

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

CAIO CÉSAR BUENO SCHINEMANN

**DECISÕES ESTRUTURANTES NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL
BRASILEIRA**

CURITIBA
2017

CAIO CÉSAR BUENO SCHINEMANN

**DECISÕES ESTRUTURANTES NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL
BRASILEIRA**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná
Orientadora: Prof.^a Dr.^a Melina Girardi Fachin

CURITIBA

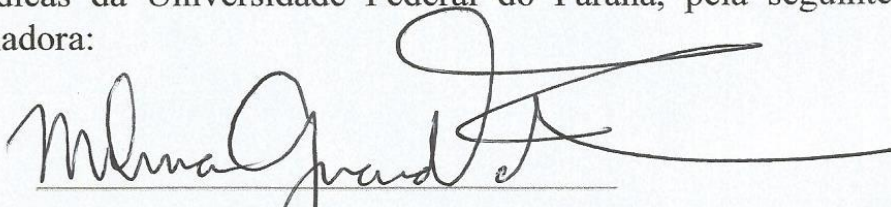
2017

TERMO DE APROVAÇÃO

CAIO CESAR BUENO SCHINEMANN

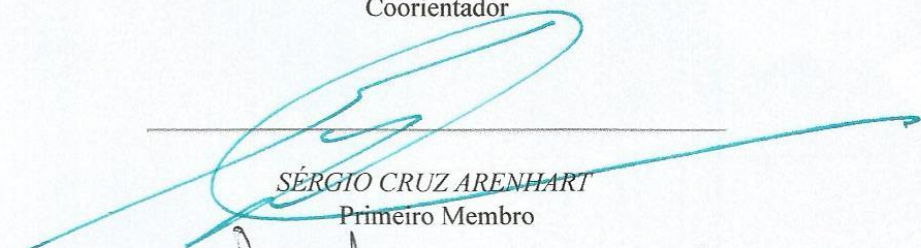
Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

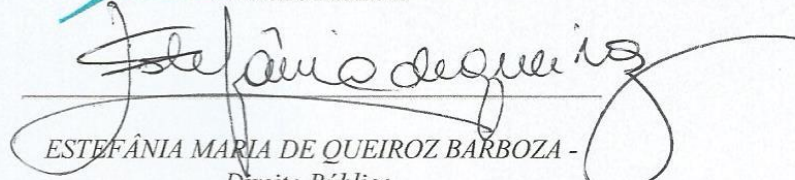


MELINA GIRARDI FACHIN
Orientador

Coorientador



SÉRGIO CRUZ ARENHART
Primeiro Membro



ESTEFÂNIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA -
Direito Público
Segundo Membro

À minha mãe, que desistiu dos seus sonhos para realizar os meus

AGRADECIMENTOS

Esta monografia resume os cinco primeiros anos da minha formação em Direito e é reflexo direto do que vivi, estudei e construí na Faculdade. O encerramento deste ciclo, inevitavelmente, é revestido de alguma melancolia, mas, principalmente, de muita gratidão.

Faltam-me palavras para agradecer à Professora Melina Girardi Fachin, com quem tive a alegria de dividir a iniciação científica, a iniciação à docência e esta monografia. Ainda mais importante, de quem fui aluno. Sou imensamente grato pela oportunidade de conviver e aprender com esta professora vocacionada e paradigma de ser humano, que se fará para sempre presente em minha memória afetiva de aluno inspirado.

Agradeço às Professoras Estefânia Barboza e Vera Karam de Chueiri pelo primor com que ensinam Direito Constitucional, pela abertura com os alunos da graduação e pelos incentivos que sempre deram aos meus incursos na vida acadêmica.

Ao Professor Daniel Wunder Hachem, pelo entusiasmo com a pesquisa científica que sempre transmitiu aos seus alunos. À Professora Eneida Desiree Salgado, exemplo de dedicação à Faculdade e à docência.

Ao Professor Sérgio Cruz Arenhart, maior influência processual civil deste trabalho, por prontamente aceitar o convite para integrar a banca de avaliação.

Aos Professores Alexandre Ditzel Faraco, Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, Érica de Oliveira Hartmann, Marcia Carla Pereira Ribeiro e Sandro Kozikoski, pela importância que tiveram na minha formação e seriedade com que encaram a docência, os alunos e a Faculdade.

Aos meus companheiros das monitorias de Direito Constitucional, Carmem e Victor, amigos queridos e estudantes brilhantes

Ao VG&P Advogados, pela oportunidade concedida a um estudante inexperiente, ao que serei sempre grato. Ao Departamento de Direito Administrativo, onde me descobri advogado, por demonstrarem que a competência profissional pode (e deve) coexistir com a ternura e o companheirismo.

Ao Kainan Iwassaki, pelos incentivos iniciais à pesquisa acadêmica, sem os quais este trabalho não seria o mesmo. E por seu modo pragmático de ver a vida, tão contraposto ao meu idealismo.

À Bianca, pelo afeto que sempre me dedicou. A Giovana e Juliana, pela amizade desde o primeiro ano de Faculdade.

A Amanda, Camila, Carina, Francielli, Heloísa, Letícia e Raíssa, pelas frustrações divididas e alegrias compartilhadas.

A Cindy e Gabriela, pela amizade sincera e pelo carinho sempre presente.

Ao Claudio, pelo que compartilhamos ao longo destes cinco anos. Obrigado por tudo e por tanto.

Agradeço, por fim, à gloriosa Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, da qual serei sempre um orgulhoso egresso, por me dar amigos, formação, profissão e, acima de tudo, um futuro inteiro pela frente.

Praça Santos Andrade, outubro de 2017.

RESUMO

Este estudo propõe a adoção de decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira como um dos instrumentos de tutela jurisdicional de direitos fundamentais. São estruturantes as decisões por meio das quais se busca a reestruturação de determinada organização social ou política pública, com o objetivo de concretizar direitos fundamentais ou interesses socialmente relevantes. Este seria instrumento oponível sobretudo em face da contínua e reiterada omissão do Estado na proteção e promoção de direitos fundamentais, especialmente em sua faceta prestacional. Neste campo, verifica-se que as críticas direcionadas à proteção judicial de direitos prestacionais na contemporaneidade não dizem tanto a respeito acerca da possibilidade de judicialização em si, mas são direcionadas aos instrumentos jurisdicionais utilizados. A partir deste prognóstico, as decisões estruturantes são propostas enquanto instrumento de superação dos mecanismos tradicionais de tutela dos direitos fundamentais. Para tanto, empreende-se sua caracterização como processo (i) coletivo; (ii) de controle da omissão inconstitucional do Estado; e (iii) necessariamente dialógico. O bem jurídico a ser provido pelas decisões estruturantes também foi objeto de construção teórica própria, estabelecendo o que foi denominado 'tutela jurisdicional pública', em contraposição à vertente privada. Por fim, são apresentados os parâmetros, limites e fundamentos legais das decisões estruturantes, intentando-se sua operacionalização na jurisdição constitucional brasileira.

Palavras-chave: decisões estruturantes; jurisdição constitucional; direitos fundamentais; processo coletivo; diálogos institucionais.

ABSTRACT

This research proposes the adoption of structural injunctions by the Brazilian judicial review as instrument of judicial protection of fundamental rights. Structural injunctions are perceived as judicial intervention in the State entities aiming their organizational restructuring. This instrument could be invoked mainly in relation to the State's continuous and repeated failure to protect and promote fundamental rights, especially when it comes to grant state benefits. The criticisms directed at judicial protection of fundamental rights do not relate to the possibility of judicial protection per se, but are pointed at the judicial instruments that are commonly used. Based on this prognosis, structural injunctions are proposed as an instrument to overcome traditional and usual mechanisms for the judicial protection of fundamental rights. Its characterization is undertaken by (i) part of class actions; (ii) judicial review of a state omission; and (iii) necessarily dialogical. The good to be provided by a structural injunction was also the object of theoretical construction itself, establishing what has been called 'public judicial protection', as opposed to the private view. Lastly, the parameters, limits and legal fundamentals of the structural injunctions are presented, aiming their operationalization in the Brazilian judicial review.

Keywords: structural injunctions; judicial review; fundamental rights; class actions; institutional dialogues.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
1.1	Delimitação do objeto de estudo e justificativa de sua relevância	10
1.2	Ponto de partida: um conceito provisório de decisões estruturantes.....	11
1.3	Plano de trabalho.....	12
2	DIREITOS EM PROCESSO: A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA ALÉM DO SENSO COMUM	13
2.1	A formulação autônoma da noção de direitos prestacionais e seu caráter normativo.....	15
2.2	A concretização de direitos pelo Poder Judiciário: a circularidade entre o potencial emancipatório e a violação à isonomia	25
2.3	Parâmetros materiais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais: o mínimo, o máximo e o possível.....	28
3	FUNDAMENTOS TEÓRICOS DAS DECISÕES ESTRUTURANTES	34
3.1	Do processo coletivo ao processo estruturante.....	35
3.1.1	A incompreensão interna e externa do processo coletivo	38
3.1.2	A construção de uma conceituação própria de processo coletivo: a primazia da tutela jurisdicional pública em detrimento da privada	46
3.2	Do controle de constitucionalidade por omissão ao controle de constitucionalidade estrutural.....	52
3.2.1	A insuficiência do conceito tradicional de inconstitucionalidade por omissão	53
3.2.2	O controle judicial da inconstitucionalidade por omissão	63
3.3	Os diálogos institucionais enquanto pressuposto das decisões estruturantes	71
3.3.1	Supremacia judicial, judicialização da política e ativismo judicial: distinções necessárias acerca de concepções autônomas	72
3.3.2	O necessário caráter dialógico das decisões estruturantes	75
4	DECISÕES ESTRUTURANTES NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA	80
4.1	De <i>Brown</i> ao <i>Estado de Coisas Inconstitucional</i> : as diferentes conformações das decisões estruturantes no constitucionalismo global	81
4.2	Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: parâmetros, fundamentos legais e potencialidades	88
4.2.1	A competência jurisdicional para prolação e execução da decisão estruturante: a ampliação da cadeia decisória	90
4.2.2	A permeabilidade da demanda e a atipicidade das medidas executivas	94
4.2.3	A redefinição da noção de contraditório e representação adequada no processo estrutural.....	98
4.3	A judicialização da educação infantil no Tribunal de Justiça de São Paulo enquanto paradigma de decisão estruturante na jurisdição constitucional brasileira	100
5	CONCLUSÃO: A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO CAIXA DE FERRAMENTAS	106
	REFERÊNCIAS	111

1 INTRODUÇÃO

“Para que servem as decisões judiciais?”

César Rodríguez Garavito e Diana Rodríguez, em análise da atuação da Corte Constitucional da Colômbia na proteção e promoção de direitos fundamentais, encerram sua obra deixando esta pergunta em aberto.¹

Em momento anterior, Owen Fiss tentara responder a questionamento desta natureza. A função da decisão judicial seria dar respostas aos conflitos sociais a partir de restrições impostas pela razão pública.² A pacificação social seria o objetivo perseguido pelas decisões judiciais e a razão pela qual tratamos estas decisões com tanta deferência.

O questionamento acerca do modo pelo qual a noção genérica e abstrata de *pacificação social* seria transposta aos instrumentos disponíveis para que as decisões atinjam este fim é, tanto da parte autores colombianos, quanto de Owen Fiss, objeto de infindáveis páginas em busca de uma resposta.

Sem a pretensão de dar uma resposta taxativa a questionamento tão amplo e complexo, o estudo que se segue pretende se inserir nesta discussão e lançar novas e possíveis construções para as decisões judiciais na jurisdição constitucional brasileira.

1.1 DELIMITAÇÃO DO OBJETO DE ESTUDO E JUSTIFICATIVA DE SUA RELEVÂNCIA

Da temática ampla que é a jurisdição constitucional brasileira, optou-se pela delimitação do tema no que concerne à tutela jurisdicional de direitos sociais ou prestacionais.³ A bibliografia sobre o tema é ampla e a temática foi um dos assuntos sobre o qual a doutrina do direito constitucional mais vividamente se debruçou desde a promulgação da Constituição de 1988.

¹ RODRÍGUEZ-GARAVITO, César; RODRÍGUEZ-FRANCO, Diana. **Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010, p. 278.

² FISS, Owen. To make the Constitution a living truth: four lectures on the structural injunction. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 589.

³ Os termos são tratados enquanto sinônimos pela maior parte da doutrina. Este estudo não corrobora com esta compreensão, conforme item 2.1.

Ainda assim, a ampla investigação doutrinária neste campo não deu conta de suprir uma série de lacunas ainda existentes acerca da temática no direito constitucional brasileiro. É possível identificar estas lacunas especialmente por meio da verificação da ausência de efeitos relevantes destes estudos na prática jurisprudencial que circunda a tutela jurisdicional de direitos sociais/prestacionais.

A título exemplificativo, ainda que, ao menos a partir da primeira metade da década de 2000, a doutrina tenha passado a sistematicamente se posicionar de modo crítico em relação aos efeitos da judicialização individual do direito à saúde,⁴ o impacto orçamentário decorrente de decisões desta natureza aumenta a cada ano.⁵

Isto denota a ausência de apreensão por parte do Poder Judiciário daquilo que é pela doutrina e, portanto, demonstra a necessária continuidade dos estudos que proponham o estabelecimento de diretrizes e parâmetros para a tutela jurisdicional de direitos sociais e/ou prestacionais.

Disso emerge a justificativa de relevância do presente estudo. O que se pretende é a proposição de parâmetros racionais para efetivação desta tutela jurisdicional a partir de critérios usualmente ignorados pelo direito constitucional: os de ordem processual.

1.2 PONTO DE PARTIDA: UM CONCEITO PROVISÓRIO DE DECISÕES ESTRUTURANTES

Os critérios de ordem processual que aqui se pretende erigir são sintetizados na noção de decisões estruturantes. São estruturantes as decisões por meio das quais se busca a reestruturação de determinada organização social ou política pública, com o objetivo de concretizar direitos fundamentais ou interesses socialmente relevantes.

Esta conceituação encontra respaldo naquilo que Owen Fiss denominou *structural injunction*.⁶ Ainda assim, trata-se de um conceito provisório, pois o que

⁴ Para uma sistematização destas posições, Cf. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira, (orgs.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

⁵ CNJ. **Relatório anual do Poder Judiciário - 2016**, p. 104. Disponível em <goo.gl/Xwyka7>. Acesso em: outubro de 2017.

⁶ Cf. FISS, Owen. The forms of justice. **Harvard Law Review**, vol. 93, n. 1, 1979.

se pretende, ao final, é conformar esta noção às características próprias da jurisdição constitucional brasileira.

A decisão estruturante, enquanto provimento jurisdicional peculiar, se desenvolve no âmbito de um processo também peculiar, aqui denominado processo estruturante. Quando a questão discutida neste processo é constitucional, há um controle de constitucionalidade estrutural.

Também enquanto fator delimitar o escopo da pesquisa, este estudo se preocupa com as decisões estruturantes relativas a questões constitucionais (direitos fundamentais) e em face do Estado. O conceito de decisões estruturantes também é passível de aplicação no âmbito privado e em relação a direitos patrimoniais,⁷ mas esta vertente não será objeto de discussão neste estudo.

1.3 PLANO DE TRABALHO

O trabalho é dividido em três partes, de modo a construir o raciocínio por uma perspectiva indutiva. Em primeiro lugar, analisa-se a problemática relativa aos direitos sociais/prestacionais e a tutela jurisdicional a estes aplicável. Concluindo-se pela insuficiência dos parâmetros doutrinários existentes, passa-se ao desenvolvimento da ideia de decisões estruturantes enquanto instrumento adequado para a tutela destes direitos.

A discussão acerca das decisões estruturantes parte de sua fundamentação teórica a partir da revisão conceitual de seus elementos caracterizadores: o processo coletivo e o controle da inconstitucionalidade por omissão. Ainda na fundamentação teórica, as decisões estruturantes, enquanto elementos da jurisdição constitucional, são inseridas no marco teórico dos diálogos institucionais.

Por último, a abordagem final pretende dar parâmetros pragmáticos para operacionalização das decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira.

⁷ O principal exemplo é o regime de recuperação e falência de empresas previsto na Lei nº 11.101/2005. Para uma visão geral acerca dos poderes do Juiz nestas circunstâncias, que a caracterizam enquanto provimento de natureza estruturante, Cf. BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 544-545.

2 DIREITOS EM PROCESSO: A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA ALÉM DO SENSO COMUM

Em fevereiro de 2016, o Município de Colombo, no Estado do Paraná, foi obrigado, por decisão liminar, a efetuar a matrícula de 5 crianças em creche da rede pública de ensino. A decisão foi descumprida, alegando o Município, dentre outras razões, que estaria “sobrecarregado no que diz respeito à disponibilidade de vagas nas creches”; que “a efetivação das garantias constitucionais de segunda geração subordina-se à realidade orçamentária do Estado”; e que a decisão “viola o princípio da isonomia”.⁸ Esta foi uma das cerca de 25 ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público do Paraná entre abril de 2015 e outubro de 2016 contra o Município de Colombo objetivando a matrícula de crianças na rede pública de ensino básico.

A partir de junho de 2015, milhares de portadores de câncer passaram a acionar o Judiciário pleiteando a concessão de fosfoetanolamina sintética - a "pílula do câncer". Em que pese a inexistência de qualquer comprovação científica da segurança ou eficácia do medicamento, ou, ainda, a mais completa precariedade na qual o medicamento era produzido – em um laboratório da Universidade de São Paulo, sem estrutura industrial –, as liminares foram deferidas aos milhares. A USP teve contas bloqueadas e a imposição de multas diárias.⁹ O Congresso Nacional aprovou e a Presidenta Dilma Roussef sancionou, em abril de 2016, a Lei nº 13.269/2016, que autorizava a utilização da substância. A eficácia desta lei foi suspensa no mês seguinte por decisão do STF.¹⁰ Mesmo diante da decisão do STF e da inexistência de qualquer indício de eficácia do medicamento, há decisões recentes do TJSP que deferem os pedidos de fornecimento da substância.¹¹

Os casos concretos acima referenciados demonstram a necessidade de ler a judicialização dos direitos prestacionais a partir de uma perspectiva que supere a dicotomia formada sobre o tema. É de se dizer, com isso, que o direito constitucional não pode compactuar com violações persistentes a direitos fundamentais, nem servir de fundamento para uma desmedida, assistemática e pouco criteriosa tutela jurisdicional destes mesmos direitos.

Por um lado, o Estado segue a ser “o Estado-vilão: violador de direitos”, “o Estado-pródigo: maior litigante do país” e “o Estado-inconsequente:

⁸ TJPR. **Agravo de Instrumento nº 1438306-7**. Rel: Des. Fabiana Silveira Karam, 7ª Câmara Cível, julgado em 21.06.2016.

⁹ Estado de São Paulo. **Processos por pílula do câncer na USP chegam a 15 mil**. 24.03.2016. Disponível em <goo.gl/VEMgWb>. Acesso em: maio de 2017.

¹⁰ STF. **Medida liminar na ADI 5501**. Rel. Min. Marco Aurélio de Mello, julgado em 19.05.2016.

¹¹ A título exemplificativo: TJSP. **Apelação nº 1015498-51.2015.8.26.0566**. Rel. Des. Marrey Uint, 3ª Câmara de Direito Público, j. em 06.06.2017.

descumpridor de decisões",¹² agindo de modo comissivo e omissivo na violação de direitos fundamentais, como fez o Município de Colombo ao negar o direito à creche, indiscutivelmente assegurado pela Constituição,¹³ e cuja prestação prioritária recai justamente sobre os Municípios.¹⁴ Não poderia o Poder Judiciário, diante de situação desta natureza, simplesmente furtar-se de tutelar direitos contra as ofensas perpetradas pelo Poder Público, sob pena de a própria jurisdição agir de forma inconstitucional.

Ao mesmo tempo, os limites que se colocam à tutela jurisdicional de direitos fundamentais não podem ser ignorados. Nomeadamente, a “judicialização excessiva”¹⁵ e seus efeitos perniciosos em relação a consecução de políticas públicas e a higidez das contas estatais, a falta de capacidade técnico-institucional do Poder Judiciário na alocação de recursos públicos e a quebra da isonomia resultante de uma divisão entre os cidadãos “com sentença” e “sem sentença”.¹⁶ A celeuma formada em torno da fosfoetanolamina, “o caso que envergonhou a ciência brasileira”,¹⁷ é exemplo emblemático a demonstrar a necessidade de serem revisitadas as concepções que se assentaram nas duas últimas décadas acerca da tutela jurisdicional neste âmbito.

Ir “além do senso comum”, portanto, diz respeito ao diálogo que se pretende estabelecer entre as possibilidades emancipatórias e a limitações operacionais da jurisdição constitucional na concretização de direitos. Ou seja, intenta-se erigir um modelo teórico que, ao reconhecer insuficiência da atuação

¹² Os termos são de FONSECA, Juliana Pondé. **O (des)controle do Estado no judiciário brasileiro**: direito e política em processo. 317 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

¹³ **CF88. Art. 208.** O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade

¹⁴ **CF88. Art. 211. § 2º.** Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira, (orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 875–904.

¹⁶ Os termos foram cunhados por Carlos Alberto de Salles e serão retomados a seguir. Cf. SALLES, Carlos Alberto de. Coisa julgada e extensão dos efeitos da sentença em matéria de direitos sociais constitucionais. In: GOZZOLI, Maria CLARA; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita (coord.). **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos**: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo, Saraiva, 2010.

¹⁷ Gazeta do Povo. **Fosfoetanolamina**: como o populismo aliado à ignorância científica produziu um dos piores momentos da ciência nacional em décadas. 01.06.2017. Disponível em < goo.gl/d3w4xh>. Acesso em: junho de 2017.

exclusiva do Poder Judiciário na salvaguarda dos direitos fundamentais,¹⁸ não recusa o modelo de efetividade inerente a estes.

É a partir deste diagnóstico que este capítulo se propõe a fundar os conceitos que sustentarão a proposta deste trabalho, a saber, a adoção de decisões estruturantes enquanto instrumento de tutela de direitos fundamentais diante de uma atuação precária, insuficiente ou inexistente do Estado na promoção e proteção destes direitos.

Para tanto, se pretende, neste momento, empreender incurso conceitual dividido em três principais momentos. O primeiro destes é a retomada das formulações teóricas acerca dos direitos fundamentais em seu viés prestacional, estabelecendo a caracterização autônoma desta categoria a partir de construção diversa à usual, qual seja, a de identificação entre “direitos prestacionais” e os “direitos sociais”.

Em seguida, será analisada a tutela jurisdicional dos direitos prestacionais em dois aspectos: (i) a contraposição entre o potencial emancipatório e o potencial anti-isonômico da atuação jurisdicional; e (ii) a verificação da pertinência do estabelecimento de critérios de ordem material desta tutela, sobretudo por meio da noção de mínimo existencial.

2.1 A FORMULAÇÃO AUTÔNOMA DA NOÇÃO DE DIREITOS PRESTACIONAIS E SEU CARÁTER NORMATIVO

A utilização do termo “direitos prestacionais” foi cunhada sobretudo a partir da *Teoria dos direitos fundamentais* de Robert Alexy e se liga à sua concepção de multifuncionalidade dos direitos fundamentais. Dizer que os direitos fundamentais são multifuncionais significa dizer que estes direitos são formados por feixes jurídicos de funções distintas.

A noção de multifuncionalidade não foi inaugurada por Alexy, já estando presente na concepção dos *quatro status dos direitos fundamentais*

¹⁸ A opção terminológica pela expressão “direitos fundamentais” neste trabalho não ignora a impossibilidade de, na contemporaneidade, se estabelecer a distinção entre “direitos fundamentais”, “direitos humanos” e “direitos da personalidade”. Acerca dos necessários e inevitáveis diálogos entre o direito constitucional e o direito internacional dos direitos humanos discorrerá o ponto 2.1.

desenvolvida por Georg Jellinek ainda no século XIX.¹⁹ A contribuição de Alexy foi, em termos bastante similares ao defendido por Jellinek, inserir esta discussão no contexto de uma teoria dos direitos fundamentais decorrente de um constitucionalismo pós-Guerra.

