocábulo ‘entidades de classe’, previsto no art. 103, inciso IX, da Constituição de 1988, a fim de garantir que as associações representativas de grupos minoritários no processo político também tenham acesso direto à jurisdição constitucional concentrada. Além disso, é indispensável que os grupos minoritários e vulneráveis não só sejam capazes de inaugurar processos judiciais para o enfrentamento das falhas estruturais do Estado, mas que, principalmente, falem em causa própria.

Trata-se da compreensão do papel que as cortes – especialmente o STF – podem exercer como catalisadoras do debate público. Assim, a democratização do acesso à jurisdição constitucional concentrada na busca pela efetividade dos direitos fundamentais sociais converge com um dos conceitos mais amplos de democracia, contemplando as liberdades de contestação e de participação política ao garantir que os bloqueios políticos e institucionais dos processos políticos tradicionais sejam superados pelo acesso ao sistema de justiça. A apreensão desse viés democrático da jurisdição

constitucional permite a visualização dos tribunais em espaços políticos com considerável influência nas regras do jogo democrático e na efetividade dos direitos fundamentais socioeconômicos.

Diante desta constatação, é inegável a evidência do sistema de justiça brasileira, cujo ativismo tornou possível a possibilidade de efetivar direitos renegados pelos processos políticos majoritários e ampliou as condições de legitimação tanto democrática quanto social do Judiciário. Essa dupla legitimação tanto mais será possível quanto mais sensível for às percepções e às interações da sociedade dos intérpretes constitucionais.

O Judiciário não deveria ser o *locus* central de proteção dos direitos fundamentais sociais, cuja realização deveria se dar de forma espontânea pelos poderes instituídos, em atendimento aos mandados constitucionais. Todavia, diante da negativa de realização de muitos dos direitos previstos, é inegável que, embora não seja o principal, o Judiciário é um relevante campo para a luta pela realização dos direitos violados.

Ainda que recorrer ao Judiciário não implique, na grande maioria das vezes, na solução de todos os problemas, os impactos de um processo judicial (especialmente os indiretos) são inegáveis. Assim, embora a vitória seja importante, vencer no tribunal não é tão essencial para o modelo de protesto, uma vez que o objetivo é mais amplo – usar a luta judicial para construir um movimento político, seja como veículo para o protesto, seja como catalisador de um movimento social mais amplo.

Nesse sentido, embora os processos estruturais no âmbito da jurisdição constitucional concentrada não tenham obtido grande resultado direto efetivo, seus reflexos são inegáveis, tais como a promoção de determinado assunto no debate público ou mesmo a alteração espontânea das políticas públicas questionadas. Nesse sentido, cite-se a ADPF 347, cuja instauração e decisão cautelar provocou a adoção de políticas públicas pelo Conselho Nacional de Justiça, como a determinação da realização de audiências de custódia.

O processo estrutural permite um novo olhar sobre velhos problemas. Ainda que possa parecer apenas uma nova roupagem para o tratamento processual de questões antigas, é inegável que a abordagem da questão sob essa perspectiva em muito contribui para o enfrentamento adequado de conflitos relacionados à violação de direitos fundamentais causados por estruturas burocráticas. Para garantir a efetividade de direitos

fundamentais pelo Estado é preciso enfrentar as causas do problema. A pretensão de reforma estrutural por meio de um processo judicial permite ampliar a visualização de uma situação violadora de direitos fundamentais e avaliar as políticas públicas de uma forma mais abrangente.

É fato que as novas práticas propostas pela adoção de um processo estrutural recaem sobre velhas estruturas institucionais que acabam limitando a sua eficácia. Porém, os litígios estruturais são uma realidade e é preciso se pensar em formas de permitir, racionalizar e legitimar a intervenção do Poder Judiciário na correção de políticas públicas deficitárias ou inexistentes.

Os processos estruturais – nesse contexto – talvez não sejam o modo mais adequado, mas a única forma de enfrentar realidades mais complexas, como as impostas pela implementação e/ou transformação de uma política pública. Desse modo, embora se alegue que falta capacidade institucional ao Poder Judiciário para a intervenção em políticas públicas, é preciso aceitar que os demais poderes também são imperfeitos. Se as questões tivessem soluções nos foros adequados, não haveria a necessidade de se recorrer ao Judiciário, de forma que a alternativa do processo estrutural se mostra menos imperfeita do que outra solução.

A proposta de instauração de um processo estrutural perante a jurisdição constitucional concentrada inaugura um novo modelo de adjudicação e do papel do juiz no processo, cujo objetivo é o de implementar uma norma de direito público a partir da significação das promessas constitucionais. É nesse contexto que a democratização do acesso à jurisdição constitucional concentrada possibilita a inclusão e a ampliação de vozes comumente caladas nas instâncias políticas, funcionando como mecanismo de desbloqueio de pautas invisibilizadas nos processos políticos majoritários e contribuindo para a realização dos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição de 1988.