Alexy entende que os direitos fundamentais possuem duas funções principais: uma negativa e outra positiva. A função negativa dos direitos fundamentais impõe ao Estado abstenções face ao cidadão, o que se materializa especialmente em um “direito geral de liberdade”²⁰ e um “direito geral de igualdade”.²¹

A função positiva dos direitos fundamentais, por sua vez, pressupõe a ação estatal na promoção destes. A primeira destas funções positivas é a normativa, que se dá por meio da criação de leis que protejam o cidadão do Estado e de outros particulares, bem como instituem a estrutura organizacional do Estado.²²

A segunda função positiva dos direitos fundamentais diz respeito ao que Alexy chama de “direitos a prestação em sentido estrito” – os direitos prestacionais –, estes compreendidos pelo viés de promoção dos direitos fundamentais com repercussões fáticas e materiais. Ao conceituar a categoria dos direitos prestacionais, Alexy os liga intrinsecamente aos direitos sociais, definindo-os enquanto “direitos do indivíduo em face do Estado a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficiente e oferta no mercado, poderia também obter de particulares”.²³ Exemplos desta categoria, segundo Alexy, seriam os direitos à saúde, à educação, ao trabalho e à moradia.

Canotilho possui noção bastante similar. Para o autor, falar em direitos prestacionais *em sentido estrito*, é falar em um “direito do particular a obter algo através do Estado”, muito embora, caso dispusesse de recursos, “a satisfação das suas ‘pretensões prestacionais’ poderiam ser satisfeitas através do comércio privado (cuidados de saúde privados, seguros privados, ensino privado)”.²⁴

¹⁹ Cf. JELLINEK, Georg. **Teoria general del estado**. 2ª ed., México: Continental, 1958.

²⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 341-345.

²¹ ALEXY, Robert. *Ibidem*, p. 407-410.

²² ALEXY, Robert. *Ibidem*, p. 472-474

²³ ALEXY, Robert. *Ibidem*, p. 499

²⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 410

Estes dois autores influenciaram significativamente a aceção do termo “direitos prestacionais” na doutrina jurídica brasileira, o que levou a uma identificação por parte da doutrina entre direitos prestacionais e direitos sociais, como se categorias equivalentes fossem.

Clémerson Merlin Clève, por exemplo, a adota expressamente ao estabelecer a distinção entre os denominados direitos de defesa – para o autor, “direitos fundamentais clássicos” – e os “direitos sociais prestacionais”.²⁵ Ingo Sarlet identifica “como sendo correta a identificação dos direitos a prestações em sentido estrito com os direitos fundamentais sociais de natureza prestacional”.²⁶ Elival da Silva Ramos trata os *direitos prestacionais em sentido estrito* enquanto categoria inerente aos direitos sociais.²⁷

O que aqui se defende, entretanto, não subscreve a definição de direitos prestacionais proposta por Alexy, Canotilho e corroborada por parte da doutrina brasileira. Primeiro, porque não se pode conceber que esta categoria, no constitucionalismo brasileiro, corresponda à categoria dos direitos sociais. Segundo, porque é equivocado conceber que a faceta prestacional dos direitos fundamentais poderia ser plenamente suprida por particulares, em detrimento da ação do Estado, caso o indivíduo possuísse recursos financeiros suficientes para tanto.

Direitos sociais e direitos prestacionais devem ser entendidas enquanto categorias confluentes, as quais por vezes se interseccionam e, por vezes, não. Sendo assim, não se confundem e não são institutos de mesma natureza constitucional.

Falar em “direitos sociais” é falar de uma progressiva afirmação histórica de direitos por parte do constitucionalismo e do direito internacional dos direitos humanos. São os direitos sociais um conjunto de direitos reconhecidos pelo Estado por meio de “um construído axiológico, a partir de um espaço simbólico

²⁵ CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**, vol. 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 239-252.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 199.

²⁷ RAMOS, Elival da Silva. Controle jurisdicional de políticas públicas: a efetivação dos direitos sociais à luz da Constituição brasileira de 1988. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 102, p. 327-356, jan./dez. 2007, p. 332

de luta e ação social”,²⁸ dotados de historicidade própria e os quais, no regime constitucional brasileiro, foram positivados nos artigos 6º, 7º e dispositivos esparsos da Constituição.

Portanto, atribuir a um direito a classificação de “direito social” dá respostas acerca de seu conteúdo e de sua historicidade, mas nada diz a respeito de seu regime jurídico. Considerando que os direitos fundamentais formam “uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos com o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais”,²⁹ não se pode, a priori e abstratamente, estabelecer um critério de distinção entre o regime jurídico destas “categorias” de direitos.

Por esta mesma razão, não se sustenta uma pretensa distinção entre direitos humanos, fundamentais e da personalidade de acordo com o campo no qual a discussão se insere – interna, internacional ou privada. Estes devem ser vistos de modo associado, pois consubstanciam “um todo holístico e integral em torno dos valores de dignidade que gravitam”.³⁰

Diante desta noção imbricada de direitos, a tentativa de se extrair um conceito de direitos sociais perpassa por um critério duplo: sua historicidade e seu conteúdo. Os direitos sociais são um conjunto de direitos historicamente assegurados constitucionalmente a partir do século XX, sobretudo na Constituição mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar de 1919

Por meio destes direitos, se passou a compreender que o conteúdo tutela estatal não deveria se restringir à proteção da liberdade e igualdade formais, mas também destas em seu viés substancial. Impunha-se a proteção de todos os aspectos que garantam ao cidadão uma existência digna, como o bem-estar físico, o desenvolvimento intelectual, a proteção na relação empregatícia e a assistência na velhice.

A concepção de “direitos prestacionais”, por sua vez, é externa a esta categorização histórica e de conteúdo dos direitos, mas se refere a uma função existente em todos os direitos fundamentais, sejam eles sociais ou não. São as

²⁸ PIOVESAN, Flávia. Proteção dos direitos sociais: desafios do *ius commune* sul-americano. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, vol. 77, no 4, out/dez 2011, p. 103.

²⁹ PIOVESAN, Flávia. *Ibidem*, p. 104

³⁰ FACHIN, Melina Girardi; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. De fora, de cima e de baixa - todos os sentidos da dignidade no discurso dos direitos. **Revista brasileira de direitos e garantias fundamentais**. Curitiba, v. 2, n. 2, p. 78 -94, jul./dez. 2016, p. 90.

ações fático-materiais que devem ser adotadas pelo Estado em seu dever de promoção de todos direitos fundamentais – sejam civis, políticos, sociais, econômicos ou culturais – de maneira universal e igualitária, de modo a cumprir a vocação emancipatória da Constituição.

Por fim, a acepção segundo a qual a noção de ‘direitos prestacionais’ não pode ser reduzida a um sinônimo de ‘direitos sociais’ é confirmada pela verificação de que direitos sociais pressupõem também abstenções estatais. A garantia de liberdade de cátedra,³¹ por exemplo, é pressuposto negativo do direito social à educação; a vedação à penhora da pequena propriedade rural é pressuposto negativo do direito social à habitação e do acesso à terra.³²

Da mesma forma, os direitos sociais necessitam, além de prestações fático-materiais, de prestações normativas, como a proteção contra terceiros³³ e a prestação normativa de ordem organizacional.³⁴

Mesmo direitos a prestações estatais usualmente lidos pelas lentes dos direitos sociais apresentam relação intrínseca com os direitos civis e políticos. O direito à prestação relacionado à construção de banheiros adequados em unidades prisionais, por exemplo, não diz respeito tão somente ao direito à saúde dos presidiários, mas também a direitos classicamente concebidos como direitos individuais-liberais, como a privacidade e intimidade. A prestação concernente à cirurgia de redesignação sexual de pessoas transexuais diz tanto respeito ao direito social à saúde quanto aos direitos da personalidade do indivíduo.

A segunda discordância do aqui proposto com a conceituação de Alexy diz respeito à noção de que direitos prestacionais se referem ao acesso a bens os quais seria possível se alcançar mediante a disponibilidade de recursos privados. Como se verá posteriormente, a tutela jurisdicional pública tem como objeto bens não passíveis da obtenção por meios privados, independente da disponibilidade ou não de recursos financeiros.

³¹ **CF88. Art. 206:** O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: (...)

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

³² CF/88. Art. 5º. XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;

³³ O direito à moradia, inscrito no art. 6º da Constituição, foi utilizado enquanto argumento pelo STJ em questão que se discutia a impenhorabilidade de imóvel em face de dívida com outro particular. Cf. STJ. **Recurso especial 1231123**, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 02.08.2012.

³⁴ É o clássico caso dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712, nos quais o STF decidiu pela aplicação da lei de greve dos trabalhadores privados aos servidores públicos.

É possível contratar um plano de saúde particular ou efetuar matrícula em escola privada, mas não é possível, por exemplo, “comprar” saneamento básico individualmente. Um presidiário, por mais abastado que o seja fora da prisão, não pode, pelos meios oficiais, adquirir uma cela em melhores condições.

É necessário salientar que Alexy desenvolveu sua concepção teórica no âmbito do constitucionalismo alemão, o qual não conta com a categoria própria de direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Entretanto, no constitucionalismo brasileiro, esta redução conceitual não se adequa à noção integrativa e universalizante da dogmática emancipatória que circunda o projeto de sociedade inaugurado pela Constituição e todos os direitos fundamentais, das mais diversas “categorias”, nela constantes.

O projeto político-social instituído pela Constituição Federal de 1988 tem foco não no Estado, mas na “pessoa humana exigente de bem-estar físico, moral e psíquico” e nos direitos fundamentais “enquanto verdadeiros dados inscritos em nossa realidade social”.³⁵ A transposição desta dogmática para o plano concreto é um dos temas mais discutidos – se não o mais – no direito constitucional brasileiro das últimas décadas.

Isto se materializou sobretudo na discussão acerca da efetividade das normas constitucionais que enunciam direitos prestacionais e, por consequência, na possibilidade de atuação do Poder Judiciário na tutela destes direitos. A teorização acerca da efetividade das normas constitucionais possui dois momentos paradigmáticos: um anterior e outro posterior à Constituição de 1988.

O primeiro é a classificação tripartite da eficácia das normas constitucionais proposta por José Afonso da Silva, oriunda de tese apresentada em 1968. Esta classificação propunha que as normas constitucionais – todas elas – eram dotadas de certo grau de eficácia, mesmo que mínimo, e vinculavam o Estado.³⁶

³⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 37-42.

³⁶ “Não se nega que as normas constitucionais têm eficácia e valor jurídico diversos uma das outras, mas isso não autoriza recusar-lhes juridicidade. Não há norma constitucional de valor meramente moral ou de conselho, avisos ou lições (...). Todo princípio inserto numa constituição rígida adquire dimensão jurídico, mesmo aqueles de caráter mais acentuadamente ideológico-programático”. In: SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 81.

Na proposição de José Afonso da Silva, as normas constitucionais enunciadoras de direitos prestacionais seriam normas de eficácia limitada e cunho programático, pois “não tiveram força para se desenvolver integralmente, sendo acolhidas como programa a ser realizado pelo Estado por meio de leis e outras providências”.³⁷ Possuem, por isso, eficácia reduzida, ante a impossibilidade de serem operadas a partir de si mesmas.³⁸

De toda forma, um conteúdo mínimo de eficácia das normas limitadas e cunho programático não é ignorado por José Afonso da Silva. Em síntese, estas normas impõem dever de legislar, podendo ser utilizadas enquanto parâmetro do controle de constitucionalidade por omissão³⁹; revogam a legislação anterior e condicionam a legislação futura por meio dos critérios de não-recepção e da declaração de inconstitucionalidade⁴⁰; e, enquanto normas de cunho principiológico, orientam a interpretação do sistema normativo.⁴¹

Esta concepção teve ampla aceitação doutrinária e jurisprudencial. José Afonso da Silva foi e continua a ser o constitucionalista mais citado pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal em decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade.⁴²

Por um lado, ao romper com o modelo dicotômico de normas constitucionais aplicáveis e normas constitucionais destituídas de qualquer imperatividade,⁴³ a teorização de José Afonso da Silva permitiu que o constitucionalismo brasileiro paulatinamente se abrisse à ideia de ‘força normativa da Constituição’.⁴⁴

Ao mesmo tempo, a adoção desta concepção de forma ampla e reiterada pelos Tribunais e suas repercussões interpretativas passaram a ser cada vez

³⁷ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 147.

³⁸ SILVA, José Afonso da. *Ibidem*, p. 147-148.

³⁹ SILVA, José Afonso da. *Ibidem*, p. 162

⁴⁰ SILVA, José Afonso da. *Ibidem*, p.155-157.

⁴¹ SILVA, José Afonso da. *Ibidem*, p.p.153.

⁴² LOREZENTTO, Bruno Meneses. KENICKE, Pedro Henrique Galloti. **Relação dos doutrinadores brasileiros de direito constitucional mais citados pelo Supremo Tribunal Federal nos casos de controle concentrado de constitucionalidade**. Disponível em <goo.gl/U9oGcs>. Acesso em: junho de 2017.

⁴³ SILVA, José Afonso. *Ibidem*, p. 34.

⁴⁴ A expressão é referência à obra de Konrad Hesse, cuja influência no constitucionalismo brasileiro após a promulgação da Constituição de 1988 é aferida por Luís Roberto Barroso. Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**, p. 6-7. Disponível em <goo.gl/FvGBX8>. Acesso em maio de 2017.

mais questionadas, especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Apoiada na concepção tripartite da eficácia das normas, a jurisprudência negava sistematicamente a possibilidade de tutela jurisdicional de direitos prestacionais.

O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, no RMS 6564, julgado em 1996, negou o fornecimento de medicamentos sob a alegação de que as normas constitucionais garantidoras do direito à saúde “são de eficácia limitada, e não tem força suficiente para desenvolver-se integralmente, posto que dependem de legislação complementar”.⁴⁵ Esta decisão foi replicada em incontáveis outros julgados, e razões de decidir semelhantes formaram o padrão da jurisprudência até o final da década de 1990.

Diante deste quadro, a concepção proposta por José Afonso da Silva passou a ser cada vez mais questionada. A principal destas críticas, de Virgílio Afonso da Silva, identificou que a tripartição das normas constitucionais não se sustentava por duas razões primordiais.

A primeira é que não se pode falar em normas constitucionais de eficácia plena, pois todas as normas constitucionais podem, em maior ou menor grau, sofrer restrições, seja na colisão direta com outros direitos fundamentais no caso concreto, seja pela regulação infraconstitucional.⁴⁶

Além disso, e especialmente relevante no que concerne aos direitos prestacionais, Virgílio Afonso da Silva entende que a tripartição das normas constitucionais quanto à sua eficácia não se sustenta porque a efetivação de direitos fundamentais sempre dependerá da intervenção estatal, seja em relação aos direitos fundamentais de “eficácia plena”, seja em relação de “eficácia limitada”.⁴⁷

A partir destas construções, é possível falar que, na contemporaneidade, há uma tendência doutrinária e jurisprudencial de superação da ideia de norma programática e de eficácia limitada. Trata-se, entretanto, de uma tendência, e não de uma superação em absoluto.

⁴⁵ STJ. **RMS 6564/RS**. Rel. Min. Demócrito Reinaldo, 1ª Turma, julgado em 23.05.1996.

⁴⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 230.

⁴⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *Ibidem*, p. 230-232.

Discordando da tão citada frase de Norberto Bobbio, para quem "o problema fundamental em relação aos direitos do homem não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los",⁴⁸ a questão da efetividade das normas constitucionais enunciadoras de direitos prestacionais demonstra necessitar de constante justificação.

Primeiro, porque, mesmo diante da construção doutrinária acima exarada, parcela da jurisprudência persiste no apego à concepção de normas programáticas enquanto óbice à concretização de direitos fundamentais. Este foi o argumento utilizado em decisões recentes do TJRJ⁴⁹ e do TJRS⁵⁰, por exemplo, para rechaçar a possibilidade de tutela jurisdicional do direito à moradia.

Da mesma forma, é necessário que os direitos de cunho prestacional tenham sua fundamentação constantemente reforçada porque ainda não foi extirpada da nossa cultura a percepção segundo a qual tais prestações não correspondem à concretização de um direito fundamental, mas a um benefício, concedido de modo paternalista pelo Estado, usualmente pessoalizado em seus governantes.⁵¹

De toda forma, atribuir eficácia normativa à função prestacional dos direitos, por si só, "não nos dá a resposta sobre em que medida e com que

⁴⁸ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 23.

⁴⁹ TJRJ. **Apelação Cível 0017608-32.2014.8.19.0061**, Rel.: Des. José Carlos Paes. 14ª Câmara Cível, julgado em 17.06.2015: AGRAVO INOMINADO NA APELAÇÃO CÍVEL. IMÓVEL INTERDITADO. SENTENÇA. MORADIA DEFINITIVA. ARTIGO 6º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. NORMA DE EFICÁCIA LIMITADA/PROGRAMÁTICA. AUSÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO. MANUTENÇÃO DO DECISUM. (...) 7. Ainda que o referido artigo 6º da Constituição da República assegure moradia aos cidadãos, tal norma possui eficácia limitada ou programática, cabendo ao Ente Político desenvolver políticas públicas que venham suprir tal carência, de acordo com sua conveniência e/ou oportunidade, não havendo de se cogitar em direito subjetivo à moradia a amparar a pretensão autoral. Precedentes TJRJ.

⁵⁰ TJRS. **Apelação Cível nº 70060015500**, Rel.: Des. Dilso Domingos Pereira, 20ª Câmara Cível, julgado em 02.07.2014: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESOLUÇÃO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL EM LOTEAMENTO POPULAR. REITEGRAÇÃO DE POSSE. CONTRATO FIRMADO COM O MUNICÍPIO. INADIMPLEMENTO DAS PARCELAS DO PREÇO. DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA, PREVISTO NO ART. 6º DA CF, INVOCADO COMO MATÉRIA DE DEFESA. IMPOSSIBILIDADE. NORMA DE PRINCÍPIO PROGRAMÁTICO. EFICÁCIA LIMITADA. Na sua dimensão prestacional (positiva), o direito à moradia, como norma de conteúdo ou princípio programático, depende de manifestação legislativa para produzir todos os efeitos pretendidos, até mesmo pela preexistência de orçamento e de dotação específica. Dito de outro modo, o direito à moradia na sua dimensão positiva, como regra, não confere direito subjetivo a uma prestação efetiva e imediata do Poder Público, já que não é diretamente aplicável (=exequível).

⁵¹ SARMENTO, Daniel. O mínimo existencial. **Revista de Direito da Cidade**, vol. 08, nº 4, p. 1644-1689, p. 1647.

intensidade estes devem ser juridicamente protegidos”.⁵² A legitimidade da jurisdição, os parâmetros, limites e técnicas a serem considerados na tutela jurisdicional dos direitos prestacionais é a faceta mais proeminente desta discussão.

A questão que se coloca é, sobretudo, em que medida é possível extrair diretamente da Constituição direitos a prestações e impô-los ao Estado por meio de provimentos jurisdicionais.⁵³ Não se trata do controle judicial de direitos já concretizados pela “fórmula ortodoxa de fabricação de direitos subjetivos”,⁵⁴ no caso, por meio de lei infraconstitucional.

É possível afirmar, por exemplo, que os beneficiários do PROUNI que se enquadrem nos requisitos estabelecidos pela Lei nº 11.096/2005 possuem direito líquido e certo a vaga em instituição de ensino superior.⁵⁵ Entretanto, até que ponto é possível, entre aqueles que não se enquadram nos requisitos da política pública existente, pleitear ao Poder Judiciário a concessão de vaga em universidade com fulcro diretamente no direito à educação, “*direito de todos e dever do Estado*”, previsto nos artigos 6º e 205 da Constituição Federal?⁵⁶

⁵² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Direitos sociais, estado de direito e desigualdade: reflexões sobre as críticas à judicialização dos direitos prestacionais. **Quaestio Iuris**, vol. 08, nº 03, Rio de Janeiro, 2015, 2080-2114, p.2094.

⁵³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Ibidem*, p. 2100.

⁵⁴ *Idem*.

⁵⁵ O Tribunal Regional Federal da 1ª Região possui diversos julgados que indicam a necessidade de serem respeitados os critérios objetivos previstos na lei que instituiu o PROUNI, especialmente no concernente à renda dos beneficiários. Desta forma, seria ilegal o juízo de valor realizado pela Administração ao negar o benefício da bolsa a partir de critérios subjetivos, tais quais o fato de a família do beneficiário ser proprietária de veículo automotor (TRF1. **Reexame necessário em mandado de segurança nº 0031189-66.2012.4.01.3700**. Rel. Des. Souza Prudente, 5ª Turma, julgado em 21 de agosto de 2013) ou inconclusivas alegações “melhorias nas condições de renda” do beneficiário do programa (TRF1. **Reexame necessário em mandado de segurança nº 1513-42.2008.4.01.3400**. Rel. Des. Néviton Guedes, 5ª Turma, julgado em 01.10.2014).

⁵⁶ TRF4. **Apelação Cível nº 5040925-58.2011.404.7100/RS**. Rel. Des. Fernando Quadros da Silva, 3ª Turma, julgado em 06.03.2013. (...) 2. Comprovada movimentação bancária de valores incompatíveis com a renda declarada para inclusão no PROUNI, não preenche o impetrante requisito necessário para o recebimento da bolsa de estudos. 3. Não havendo direito líquido e certo a ser tutelado na via do mandado de segurança, mediante prova pré-constituída, nem estando comprovada a existência de ato ilegal ou abusivo, não há espaço para o manejo da ação mandamental, porquanto pretensão que depende de dilação probatória.

2.2 A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS PELO PODER JUDICIÁRIO: A CIRCULARIDADE ENTRE O POTENCIAL EMANCIPATÓRIO E A VIOLAÇÃO À ISONOMIA

Ao generalizar a pergunta que encerrou o ponto anterior, questiona-se *até que ponto é possível pleitear ao Poder Judiciário a concretização de direitos prestacionais com fulcro direto nas normas constitucionais?*

Daniel Sarmiento sintetiza as três principais críticas endereçadas à atuação jurisdicional em matéria de direitos prestacionais. A primeira delas é a crítica democrática, ou seja, a ideia de que competiria primariamente ao legislador e ao governo, detentores de legitimidade democrática direta, a definição acerca dos gastos públicos, e não ao Poder Judiciário.⁵⁷

A segunda destas críticas diz respeito à eficiência destas decisões. Os juízes não teriam capacidade técnica para decidir sobre políticas públicas, bem como o processo judicial, por suas próprias limitações, não seria o ambiente adequado para intervenções desta natureza.⁵⁸

Por fim, tem-se a crítica quanto à violação da isonomia. Pela assimetria no acesso à justiça em desfavor dos mais pobres, a tutela jurisdicional dos direitos prestacionais resultaria “na canalização de recursos escassos para o atendimento de demandas da classe média, agravando a injustiça social ao invés de minora-la”.⁵⁹

A primeira das críticas elencadas, acerca da legitimidade democrática do Poder Judiciário para decidir acerca da alocação de recursos em detrimento de decisões tomadas pelos Poderes Executivo e Legislativo, é parcialmente superada. Em que pese haja de fato uma prioridade dos poderes eleitos por meio da democracia direta para decidir acerca de gastos públicos, esta prioridade é apenas *prima facie*. O Poder Judiciário tem o dever de controlar os demais poderes, de forma a tornar legítima a intervenção jurisdicional na concretização de direitos.⁶⁰

⁵⁷ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 227.

⁵⁸ Idem.

⁵⁹ Idem.

⁶⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira, (orgs.). **Direitos Sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 589.

Entretanto, não se pode desconsiderar, quanto ao aspecto democrático, a subversão à separação de poderes causada pela tutela jurisdicional de direitos prestacionais. É grande a potencialidade de a jurisdição trazer desordem à Administração e às finanças públicas em razão de substanciais e reiteradas condenações.

A eficiência das decisões que concretizam direitos prestacionais, por sua vez, é questionável em razão dos limites intrínsecos ao próprio processo judicial, quando este é concebido em seu viés essencialmente individualista. A decisão judicial “pode atender às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente, impediria a otimização das possibilidades estatais”.⁶¹

A violação à isonomia, por sua vez, diz respeito à impossibilidade dos mais pobres e, portanto, mais necessitados, acessarem o Poder Judiciário. Não só lhes faltaria acesso a este meio de tutela de direitos como a pobreza seria aprofundada pela atividade jurisdicional, considerando que o Estado “transferiria os recursos que dispensaria em programas institucionalizados para o cumprimento de decisões judiciais, proferidas em benefício da classe média”.⁶²

Virgílio Afonso da Silva chegou a conclusão neste mesmo sentido. Ao questionar se seria possível conceber o Judiciário enquanto uma voz institucional aos pobres, a resposta foi que “no Brasil, o sistema judicial é quase exclusivamente reservado aos litigantes dotados de recursos”.⁶³

Isto faria com que o Poder Judiciário estabelecesse uma inconstitucional distinção entre os cidadãos *com sentença* e *sem sentença*. A tutela jurisdicional deixaria de atender ao conjunto de pessoas encontradas em uma mesma situação em benefício tão somente daquele que demandou perante o Poder Judiciário.⁶⁴

Ainda assim, por mais procedentes que sejam, estas críticas não tem o condão de esvaziar o conteúdo integralmente fundamental dos direitos e não os

⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira, (orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 892.

⁶² BARROSO, Luís Roberto. *Ibidem*, p. 893.

⁶³ SILVA, Virgílio Afonso. **Taking from the poor and giving it to the rich: the individualistic enforcement of social rights**. Disponível em: <goo.gl/eit2t6>. Acesso em: junho de 2017.

⁶⁴ SALLES, Carlos Alberto de. Coisa julgada e extensão dos efeitos da sentença em matéria de direitos sociais constitucionais. In: GOZZOLI, Maria CLARA; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita (coord.). **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo, Saraiva, 2010, p. 146.

impedem abstratamente de serem levados a Juízo. Refutar a proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais pela via judicial “atende a padrões ideológicos e não técnicos, não podendo estes direitos permanecer à mercê da boa-vontade e caridade estatal”.⁶⁵

Jane Reis Gonçalves Pereira entende que os efeitos negativos da intervenção judicial no âmbito dos direitos prestacionais são superestimados.⁶⁶ As críticas direcionadas a esta possibilidade desconsiderariam que “as ações judiciais funcionaram como elementos catalisadores para a implementação das políticas públicas”.⁶⁷

Um exemplo da tutela jurisdicional de direitos fundamentais, mesmo em sua esfera individual, enquanto catalisador de implementação de políticas públicas é o caso do coquetel da AIDS/HIV. O Brasil possui programa de tratamento à AIDS/HIV universalizado e mundialmente reconhecido por sua eficiência. As condenações sofridas pelo Estado neste aspecto foram fundamentais para a estruturação da política pública existente.⁶⁸

O exemplo da AIDS/HIV é pertinente porque diz respeito a parcela da população especialmente marginalizada – prostitutas, homossexuais, travestis e transexuais. É bastante provável que, na metade da década de 1990, quando as condenações ao fornecimento do coquetel tomaram força na jurisprudência, não fosse esta parcela da população que acessava o Judiciário.

Ainda assim, em que pese a judicialização dos medicamentos de AIDS/HIV tenha, em seu início, todas as características usualmente suscitadas pela crítica à judicialização de direitos prestacionais – demandas individuais promovidas por integrantes das classes média e alta –, catalisou a adoção de política pública que hoje alcança todas as esferas da sociedade, inclusive as mais marginalizadas.

⁶⁵ FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 119.

⁶⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Direitos sociais, estado de direito e desigualdade: reflexões sobre as críticas à judicialização dos direitos prestacionais. **Quaestio Iuris**, vol. 08, nº 03, Rio de Janeiro, 2015, 2080-2114, p. 2086.

⁶⁷ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Ibidem*, p. 2107.

⁶⁸ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de DST e Aids. **O Remédio via justiça**: um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/aids no Brasil por meio de ações judiciais/Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, Programa Nacional de DST e Aids. Brasília: Ministério da Saúde, 2005.

Por outro lado, pode ser que esta função catalisadora jamais se materialize. Por exemplo, o Estado sofreu – e ainda sofre – milhares de condenações em ações que objetivam o fornecimento de brometo de tiotrópio para o tratamento da doença pulmonar obstrutiva. Com segurança, é possível afirmar que o cidadão que pleitear a concessão deste medicamento perante o Poder Judiciário obterá êxito.

Ainda assim, contrariando frontalmente jurisprudência já consolidada na maior parte dos Tribunais do país, a Portaria nº 36/2013 do Ministério da Saúde "torna pública a decisão de não incorporar o medicamento brometo de tiotrópio no Sistema Único de Saúde (SUS)", ante a suposta ausência de comprovação científica de sua eficácia. Permanece a categorização dos cidadãos entre os *com* e os *sem* sentença.

Estes exemplos contrapostos demonstram que não é possível reputar, a priori e abstratamente, a tutela jurisdicional enquanto instrumento legítimo ou não na promoção de direitos fundamentais. O que é possível é tentar estabelecer parâmetros que forneçam balizas a esta atuação do Poder Judiciário.

Estes parâmetros são aqui identificados em duas vertentes. O primeiro, que se apresenta a seguir, é o parâmetro material, pois infere em uma tentativa de estabelecer de antemão quais direitos devem ser passíveis de tutela jurisdicional e em que intensidade.

O segundo destes parâmetros é processual. Esta vertente é a principal proposição deste estudo e será extensamente analisada nos capítulos que seguem.

2.3 PARÂMETROS MATERIAIS DA TUTELA JURISDICIONAL DE DIREITOS PRESTACIONAIS: O MÍNIMO, O MÁXIMO E O POSSÍVEL

A tentativa de estabelecer parâmetros materiais para a tutela jurisdicional de direito prestacionais diz respeito à indicação de quais direitos devem ser diretamente garantidos por meio da atividade jurisdicional e em que intensidade.

Por um lado, é possível entender que, dada a necessária alocação de recursos escassos ocasionada pelo deferimento de pleito prestacional, a tutela jurisdicional neste âmbito deveria se limitar a um rol mínimo de prestações, intrinsecamente ligado à dignidade da pessoa humana: o mínimo existencial. Por

outro, também é defensável que, tendo em vista a máxima efetividade dos direitos fundamentais, o viés emancipatório que circunda a Constituição de 1988 e a inafastabilidade da jurisdição, não seria possível, abstratamente, impor esta limitação à atividade jurisdicional.

A ideia de mínimo existencial ganhou contornos mais densos na doutrina brasileira a partir dos autores tributaristas. No direito tributário, esta concepção é relacionada à sua utilização enquanto parâmetro a demonstrar onde inicia a capacidade contributiva do sujeito. A capacidade de contribuir com a arrecadação estatal surge tão somente quando esta não se dá em prejuízo da manutenção das condições e necessidades básicas desse indivíduo.⁶⁹

Em sentido similar, no direito privado, Luiz Edson Fachin desenvolveu a noção de *estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Este diz respeito à “garantia de um patrimônio mínimo, que se conecta com a superação da compreensão formal dos sujeitos” e “funda-se na dignidade para apreendê-la, concretamente, na realização de necessidades fundamentais”.⁷⁰ Há um *mínimo* que não pode ser retirado da esfera patrimonial do sujeito, ainda que esta proteção se dê em prejuízo do interesse de seus credores.

Foi o direito constitucional, entretanto, o campo em que esta questão se desenvolveu de modo mais proeminente. A proposição mais conhecida neste âmbito é, muito provavelmente, a desenvolvida por Ana Paula de Barcellos.

O intuito de Ana Paula de Barcellos foi sistematizar o mínimo existencial a fim de utilizá-lo enquanto parâmetro objetivo da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. O conteúdo do mínimo existencial, por esta concepção, é construído a partir de um rol objetivo e preferencial estabelecido pela própria Constituição.

Nestes termos, integrariam o mínimo existencial o direito à educação, à saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça.⁷¹ São estes os integrantes do mínimo existencial porque sua densificação é normativamente prevista no texto constitucional.

⁶⁹ VIEIRA, José Roberto. A extrafiscalidade da Lei 12.715/2012 e a capacidade contributiva: a Convivência do Lobo e do Cordeiro? **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, n. 118, p. 18-42, jun. 2013, p. 29.

⁷⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 20-21.

⁷¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

Ainda que seja de extrema pertinência a tentativa de dar parâmetros objetivos à tutela jurisdicional de direitos prestacionais – o que, em última análise, também é um dos objetivos deste trabalho –, concorda-se com a crítica proposta por Daniel Sarmiento acerca da inadequação de conceber o mínimo existencial a partir de um rol taxativo de seu conteúdo.

Justamente por partir de um rol de normas constitucionais já estabelecidas, o conteúdo do mínimo existencial proposto por Ana Paula de Barcellos acaba por tão somente reiterar a possibilidade de pleitear direitos expressamente previstos na Constituição. A taxatividade deste conteúdo esvazia uma das mais importantes funções do mínimo existencial, a de “lastrear demandas que, conquanto ligadas à dignidade humana, não estão inseridas em qualquer outro direito fundamental expressamente positivado”.⁷²

O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, já utilizou a noção de mínimo existencial para garantir o acesso a água potável, direito indiscutivelmente ligado ao mínimo existencial – em uma perspectiva fisiológica, inclusive –, mas que não encontra previsão no catálogo de direitos fundamentais positivados na Constituição. Naquela ocasião, entendeu o STF pela possibilidade do controle judicial de política pública – no caso concreto, a recuperação da Barragem de Poço Branco –, considerando “a circunstância da obra ser necessária à garantia do mínimo vital, abalado pela perda constante de água, para fins de armazenamento, na região do semiárido nordestino”.⁷³

Além disso, ainda que, novamente, seja meritória a tentativa de Ana Paula de Barcellos estabelecer uma categoria passível de universalização, considerando sua natureza objetiva, o conteúdo do mínimo existencial é variável.

É possível que haja a variação do conteúdo do mínimo existencial entre diferentes indivíduos. Esta análise perpassa pela análise das necessidades de cada pessoa concreta, considerando, que esta categoria “não remete ao universalismo abstrato (...) cego às diferenças e especificidades de cada sujeito”.⁷⁴

⁷² SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 227, 219.

⁷³ STF. **Recurso extraordinário 658171/DF**. Rel. Min. Dias Toffoli, Pleno, julgado em 18.02.2014.

⁷⁴ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 215.

É razoável, por exemplo, presumir que a concessão de medicamento para tratamento de escabiose – popularmente conhecida como sarna humana – por parte do Estado da Bahia após mais um dos vários surtos da doença em presídio estadual, conforme pleiteado pelo Ministério Público estadual em Ação Civil Pública,⁷⁵ integra o mínimo existencial. O mesmo se poderia dizer de um cidadão de classe média e no mais perfeito exercício de suas liberdades que pleiteasse o mesmo medicamento perante o Poder Judiciário.

A dignidade do cidadão de classe média afligido por sarna não seria violada pela recusa do Estado em fornecer o medicamento, considerando o preço módico do fármaco, o fácil acesso ao mesmo e que este indivíduo, concretamente analisado, pode, sem prejuízo de sua subsistência, se tratar com seus próprios recursos. O mesmo não se pode dizer dos encarcerados, os quais, muito provavelmente, têm o Estado enquanto seu único meio de provisão.

Isto não significa negar a universalidade do mínimo existencial. Entretanto, a pretensão de universalidade a partir da constatação de que sujeitos diferentes possuem demandas distintas faz com que se construa uma noção de mínimo existencial cujo conteúdo seja “universalizável no sentido de que as suas prestações são extensíveis a todos os que se encontrarem na mesma situação”.⁷⁶

Outro ponto a ser considerado em relação ao mínimo existencial é a sua função enquanto piso mínimo ou teto máximo da atuação jurisdicional na garantia de direitos prestacionais. Ana Paula de Barcellos, justamente por dar ao mínimo existencial um conteúdo fixo, entende que este estabelece o teto máximo da possibilidade de atuação da jurisdição na tutela de direitos prestacionais.

Ultrapassado o mínimo existencial, segundo esta concepção, a realização de direitos prestacionais estaria a cargo tão somente dos poderes majoritários por meio da promoção de políticas públicas.⁷⁷ Este entendimento, entretanto, encontra dois principais óbices.

⁷⁵ MPBA. **Justiça determina fornecimento de remédio para presos com escabiose em Paulo Afonso**. Disponível em: <goo.gl/CjKuEH>. Acesso em: junho de 2017.

⁷⁶ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 216.

⁷⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 344.

O primeiro é a positivação de direitos para além do mínimo existencial na própria Constituição. Alguns dos dispositivos presentes no art. 7º não podem ser reputados enquanto integrantes do mínimo existencial. O décimo terceiro salário (VIII), o fundo de garantia do tempo de serviço (III), a participação nos lucros ou resultados (XI) e o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço (XXI) são prestações as quais não possuem vínculo inexorável com as necessidades básicas do cidadão, mas, dada sua previsão expressa, a proteção judicial desses direitos deve se dar de forma ampla.

O segundo óbice é a máxima efetividade inerente aos direitos fundamentais, somada à inafastabilidade da jurisdição. O critério hermenêutico da máxima efetividade preconiza que "deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais".⁷⁸ Isto impede que a atuação do Poder Judiciário na tutela jurisdicional de direitos fundamentais, incluindo os direitos prestacionais, seja abstratamente limitado a um rol mínimo. A possibilidade ou não de oferecer tutela mais ampla que o mínimo deve ser aferida no caso concreto.

Não se pretende, com isso, afirmar que estes direitos deverão ser sempre tutelados Poder Judiciário em sua máxima efetividade. Por exemplo, o art. 7º, IV, da Constituição garante ao trabalhador salário mínimo "capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social". Segundo o DIEESE, para cumprir o previsto na Constituição, o salário mínimo de maio de 2017 deveria ser de R\$ 3.869,92.⁷⁹

Poderia ser ajuizada ação impugnando a constitucionalidade do Decreto nº 8.948/2016, que definiu o salário mínimo para o ano de 2017 no valor de R\$ 937,00? Mais do que isso, poderia o Supremo Tribunal Federal determinar a imediata fixação do salário mínimo nos valores indicados pelo DIEESE?

Celso Antônio Bandeira de Mello defendeu a possibilidade de controle judicial do salário mínimo, alegando que "é próprio do Judiciário averiguar se um ato administrativo está, ou não, conforme às normas", e que a ideia segundo a

⁷⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1224.

⁷⁹ O índice é atualizado mensalmente, cf. DIEESE. **Salário mínimo nominal e necessário**. Disponível em <goo.gl/DRhge>. Acesso em: junho de 2017.

qual “a fixação específica do salário mínimo é irrecusável corresponderia ao despautério de atribuir ao legislativo o monopólio da interpretação das normas constitucionais”.⁸⁰ Luís Roberto Barroso, em edições anteriores de *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, em sentido semelhante, defendeu que, ao dar os parâmetros para a fixação do salário mínimo, a Constituição abre espaço para o controle judicial do mesmo.⁸¹

Entretanto, é intuitivo pensar que uma decisão judicial que deferisse pedido dessa natureza seria inexecutável. A tentativa de cumprimento forçado da mesma, a despeito de todos os pressupostos macroeconômicos a serem violados neste íterim, poderia levar o país à bancarrota, o que prejudicaria sobretudo os mais pobres.⁸²

A questão relativa à insuficiência do salário mínimo foi suscitada perante o STF em duas oportunidades. Na primeira, na ADI 1458, se entendeu que o Judiciário não poderia, sobretudo em razão da separação de poderes, interferir em decisão política e administrativa desta natureza.⁸³ A segunda oportunidade se deu com a ADPF 4, a qual, entretanto, foi julgada extinta sem resolução de mérito em razão da perda do objeto, considerando a edição de medida provisória que aumentou o valor do salário mínimo à época.⁸⁴

Ainda que se concorde com a improcedência do pedido na ADI 1458, as razões de decidir que levaram a este resultado – a ideia de impossibilidade de uma postura ativa do Poder Judiciário no âmbito do controle da omissão inconstitucional dos demais Poderes – são relativizadas neste trabalho. A impossibilidade de controle judicial do valor do salário mínimo se dá muito mais por razões econômicas do que propriamente jurídicas ou concernentes à teoria do controle de constitucionalidade.

Retomando os pressupostos erigidos até o momento, tem-se que (i) os direitos fundamentais em sua faceta prestacional são dotados de eficácia; (ii) é possível que estes direitos sejam tutelados pela via jurisdicional; (iii) esta tutela

⁸⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. 1ª edição, 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 52.

⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 148.

⁸² SARMENTO, Daniel. **O mínimo existencial**. Revista de Direito da Cidade, vol. 08, nº 4, p. 1644-1689, p. 1674.

⁸³ STF. **Medida cautelar na ADI 1458**. Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 24.05.1996.

⁸⁴ STF. **ADPF 4**. Rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, julgado em 02.08.2006.

não se restringe somente à proteção do mínimo existencial. Estas concepções, entretanto, não dão respostas acerca dos parâmetros, métodos e limites da atuação do Poder Judiciário na tutela de direitos prestacionais.

A conclusão preliminar a que se chega é, em verdade, uma inconclusão: ao mesmo tempo em que se concebe os direitos prestacionais enquanto objeto possível de tutela jurisdicional, compreende-se que esta tutela se dá, por vezes, de modo inadequado, seletivo e prejudicial a estes direitos. Portanto, os critérios de ordem material não foram suficientes para, por si só, dar parâmetros satisfatórios à tutela jurisdicional dos direitos prestacionais.

O que se passa a investigar é a forma pela qual estas duas margens podem ser conciliadas: a potencialidade emancipatória presente nas normas enunciadoras de direitos prestacionais e a busca por uma tutela jurisdicional adequada.

Este estudo apresenta como proposta de solução para esta questão a adoção de decisões estruturantes. Estas consubstanciam uma série de parâmetros processuais que devem conformar a atuação jurisdicional na tutela destes direitos.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos propõe a construção de uma jurisdição constitucional que seja capaz de reduzir os déficits de efetividade dos direitos fundamentais “diante de insistentes e duradouras falhas estatais em tutelar e promover esses direitos por parte tanto do Poder Legislativo quanto do Executivo”.⁸⁵ É o que se passa a intentar.

3 FUNDAMENTOS TEÓRICOS DAS DECISÕES ESTRUTURANTES

A proposta deste trabalho é a adoção de decisões estruturantes enquanto instrumento de tutela de direitos fundamentais em face da atuação precária, insuficiente ou inexistente do Estado na promoção e proteção destes direitos. Este capítulo se propõe a erigir os fundamentos teóricos destas decisões ao caracteriza-las no âmbito (i) do processo coletivo; (ii) do controle da omissão inconstitucional do Estado; e (iii) dos diálogos institucionais.

⁸⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 27.

O processo estruturante é necessariamente um processo coletivo. Entretanto, a compreensão tradicional do que seria a tutela jurisdicional coletiva é incompleta e não o explica em sua complexidade. Por isso, será necessária a reconstrução desta concepção.

As decisões estruturantes consistem, também, em um controle da omissão inconstitucional do Estado. Esta caracterização pode, em um primeiro momento, induzir à aplicação de uma série de pré-conceitos formados na doutrina brasileira acerca do controle da omissão inconstitucional. Por isso, do mesmo modo que será feito com o processo coletivo, se busca, neste campo, uma concepção renovada deste fenômeno, afastada de seu conceito tradicional e que sirva de fundamento adequado ao controle estrutural.

Por fim, o caráter dialógico é apontado enquanto característica necessária às decisões desta natureza. Sendo estas decorrentes de uma espécie de controle de constitucionalidade, são aplicáveis todas as críticas acerca da compreensão segundo a qual o Poder Judiciário é a instância legitimada a dar a última palavra sobre a Constituição.

3.1 DO PROCESSO COLETIVO AO PROCESSO ESTRUTURANTE

Em artigo publicado em 1999, ao analisar o controle judicial de políticas públicas – à época, tema ainda incipiente na jurisprudência brasileira –, Andreas J. Krell dispôs que ainda não haviam sido aproveitadas as “potencialidades dos instrumentos processuais para a correição judicial das omissões dos Poderes Executivo e Legislativo na área das políticas públicas”.⁸⁶ Dentre estes instrumentos, elencou-se a ação civil pública, típico e principal instrumento do processo coletivo.

De lá para cá, é comum que o estudo da judicialização dos direitos prestacionais proponha a preferência da tutela jurisdicional coletiva em

⁸⁶ KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 36 n. 144 out./dez. 1999, p. 256.

detrimento da individual. Luís Roberto Barroso,⁸⁷ Daniel Sarmiento⁸⁸ e Rodrigo Brandão⁸⁹ apresentam proposições neste sentido.

A razão apontada para esta preferência da tutela coletiva é o fato de que, em primeiro lugar, as ações coletivas propiciam ao Juiz uma visão mais apurada acerca dos impactos macro da decisão nas contas públicas. Os Juízes não têm como escapar de uma reflexão “que deveria ser realizada sempre que estivessem em jogo pretensões sobre recursos escassos: o potencial de universalização do que foi pedido”.⁹⁰

Além disso, tutela coletiva atenuaria o déficit de isonomia da judicialização dos direitos prestacionais causado por um acesso desigual à justiça. Haveria uma minoração das “consequências perniciosas para os pobres de um ativismo judicial sem parâmetros”.⁹¹

Estas premissas são aqui tomadas como verdadeiras. Entretanto, apesar de certo consenso acerca da necessidade de um direcionamento ao processo coletivo, nenhum dos estudos em questão empreendeu investigação acerca do que efetivamente se propõe quando se sugere primazia da tutela coletiva em detrimento da individual.

O que se observa é um apego ao processo coletivo como se esta categoria tivesse ínsita a si todos os atributos necessários dar a melhor resposta jurisdicional sobre direitos prestacionais. Isto não se verifica. No atual modelo de processo brasileiro, “tanto demandas individuais, quanto o processo coletivo são insuficientes para dar vazão às necessidades de uma discussão jurisdicional satisfatória de políticas públicas”.⁹²

⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira, (orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 875–904.

⁸⁸ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (orgs.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 533-586.

⁸⁹ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 298.

⁹⁰ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais..., p. 580.

⁹¹ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais..., p. 581.

⁹² ARENHART, Sergio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**: RPC, v. 1, n. 2, p. 211-229, jul./dez. 2015, p. 213

O processo coletivo pode, da mesma forma que ocorre no individual, violar a isonomia entre cidadãos em igual situação. As ações coletivas que pleiteiam provimentos jurisdicionais privados e bens de fruição individual⁹³ “pouca diferença têm em relação a ações individuais, a não ser um número maior de litigantes no polo ativo de uma determinada ação”.⁹⁴

O STJ já certificou, por exemplo, a legitimidade do ajuizamento de ação civil pública pelo Ministério Público para pleito de medicamentos específicos a indivíduos determinados.⁹⁵ Apesar de utilizar um instrumento típico de processo civil, o provimento jurisdicional, nestes casos, se dá nos exatos termos da decisão tomada em processos individuais: há a alocação de recursos públicos em benefício de poucos indivíduos. Nestas circunstâncias, o legitimado ativo atua enquanto mero procurador do indivíduo beneficiário, e não mandatário do interesse público.⁹⁶

Diante desta insuficiência do conceito tradicional de processo coletivo, se pretende uma construção teórica própria, por meio da qual seja possível fundamentar a noção de processo estruturante que se pretende erigir.

O excursus teórico que se segue é dividido em duas partes. Em primeiro lugar, se demonstra que incompreensão do processo coletivo se dá em dois aspectos: (i) endógeno, pois a própria teoria da tutela jurisdicional coletiva é insuficiente; e (ii) exógeno, pois o processo coletivo não se adequa às concepções tradicionais de processo, concebidas para dar respostas a demandas individuais e bipolarizadas.