REFERÊNCIAS

- ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013.
- ARGUELLES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. *Universitas JUS*, v. 25, n. 1, p. 25-45, 2014.
- BARBOSA, Claudia Maria. A juristocracia no Brasil e o futuro da Constituição. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 14, n. 2, maio./ago. 2019.
- BARBOSA, Claudia Maria; ARAUJO, Sylvia Cortês Bonifácio de. A contribuição do Constitucionalismo Popular para o Fortalecimento da Accountability Social sobre o Judiciário. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 53, jul./dez. 2018
- BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 875-903.
- BITTENCOURT NETO, Eurico. Estado social e administração pública de garantia. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 289-302, jan./abr. 2017.
- BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- BRANDÃO, Rodrigo; NUNES, Daniel Capecchi. O STF e as entidades de classe de âmbito nacional: a sociedade civil e seu acesso ao controle concentrado de constitucionalidade. *Revista de Direito da Cidade*, v. 10, n. 1, p. 164-196.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.
- COELHO, Inocêncio Mártires. As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, a. 35, n. 137, p. 157-164, 1998.
- DANTAS, Ingrid Cunha; FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Constitucionalismo democrático: entre as teorias populares do constitucionalismo e um novo aporte do papel das cortes na democracia. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 64, n. 2, p. 61-88, maio/ago. 2019.
- DIXON, Rosalind. Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos: Una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014. *E-book*.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

FISS, Owen. *Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade*. Tradução coordenada por Carlos Alberto de Salles. 2. ed. Juruá: Curitiba, 2017.

FISS, Owen. *The law as it could be*. New York: NYU Press, 2003. *E-book*.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Juicio a la exclusión: el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales del Sur Global*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015. *E-book*.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado em Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010.

GARGARELLA, Roberto. *El derecho como una conversación entre iguales*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2021. *E-book*.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia* (UniBrasil), v. 14, n. 14.1, Curitiba, UniBrasil, p. 618-688, ago./dez. 2013. p. 619-656.

HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia* (UniBrasil), v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jul. 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 205-240.

HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

HIRSCHL, Ran. Juristocracy - political, not judicial, *The Good Society*, v. 13, n. 3, p. 6-11, 2004. p. 8.

HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide, *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, p. 721-754, 2006.

LELLIS, Carina. Diálogos sociais no STF: o art. 103, IX, da Constituição e a participação da sociedade civil no controle concentrado de constitucionalidade. In: BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos (Coord.). *A República que ainda não foi:*

trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 451-467.

LIMA, George Marmelstein. A eficácia incompleta das normas constitucionais: desfazendo um mal-entendido sobre o parâmetro normativo das omissões inconstitucionais. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 20, n. 20, p. 174-192, jul./dez. 2016.

LOBEL, Jules. Courts as forums for protest. *UCLA Law Review*, v. 52, p. 477-561, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-book*.

MENDES, Gilmar. Ferreira. A Influência de Peter Häberle no Constitucionalismo. *Revista Estudos Institucionais*, v. 2, n. 1, p. 31-56, 2016.

NEVES, Marcelo. Constitucionalização Simbólica e Desconstitucionalização Fática: Mudança Simbólica de Constituição e Permanência das Estruturas Reais de Poder. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 33, n.132, p. 321-330, 1996.

NUNES, Daniel Capecchi. *Minorias no Supremo Tribunal Federal: entre a impermeabilidade constitucional e os diálogos com a cidadania*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Representação democrática do Judiciário: reflexões preliminares sobre os riscos e dilemas de uma ideia em ascensão. *Revista Juris Poesis*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 17, 2014.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição. *Revista Juris Poesis*, a. 18, n. 18, p. 130-159, 2015.

POST, Robert; REVA, Siegel. Constitucionalismo democrático. In: POST, Robert; REVA, Siegel. *Constitucionalismo democrático: por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013. p. 31-41.

POST, Robert; REVA, Siegel. La furia contra el fallo “Roe”: constitucionalismo democrático y reacción violenta. In: POST, Robert; REVA, Siegel. *Constitucionalismo democrático: por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013. p. 43-118.

RIBEIRO, Djamila. *Lugar de Fala*. São Paulo: Pólen, 2019. *E-book*.

SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, v. 117, p. 1016-1101, 2004.

SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira. O futuro da jurisdição constitucional: as aspirações do constitucionalismo global no paradigma do engajamento comparativo. *Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região*, Brasília, v. 30, n. 1/2, p. 23-44, jan./fev. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. *E-book*.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 251-314.

SARMENTO, Daniel. Dar voz a quem não tem voz: por uma nova leitura do art. 103, IX, da Constituição. In: SARMENTO, Daniel. *Direitos, Democracia e República*: escritos de direito constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 79-90.

SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; LIMA, George Marmelstein. Compromisso Significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 8, n. 3, p. 771-806, set./dez. 2021.

SIEGEL, Reva. Constitutional culture, social movement conflict and constitutional change: the case of the de facto ERA. *California Law Review*, n. 94, p. 1323-1420, 2005.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais*: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 515-551.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO Daniel. *Direito constitucional*: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

VALLE, Vanice Regina Lirio do. *Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

VIEIRA, Luciano Pereira; FLUMINHAN, Vinícius Pacheco. Adjudicação judicial de direitos sociais: do necessário deslocamento do eixo dos direitos públicos subjetivos para a pretensão metaindividual a políticas públicas. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 84, p. 253-272, abr./jun. 2021.