Em seguida, estas perspectivas são somadas para que se introduza a concepção de processo coletivo própria das decisões estruturantes: a tutela jurisdicional pública, que se estabelece em contraposição à tutela jurisdicional privada.

⁹³ A distinção entre tutela jurisdicional pública e tutela jurisdicional privada é o cerne deste subcapítulo e será exposta no ponto 3.2.3.

⁹⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 243

⁹⁵ STJ. **Agravo Regimental no Recurso Especial 1443783/MG**. Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, julgado em 18.06.2014.

⁹⁶ MOREIRA, Egon Bockmann *et al.* **Comentários à Lei de Ação Civil Pública**: revisitada, artigo por artigo, à luz do novo CPC e temas atuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 513.

3.1.1 A INCOMPREENSÃO INTERNA E EXTERNA DO PROCESSO COLETIVO

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. identificam o processo coletivo a partir de seu objeto: “é coletivo o processo que tem por objeto litigioso uma situação jurídica coletiva ativa ou passiva”.⁹⁷ Ou seja, é coletivo o processo que discuta relações jurídicas que envolvam direitos ou deveres imputados a ente supraindividual.

Esta conceituação é bastante elementar e parece partir de um critério de diferenciação ainda mais evidente: é coletivo o processo que não é individual. A distinção a partir deste critério de exclusão é intuitiva, sobretudo em razão das raízes profundamente individualizantes e bipolarizadas que conformam o processo civil desde sua gênese e ainda o permeiam na atualidade.

A amplitude e o caráter genérico desta definição parecem exigir um complemento: a definição de quais seriam estes direitos e deveres coletivos que conformam as relações jurídicas coletivas e, desta maneira, compõem o objeto dos processos coletivos. A resposta da doutrina majoritária ao longo dos últimos 30 anos acerca de qual seria o objeto do processo coletivo é o que aqui se denomina ‘conceito tradicional de processo coletivo’.

A concepção tradicional de processo coletivo o compreende como instrumento de tutela de três categorias de direitos: os direitos individuais homogêneos, os direitos difusos e os direitos coletivos. Desta classificação partem incontáveis autores,⁹⁸ sendo exceção as abordagens do processo coletivo alheias e/ou críticas a estas categorias.⁹⁹

O apego doutrinário a estas categorias possui uma razão bastante clara: sua positivação. O Código de Defesa do Consumidor não apenas prevê

⁹⁷ DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. Salvador: JusPodivm, 9ª ed., vol. 4, 2014, p. 38-39.

⁹⁸ A bibliografia neste sentido é ampla e impossível de ser exaurida, indicando-se, a título exemplificativo: ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2007; MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 27ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006; BARROSO, Luís Roberto. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da class action norte-americana. **Revista de Processo** 130, p. 131–153, 2005.

⁹⁹ Cf. FONSECA, Juliana Pondé. **O (des)controle do Estado no judiciário brasileiro: direito e política em processo**. 317 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

expressamente estas categorias como as conceituou no próprio texto de lei.¹⁰⁰ A doutrina tradicional acaba por simplesmente reproduzir os conceitos previstos em lei, sem grandes questionamentos acerca de sua pertinência ou conformação com a realidade.

Estas três categorias parecem orientar toda a compreensão acerca do processo coletivo. Eduardo Arruda Alvim, por exemplo, liga intrinsecamente o estudo do processo coletivo ao estudo “das diferentes espécies que integram a categoria ‘direitos coletivos’”,¹⁰¹ discorrendo, em seguida, acerca das mesmas categorias aqui já indicadas, em transcrição quase que literal do texto de lei.

O processo coletivo, por esta visão, se resumiria a um processo que é coletivo porque tutela direitos *materialmente* coletivos (difusos e coletivos em sentido estrito), ou é coletivo porque tutela direitos individuais os quais, por opção legislativa *processual*, serão tutelados coletivamente, dada a origem comum – sua “homogeneidade”.¹⁰²

O que aqui se defende é que, ao menos do ponto de vista dos direitos fundamentais, esta compreensão de processo coletivo não se sustenta. A divisão de direitos nestas categorias possui pouca ou nenhuma utilidade, não se sustenta teoricamente e, muitas vezes, acaba por mitigar as potencialidades do processo coletivo.¹⁰³ É o que Elton Venturi entende como “incompreensão de tais categorias, que tem em muito contribuído para a inefetividade do sistema de tutela jurisdicional coletiva”.¹⁰⁴

Quando o objeto da tutela jurisdicional é um direito fundamental, não há como conceber a divisão destes direitos a partir de uma distinção abstrata de

¹⁰⁰ **CDC. Art. 81.** A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

¹⁰¹ ARRUDA ALVIM, Eduardo. Apontamentos sobre o processo das ações coletivas. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coord.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 28.

¹⁰² ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2007, p. 41.

¹⁰³ FONSECA, Juliana Pondé. *Ibidem*, p. 74.

¹⁰⁴ VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**. São Paulo, Malheiros, 2007, p. 84.

quais direitos seriam *individuais* e quais seriam *transindividuais*. Todos os direitos fundamentais são, simultaneamente, individuais e transindividuais. A tentativa de submetê-los a categorias estanques será falha.

São duas as razões pelas quais é necessário que se compreenda os direitos fundamentais enquanto simultaneamente individuais e transindividuais: (i) sua dupla dimensão, o que infere na existência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais; e (ii) sua multifuncionalidade.

Os direitos fundamentais possuem uma dupla dimensão, pois podem “ser considerados tanto como direitos subjetivos individuais, quanto elementos objetivos fundamentais”.¹⁰⁵ A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais é a que classicamente se concebe enquanto integradora do conceito de direito fundamental: se refere à possibilidade impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário,¹⁰⁶ que pode ser tanto o Estado quanto outros particulares.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, por sua vez, infere na compreensão destes direitos para além da perspectiva subjetiva de titularidade por determinado indivíduo. Por meio desta compreensão, os direitos fundamentais “incorporam e expressam determinados valores objetivos fundamentais da comunidade”,¹⁰⁷ razão pela qual não se encerram sob seu ângulo individualista.

Da dimensão objetiva dos direitos fundamentais decorre a obrigatoriedade do Estado de proteger e promover direitos de forma permanente,¹⁰⁸ ainda que não haja vinculação direta a nenhum titular. Não atuando desta forma, o Estado poderá incorrer em omissão inconstitucional decorrente da proteção e promoção deficiente.¹⁰⁹

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, portanto, estabelece uma perspectiva de direito que é supraindividual, pois não é diretamente associada a nenhum sujeito. Denota, por isso, uma “transindividualidade ínsita a todos os

¹⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 141.

¹⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Ibidem*, p. 151.

¹⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 145.

¹⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Ibidem*, p. 146.

¹⁰⁹ O ponto 3.2 discorrerá acerca da caracterização da omissão inconstitucional.

direitos fundamentais”.¹¹⁰ Todo e qualquer direito fundamental possui, em algum grau, caráter transindividual.

O efeito primordial da dimensão objetiva dos direitos fundamentais no âmbito do processo coletivo é o que Daniel Wunder Hachem chama de *ressubjetivização da dimensão objetiva*. Esta se refere à possibilidade de acionar o Poder Judiciário sob a alegação de que o Estado descumpriu os deveres impostos pela dimensão objetiva dos direitos fundamentais.¹¹¹

Como a dimensão objetiva é alheia a uma titularidade subjetiva-individual, este pleito deverá se submeter ao “sistema de tutela processual coletiva, por envolver pretensões jurídicas que ultrapassam sujeitos individualmente determinados”.¹¹²

Para além da dupla dimensão dos direitos fundamentais e sua perspectiva objetiva, o caráter simultaneamente individual/transindividual dos direitos fundamentais possui outro fundamento: a multifuncionalidade destes direitos. Considerando que de um mesmo direito fundamental exsurtem pretensões jurídicas diversas, estas pretensões podem ser em parte individuais e em parte coletivas.

Por isso, afirmar de antemão que determinado direito fundamental, considerado em seu sentido amplo e abstrato, é individual ou coletivo, viola seu caráter multifuncional.¹¹³ Isso não significa dizer que qualquer direito fundamental, em qualquer caso, deverá ser tutelado pela via coletiva, mas sim que não é possível conceber abstratamente a exclusão de determinada espécie de direito fundamental da possibilidade de submissão à tutela coletiva.

O STF já reconheceu a dupla dimensão dos direitos fundamentais e sua natureza simultaneamente individual/transindividual, ainda que de forma teoricamente imprecisa.

Na Ação Cautelar nº 2836/SP¹¹⁴ a questão de direito enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal era (i) processualmente, se o Ministério Público era legitimado para propor ação civil pública no qual se pleiteia medicamento

¹¹⁰ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. 625 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, p. 178.

¹¹¹ HACHEM, Daniel Wunder. *Ibidem*, p. 199

¹¹² HACHEM, Daniel Wunder. *Ibidem*, p. 199

¹¹³ HACHEM, Daniel Wunder. *Ibidem*, p. 200.

¹¹⁴ STF. **AC 2836/SP**. Rel. Min. Ayres Britto, 2ª Turma, julgado em 27.03.2012.

específico a um único indivíduo; e (ii) materialmente, se o medicamento pleiteado deveria ser concedido.

A 2ª Turma do STF julgou o caso respondendo afirmativamente ambas as questões. Especificamente quanto ao primeiro ponto (legitimidade do Ministério Público), o fundamento jurídico utilizado foi a “dupla face do direito fundamental à saúde: social e individual indisponível”. Portanto, de acordo com o STF nesta ocasião, haveria uma identificação entre a noção de “direito social” e de “direito transindividual”.

Ainda que a premissa da qual partiu o STF – a de que os direitos fundamentais comportam uma “dupla face” – seja correta, a densificação da questão tomou contornos impróprios. Primeiro, porque os direitos sociais não são em sua totalidade transindividuais, mas, como qualquer outro direito fundamental, conformam também uma dimensão subjetiva-individual.

Além disso, a premissa de que todos os direitos fundamentais são dotados de viés transindividual não autoriza, a priori, a atuação do Ministério Público na tutela de qualquer destes direitos em qualquer situação. No caso enfrentado pelo STF, discutia-se a concessão de bens jurídicos privados (medicamentos específicos) a indivíduo determinado, o que afasta a natureza de interesse público das ações coletivas¹¹⁵ e, portanto, torna a ação civil pública instrumento inadequado para a tutela pretendida.

Diante do caráter simultaneamente individual/transindividual dos direitos fundamentais, a conclusão a que se chega é a impossibilidade de encaixá-los na compreensão pré-concebida de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Estas dimensões, em verdade, coexistem nos direitos fundamentais.¹¹⁶

Retomando o conceito proposto por Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., de fato, o processo coletivo é aquele cujo objeto do litígio é coletivo. Entretanto, a caracterização deste objeto, especialmente quando se discute direitos

¹¹⁵ DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. Salvador: JusPodivm, 9ª ed., vol. 4, 2014, p. 36.

¹¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 215.

fundamentais, deve se dar de modo flexível, e não a partir dos conceitos estanques previstos em lei.¹¹⁷

Com isso, se defende a superação do conceito tradicional de processo coletivo. Este deve ser entendido não enquanto categoria restrita, mas como instrumento apto a tutelar uma ampla gama de objetos, especialmente no campo dos direitos fundamentais. A leitura ampliada e flexível do processo coletivo a partir dos direitos fundamentais pode torna-lo mais apto a lidar com os problemas complexos gerados pelas condutas estatais.¹¹⁸

Entretanto, a tentativa de conceber o processo coletivo enquanto instrumento de promoção de direitos esbarra não apenas no conceito tradicional endógeno à teorização do processo coletivo, mas, em perspectiva mais ampliada, na própria concepção do processo como um todo. A potencialidade do processo coletivo depende não só da reconstrução de suas categorias internas, mas de seu diálogo com o *processo* e suas categorias em sentido amplo.

O conceito de tutela jurisdicional proposto por Flávio Luiz Yarshell é o desta entendida não apenas como o provimento final ou resultado do processo, “mas também como os meios predispostos ao atingimento daquele provimento ou resultado”.¹¹⁹ Tão importante quanto afirmar determinado direito fundamental material é também delinear os mecanismos processuais “aptos a solucionar efetiva e adequadamente todas as situações de violação de direitos e interesses protegidos no plano substancial”.¹²⁰

Se, como compreende Antonio Enrique Pérez Luño, os direitos humanos são um conjunto de exigências de dignidade, liberdade e igualdade, dotadas cada uma delas de sua própria historicidade,¹²¹ frutos, sobretudo, das lutas e resistências humanas, a tutela destes direitos enfrentará estas mesmas resistências.

Por esta razão, os “direitos fundamentais – materiais e processuais – devem sempre ser compreendidos numa perspectiva ampliativa, integradora e

¹¹⁷ FONSECA, Juliana Pondé. *Ibidem*, p. 179.

¹¹⁸ FONSECA, Juliana Pondé. *Ibidem*, p. 148.

¹¹⁹ YARSELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1998, p. 37.

¹²⁰ YARSELL, Flávio Luiz. *Ibidem*, p. 138.

¹²¹ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional**. Bogotá: U. Externado de Colombia, 2002, p. 16-20.

contextualizada”.¹²² No plano ideal, a conquista de um direito material deveria vir acompanhada de instrumento suficiente para proteção no plano processual. A progressiva complexidade assumida pelos direitos deveria encontrar instrumentos de tutela capazes de fornecer respostas igualmente complexas.

Este paralelo entre os direitos fundamentais materiais e o processo, entretanto, não se guardou de modo simétrico. Muito embora os direitos fundamentais há muito não sejam mais compreendidos enquanto tão somente direitos individuais do cidadão a abstenções estatais, o sistema processual ainda é eminentemente concebido para a tutela de direitos sob a percepção subjetiva-individual.

A recente reforma do sistema processual brasileiro não alterou substancialmente este cenário. O Código de Processo Civil de 2015 ainda é, tal qual foi o CPC/73, “pensado precipuamente, se não exclusivamente, para o processo individual”.¹²³ Há diversas características do sistema processual vigente que confirmam esta proposição: o litígio do CPC/15 é uma demanda bipolarizada e que se estabiliza mediante a delimitação da causa de pedir, do pedido certo e determinado e da regra da congruência entre o pleito e a decisão.¹²⁴

Esta lógica não deveria permear o processo coletivo, mas, como compreende Sérgio Cruz Arenhart, o processo coletivo brasileiro “pode ser resumido em um processo ‘individual’ no qual o autor se legitima à proteção de interesses de terceiros ou de toda a coletividade”.¹²⁵ Não se utiliza de técnicas apropriadas para que estes interesses de terceiros e da coletividade sejam substancialmente tutelados, mas, ao contrário, processo coletivo e individual partilham dos mesmos instrumentos processuais e do mesmo procedimento.¹²⁶

Este fenômeno – a tentativa de conformar o processo coletivo a um sistema processual marcadamente individualista – é identificado por Juliana Pondé Fonseca enquanto a principal dificuldade para implementação da tutela

¹²² MOREIRA, Egon Bockmann *et al.* **Comentários à Lei de Ação Civil Pública**: revisitada, artigo por artigo, à luz do novo CPC e temas atuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 45.

¹²³ MOREIRA, Egon Bockmann *et al.* *Ibidem*, p. 39.

¹²⁴ MOREIRA, Egon Bockmann *et al.* *Ibidem*, p. 39-40.

¹²⁵ ARENHART, Sergio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**: RPC, v. 1, n. 2, p. 211-229, jul./dez. 2015, p. 213.

¹²⁶ *Idem*.

jurisdicional coletiva.¹²⁷ E é por isso que o processo coletivo demanda outra maneira de pensar o processo:¹²⁸ tentar explica-lo a partir das concepções do processo individual e bipolarizado mitiga a potencialidade das “aspirações da tutela jurisdicional coletiva”.¹²⁹

A primeira das aspirações da tutela coletiva a diferencia-la da individual é a lógica de acesso à justiça que a circunda. No processo individual, se o indivíduo chega a Juízo é porque, evidentemente, tem acesso à Justiça. O processo coletivo, por sua vez, deve ser concebido por meio de instrumentalidade assentada na noção de que alguns dos titulares de direitos metaindividuais, “por motivos de ordem histórica, cultural, econômica, política e técnica, não têm canais de acesso a qualquer tipo de proteção do Poder Judiciário”.¹³⁰

Em segundo lugar, os conceitos que circundam a tutela jurisdicional coletiva são dotados de fluidez muito mais pronunciada do que as relacionadas à tutela individual. A incidência de noções como a “proporcionalidade, interesse público e bem comum outorga ao magistrado um poder semelhante àquele desempenhado pelos representantes políticos da sociedade”¹³¹ e impõe à jurisdição uma nova forma de compreender os conflitos levados a Juízo.

A combinação destes dois fatores – o aspecto democrático do acesso à justiça proporcionado pela tutela jurisdicional coletiva e a possibilidade de maior autonomia do Juiz na decisão coletiva – sintetizam o que Elton Venturi define enquanto “função prospectiva das ações coletivas”.¹³²

A proposição das decisões estruturantes objetiva justamente a construção de instrumental justamente para que se efetive esta função prospectiva da tutela jurisdicional coletiva. A partir da conclusão de que, seja do ponto de vista interno, seja do ponto de vista externo, a noção atual de processo coletivo é insuficiente para explicar o processo estruturante, o ponto a seguir empreende uma construção teórica própria.

¹²⁷ FONSECA, Juliana Pondé. *Ibidem*, p. 61.

¹²⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coord.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 511.

¹²⁹ VENTURI, Elton. *Ibidem*, p. 104-132.

¹³⁰ VENTURI, Elton. *Ibidem*, p. 106.

¹³¹ ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário..., p. 506-507.

¹³² VENTURI, Elton. *Ibidem*, p. 124.

3.2.2 A CONSTRUÇÃO DE UMA CONCEPÇÃO PRÓPRIA DE PROCESSO COLETIVO: A PRIMAZIA DA TUTELA JURISDICIONAL PÚBLICA EM DETRIMENTO DA PRIVADA

Mark Tushnet, em diálogo com David Landau, descreve enquanto sendo a questão atual de parte da academia e dos juízes ao redor do mundo não mais 'se', mas 'como' – *not 'whether, but 'how'* – os direitos prestacionais devem ser judicializados.¹³³ Trata-se do deslocamento do objeto da discussão: não se trata de saber se estes direitos devem ser processualmente tutelados, mas *de qual processo* se está falando quando o pleito é uma prestação perante o Estado.

O objeto do diálogo entre Mark Tushnet e David Landau é a proposta, por parte de Landau, da classificação das formas de litígio no âmbito de direitos prestacionais. Landau propõe a existência de quatro categorias: ações individuais (*individual actions*), ações negativas (*negative injunctions*), controle fraco (*weak-form review*) e decisões estruturantes (*structural injunctions*).¹³⁴

As ações individuais, conforme a própria nomenclatura indica, se referem à tutela jurisdicional de direitos estritamente individual, de modo que as Cortes, ainda que promovam este tipo de tutela, “tendem a negar o acolhimento de ações que afetem grupos maiores”.¹³⁵ As *negative injunctions* seriam aquelas nas quais as Cortes atuam de modo a manter o *status quo* na sociedade, vedando, por exemplo, o corte de benefícios sociais já instituídos.¹³⁶

No mesmo sentido do que vem defendendo este estudo, Landau identifica que os dois modos tradicionais de agir das Cortes acima descritos – ações individuais e negativas – “não podem fazer muito pelos cidadãos mais pobres”.¹³⁷ A partir deste diagnóstico, Landau passa a trabalhar com duas formas alternativas a este modelo tradicional: a *weak-form review* e as *structural injunctions*.

Landau exemplifica e distingue estas categorias entre si a partir de dois casos concretos. O exemplo de *weak-form review* seria o caso *Grootboom* da

¹³³ TUSHNET, Mark. A response to David Landau. **Harvard International Law Journal Online**, vol. 53, n.2, 2012, p. 155.

¹³⁴ LANDAU, David. The reality of social rights enforcement. **Harvard International Law Journal**, vol. 53, n. 1, 2012, p. 230-237.

¹³⁵ LANDAU, David. *Ibidem*, p. 192.

¹³⁶ *Idem*.

¹³⁷ LANDAU, David. *Ibidem*, p. 192.

Corte Constitucional Sul-Africana. A decisão da Corte Constitucional da Colômbia acerca do deslocamento interno forçado, por sua vez, seria exemplo de uma *structural injunction*.

Em *Grootboom*, a Corte Constitucional Sul-Africana determinou que o Estado reformulasse a política estatal sobre moradia para que esta contemplasse medidas de alívio imediato às pessoas em situação de miserabilidade. Para Landau, este seria um exemplo de um controle jurisdicional “fraco” porque a Corte tão somente determinou a adoção da política estatal, mas não deu detalhes de seu desenvolvimento e não manteve jurisdição fiscalizadora sobre o cumprimento da decisão.¹³⁸

Em contraposição a esta *weak-form*, Landau entende que a experiência colombiana, enquanto *structural injunction*, foi melhor sucedida em razão do caráter “forte” da decisão. A Corte proferiu ordens intermediárias para a concretização das políticas necessárias, convocou audiências públicas, manteve a fiscalização do cumprimento da decisão e, desta forma, impactou de forma mais ampla na esfera de atuação dos demais poderes.¹³⁹ Por isso, segundo Landau, seriam as *structural injunctions* preferíveis às *weak-forms*.

A tônica da crítica de Mark Tushnet à proposição de Landau é a percepção de que “a distinção entre as *weak-form* e as *structural injunctions* podem não ser tão acuradas como Landau sugere”.¹⁴⁰ Ao menos do ponto de vista da declaração de direitos, é, inclusive, um contrassenso reputar enquanto “fraca” uma decisão que, conforme fez a Corte Sul-Africana em *Grootboom*, se imiscui diretamente em funções que, por excelência, são do Executivo e do Legislativo.

A distinção entre as *weak-form* e as *structural injunctions* não se sustenta porque as diferenças apontadas por Landau refletem tão somente os diferentes instrumentos de execução adotados por cada uma das decisões. A concretização ou não da decisão – ou seja, seu êxito – não é o que define o caráter estruturante da decisão adotada.

¹³⁸ LANDAU, David. *Ibidem*, p. 197.

¹³⁹ LANDAU, David. *Ibidem*, p. 226-228.

¹⁴⁰ TUSHNET, Mark. A response to David Landau. **Harvard International Law Journal Online**, vol. 53, n.2, 2012, p. 163.

Em contrariedade ao proposto por David Landau, o que aqui se defende é que o caráter estruturante de uma decisão depende de dois fatores: (i) o número de indivíduos atingidos pela decisão; e (ii) a natureza do bem jurídico provido jurisdicionalmente.

A partir destes dois critérios, somados à sistematização das possibilidades de tutela jurisdicional de direitos fundamentais empreendida por Ana Paula de Barcellos,¹⁴¹ pretende-se demonstrar que as decisões estruturantes são aquelas relacionadas ao que aqui se denomina *tutela jurisdicional pública*, em contraposição à *tutela jurisdicional privada*.

A tutela jurisdicional privada de direitos fundamentais diz respeito a prestações jurisdicionais de bens jurídicos privados, as quais serão fruídas por indivíduos únicos ou por uma coletividade determinada. Portanto, quando aos seus sujeitos, a tutela jurisdicional privada pode ser individual ou coletiva, desde que esta coletividade seja determinada ou determinável.

Quanto ao objeto da ação, o bem jurídico que caracteriza a tutela jurisdicional enquanto privada é aquele de natureza *uti singuli*, ou seja, um bem divisível, cuja fruição individual implica o exaurimento da disponibilidade do bem.

A tutela jurisdicional privada em sua feição individual diz respeito a direitos que serão usufruídos individualmente pelo legitimado ativo da ação caso o pedido seja julgado procedente.¹⁴² Do ponto de vista da função defensiva dos direitos fundamentais, é o caso, por exemplo, do direito de locomoção tutelado por *habeas corpus*. Em um viés procedimental, é o caso da decisão que concede a injunção em mandado de injunção individual. Do ponto de vista prestacional, é individual a tutela do direito à saúde materializado no fornecimento de medicamentos a um indivíduo em específico.

O viés coletivo da tutela jurisdicional privada diz respeito à tutela jurisdicional prestada a uma coletividade passível de determinação e a qual fruirá do direito tutelado de modo individual. A prestação jurisdicional transcende o polo ativo da demanda, mas, ainda assim, a fruição do bem provido é individual e privada.

¹⁴¹ Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos fundamentais e direito à justificativa**: devido procedimento na elaboração normativa. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

¹⁴² BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos fundamentais e direito à justificativa**: devido procedimento na elaboração normativa. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 43.

É o caso das ações civis públicas propostas pelo Ministério Público do Estado do Paraná em face do Município de Colombo, referenciadas no início do capítulo 2. As ações foram propostas pelo Ministério Público e por meio de instrumento de processo coletivo, mas diziam respeito a crianças determinadas. Ao serem julgadas procedentes, estas demandas em nada alteraram a esfera jurídica das crianças não substituídas pelo Ministério Público, que continuaram *sem sentença* que lhes garantisse o direito à matrícula em creche pública.

Do ponto de vista da tutela jurisdicional de direitos prestacionais, a tutela privada, sobretudo em seu viés individual, é a mais desenvolvida. Isto tem por razão o fato de que esta dispõe de instrumentos clássicos do processo civil individual e bipolarizado, o que naturaliza sua execução.

Não causa grande espanto à dogmática dos direitos fundamentais e do processo civil, por exemplo, que o Superior Tribunal de Justiça tenha decidido, em sede de recurso repetitivo – portanto, vinculante aos graus ordinários de jurisdição –, que é possível sequestrar verbas públicas em caso de descumprimento do Estado de decisão que deferiu o fornecimento de medicamentos.¹⁴³

Dentre outras medidas coercitivas utilizadas na execução de tutelas jurisdicionais individuais de direitos prestacionais, também de constitucionalidade bastante duvidosa, tem-se, por exemplo, a responsabilização pessoal de Secretário de Saúde por descumprimento de liminar de entrega de medicamentos, com ordem de prisão emitida por Juízo cível,¹⁴⁴ ainda que haja a garantia – também constitucional – de subsidiariedade da responsabilidade do agente público perante as condenações sofridas pelo Estado.

A conclusão preliminar a que se chega é que, ainda que se possa classificar o Estado enquanto um contumaz descumpridor de ordens judiciais, as decisões que tutelam direitos fundamentais por seu viés individual e privado são cumpridas de forma razoável. Dados de julho de 2017 obtidos pelo banco de dados DBJus demonstram que, dentre 118,6 mil decisões que condenaram o

¹⁴³ STJ. **Recurso especial 1.069.810/RS**. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Seção, julgado em 23.10.2013.

¹⁴⁴ A decisão foi revertida em 2º Grau, sob o argumento de incompetência do Juiz cível na aplicação de medidas desta natureza. TJDF. **Agravo de instrumento nº 20140020315034**, Rel. Min. João Egmont, 2ª Turma Cível, julgado em 22.04.2015..

Estado ao fornecimento de medicamentos, apenas 474 foram descumpridas,¹⁴⁵ o que infere no baixíssimo percentual de 0,4% de descumprimento.

O outro ramo da tutela jurisdicional dos direitos fundamentais diz respeito à sua feição pública. Neste caso, quanto aos sujeitos, o que se pleiteia é um bem que transcende o interesse do legitimado ativo e atinge uma coletividade genérica e indeterminável a priori. Quanto ao objeto da tutela, o bem jurídico tutelado, quando usufruído, não diminui a sua disponibilidade para os demais cidadãos,¹⁴⁶ caracterizando-se como bem de natureza *uti universi*.

O viés público da tutela jurisdicional pública se divide em três sub-ramos: a declaração de inconstitucionalidade de norma em abstrato, a determinação de adoção de política pública geral e a postulação de prestações coletivas concretas.

A decisão que julga procedente ação direta de inconstitucionalidade das normas em abstrato pressupõe a transcendência de seus efeitos para além da esfera jurídica do legitimado ativo. A declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal e Tribunais de Justiça vincula a todos, independentemente de sua atuação na demanda.

O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, ao decidir pela inconstitucionalidade do art. 14 da Emenda Constitucional nº 20/98 quanto à fixação de teto ao benefício previdenciário da licença-maternidade previsto no art. 7º, XVIII,¹⁴⁷ tutelou o direito de uma coletividade indeterminada de mulheres que se beneficiam ou se beneficiarão deste benefício.

A determinação de adoção de norma geral se dá nos casos em que há reiterada omissão da Administração Pública ou do Poder Legislativo em dar concretude a norma já existente. A tutela jurisdicional a ser prestada impõe aos poderes competentes o dever de elaborar ou corrigir uma política pública sobre a temática. É o caso das decisões que constituem o legislador em mora, por meio da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção.

¹⁴⁵ Folha de São Paulo. **Doentes graves ganham na Justiça, mas remédios caros travam no SUS**. 16.07.2017. Disponível em < <https://goo.gl/9emkSr> >. Acesso em: julho de 2017.

¹⁴⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos fundamentais e direito à justificativa**: devido procedimento na elaboração normativa. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 44.

¹⁴⁷ STF. **Medida cautelar na ADI 1946/DF**. Rel. Min. Sydney Sanches, julgado em 29.04.1999

Por fim, a postulação de prestações coletivas concretas diz respeito às situações nas quais se postula judicialmente a prestação de bens a serem fruídos por uma coletividade indefinida. É o caso das demandas que pleiteiam saneamento básico ou a construção de unidades prisionais. Neste caso há maior concretude na imposição a ser feita pelo Poder Judiciário, que delinea de modo mais preciso a prestação a ser realizada.

Da análise do exposto até aqui, percebe-se uma discrepância entre a efetividade das diferentes categorias de tutela jurisdicional expostas. A tutela de bens privados, sobretudo em seu viés individual, é razoavelmente bem executada.

No âmbito da tutela jurisdicional pública, os efeitos das decisões em controle concentrado de constitucionalidade e de determinação de elaboração de norma geral também possuem seus efeitos bem delineados pela doutrina e jurisprudência, ainda que nem sempre de modo satisfatório.¹⁴⁸

A problemática se coloca sobretudo em relação à postulação de prestação concreta de bens coletivos. A execução de decisão que disponha sobre políticas públicas em uma esfera de macrojustiça pode levar anos ou, eventualmente, jamais acontecer.¹⁴⁹

Ana Paula de Barcellos realiza diagnóstico que aponta para um necessário retorno do direito constitucional às instâncias majoritárias. Sem menosprezar ou minimizar o papel da jurisdição na efetivação de direitos fundamentais, a autora entende que “o Judiciário não é e nem será o protagonista de um Estado sustentável e equitativo de direitos”.¹⁵⁰

O diagnóstico acima explicitado decorre da incapacidade doutrinária, refletida na jurisprudência, de lidar com problemas concretos afetos aos direitos fundamentais e à jurisdição constitucional. O que fez a doutrina foi reafirmar posições consolidadas, como a eficácia normativa das normas constitucionais e a legitimidade democrática do Poder Judiciário, sem lidar com as problemáticas concretas que emergem da decorrência da adoção destas concepções.

¹⁴⁸ A problemática se dá sobretudo na compreensão da determinação de elaboração de norma geral e sua relação com o conceito de inconstitucionalidade por omissão, conforme ponto a seguir.

¹⁴⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos fundamentais e direito à justificativa**: devido procedimento na elaboração normativa. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 47.

¹⁵⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ibidem*, p. 52

O que se pretende com a proposição da adoção de decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira é a construção de modelo teórico que alie este “retorno às instâncias majoritárias” à muitas vezes necessária atuação do Poder Judiciário. Não se trata de “supervalorizar o escopo jurídico do processo em detrimento dos demais, mas sim redimensiona-lo”.¹⁵¹

A técnica do processo deve se abrir, levando em conta o direito material objeto de sua tutela por meio de suas peculiaridades,¹⁵² o que, no caso dos direitos fundamentais, necessariamente se consubstanciará na indispensável participação de todos os atores políticos.

3.2 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ESTRUTURAL

O item anterior deu início à fundamentação teórica das decisões estruturantes. Esta fundamentação continua a seguir e, da mesma forma que foi feito anteriormente, se pretende a teorização própria de um instituto já amplamente conceituado na doutrina brasileira.

A inconstitucionalidade por omissão foi um dos mais destacados objetos de estudo da doutrina constitucional brasileira logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Entretanto, o interesse pela temática sofreu um acentuado declínio a partir dos anos 2000.¹⁵³ Virgílio Afonso da Silva apresenta hipótese que explica a perda de interesse acadêmico neste fenômeno: este declínio está intimamente ligado ao também declínio da concepção de normas constitucionais de eficácia limitada.¹⁵⁴

O que Virgílio Afonso da Silva identifica é a ligação inexorável entre o conceito de norma de eficácia limitada e a ideia de inconstitucionalidade por omissão. Seriam as normas de eficácia limitada, por excelência, o campo no qual se poderia deduzir a inconstitucionalidade do ‘não-fazer’ dos poderes constituídos, pois são estas as normas que dependeriam de intervenção estatal para que produzissem os efeitos pretendidos pela Constituição.

¹⁵¹ VENTURI, Elton. *Ibidem*, p. 107

¹⁵² *Idem*

¹⁵³ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 250.

¹⁵⁴ *Idem*.

É a noção de normas constitucionais de eficácia limitada que dá a tônica ao conceito tradicional de inconstitucionalidade por omissão na doutrina brasileira, apoiada nos seguintes fundamentos: (i) a Constituição condiciona a aplicabilidade de determinados dispositivos a lei regulamentadora infraconstitucional – *nos termos da lei*; (ii) o Legislativo não edita a norma exigida; (iii) decorrido período de tempo razoável, e não sendo atendida a determinação constitucional, o Poder Legislativo incorre em omissão inconstitucional.

Desta forma, por esta concepção tradicional, a omissão inconstitucional só poderia ser caracterizada diante da inação de um Poder em específico (o legislativo) e diante de normas constitucionais específicas (as que ordenam a edição de lei regulamentadora).

Esta concepção não se adequa às pretensões deste estudo, pois o controle de constitucionalidade estrutural pretende controlar omissões estatais muito mais amplas do que a mera inatividade do Legislador em editar norma regulamentadora expressamente exigida pela Constituição. É o que se passa a demonstrar.

3.2.1 A INSUFICIÊNCIA DO CONCEITO TRADICIONAL DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

A obra de Flávia Piovesan sobre o tema, publicada pela primeira vez em 1995, é um importante registro da maneira pela qual a inconstitucionalidade por omissão era entendida nos primeiros anos de vigência da Constituição de 1988. A autora parte expressamente da teoria da tripartição da eficácia das normas constitucionais de José Afonso da Silva, estabelecendo que a omissão inconstitucional se relacionaria às normas constitucionais de eficácia limitada.

Não haveria lógica em reputar a inconstitucionalidade por omissão em relação a outros tipos de norma (de eficácia plena e contida) justamente porque estas não dependem de legislação ou regulamentação posterior para que produzam seus efeitos.¹⁵⁵

¹⁵⁵ PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 67-73.

Além disso, a caracterização da inconstitucionalidade por omissão, segundo Flávia Piovesan, deriva “não do dever geral de legislar, mas da específica e concreta incumbência ou encargo constitucional”, surgindo mediante “ordem de legislar de cunho específico, cujo cumprimento está adstrito à emissão das normas correspondentes”.¹⁵⁶ A omissão inconstitucional, assim, se configuraria em decorrência tão somente de dispositivos constitucionais específicos – aqueles dotados de ordem expressa de edição de norma regulamentadora.

A posição de Flávia Piovesan, no contexto doutrinário da ocasião, pode ser explicada por dois principais fatores. O primeiro é o fato de que o estudo da inconstitucionalidade por omissão na doutrina brasileira tomou por base as obras de constitucionalistas portugueses, que estudavam o tema desde a promulgação da Constituição Portuguesa de 1976.

Ocorre que o conceito de inconstitucionalidade por omissão da Constituição Portuguesa de 1976¹⁵⁷ é muito mais restrito do que a noção prevista na Constituição Brasileira de 1988,¹⁵⁸ especialmente por caracterizar a inconstitucionalidade por omissão como fenômeno que exsurge tão somente em decorrência da inatividade do legislador, o que não foi repetido pela Constituição de 1988. Ao contrário, o constituinte brasileiro fez menção explícita à omissão inconstitucional imputável a órgãos administrativos.

Disso decorre, na doutrina portuguesa, uma ligação intrínseca entre a inconstitucionalidade por omissão e um dever expresso de legislar. Conforme aponta Canotilho, a omissão inconstitucional se verificaria quando o legislador “não faz aquilo a que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado”.¹⁵⁹ As demais normas constitucionais, mesmo que configurem deveres

¹⁵⁶ PIOVESAN, Flávia. *Ibidem*, p. 80

¹⁵⁷ **Constituição Portuguesa de 1976. Art. 283:** A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das assembleias legislativas regionais, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.

¹⁵⁸ **Constituição Federal de 1988. 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.

¹⁵⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1994, p. 331.

de ação legislativa – citando o autor, como exemplo, as normas programáticas, "não estabelecem aquilo que o legislador deve fazer (...) residindo, aqui, a diferença fundamental entre as imposições abstratas e as imposições concretas"¹⁶⁰ do dever de legislar.

Além de base teórica oriunda da doutrina portuguesa, há outra razão para a adoção de um conceito restritivo de inconstitucionalidade por omissão nos momentos que se seguiram à promulgação da Constituição de 1988: a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal concebia a ideia de inconstitucionalidade por omissão que a partir de noção bastante simplista de mera declaração de mora do legislador em relação a normas constitucionais de 'eficácia limitada'.

É o caso do Mandado de Injunção nº 107,¹⁶¹ julgado em 1990. O impetrante discutia o direito a estabilidade do servidor federal militar, cuja regulamentação a ser feita em lei ordinária é prevista no art. 142, X, da Constituição. Pleiteava-se provimento jurisdicional que integrasse a lacuna infraconstitucional e permitisse o exercício deste direito.

O STF estabeleceu, naquele momento, que a inviabilização de exercício de direito em decorrência de omissão inconstitucional não poderia ser diretamente sanada por provimento jurisdicional. Os efeitos da decisão seriam meramente declaratórios, com a finalidade de dar ciência à autoridade impetrada, "para que adote as providências necessárias, a semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão". De acordo com a decisão, no caso dos servidores militares, "não lhes concedeu a Constituição Federal direito a estabilidade", mas, ao contrário "determinou que a lei disponha sobre a estabilidade dos servidores públicos militares, estabelecendo quais os requisitos para que adquiram tal direito"

Este julgado retrata o equívoco inicial do STF na compreensão da inconstitucionalidade por omissão. A Corte compreendeu não apenas que a estabilidade funcional dos servidores em questão dependia de regulamentação infraconstitucional para seu exercício, mas que a própria regulamentação seria a criadora deste direito, a despeito de sua inequívoca previsão constitucional.

¹⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Ibidem*, p. 332.

¹⁶¹ STF. **Mandado de Injunção nº 107/DF**, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno, DJe 21.09.1990.

O posicionamento inicial do Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade por omissão se insere em uma tendência “de as Supremas Cortes serem mais deferentes ao legislador logo após o advento de uma nova Constituição”.¹⁶² A evolução da jurisprudência pós-1988 “demonstra claramente um viés de progressivo crescimento do ativismo judicial com o ‘envelhecimento’ do regime constitucional brasileiro”.¹⁶³ Um dos maiores exemplos desta progressiva afirmação de uma postura ativista da Corte se deu justamente no âmbito dos efeitos da decisão no mandado de injunção, como se demonstrará no ponto a seguir.

Ainda que a posição doutrinária acerca da inconstitucionalidade por omissão fosse justificável na fase inicial dos estudos da temática, o que aqui se defende é que esta concepção não é mais capaz de explicar as complexidades assumidas por este fenômeno na contemporaneidade.

A crítica que se estabelece relaciona-se justamente ao fato de que, em que pese a conjuntura do direito constitucional brasileiro tenha se alterado substancialmente desde a década de 1990, a doutrina atual ainda trata a inconstitucionalidade por omissão em termos bastante similares aos dos momentos iniciais de vigência da Constituição. Ou seja, a concepção tradicional de inconstitucionalidade por omissão ainda persiste.

Uma boa maneira de se identificar o senso comum acerca de determinado tema na doutrina brasileira é a busca de suas conceituações em manuais e cursos jurídicos. Sem realizar qualquer juízo de valor acerca da qualidade intelectual de seus autores, são obras cuja abrangência em conteúdo denotam a propensão a uma abordagem menos verticalizada.¹⁶⁴

José Afonso da Silva, em edição de 2015 de seu *Curso de direito constitucional positivo*, descreve a inconstitucionalidade por omissão enquanto situação na qual “não sejam praticados atos legislativos ou administrativos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais”,¹⁶⁵ ou

¹⁶² BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 310.

¹⁶³ BRANDÃO, Rodrigo. *Ibidem*, p. 311.

¹⁶⁴ Sem prejuízo dos diversos outros textos do autor sobre o mesmo tema, Cf. STRECK, Lênio. **Resumocracia, concursocracia e a "pedagogia da prosperidade"**. 11.05.2017. Disponível em <<https://goo.gl/Lf5aDe>>. Acesso em: julho de 2017.

¹⁶⁵ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 38ª ed., 2015, p. 49.

seja, “quando não se produz a lei referida [pela Constituição] e necessária à plena aplicação da norma”.¹⁶⁶ O exemplo trazido pelo autor é a previsão constitucional de participação dos empregados nos lucros da empresa *nos termos da lei*. Haveria, assim, uma ligação intrínseca entre as normas constitucionais de eficácia limitada e a inconstitucionalidade por omissão.¹⁶⁷

Gilmar Ferreira Mendes identifica a inconstitucionalidade por omissão como “omissão legislativa que pressupõe a inobservância de um dever constitucional de legislar”, podendo derivar “tanto de comandos explícitos da Lei Magna como de decisões fundamentais da Constituição identificadas no processo de interpretação”.¹⁶⁸

Alexandre de Moraes, por fim, entende que a omissão inconstitucional se liga à ideia de “conceder plena eficácia às normas constitucionais que dependessem de complementação infraconstitucional”.¹⁶⁹ Novamente, como proposto por José Afonso da Silva, haveria uma relação de causa e consequência entre as normas constitucionais de eficácia limitada e a inconstitucionalidade por omissão.

Há um outro ponto de contato entre todas estas concepções. Ainda que nenhuma negue a possibilidade de controle judicial da omissão estatal, os autores resumem esta possibilidade a dois instrumentos específicos: o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Este conceito tradicional deve ser superado. Em primeiro lugar, porque a omissão inconstitucional não diz respeito somente à função legislativa, mas pode se caracterizar em relação a qualquer uma das funções do Estado – legislativa, jurisdicional e administrativa.

Para dar fundamento ao que se sustenta, é necessário, de início, estabelecer a distinção entre função e poder. A identificação das funções do Estado não se dá de acordo com quem as pratica (o que seria um critério subjetivo),¹⁷⁰ mas com as características jurídicas inerentes à função em si,

¹⁶⁶ SILVA, José Afonso. *Ibidem*, p. 50.

¹⁶⁷ SILVA, José Afonso. *Ibidem*, p. 51.

¹⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 10ª ed., 2015, p. 1069.

¹⁶⁹ MORAES, Alexandre de. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 30ª ed., 2014, p. 779.

¹⁷⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 30ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 32.

mediante um critério objetivo-formal.¹⁷¹ Esta distinção será especialmente relevante na caracterização da inconstitucionalidade por omissão administrativa.

A função legislativa é a que "o Estado, e somente ele, exerce por via de normas gerais, normalmente abstratas, que inovam inicialmente na ordem jurídica",¹⁷² criando direitos e obrigações. Esta é a função proeminente do Poder Legislativo, mas não é exclusiva deste.

A função legislativa pode ser exercida pelo Poder Executivo por meio de medidas provisórias e dos decretos autônomos previstos no art. 84, VI, da Constituição. Da mesma forma, a Constituição reserva ao Poder Executivo¹⁷³ e ao Poder Judiciário¹⁷⁴ a iniciativa legislativa em relação a determinadas matérias, o que infere no exercício de função legislativa.

A omissão inconstitucional legislativa pode decorrer tanto de um dever de legislar expresso na Constituição quanto de um dever implícito. Ainda que o dever expresso de legislar seja uma importante fonte de inconstitucionalidade por omissão, não é a única, e nem sequer é a mais relevante.

Partindo do pressuposto de que inexistem normas na Constituição dotadas de plena autoaplicabilidade, a ausência de medidas legislativas ou administrativas que impeça ou prejudique a efetividade da norma configura a inconstitucionalidade por omissão, independentemente da existência de um comando explícito de regulamentação. O comando constitucional expresso torna certa a inconstitucionalidade por omissão, mas esta não se encerra naquele.

Não é qualquer 'não fazer' do Estado que infere em uma omissão inconstitucional. Ao contrário, Executivo e Legislativo possuem ampla esfera de autonomia para decidir o modo pelo qual irão concretizar as normas constitucionais. Reconhecer que há comandos de legislar ou de agir não explícitos não exclui "a possibilidade de que se reconheça, em outras hipóteses, a inexistência de um dever de agir diante de um silêncio eloquente ou lacuna intencional do constituinte".¹⁷⁵

¹⁷¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Ibidem*, p. 35.

¹⁷² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Ibidem*, p. 35-36.

¹⁷³ A título exemplificativo, o art. 61, § 1º, da Constituição Federal.

¹⁷⁴ A título exemplificativo, o art. 96, I e II, da Constituição Federal.

¹⁷⁵ FERNANDES, Eric Baracho Dore. **Omissões inconstitucionais e seus instrumentos de controle**: contribuições para o aprimoramento institucional. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 165.

Em síntese, a omissão inconstitucional legislativa é identificada pela inércia estatal no exercício de seu poder-dever de legislar. Esta é passível de configuração em face de qualquer um dos poderes do Estado, considerando que todos eles, em maior ou menor grau, possuem funções legislativas. Da mesma forma, pode decorrer de deveres de legislar expressos na Constituição ou implícitos.

A função jurisdicional, por sua vez, é a função que o Estado, e somente ele, "exerce por via de decisões que resolvem controvérsias com força de 'coisa julgada'".¹⁷⁶ Ainda que a amplitude dos Poderes aptos a exercer a função jurisdicional não seja tão abrangente quanto no referente à função legislativa, não se pode reputar a função jurisdicional enquanto exclusiva do Poder Judiciário.

O Senado Federal exerce função jurisdicional no julgamento dos crimes de responsabilidade previsto no art. 52, I e II, da Constituição. A decisão do Senado é dotada de força de coisa julgada e não pode ser revista, em seu mérito, pelo Poder Judiciário,¹⁷⁷ o que caracteriza o exercício de função jurisdicional.

A caracterização de omissão inconstitucional no exercício da função jurisdicional não foi objeto de construção doutrinária aprofundada.¹⁷⁸ Entende-se, aqui, que a omissão inconstitucional jurisdicional diz respeito ao dever de

¹⁷⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 30ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 36.

¹⁷⁷ A questão acerca da possibilidade de revisão de mérito da decisão tomada em julgamento de crime de responsabilidade não é pacífica e discussão desta natureza é, evidentemente, alheia aos limites deste trabalho. De toda forma, cumpre salientar a tendência do STF em negar a possibilidade de controle de mérito do processo de impeachment no caso de Dilma Rousseff, o que confirmaria o caráter jurisdicional da atividade desempenhada pelo Senado. Cf. STF. **Decisão liminar em mandado de segurança nº 34.193**, Relator Min. Teori Zavascki, decidido em 11.05.2016: "Submete-se a exame do Supremo Tribunal Federal questão relacionada a processo por crime de responsabilidade da Presidente da República (impeachment), que, como se sabe, não é da competência do Poder Judiciário, mas do Poder Legislativo (art. 86 da CF). Sendo assim, não há base constitucional para qualquer intervenção do Poder Judiciário que, direta ou indiretamente, importe juízo de mérito sobre a ocorrência ou não dos fatos ou sobre a procedência ou não da acusação. O juiz constitucional dessa matéria é o Senado Federal, que, previamente autorizado pela Câmara dos Deputados, assume o papel de tribunal de instância definitiva, cuja decisão de mérito é insuscetível de reexame, mesmo pelo Supremo Tribunal Federal. Admitir-se a possibilidade de controle judicial do mérito da deliberação do Legislativo pelo Poder Judiciário significaria transformar em letra morta o art. 86 da Constituição Federal, que atribui, não ao Supremo, mas ao Senado Federal, autorizado pela Câmara dos Deputados, a competência para julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade".

¹⁷⁸ FERNANDES, Eric Baracho Dore. **Omissões inconstitucionais e seus instrumentos de controle**: contribuições para o aprimoramento institucional. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 198.

fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX) e à inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV).

A omissão inconstitucional jurisdicional decorrente da ausência de fundamentação é passível de impugnação mediante o próprio mecanismo de revisão de decisões, por meio do sistema recursal, que é inerente à jurisdição.¹⁷⁹

No que concerne à garantia fundamental da inafastabilidade da jurisdição, a omissão inconstitucional se relaciona com o dever daqueles que exercem a função jurisdicional de efetivamente apreciar e decidir a respeito de lesão a direito levada a seu conhecimento. Isso é especialmente relevante no âmbito dos direitos prestacionais, pois a postura passiva do Poder Judiciário ante a violação de direitos fundamentais por parte dos demais poderes também se configura como omissão inconstitucional.

Neste sentido, no julgamento do Mandado de Injunção nº 670, um dos casos a respeito do direito à greve dos servidores públicos, o voto do Ministro Celso de Mello expressamente consigna que, diante da inércia do Poder Legislativo e do longo período de tempo transcorrido sem que houvesse a edição de lei sobre o tema, “a não atuação [do Supremo Tribunal Federal] no presente momento já se configuraria quase como uma omissão judicial”.¹⁸⁰

Em relação à omissão inconstitucional concernente às duas funções do Estado analisadas até o momento, tem-se que a omissão inconstitucional legislativa foi a mais amplamente estudada pela doutrina. A omissão jurisdicional, ainda que não tenha sido objeto de amplo estudo doutrinário, já de antemão possui um sistema de controle estruturado: o sistema recursal próprio dos órgãos jurisdicionais, que permite a revisão de suas decisões.

Entretanto, a omissão inconstitucional relativa à função administrativa não foi tão bem delineada pela doutrina. Isto se deve sobretudo à confusão entre o conceito de funções e poderes do Estado, e exatamente por isso foi tão caro estabelecer a distinção entre estas duas acepções.

A Constituição de 1988, como já visto, expressamente prevê a possibilidade de se atribuir a existência de uma omissão inconstitucional a

¹⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, p. 311.

¹⁸⁰ STF. **Mandado de injunção nº 670/ES**, Rel. Min. Mauricio Correa (Relator para acórdão: Min. Gilmar Mendes), Pleno, julgado em 25.10.2007.

órgãos administrativos, conforme art. 103, § 2º. Esta previsão, entretanto, foi mal compreendida.

Justamente em razão de uma concepção tradicional de omissão inconstitucional que a concebe tão somente enquanto omissão legislativa, a omissão inconstitucional administrativa é geralmente entendida como sendo decorrente das situações nas quais o responsável pela iniciativa da lei é uma autoridade administrativa.¹⁸¹

Entretanto, como já visto, a autoridade administrativa, ao exercer a competência de dar início ao processo legislativo, desempenha função legislativa. A omissão nestes casos é legislativa, independentemente da caracterização do agente causador da omissão enquanto uma autoridade administrativa.

A conceituação de omissão inconstitucional administrativa deve decorrer do conceito de função administrativa. Esta é a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, “desempenha na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos, mediante comportamentos infralegais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário”.¹⁸²

Tal qual nas funções do Estado anteriormente indicadas, a função administrativa também é exercida para além de seu Poder típico – no caso, o Poder Executivo. Atuam administrativamente o Poder Judiciário e o Poder Legislativo em sua organização interna, com a contratação de servidores por meio de concurso público, aquisição de bens ou serviços por meio por meio de licitação e atividades afins.

Para o âmbito de interesse deste trabalho, importa a função administrativa exercida pelo Poder Executivo, considerando a relação direta desta com a promoção geral de direitos fundamentais, em contraposição à atuação administrativa bastante setorizada dos Poderes Legislativo e Judiciário.

É oportuno que, considerando sua ligação intrínseca com os direitos fundamentais, a análise específica da atuação administrativa exercida pelo Poder Executivo se dê a partir da proposição conceitual de Marçal Justen Filho.

¹⁸¹ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 10ª ed., 2015, p. 1080

¹⁸² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 30ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 36.

A função administrativa deve ser entendida como o “conjunto de poderes jurídicos destinados a promover a satisfação de interesses essenciais, relacionados com a promoção de direitos fundamentais”, o que pressupõe “uma organização estável e permanente, exercitados sob o regime jurídico infralegal”.¹⁸³

Instrumentalmente, a Administração tem o poder-dever de se organizar de modo estável e permanente, o que se dá sobretudo por meio do exercício do poder regulamentar infralegal. Materialmente, a Administração tem o poder-dever de promover direitos fundamentais. A correlação é instrumental/material porque a Administração se organiza justamente para que possa promover direitos fundamentais.

A partir desta caracterização, é intuitivo concluir que está configurada a omissão inconstitucional administrativa caso a Administração deixe de se organizar ou o faça inadequadamente (poder-dever instrumental), ou deixe de promover direitos fundamentais (poder-dever material).

A omissão administrativa é o fundamento da maior parte das decisões judiciais que concedem provimentos prestacionais. A decisão que determina o fornecimento de medicamentos, por exemplo, entende que a ausência do medicamento em questão nas listas dos SUS infere em uma organização (poder-dever instrumental) da Administração que se deu de modo inadequado.

Da mesma forma, a decisão na medida cautelar na ADPF 347 que determinou à União a liberação do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, por exemplo, partiu do pressuposto de que, ao não dar destinação a estes recursos, a Administração incorreu em omissão inconstitucional em relação a seu poder-dever material.¹⁸⁴

Ressalta-se, por fim, que as omissões inconstitucionais de cada uma das funções do Estado podem se dar de modo isolado, mas também de modo conjunto. Sobretudo em relação ao Executivo e Legislativo, tem-se, no mais das vezes, uma omissão inconstitucional que decorre da própria falta de

¹⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 11^a ed., 2015, p. 110.

¹⁸⁴ STF. **Medida cautelar na ADPF 347**. Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, julgado em 09.09.2015.

coordenação entre as medidas legislativas e administrativas, o que infere em falhas nos ciclos de políticas públicas.¹⁸⁵

3.2.2 O CONTROLE JUDICIAL DA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

A principal razão para a adoção de um conceito renovado de inconstitucionalidade por omissão, para os fins deste trabalho, é a abertura das possibilidades do controle da inconstitucionalidade desta natureza. O controle judicial da omissão inconstitucional não se encerra em seus instrumentos típicos, o mandado de injunção e a ADO. Ao contrário: em muitos casos, estes sequer são os instrumentos adequados para tanto.

Além disso, é quantitativamente mais relevante o controle judicial por meio de ações do procedimento ordinário, ações civis públicas e mandados de segurança, hipóteses nas quais “a inconstitucionalidade por omissão surge como causa de pedir, questão prejudicial ao pedido de condenação à determinada prestação”.¹⁸⁶

Trata-se, nesta medida, não exatamente de uma proposição, mas de uma constatação: o controle de constitucionalidade da omissão se dá também pela via difusa, incidental e concreta. O provimento jurisdicional que determina o fornecimento de medicamentos, a concessão de vagas em creche, a melhoria das condições dos presídios ou, enfim, qualquer prestação ligada a um direito fundamental em face do Estado implica o controle judicial de uma omissão estatal, ainda que não se dê por meio de um de seus instrumentos típicos.

A falsa ideia de que o controle de constitucionalidade por omissão se encerra em seus instrumentos típicos de controle, inerente à concepção tradicional de inconstitucionalidade por omissão, esconde a inadequação de se conceber estes instrumentos enquanto os únicos aptos a controlar a omissão estatal.

O mandado de injunção – ironicamente, ele próprio vitimado pela omissão legislativa – foi regulado 28 anos após a promulgação da Constituição, por meio

¹⁸⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 31-32.

¹⁸⁶ FERNANDES, Eric Baracho Dore. **Omissões inconstitucionais e seus instrumentos de controle**: contribuições para o aprimoramento institucional. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 291.

da Lei nº 13.300/2016. Ainda que não se possa delinear com exatidão os contornos que a lei tomará na prática, é possível reputar, desde logo, o diploma legal em questão enquanto bem-intencionado e progressista na proteção de direitos fundamentais.

A Lei do Mandado de Injunção, em síntese, positivou a concepção intermediária-concretista da jurisprudência formada no Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento do caso da greve dos servidores públicos.¹⁸⁷ Se na década de 1990 o STF possuía entendimento bastante autorrestritivo quanto aos efeitos da decisão do mandado de injunção, este quadro foi paulatinamente se alterando até que, em 2007, se chegou ao entendimento atual.

A decisão do STF no caso da greve dos servidores públicos, em primeiro lugar, fixou o prazo de 60 dias para que o Poder Legislativo editasse lei sobre o tema. Superado este prazo, permanecendo o Legislativo inerte, os impetrantes poderiam exercer seu direito à greve com fulcro nas normas relativas aos trabalhadores da iniciativa privada, no caso, as Leis nº 7.701/1988 e nº 7.783/1989.

Esta posição é intermediária-concretista porque, antes da concessão a injunção de viés concreto, é concedido prazo ao órgão legiferante competente para edição da norma. Apenas se o órgão competente permanecer inerte é que o Tribunal assume a função concretista e estabelece os meios e condições pelas quais serão exercidos os direitos pleiteados. Este foi o procedimento adotado pela Lei do Mandado de Injunção.¹⁸⁸

Há ainda dois outros efeitos expansivos da decisão que concede a injunção bastante relevantes no contexto do controle de constitucionalidade da omissão legislativa. O primeiro é a adoção normativa do fenômeno da objetivação do controle de constitucionalidade difuso.¹⁸⁹

¹⁸⁷ STF. **Mandado de injunção nº 670/ES**, Rel. Min. Mauricio Correa (Relator para acórdão: Min. Gilmar Mendes), Pleno, julgado em 25.10.2007; STF. **Mandado de injunção nº 708/DF**. Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, julgado em 25.10.2007.

¹⁸⁸ **Lei 13.300/2016**. Art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para: I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora; II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

¹⁸⁹ Eduardo Talamini identifica, em uma perspectiva crítica, a "tendência de objetivação do recurso extraordinário e das demais sedes de controle incidental de constitucionalidade no STF"

Por meio desta, é possível dar à decisão que concede a injunção efeitos ultra partes ou erga omnes,¹⁹⁰ superando seu caráter eminentemente individual na situação em que o caso concreto demonstre esta necessidade. Em parte, isto soluciona uma das grandes problemáticas da tutela jurisdicional de direitos pela via individual, qual seja, a proteção da isonomia perante aqueles em situação semelhante ao do que apresenta o pleito perante o Poder Judiciário.

No mesmo sentido, e coadunado à sistemática de valorização dos precedentes trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, a lei prevê a possibilidade de, no recebimento do mandado de injunção, o Relator conceder a injunção de pronto caso a autoridade impetrada já tenha sido constituída em mora legislativa pela mesma razão em momento anterior.¹⁹¹

Esta previsão foi aplicada pelo STF no julgamento em conjunto do MI 6599¹⁹² e do MI 6604,¹⁹³ os quais diziam respeito a ausência de norma regulamentadora que tornasse viável o exercício do direito à aposentadoria especial aos servidores públicos portadores de deficiência (art. 40, § 4º, I, CF/88). Considerando a existência de diversas outras decisões que apontaram a mora do Presidente da República em regulamentar o dispositivo em questão, entendeu-se pela concessão imediata da injunção de viés concretista aos impetrantes.

Se por um lado é possível considerar o mandado de injunção enquanto remédio constitucional dotado de regulamentação adequada e efeitos decisórios relevantes, o mesmo não ocorre com seu equivalente no controle concentrado de constitucionalidade: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO).

a partir da afirmação de que a resolução incidental de questões constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal passaria a ser dotada de força vinculante e eficácia erga omnes. Cf. TALAMINI, Eduardo. Objetivação do controle incidental de constitucionalidade e força vinculante (ou "devagar com o andor que o santo é de barro"). In: NERY JUNIOR, Nelson. ARRUDA ALVIM, Teresa (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 135-166.

¹⁹⁰ **Lei 13.300/2016**. Art. 9º A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora.

§ 1º Poderá ser conferida eficácia ultra partes ou erga omnes à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração.

¹⁹¹ **Lei 13.300/2016**. Art. 9º. § 2º Transitada em julgado a decisão, seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator.

¹⁹² STF. **Mandado de injunção 6599/DF**. Rel. Min. Carmen Lúcia, Pleno, julgado em 27.06.2016.

¹⁹³ STF. **Mandado de injunção 6604/DF**. Rel. Min. Carmen Lúcia, Pleno, julgado em 27.06.2016.

A ADO é prevista no art. 103, § 2º, da Constituição Federal e regulamentada pela Lei nº 9.868/99, com a redação alterada pela Lei nº 12.063/2009. Esta pode ser proposta por todos os legitimados do art. 103 da Constituição e possui rito processual bastante similar ao das demais ações do controle concentrado. A principal problemática em relação à ADO diz respeito aos efeitos de sua decisão.

Conforme o art. 12-H da Lei nº 9.868/99, a decisão que julga a ADO procedente dará “ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias”. Após a notificação ao Poder competente, não há nenhuma outra medida a ser tomada caso a omissão inconstitucional persista.

Ao contrário do que ocorre no mandado de injunção, no qual, não cumprido o dever de legislar, o Juiz pode prover jurisdicionalmente o exercício do direito, no caso da ADO, caso o órgão competente descumpra a notificação, não há nada a ser feito.

A comparação com institutos análogos utilizados por outras Cortes Constitucionais demonstra a timidez dos efeitos da decisão da ADO. Se em um primeiro momento este parece ser instituto semelhante ao “apelo ao legislador” construído pela jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha, uma análise quanto aos seus efeitos distancia os dois institutos.

Este “apelo”, no contexto alemão, é cabível, dentre outras circunstâncias, “quando houver um inadimplemento do legislador no seu dever de legislar”.¹⁹⁴ Foi o que ocorreu, por exemplo, no tocante ao art. 6º, V, da Lei Fundamental de Bonn, que estabelece o princípio do igual tratamento para filhos havidos fora do casamento, ‘nos termos da lei’. O Tribunal deu prazo de um ano para que o Poder Legislativo elaborasse a lei em questão, de modo que, não sendo a decisão cumprida, caberia aos Tribunais a aplicação direta o direito assegurado pela norma em questão, a despeito da necessidade de criação de lei.¹⁹⁵

Ocorre que, na Alemanha, o significado que os órgãos estatais e a opinião pública atribuem aos pronunciamentos da Corte Constitucional “asseguram às *Appellentscheidungen* eficácia comparável a qualquer outra decisão de índole

¹⁹⁴ MEYER, Emílio Peluso Neder. **Decisão e jurisdição constitucional**: críticas às sentenças intermediárias, técnicas e efeitos do controle de constitucionalidade em perspectiva comparada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 204.

¹⁹⁵ MEYER, Emílio Peluso Neder. *Ibidem*, p. 204.

mandamental ou cassatória”.¹⁹⁶ Foi o que ocorreu no mencionado exemplo da regulamentação do igual tratamento para filhos havidos fora do casamento, no qual, dentro do prazo estabelecido, o legislador aprovou a lei regulamentadora.¹⁹⁷ Tem-se, assim, decisão de efeitos concretos muito melhor delineados do que os verificados na ADO.

A limitação dos efeitos da decisão que dá provimento a ADO viola a sistematicidade da Constituição e desvirtua a natureza do instituto enquanto modalidade de controle abstrato de constitucionalidade. Conforme aponta Eric Baracho Dore Fernandes, ao passo que por meio do procedimento ordinário é possível se obter provimento jurisdicional de cunho concreto, por meio da ADO, “com um rol de legitimados muito mais restrito, em um processo dito objetivo, com a possibilidade expressa de participação de *amicus curiae*, a decisão terá efeitos muito mais singelos”.¹⁹⁸

Ou seja, enquanto um Juiz de 1º Grau, no âmbito do controle de constitucionalidade difuso, incidental e concreto, pode proferir decisões alocativas de recursos potencialmente impactantes nas contas do Estado, o STF, no âmbito da ADO, deve se contentar a “notificar” o órgão requerido, inexistindo a previsão expressa de qualquer outra medida a ser adotada no caso de descumprimento da decisão.

A ausência de efeitos relevantes da decisão proferida em sede de ADO pode ser atestada por meio da análise empírica dos casos enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal. Foram analisados todas as ADO ajuizadas a partir de outubro de 2008, momento em que o STF passou a autuar as ADO em separado das ADI.

A pesquisa buscou identificar três principais pontos no julgamento das ADO: (i) seu objeto, ou seja, a omissão alegada; (ii) a decisão proferida pelo STF; (iii) os efeitos práticos desta decisão em relação aos demais Poderes, ou seja, a adoção ou não das medidas indicadas pelo STF.

¹⁹⁶ MENDES, Gilmar. O apelo ao legislador - *Appellentscheidung* - na práxis da Corte Constitucional Federal Alemã. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, abr./jun. 1992, p. 62.

¹⁹⁷ MENDES, Gilmar. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 301-303.

¹⁹⁸ FERNANDES, Eric Baracho Dore. **Omissões inconstitucionais e seus instrumentos de controle**: contribuições para o aprimoramento institucional. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 363.

Um primeiro fator que se destaca, e desde logo indica a diminuta relevância da ADO como instrumento de controle concentrado, é sua baixa utilização. De 2008 a julho de 2017 foram autuadas 41 ADO, em contraposição a 1.677 ADI e 329 ADPF.¹⁹⁹

Das 41 ADO autuadas, três não constam na base de acompanhamento processual do STF ou tiveram a tramitação cancelada,²⁰⁰ o que infere no número de 38 ADO passíveis de julgamento de mérito. Destas, 20 ainda aguardam julgamento.

Das 18 ADO apreciadas até o momento, 15 foram extintas sem resolução de mérito, por razões tais quais ilegitimidade passiva,²⁰¹ perda superveniente do objeto em razão de edição de lei reguladora²⁰² e ausência da indicação de dever de legislar.²⁰³

Das três ADO apreciadas em seu mérito, duas foram julgadas improcedentes. Na ADO 22, em que se alegava omissão legislativa parcial em relação à regulação da publicidade de bebidas alcólicas, entendeu o STF que o Legislador já havia feito opção razoável na regulação existente, inexistindo omissão parcial. Na ADO 28, em que se discutia a ausência de regulação da aposentadoria especial para policiais militares e civis femininas, o STF entendeu pela inexistência de omissão, considerando a possibilidade de aplicação da Lei Complementar nº 144/2014.

Apenas uma ADO foi julgada procedente em seu mérito: a ADO 25, em que foi declarada mora do Congresso Nacional quanto à edição da Lei Complementar prevista no art. 91 do ADCT, acerca da implantação de sistema de compensação financeira em benefício dos Estados exportadores. A decisão ainda não foi publicada, inexistindo, até o momento, a constituição do legislador em mora, de modo que não é possível analisar seus efeitos.

Há, entretanto, um importante exemplo a demonstrar os efeitos (ou ausência destes) de decisão proferida em ADO. A ADO 24, proposta em junho de 2013 pelo Conselho Federal da OAB, tem por objeto a declaração de omissão

¹⁹⁹ Os dados são fornecidos pelo próprio STF e podem ser encontrados em <goo.gl/tMz19ql>. Acesso em: julho de 2017.

²⁰⁰ ADO 15, ADO 16 e ADO 34.

²⁰¹ ADO 9 e ADO 31.

²⁰² ADO 8, 35, 7, 18, 6, 23, 29, 19.

²⁰³ ADO 16 e 17

inconstitucional quanto ao disposto no art. 27 da EC 19/98, que prevê a elaboração de Lei de Defesa do Usuário de Serviços Públicos em prazo de 120 dias.

O Ministro Dias Toffoli deferiu parcialmente a medida cautelar pleiteada em 01.07.2013, reconhecendo liminarmente o estado de mora do Congresso Nacional e determinando “que os requeridos, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, adotem as providências legislativas necessárias” para dar cumprimento ao dispositivo em questão”.

A matéria foi recentemente regulada pela Lei nº 13.460/2017. A lei se originou do Projeto de Lei nº 6953/02, em trâmite no Congresso Nacional desde 2002 e, portanto, em muito anterior à medida cautelar deferida na ADO 24.

Da análise da tramitação do Projeto de Lei²⁰⁴ é possível perceber que o Poder Legislativo simplesmente ignorou a decisão liminar proferida por Dias Toffoli. O primeiro indício para tanto é o fato de que, mesmo a decisão fixando prazo de 120 dias para a promulgação da lei em questão, esta só se deu transcorridos quatro anos da decisão liminar.

Além disso, ao analisar o conteúdo das deliberações do Congresso Nacional durante a tramitação do projeto de lei, verifica-se que a decisão não teve impacto algum nas atividades do legislativo. A decisão é citada em uma única ocasião: no Parecer apresentado à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara em 24.09.2013, pelo Deputado Anthony Garotinho. Nesta, há a mera indicação da existência da liminar concedida, sem maiores considerações acerca desta ou de seus possíveis efeitos no processo legislativo. Nos demais pareceres, ofícios, opiniões e afins, a decisão sequer é mencionada.

Mesmo diante do evidente descrédito do Poder Legislativo em relação à decisão expedida por um Ministro do Supremo Tribunal Federal, não houve qualquer reação da Corte. A ADO 24 encontra-se pendente de julgamento de agravo interno contra a decisão que deferiu a medida cautelar – recurso que não afastava o dever de cumprir a decisão, pois sem efeito suspensivo –, não havendo qualquer manifestação do Relator acerca do descumprimento por parte do Congresso Nacional.

²⁰⁴ Câmara de Deputados do Congresso Nacional. **PLS nº 6953/02**. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=56375>>. Acesso em: julho de 2017.

Conclui-se, assim, que os instrumentos típicos do controle de constitucionalidade por omissão não dão conta da complexidade assumida por este fenômeno na contemporaneidade. O mandando de injunção, mesmo em seu viés coletivo e com as possibilidades de objetivação oferecidas pela lei, não demonstra ser instrumento adequado para a tutela de direitos fundamentais em seu viés prestacional, sobretudo porque é essencialmente ligado à ideia de omissão legislativa, conforme se extrai do próprio enunciado normativo do art. 5º, LXXI, da Constituição.

A ADO, em que pese seja prevista pela Constituição de modo mais amplo que o mandado de injunção, acabou por ter sua utilidade bastante restringida pela lei e pela compreensão jurisprudencial do STF quanto a seus efeitos decisórios.

A compreensão limitada do controle de constitucionalidade da omissão estatal, restringindo-a a seus instrumentos típicos, ignora o fato de que o controle difuso, incidental e concreto é, desde o século XIX, o modo pelo qual a jurisdição brasileira exerce o controle de constitucionalidade de forma mais proeminente. Não havendo disposição constitucional em sentido contrário, não há qualquer razão para conceber que este modo de controle de constitucionalidade não seria aplicável ao controle de omissão inconstitucional.

Apesar disso, conforme aponta Luiz Guilherme Marinoni, é curioso que a doutrina “não cuide do problema do controle da omissão inconstitucional diante dos casos concretos direcionados aos juízes e tribunais ordinários”.²⁰⁵ A grande problemática disso decorrente “é a ausência de método para a realização deste controle”.²⁰⁶ Ou seja, o controle de constitucionalidade da omissão estatal já se dá de forma ampla e reiterada pela via difusa, mas não é entendido como tal.

São diversas as decisões dos Tribunais brasileiros que adotam a omissão estatal como fundamento de provisão jurisdicional de direitos prestacionais por meio de controle difuso, concreto e incidental. A título exemplificativo, na jurisprudência do STF, a omissão inconstitucional do Estado foi expressamente

²⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Derecho procesal constitucional brasileiro: efectos de las decisiones de (in)constitucionalidad y control de la inconstitucionalidade por omisión.** Editorial Porrúa México, 2013, p. 204

²⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Derecho procesal constitucional brasileiro: efectos de las decisiones de (in)constitucionalidad y control de la inconstitucionalidade por omisión.** Editorial Porrúa México, 2013, p. 204.

referenciada em situações como a manutenção de rede de assistência à saúde da criança e do adolescente pelo Município,²⁰⁷ indenização por danos, inclusive morais, a detentos decorrente da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento²⁰⁸ e ressarcimento pelo Estado de serviços hospitalares prestados a beneficiários do SUS em situação de emergência.²⁰⁹

Em todos estes casos se compreendeu estar diante de uma omissão inconstitucional, mas o processo em questão não foi entendido enquanto o exercício de controle de constitucionalidade da omissão estatal. Esta não é uma questão meramente discursiva, mas de repercussões teóricas bastante relevantes.

Entender que o provimento jurisdicional de determinado direito prestacional em face do Estado é o exercício do controle de constitucionalidade significa inserir esta discussão no âmbito da doutrina bicentenária acerca dos limites, legitimidade e possibilidades do *judicial review*. Através desta percepção é possível propor métodos adequados para realização deste controle.

Todo o excursus teórico empreendido acerca do fenômeno da inconstitucionalidade por omissão concluiu por sua compreensão de maneira ampliada, abrangente e cujos instrumentos de controle ainda precisam ser melhor desenvolvidos. Neste contexto, exsurtem as decisões estruturantes enquanto proposição metodológica do controle da omissão estatal.

3.3 OS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS COMO PRESSUPOSTO DAS DECISÕES ESTRUTURANTES

A omissão inconstitucional se liga intrinsecamente à concepção de processo coletivo desenvolvida anteriormente. O processo coletivo exsurge enquanto alternativa a uma “notória hipertrofia do Poder Executivo, constante omissão do Poder Legislativo e atrofia do Poder Judiciário”,²¹⁰ o que se instrumentaliza nos provimentos estruturantes.

²⁰⁷ STF. **ARE 745745/MG**. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, julgado em 02.12.2014.

²⁰⁸ STF. **Recurso extraordinário 580252/MS**. Rel. Min. Teori Albino Zavascki/Min. Alexandre de Moraes, Pleno, julgado em 16.02.2017

²⁰⁹ STF. **AgReg no Recurso Extraordinário 727864/PR**. Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, julgado em 04.11.2014.

²¹⁰ VENTURI, Elton. *Ibidem*, p. 119.

Reputar às decisões estruturantes o caráter de modo peculiar de exercício do controle de constitucionalidade impõe sua inserção nos debates contemporâneos acerca dos vários sentidos do controle de constitucionalidade. Estes se colocam, em especial, na revisão de concepções sedimentadas no discurso jurídico acerca das dimensões do controle de constitucionalidade em suas fronteiras entre o jurídico e o político, o que usualmente é denominado *teorias dos diálogos institucional*.

Juliana Pondé da Fonseca entende que, em verdade, as “fronteiras” entre o jurídico e o político são inapreensíveis.²¹¹ Tomar este argumento como um pressuposto leva, desde logo, à necessária superação da compreensão do controle de constitucionalidade enquanto mero processo judicial.

As teorias dialógicas, em suas mais variadas vertentes, buscam mitigar a visão estanque do Poder Judiciário ou do Poder Legislativo enquanto esferas legitimadas a dar o significado último da Constituição. A inexistência de uma supremacia judicial ou de uma supremacia parlamentar se relaciona estritamente à concepção de decisões estruturantes que aqui se defende.

Os provimentos de caráter estruturante são, em verdade, instrumentos aptos a promover a deliberação entre os poderes. Por isso, devem se dar de modo necessariamente flexível e dialógico.

3.3.1 SUPREMACIA JUDICIAL, JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL: DISTINÇÕES NECESSÁRIAS ACERCA DE CONCEPÇÕES AUTÔNOMAS

As decisões estruturantes, nos termos aqui propostos, servem de instrumento para que Poder Judiciário assumam atribuição usualmente destinada ao Executivo e ao Legislativo: promover direitos fundamentais em seu viés prestacional. Caracterizam-se, nesta medida, enquanto exemplo proeminente de judicialização da política e de ativismo judicial.

Estes termos – ‘judicialização da política’ e ‘ativismo judicial’ – são muitas vezes confundidos pelo discurso jurídico.²¹² Soma-se a estes a noção de ‘supremacia judicial’, utilizada de modo genérico, como se fossem estas

²¹¹ FONSECA, Juliana Pondé. *Ibidem*, p. 8.

²¹² BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista Direito GV**. São Paulo, jan.-jun./2012, p. 61

expressões diversas referentes a um mesmo fenômeno. Esta identificação é equivocada.

Rodrigo Brandão diferencia estes fenômenos a partir da percepção segundo a qual a judicialização da política se refere à submissão de “um sem número-número de questões políticas ao Judiciário sob a forma de ações judiciais”.²¹³ É possível afirmar que, na contemporaneidade, há certo consenso de que dentre as funções do Judiciário inclui-se a tomada de decisões acerca de questões políticas, morais e religiosas, de modo que “os próprios atores políticos veem o Judiciário como um fórum apropriado para enfrentar essas questões”.²¹⁴

Ainda que a judicialização da política seja em parte ocasionada pela própria postura adotada pelo Poder Judiciário ao decidir questões desta natureza, este fenômeno não depende exclusivamente da atuação dos Juízes. Mesmo porque, ante o princípio da inércia da jurisdição, o Judiciário só analisa as questões políticas que são levadas pela sociedade civil e demais atores políticos.

O ativismo judicial, por sua vez, é um *método* de interpretação da Constituição por parte das Cortes que as permite uma participação mais ampla e intensa no “dizer o direito” sobre questões constitucionais. É fenômeno relacionado à postura adotada pela Corte, contrapondo-se à autocontenção judicial. Sendo método que infere em uma maior interferência judicial no espaço de atuação do Executivo e do Legislativo,²¹⁵ intersecciona-se com a judicialização da política acima descrita, mas com ela não se confunde.

A noção de supremacia judicial, por fim, é alheia às duas noções acima descritas. Esta estabelece a concepção pela qual a exegese do Poder Judiciário sobre a Constituição infere em uma “palavra final” em relação à questão constitucional controvertida.²¹⁶ Deste modo, “as interpretações constitucionais da Suprema Corte só podem ser revertidas por emenda constitucional”,²¹⁷ não se admitindo que lei ordinária possa fazê-lo.

²¹³ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 23-24.

²¹⁴ BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz; KOZICKI, Katya. *Ibidem*, p. 61

²¹⁵ BRANDÃO, Rodrigo. *Ibidem*, p. 24.

²¹⁶ BRANDÃO, Rodrigo. *Ibidem*, p. 20.

²¹⁷ BRANDÃO, Rodrigo. *Ibidem*, p. 22.

Dizer que a noção de supremacia judicial é *alheia* às outras duas noções significa dizer que a Corte pode julgar questões políticas controvertidas (judicialização da política) e pode utilizar de métodos interpretativos ampliativos (ativismo judicial) sem que isso necessariamente infira em uma decisão como “última palavra” por parte do Judiciário, ou seja, sem que isto esteja relacionado à supremacia judicial.

Ainda que decisões estruturantes discutam questões políticas de modo proeminentemente ativista, estas decisões, enquanto manifestações jurisdicionais, não devem ser a priori entendidas como razão final para a solução da controvérsia constitucional. Ao contrário, estas são um modo pelo qual o Poder Judiciário abre espaço para um amplo debate com os demais atores políticos e com a sociedade.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos identifica que as decisões ativistas das Cortes apresentam diferentes dimensões, ou seja, são práticas decisórias multifacetadas, insuscetíveis de redução a critérios singulares de identificação.²¹⁸ Dentre as diversas dimensões identificáveis em uma decisão ativista, a única que pode ser abstratamente afirmada enquanto ilegítima é a dimensão antidialógica.

A dimensão antidialógica infere na “afirmação da posição do Supremo não apenas como último intérprete da Constituição, mas como único, exclusivo”.²¹⁹ Reputar a esta dimensão do ativismo judicial aprioristicamente seu caráter ilegítimo corrobora o que se defendeu: ‘ativismo judicial’ e ‘supremacia judicial’ não se confundem.

Ao contrário, um ativismo que parta da supremacia judicial – ou seja, uma Corte que se utiliza de métodos ampliados de interpretação porque entende deter o monopólio da hermenêutica constitucional – é, em verdade, ilegítimo. É neste contexto que exsurgem as teorias dialógicas.

²¹⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 275.

²¹⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Ibidem*, p. 238.

3.3.2 O NECESSÁRIO CARÁTER DIALÓGICO DAS DECISÕES ESTRUTURANTES

As teorias dos diálogos institucionais voltam-se à conciliação de dois polos opostos da teoria da interpretação constitucional: a supremacia judicial e a supremacia parlamentar. Rechaça-se a ideia de que exista o poder sobre a “última palavra” conferida a qualquer instituição, adotando-se, ao revés, a compreensão de que a proteção de direitos deve inspirar rodadas deliberativas permanentes entre os poderes.²²⁰

Conrado Hübner Mendes entende que esta compreensão dialógica traz insita um potencial epistêmico, ou seja, infere na maior probabilidade de alcançar boas respostas nos dilemas constitucionais ao longo do tempo.²²¹ Isto decorre da impossibilidade de apreender os direitos fundamentais na contemporaneidade tão somente a partir de uma ideia dimensão exclusivamente política ou jurídica. Conceber fronteiras estanques entre o jurídico/político, conforme já mencionado, não é sustentável.

Da complexidade assumida pelos direitos fundamentais – e pelas Constituições como um todo –, decorre a impossibilidade de conceber o controle de constitucionalidade como uma atividade unicamente relativa ao direito. Não se trata de uma atividade privativa aos juristas, mas, ao contrário, é clara a importância das “instituições políticas e da sociedade civil organizada na construção de respostas para a solução de problemas constitucionais complexos”.²²²

Da mesma forma, a compreensão ampliada do controle de constitucionalidade o torna parte do jogo democrático, e não mais um mero procedimento judicial.²²³ É, assim, não mais um *ponto de chegada*, mas mais um dos vários *pontos de parada* de uma complexa relação entre instituições políticas, poderes públicos e a sociedade como um todo.

Rodrigo Brandão apresenta outra vantagem à compreensão da interpretação constitucional por meio dos diálogos institucionais: esta resposta

²²⁰ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 212

²²¹ MENDES, Conrado Hübner. *Ibidem*, p. 190

²²² BRANDÃO, Rodrigo. *Ibidem*, p. 11.

²²³ SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 250, p. 221.

permite reconhecer a falibilidade de todas as instituições políticas.²²⁴ O autor identifica que a posição assumida pelos argumentos “a favor” e “contra” a supremacia judicial de um lado e a supremacia parlamentar de outro são tendenciosas pois “iluminam os aspectos positivos de determinado ator institucional e obscurecem seus aspectos negativos”.²²⁵

Quando este estudo discorreu sobre as possibilidades de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais em seu viés prestacional, demonstrou-se que um dos argumentos contrários a esta atuação seria a falta de capacidade técnico-institucional do Poder Judiciário na realização de opções orçamentárias. Ocorre que, da mesma maneira que a ausência de capacidade institucional pode ser imputada ao Poder Judiciário, as circunstâncias concretas podem demonstrar que a ausência de capacidade para promover direitos fundamentais pode macular qualquer um dos atores políticos.

Se o Poder Judiciário pode falhar na tutela de direitos fundamentais, as outras instituições também o fazem. Isto implica a impossibilidade de delimitar a priori a extensão do controle de constitucionalidade, que deve ser aferida a partir da interação concreta entre os poderes.

Por isso, não é possível abstratamente conceber um arranjo institucional pré-fixado, que forneça os detalhes da atuação de cada poder instituído. O que se pode reputar enquanto pré-fixada é “a lógica flexível da separação de poderes, não as suas minúcias, que variarão no decorrer do tempo”.²²⁶

Isto corrobora, por exemplo, a já demonstrada impossibilidade de conceber o mínimo existencial, a priori, enquanto um limite à atuação do Poder Judiciário na tutela de direitos. Os limites e possibilidades de proteção deverão ser aferidos no caso concretamente considerado.²²⁷

A ausência de arranjos pré-fixados restringe a possibilidade de reputar como ilegítima a atuação dos Poderes Públicos sem que sejam analisadas as circunstâncias do caso concreto. A intervenção do Judiciário em um cenário de reiterada omissão da Administração e do Legislativo, por exemplo, não pode ser comparada à intervenção em cenário de normalidade dentro do amplo espaço

²²⁴ BRANDÃO, Rodrigo. *Ibidem*, p. 256

²²⁵ *Idem*.

²²⁶ MENDES, Conrado Hübner. *Ibidem*, p. 205

²²⁷ Cf. item 2.3.

de atuação que Executivo e Legislativo detém quanto a opções políticas de meios pelos quais os direitos fundamentais serão protegidos e promovidos.

A exemplo disso, Carlos Alexandre de Azevedo Campos define enquanto “irreal” a utilização do argumento comparativo das capacidades institucionais para contestar o ativismo judicial quando este se dá em um contexto de reiteradas omissões inconstitucionais pelos poderes políticos.²²⁸ Falar em falta de capacidade institucional do Poder Judiciário em relação a opções técnico-orçamentárias pode ser um argumento relevante, mas que é mitigado a partir da constatação de que os demais poderes também são falíveis e, nesta medida, também podem ser “institucionalmente incapazes”.

Por fim, atribuir uma palavra final a qualquer instituição – sejam as Cortes, seja o Parlamento – mitiga o potencial autocorretivo do sistema democrático.²²⁹ A manutenção de decisão equivocada que se cristaliza, ou uma decisão ao seu tempo acertada, mas que se torna obsoleta, não traz pacificação social – em última análise, segurança jurídica. Ao contrário, estimula a polarização das disputas políticas e a instabilidade social.²³⁰

Este excursão conceitual é resumido na noção de que a tomada de decisões por parte de qualquer um dos poderes tem caráter *parcialmente* definitivo,²³¹ considerando que é possível contestar e superar estas decisões em outras instâncias públicas. A legitimidade decisória é um “predicado institucional volátil”,²³² pois a Corte ou o Parlamento pode ter a última palavra sobre um caso em particular, mas isto não infere na utilização desta resposta para os demais casos derivados desta mesma questão constitucional em um sentido amplo.²³³

A interpretação constitucional, desta forma, impõe “uma construção coordenada entre os poderes, ou seja, um processo dialógico”.²³⁴ O processo decisório deve ser compreendido por uma lógica permeável, permanentemente

²²⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 247.

²²⁹ BRANDÃO, Rodrigo. *Ibidem*, p. 344

²³⁰ BRANDÃO, Rodrigo. *Ibidem*, p. 344-345.

²³¹ CLEVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. In: CLEVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Governo democrático e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 131.

²³² MENDES, Conrado Hübner. *Ibidem*, p. 204

²³³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 242

²³⁴ Idem.

aberta a novos argumentos provenientes do legislador, dos Tribunais e da sociedade civil.²³⁵

A abordagem aqui realizada denota a impossibilidade de um provimento jurisdicional encerrar-se em si mesmo e de o Judiciário se fechar à deliberação com os demais poderes. Estas premissas devem fundamentar as decisões estruturantes.

Miguel Gualano de Godoy identifica a possibilidade de duas abordagens práticas dos diálogos institucionais. A primeira seria quanto ao método ou empírica. Esta abordagem diz respeito, sobretudo, à atuação das Cortes em postura decisória e ao acatamento ou superação das decisões judiciais por parte dos demais poderes.²³⁶

A segunda abordagem seria quanto à estrutura ou normativa. Por meio destas, os diálogos institucionais são entendidos enquanto exigência normativa própria do desenho institucional analisado.²³⁷

Este estudo parte da abordagem metodológica ou empírica. Com isto, se busca analisar e propor a postura decisória que deve circundar o provimento jurisdicional de caráter estruturante. A decisão estruturante, nesta medida, deve ser necessariamente dialógica e flexível.

Isto significa dizer que a decisão estruturante contará em sua formulação, e sobretudo em sua implementação, com uma ampla participação dos atores políticos e da sociedade civil. Fomentar esta ampla participação é dever do órgão jurisdicional que prolata a decisão e deve partir do próprio conteúdo do provimento jurisdicional de natureza estruturante.

Exsurge, com isso, o apelo a técnicas jurisdicionais flexíveis e dialógicas, que constituam uma alternativa “preferível tanto à omissão judicial quanto a um ativismo de resultados duvidosos”.²³⁸ Há o deslocamento da compreensão do provimento jurisdicional enquanto ordem meramente impositiva para a percepção deste enquanto instrumento catalizador da deliberação pública.

²³⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 250, p. 212.

²³⁶ GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 150.

²³⁷ Idem.

²³⁸ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 239.

O papel do Poder Judiciário em um cenário de demandas estruturais não é, em princípio, de desenhar as políticas públicas necessárias e impô-las mediante os instrumentos de execução próprios do processo civil. Trata-se, mais do que mera imposição, de um mecanismo propulsor de melhores deliberações.²³⁹

É o que César Rodríguez Garavito e Diana Rodríguez Franco chamam de efeito de desbloqueio institucional. O Poder Judiciário, ao conceder tutelas jurisdicionais de caráter estruturante, “desestabiliza o equilíbrio institucional perverso que bloqueia o funcionamento da democracia e o cumprimento dos direitos”.²⁴⁰

A flexibilidade e dialogicidade das decisões estruturantes não implica a passividade do Poder Judiciário ou deferência extrema deste aos demais poderes instituídos. Ao contrário, uma decisão estruturante pressupõe uma imposição. A diferença entre uma decisão dialógica e uma decisão meramente impositiva está “na estruturação de mecanismos de fiscalização e diálogo na implementação das soluções obtidas”.²⁴¹

Ao reconhecer que não detém a capacidade técnica para apresentar soluções a problemas de alta complexidade, o Judiciário não necessariamente se furta a resolver a demanda proposta. O que deve ser feito é inserir a questão em uma lógica de “direitos fortes” e “remédios flexíveis”,²⁴² adequando-os à complexidade técnica e política inerente aos provimentos estruturantes.

Isto impõe a superação da decisão judicial vista como instituto rígido, detalhado e necessariamente sobre o qual recairá uma execução forçada. O conteúdo decisório deve ser concebido a partir de uma construção conjunta.

Para tanto, em primeiro lugar, as decisões estruturantes devem ditar ordens abertas. A decisão, nestes casos, é início de um processo contínuo, no qual se discutirão os problemas enfrentados e se desenhará a política pública a ser implementada.²⁴³

²³⁹ MENDES, Conrado Hübner. *Ibidem*, p. 214

²⁴⁰ RODRÍGUEZ-GARAVITO, César; RODRÍGUEZ-FRANCO, Diana. **Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010, p. 50.

²⁴¹ ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**, v. 2, p. 228.

²⁴² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 255.

²⁴³ RODRÍGUEZ-GARAVITO, César; RODRÍGUEZ-FRANCO, Diana. *Ibidem*, p. 55

De uma decisão que em um primeiro momento é mais aberta, decorre a necessidade de manutenção da jurisdição fiscalizadora sobre o cumprimento da mesma. Com isso, “são preferíveis ordens flexíveis sujeitas à jurisdição supervisória do que ordens detalhadas sujeitas à execução se desrespeitadas”.²⁴⁴

Mantendo sua competência sobre o caso, a Corte, de maneira dialógica, poderá ditar ordens intermediárias à luz dos avanços e retrocessos da implementação da decisão e deliberar com os envolvidos, seja o Estado, seja a sociedade civil organizada.²⁴⁵

Os detalhes das políticas a serem implementadas, portanto, tendem a surgir no transcurso do processo de implementação da sentença. Estabelece-se um “procedimento gradual e participativo de implementação da decisão”,²⁴⁶ por meio do qual se busca a conciliação entre o necessário dever de proteger e promover direitos fundamentais e o respeito ao papel político próprio do Legislativo e do Executivo.²⁴⁷

4 DECISÕES ESTRUTURANTES NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

O capítulo anterior buscou alinhar as compreensões teóricas necessárias para a definição das decisões estruturantes. Partindo deste substrato, o capítulo que segue destina-se a abordar diretamente as decisões estruturantes e sua operacionalização na jurisdição constitucional brasileira. Isto será feito de três diferentes formas.

Em um primeiro momento, aponta-se a origem das decisões estruturantes no julgamento de *Brown vs. Board of Education* pela Suprema Corte dos Estados Unidos e suas decisões subsequentes. Entretanto, este fenômeno foi apreendido pela jurisdição constitucional dos países do chamado *Sul global* e, nestas circunstâncias, adquiriu contornos próprios.

²⁴⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Ibidem*, p. 251

²⁴⁵ RODRÍGUEZ-GARAVITO, César; RODRÍGUEZ-FRANCO, Diana. *Ibidem*, p. 55.

²⁴⁶ RODRÍGUEZ-GARAVITO, César; RODRÍGUEZ-FRANCO, Diana. *Ibidem*, p. 56.

²⁴⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 251

Partindo da premissa que, por se inserir neste contexto de constitucionalismo emergente, a jurisdição constitucional brasileira deve observar as experiências análogas, o item posterior pretende abordar as decisões estruturantes a partir de um viés mais pragmático, buscando seus parâmetros procedimentais para a jurisdição constitucional brasileira.

Por fim, analisa-se a judicialização da educação infantil no Tribunal de Justiça de São Paulo. A decisão tomada por esta Corte é indicada como paradigma de provimento estruturante na jurisprudência brasileira, apontando-se a adequação de seus pressupostos ao que foi proposto neste estudo.

4.1 DE *BROWN* AO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: AS DIFERENTES CONFORMAÇÕES DAS DECISÕES ESTRUTURANTES NO CONSTITUCIONALISMO GLOBAL

Linda Brown era uma criança em idade escolar, habitante de Topeka, cidade do Estado do Kansas, nos Estados Unidos. Em 1951, ao tentar matricular a filha em escola próxima à sua residência, seu pai, Oliver Brown, teve o pedido rejeitado. Linda e Oliver eram negros, e a escola em questão aceitava apenas crianças brancas.

O segregacionismo, do ponto de vista legal, era característica presente, em maior ou menor grau, em toda a sociedade norte-americana por meio das chamadas *leis de Jim Crow*, promulgadas após a Guerra Civil, em especial nos estados do sul.²⁴⁸ A Suprema Corte havia chancelado a constitucionalidade de leis desta natureza em 1896, com o julgamento de *Plessy vs. Ferguson*.²⁴⁹

Em *Plessy*, a Suprema Corte analisou a constitucionalidade de lei do Estado da Louisiana que estabelecia a divisão de vagões de trens entre pessoas brancas e negras. O entendimento estabelecido foi o de que esta divisão não violava a cláusula proteção igualitária prevista na 14^a Emenda da Constituição dos Estados Unidos.²⁵⁰ Foi este o precedente judicial que legitimou a doutrina *separate but equal*.

²⁴⁸ FISS, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 47.

²⁴⁹ US SUPREME COURT. **Plessy v. Ferguson**, 163 U.S. 537 (1896).

²⁵⁰ **14^a Emenda. Seção I.** Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência, Nenhum Estado poderá (...) negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.

A sociedade norte-americana possuía divisões muito mais amplas do que os vagões de trem da Louisiana. Escolas, hospitais, transporte público, praias, piscinas, hotéis e, enfim, praticamente todos os espaços de convivência social possuíam algum grau de segregação entre brancos e negros na maior parte do país.²⁵¹

Linda Brown foi, então, matriculada em uma escola destinada a crianças negras, mais distante de sua casa. No mesmo ano de 1951, Oliver Brown ajuizou ação contra a Secretaria de Educação (*Board of Education*) da cidade Topeka, objetivando a admissão de sua filha na escola que anteriormente a recusou. Era o início do mais importante caso da Suprema Corte no século XX²⁵²: *Brown vs. Board of Education of Topeka*.

O caso foi pautado para decisão da Suprema Corte em 1954, admitido com outros treze casos nos quais também se discutia a constitucionalidade de segregação em escolas.²⁵³ A questão de direito a ser enfrentada pela Corte era se “a segregação das escolas públicas em base em critérios de raça viola a cláusula de proteção igualitária da 14ª Emenda”.²⁵⁴

O questionamento que circundava *Brown*, portanto, era idêntico ao anteriormente respondido em *Plessy vs. Ferguson*: o sentido da norma inscrita na 14ª Emenda. Estabelecer entendimento diverso do que fora anteriormente decidido significaria superar um precedente amplamente aceito e institucionalizado na sociedade norte-americana por meios das leis e práticas segregacionistas.

Foi o que a Corte fez. De forma unânime, decidiu-se pela inconstitucionalidade da doutrina *separate but equal*, reconhecendo que divisão de escolas a partir de critérios étnico-raciais carecia de substrato constitucional.

Em que pese a decisão, vinculada ao caso concreto, tenha se adstrito à segregação em escolas, era bastante claro que as políticas segregacionistas presentes nas mais variadas esferas da sociedade, anteriormente legitimadas por pelo que se decidiu em *Plessy*, deveria ser superada.

²⁵¹ SCHLANGER, Margo. Beyond the hero judge: institutional reform litigation as litigation. *Michigan Law Review*, v. 97, n. 6, 1999, p. 2000-2003.

²⁵² FISS, Owen. Models of adjudication. *Caderno Direito GV*, v. 1, n. 8, 2005, p. 6.

²⁵³ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 225, 2013, p. 391.

²⁵⁴ US SUPREME COURT. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954)

Com a decisão, *Brown* e os casos com ele admitidos foram devolvidos para as Cortes de Justiça Federal locais a fim de dar cumprimento às ordens antissegregacionistas. Como já era esperado pela própria Suprema Corte, a implementação da decisão encontrou ampla resistência social,²⁵⁵ de modo que, no ano seguinte, o caso voltou à Suprema Corte sob a alcunha de *Brown II*.²⁵⁶

Se em *Brown I* a problemática girava ao redor de uma questão jurídica – o significado da cláusula de igualdade inscrita na 14ª emenda –, o discutido em *Brown II* assumiu a complexidade que o contexto social no qual a decisão foi prolatada lhe conferia.²⁵⁷ A Corte passou a discutir não mais a declaração de direito, mas o modo pelo qual a decisão de *Brown I* seria implementada.²⁵⁸

É neste momento que Owen Fiss identifica “o nascimento de uma nova forma de adjudicação,²⁵⁹ o que se chamou de reformas estruturais”.²⁶⁰ *Brown II* inaugurou a noção segundo a qual as Cortes deveriam buscar “uma reconstrução da realidade social, tendo de superar a mais intensa resistência, intervir e reestruturar organizações de grande porte”.²⁶¹

Esta nova forma de compreender a adjudicação somente foi possível em razão da compreensão de que processo e substância se ligam de maneira inexorável. As inovações procedimentais empreendidas em *Brown* assim se deram porque a Corte estabeleceu um compromisso primordial com a igualdade racial.

Foi esta compreensão que justificou o distanciamento dos mecanismos tradicionais de processo e o abriu para as reformas estruturais.²⁶² *Brown*

²⁵⁵ FISS, Owen. The forms of justice. **Harvard Law Review**, vol. 93, n. 1, 1979, p. 5.

²⁵⁶ US SUPREME COURT. **Brown v. Board of Education of Topeka**, 349 U.S. 294 (1955)

²⁵⁷ VIOLIN, Jordão. *Holt v. Sarver* e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: ARENHART, Sérgio; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 303.

²⁵⁸ FISS, Owen. The forms of justice, p. 7.

²⁵⁹ *Adjudication*, no sentido utilizado por Owen Fiss, é termo genérico que se liga à atividade desempenhada pelo Poder Judiciário quando este dá resposta acerca de conflitos sociais. No direito brasileiro, a tradução literal, *adjudicação*, possui sentido parecido, mas é usualmente ligado à noção específica de *atribuir algo a alguém*, como, por exemplo, a adjudicação do objeto da licitação ou a adjudicação da posse. De toda forma, de ora em diante, o termo *adjudicação* será utilizado enquanto sinônimo de *adjudication*, ou seja, em uma perspectiva mais ampla e genérica.

²⁶⁰ FISS, Owen. Two models of adjudication. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Teoria geral do processo**. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 790-791.

²⁶¹ FISS, Owen. The forms of justice, p. 14.

²⁶² FISS, Owen. *Ibidem*, p. 17.

permitiu, nos termos de Owen Fiss, a abertura para “novas maneiras de observar a relação entre direitos e medidas judiciais”.²⁶³

À origem das decisões estruturantes na jurisdição constitucional norte-americana com o combate à segregação em escolas somou-se, enquanto exemplo proeminente de provimentos desta natureza, as discussões que envolviam o sistema prisional dos Estados norte-americanos.

A partir de *Holt vs. Sarver*,²⁶⁴ – caso em que, pela primeira vez, “todo o sistema prisional de um Estado teve sua constitucionalidade impugnada judicialmente”²⁶⁵ –, a *prison law litigation* se popularizou no país. Em 1993, 40 Estados norte-americanos enfrentavam ações similares.²⁶⁶

Nos casos de *prison law litigation*, a racionalidade das decisões foi a mesma de *Brown II*: era necessária uma reforma que operasse de modo estrutural nas organizações sociais, de modo prospectivo, e não apenas reparatório, para que os valores constitucionais fossem concretizados.

Em ambos os casos – eliminação da segregação racial e intervenção no sistema prisional –, a reestruturação das organizações sociais proposta perpassa por prestações do Estado, como a adequação da qualidade de ensino ofertada com o fim da segregação nas escolas e a construção de novas unidades prisionais. Entretanto, no âmbito da jurisdição constitucional norte-americana, a fundamentação destas decisões não acolhe a questão econômico-social evidentemente ínsita a estes, e foca em direitos de matriz liberal, como a igualdade e a integridade física.

A sistemática constitucional norte-americana não permitiria, por exemplo, discussões que diretamente incidissem na violação ao direito à educação de Linda Brown. Operou-se a resolução de seu caso tão somente a partir dos parâmetros jurídicos decorrentes do direito à igualdade.

Esta conformação se altera com a recepção dos processos estruturantes pelos constitucionalismos emergentes. Nestes contextos, as decisões estruturantes continuam a significar, tal qual na jurisdição constitucional norte-

²⁶³ FISS, Owen. *Ibidem*, p. 15.

²⁶⁴ US. DISTRICT COURT FOR THE EASTERN DISTRICT OF ARKANSAS. **309 F. Supp. 362** (E.D. Ark. 1970) February 18, 1970.

²⁶⁵ VIOLIN, Jordão. *Holt v. Sarver* e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: ARENHART, Sérgio; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 307-308.

²⁶⁶ *Idem*.

americana, um processo por meio do qual o juiz se incumbe de “reestruturar a organização para eliminar a ameaça imposta aos valores constitucionais pelos arranjos institucionais existentes”.²⁶⁷ Entretanto, os contornos assumidos por este instrumento processual são essencialmente ligados ao viés social e economicamente emancipatório dos direitos fundamentais afirmados nestas Constituições.²⁶⁸

Com a constitucionalização dos direitos socioeconômicos, os *valores constitucionais* a serem tutelados por meio de provimentos estruturantes assumem o caráter emancipatório próprio destes direitos. A *ameaça imposta a tais valores*, por sua vez, passa a decorrer não de uma ação estatal, mas, na maior parte das vezes, de uma omissão reiterada.

A noção originária de decisão estruturante, oriunda da jurisdição constitucional norte-americana, não foi rompida pelos constitucionalismos emergentes. Entretanto, a esta concepção originária, se somaram os novos significados próprios do constitucionalismo social.

Verifica-se a uma tendência “na América Latina e outras regiões do Sul global de a jurisdição constitucional atuar estruturalmente nos casos de violação a direitos econômicos e sociais”.²⁶⁹ A atuação das Cortes se dá no intento de cumprir as promessas presentes nestas Constituições em face de realidades “marcadas por violações massivas a direitos e desigualdades inaceitáveis”.²⁷⁰

A inovação institucional proposta pelos constitucionalismos emergentes pode ser atestada mediante o vívido interesse demonstrado pela doutrina norte-americana e europeia acerca desta temática. Em especial a atuação da Corte Constitucional da Colômbia e da Corte Constitucional Sul-Africana foram objeto de estudo diversos autores inseridos no “Norte global”.²⁷¹

²⁶⁷ FISS, Owen. **Um novo processo civil...**, p. 27.

²⁶⁸ Acerca da coexistência de direitos fundamentais de ordem material de cunho social e emancipatório, afirmados no século XX, com a organização de poderes de matriz liberal, forjada no século XIX, especificamente no caso do constitucionalismo latino-americano, Cf. GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución**. Buenos Aires: Katz, 2014.

²⁶⁹ RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. **Texas Law Review**, vol. 89, 2011, p. 1671.

²⁷⁰ RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. *Ibidem*, p. 1697.

²⁷¹ Cf., a título exemplificativo, SUNSTEIN, Cass. Social and Economic Rights? Lessons from South Africa. **John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper** n. 124, 2001; LANDAU, David. The Reality of Social Rights Enforcement...; WEAVER, Russel L. The Rise and decline of structural remedies. **San Diego Law Review**, vol. 41, 2004; KAPISZEWSKI, Diana. **High courts and economic governance in Argentina and Brazil**. Cambridge University Press, 2012;

É o que César Rodríguez Garavito e Diana Rodriguez, no âmbito da análise dos provimentos estruturantes estabelecidos pela Corte Constitucional da Colômbia, definem enquanto “giro paradoxal da história social e jurídica”²⁷²: a Corte colombiana, outrora mera expectadora do direito produzido nos países de “tradição jurídica”, passou a ser *exportadora* de uma jurisprudência institucionalmente inovadora, que assegurasse o cumprimento de decisões ambiciosas na tutela de direitos.

A Corte Constitucional da Colômbia, inclusive, é usualmente apontada como principal exemplo de decisões estruturantes no âmbito de direitos socioeconômicos. A utilização de técnicas desta natureza se deu, por exemplo, em relação à situação da Defensoria Pública no país,²⁷³ questões previdenciárias da carreira docente,²⁷⁴ o superlotamento do sistema carcerário²⁷⁵ e, no caso mais célebre, na declaração do estado de coisas inconstitucional em relação aos deslocamentos forçados decorrentes do narcotráfico.²⁷⁶

Da mesma forma, a Corte Constitucional Sul-africana, para além do já citado caso *Grootboom*, passou a atuar ativamente contra o legado econômico do Apartheid,²⁷⁷ sobretudo no que diz respeito a direitos relativos à saúde e à seguridade social.²⁷⁸

O legado das decisões estruturantes nestes contextos não deve ser aferido tão somente a partir de seu êxito na resolução do caso concreto que as circunda. Provimentos desta complexidade tem, por consequência, efeitos também complexos e que assim devem ser apreendidos.

As decisões estruturantes poderiam ser desacreditadas a partir de argumentos tais quais o fato de a Colômbia continuar a ser o país com mais deslocados internos no mundo²⁷⁹ ou o fato de Irene Grootboom – o indivíduo por detrás do caso que chegou à Corte – ter morrido enquanto ainda morava em um

²⁷² RODRÍGUEZ-GARAVITO, César; RODRÍGUEZ-FRANCO, Diana. **Cortes y cambio social...**, p. 10.

²⁷³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. **Sentencia T-590/98** (1998)

²⁷⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. **Sentencia SU-559/97** (1997)

²⁷⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA **Sentencia T-158/08** (2008)

²⁷⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. **Sentencia T-025/04** (2004)

²⁷⁷ SUNSTEIN, Cass. Social and Economic Rights? Lessons from South Africa..., p. 5.

²⁷⁸ LANDAU, David. The Reality of Social Rights Enforcement..., p. 196.

²⁷⁹ CNN EN ESPAÑOL. **Colombia vuelve a ser el país con más desplazados internos del mundo**. 24 de maio de 2017. Disponível em <goo.gl/R5uxfY>. Acesso em: outubro de 2017.

casebre miserável.²⁸⁰ Estas abordagens, ainda que não possam ser ignoradas na avaliação destes instrumentos, não encerram a discussão.

Junto dos efeitos materiais diretos (relativos à resolução do caso concreto), há efeitos simbólicos e indiretos. As decisões estruturantes, mais que outros provimentos jurisdicionais, definem o problema atacado como uma violação de direitos humanos e fundamentais, instam a opinião pública contra esta violação, demonstram a urgência e gravidade do problema e mobilizar a sociedade civil acerca da questão.²⁸¹

O que de mais relevante se pode extrair dos provimentos estruturantes no âmbito do constitucionalismo emergente é a racionalidade que fundamenta a atividade jurisdicional e os efeitos decorrentes desta racionalidade. A Corte deve atuar não apenas de forma acautelatória na tutela de direitos, mas também deve promovê-los. Sendo assim, estas decisões não devem almejar apenas a solução do caso concreto (efeitos materiais diretos), mas também efeitos indiretos e simbólicos decorrentes de litígios desta natureza.

A jurisdição constitucional brasileira já atua de forma ampla na tutela jurisdicional de direitos socioeconômicos. O que se propõe é que a esta realidade já existente se some a experiência estruturante vivenciada em outros constitucionalismos emergentes.

Conforme demonstrado em outra oportunidade,²⁸² a jurisdição constitucional brasileira, especificamente o STF, já é aberta ao diálogo com outras Cortes. Entretanto, este diálogo se dá de forma extremamente seletiva, condicionado por dois fatores: (i) a origem do precedente estrangeiro citado, sendo estes, quase em sua totalidade, provenientes da Suprema Corte dos Estados Unidos e do Tribunal Constitucional Alemão; e (ii) a função do precedente estrangeiro na deliberação, servindo este, no mais das vezes, enquanto elemento decorativo e mero reforço de argumentação para uma decisão já tomada anteriormente.²⁸³

²⁸⁰ MAIL GUARDIAN. **Grootboom dies homeless and penniless**. 08 de agosto de 2008. Disponível <goo.gl/iop4Dy>. Acesso em: outubro de 2017.

²⁸¹ Os efeitos para além dos materiais e diretos são identificados sobretudo por César Rodriguez Garavito, Cf. RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. **Beyond the Courtroom...**

²⁸² Cf. SCHINEMANN, Caio César Bueno. 'Estado de Coisas Inconstitucional' e diálogo no Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito do Estado em Debate**. Curitiba: PGE/PR v. 7, 2016.

²⁸³ No mesmo sentido, TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 127-128.

Um ponto de partida para o adequado desenvolvimento das decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira é sua abertura para o diálogo com outras jurisdições. Isto se torna especialmente relevante quando a troca se dá com jurisdições nas quais, diante de contextos sociais similares, os provimentos estruturantes já foram utilizados.

O acima exposto circunscreve a jurisdição constitucional brasileira em um local definido no que concerne à discussão acerca das decisões estruturantes. Partindo destas premissas, passa-se à proposição, em termos mais pragmáticos, do modo pelo qual as decisões estruturantes operariam na jurisdição constitucional brasileira.

4.2 DECISÕES ESTRUTURANTES NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: PARÂMETROS, FUNDAMENTOS LEGAIS E POTENCIALIDADES

Um primeiro ponto a se considerar quanto às decisões estruturantes na jurisdição brasileira é que, inclusive do ponto de vista da legislação positiva, estas não são novidades. O regime de recuperação e falência de empresas, o poder normativo do Juiz trabalhista e a intervenção do CADE no domínio econômico preenchem, em maior ou menor grau, a noção de reforma estrutural proposta por Owen Fiss.

Entretanto, estas previsões têm por destinatários atores sociais eminentemente privados. Alheia a esta perspectiva, a proposição deste estudo foi a adoção de provimentos desta natureza *(i)* em face do Estado; e *(ii)* para resolução de questões constitucionais, especialmente relacionadas a direitos fundamentais. Tratam-se, assim, de *decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira*.

As decisões estruturantes permitiriam a reestruturação de institutos estatais, dando significado aos valores constitucionais, em especial a partir de sua utilização como instrumento que obsta e contínua e reiterada omissão do Estado na proteção e promoção de direitos.

Como ponto de partida, são dois os princípios gerais que devem circundar toda a discussão acerca das decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: subsidiariedade e proporcionalidade.²⁸⁴

As decisões estruturantes são uma exceção ao regime tradicional de separação de poderes e por isso devem ser vistas de forma subsidiária. Esta subsidiariedade se dá em dois aspectos: externo e interno.

Do ponto de vista externo, busca-se provimentos desta natureza apenas quando os mecanismos políticos ordinários falharam de forma reiterada. Notadamente, quando a promoção de direitos por meio de políticas públicas oriundas do Executivo e do Legislativo não funciona ou quando se percebe a ausência de vontade política em concretizá-las.

Do ponto de vista interno à decisão, a subsidiariedade se manifesta na primazia dos mecanismos dialógicos e flexíveis de implementação da decisão em detrimento dos mais gravosos. As intervenções mais profundas nas demais esferas de poder só serão legítimas acaso precedidas de tentativas de solução mais brandas e voltadas à busca do consenso.

O segundo princípio geral é a proporcionalidade.²⁸⁵ Ainda que em geral não o seja, este deveria ser fator balizador de qualquer decisão, estruturante ou não, que se dê contra o Poder Público. Isto porque, ao fim e ao cabo, a execução contra a Fazenda encontra satisfação no dinheiro público, fruto da arrecadação dos contribuintes.

Estabelecer que decisões estruturantes devem ser proporcionais significa que, por mais complexo que seja o problema enfrentado, a decisão deve impor obrigação passíveis de serem cumpridas e em período de tempo razoável. O Juiz deve ponderar sobre as consequências do provimento que está concedendo, sobretudo naquilo que afeta a promoção de direitos fundamentais por outras medidas já existentes.

²⁸⁴ Estas duas características foram extraídas do proposto em ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 225, 2013.

²⁸⁵ O conceito de proporcionalidade aqui adotado é o proposto por Virgílio Afonso da Silva, segundo o qual (1) trata-se de princípio estruturalmente traduzido em seus três subitens (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito); (2) Nem sempre é necessária a aplicação concomitante de todos os subitens, mas estes guardam uma relação de subsidiariedade, conforme ordem anteriormente apresentada; (3) A proporcionalidade não possui fundamento exposto em dispositivo legal, mas decorre da estrutura dos direitos fundamentais enquanto mandamentos de otimização. Cf. SILVA, Virgílio. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais** 798, p. 23-50, 2002.

Partindo destas noções gerais, que devem orientar toda a compreensão da temática, os itens a seguir delineiam de modo mais preciso os contornos a serem assumidos pelas decisões estruturantes. Serão abordados (i) a competência preferencial para prolação e execução destas decisões; (ii) o fundamento processual da fase de conhecimento e execução; e (iii) a noção ampliada de contraditório e representação que deve orientar este processo.

4.2.1 A COMPETÊNCIA JURISDICIONAL PARA PROLAÇÃO E EXECUÇÃO DA DECISÃO ESTRUTURANTE: AMPLIAÇÃO DA CADEIA DECISÓRIA

Ao propor estudo sistemático acerca daquilo que denominou *medidas estruturantes*, Marco Félix Jobim propôs o Supremo Tribunal Federal como local adequado para a tomada de decisões deste caráter na jurisdição constitucional brasileira. Por consequência, também caberia ao STF implementá-las.²⁸⁶

A razão para tanto seria a complexidade inerente a decisões desta natureza. A reestruturação de organismos sociais, dado o amplo conflito de interesses que pressupõe, demandaria a solução da controvérsia mediante controle concentrado de constitucionalidade.²⁸⁷ A admissão de provimentos desta natureza pela via difusa se daria a nível de exceção, e sempre de forma a tornar possível sua objetivação em decisão final do Supremo Tribunal Federal.²⁸⁸

O que aqui se defende não coaduna com essa perspectiva. Propõe-se que, apesar de o STF ser um fórum possível de discussão dos processos estruturantes, não é o preferencial.

É evidente que a maioria, se não a totalidade, das decisões estruturantes serão impugnadas via recurso extraordinário e chegarão ao STF. Primeiro, porque o Estado é recorrente contumaz e o maior cliente do STF pela via difusa.²⁸⁹ Segundo, porque provimentos de caráter estruturante trazem *ínsitos questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que*

²⁸⁶ JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes:** da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 165.

²⁸⁷ JOBIM, Marco Félix. *Ibidem*, p. 165-168.

²⁸⁸ Faz-se referência à objetivação do controle de constitucionalidade difuso por meio de instrumentos inerentes a este no âmbito do Supremo Tribunal Federal, quais sejam, a afetação de recurso extraordinário pelo regime de repercussão geral e a aprovação de súmulas vinculantes.

²⁸⁹ FALCÃO, Joaquim et al. **II Relatório Supremo em números:** o Supremo e a Federação. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2013, p. 60.

*ultrapassem os interesses subjetivos do processo*²⁹⁰ e, portanto, cumprem o requisito de repercussão geral para conhecimento de recurso extraordinário.

Apesar desta aparente inevitabilidade de apreciação da questão pelo Supremo Tribunal Federal, esta se dará eminentemente pela via recursal. O que se defende é que o controle de constitucionalidade estrutural não se dê *originariamente* no STF, mas, *preferencialmente*, nos graus ordinários de jurisdição.

A primeira razão para que se sustente esta preferência é a longa instrução processual à qual os processos estruturantes devem se submeter. Conforme se demonstrará, a legitimidade da decisão estruturante depende, em grande medida, da ampla participação social no processo a partir de uma noção substancial de contraditório, própria dos processos coletivos. Isto se daria de modo dificultado do STF.

Enquanto Corte de vértice, o STF não possui prática ou estrutura para lidar com instrução processual que vá além do usualmente praticado no controle concentrado de constitucionalidade – o que, no mais das vezes, se resume a algumas sustentações orais e, quando muito, a convocação de audiências públicas.

O segundo fator a ser considerado diz respeito ao volume de trabalho enfrentado pelo STF. Decisões estruturantes pressupõem processos complexos e, conseqüentemente, custosos, do ponto de vista dos recursos humanos e financeiros do Judiciário. Seria contraproducente submeter ao STF, que já enfrenta vertiginoso acúmulo de processos, pedidos desta natureza.

Diante destas circunstâncias, pleitos que pretendam provimentos de caráter estruturantes devem, preferencialmente, ser apresentados perante os Juízos de 1º grau, no âmbito da Justiça Estadual ou Federal. A definição do Juízo competente, por óbvio, deve considerar a natureza do objeto litigado e a responsabilização estatal que recai sobre este.

Sendo estas decisões objeto de recurso, os Tribunais Estaduais e Regionais Federais continuam fóruns de discussão mais adequados que o STF. Enquanto última instância legitimada a fazer juízo de valor sobre as provas dos autos no procedimento ordinário, as Cortes de 2º Grau possuem muito mais

²⁹⁰ Trata-se da definição de repercussão geral atribuída pelo art. 1.035, § 1º, do Código de Processo Civil.

familiaridade com a instrução probatória que aqui se coloca como condição necessária.

A complexidade inerente aos processos estruturantes não infere na impossibilidade de apreciação destes pela jurisdição ordinária. Ao contrário, do ponto de vista pragmático, é preferível que o objeto destas demandas seja previamente delimitado de acordo com a competência territorial.

Não se nega, por exemplo, que a ausência de acesso ao saneamento básico é um problema, em maior ou menor grau, verificável em todo o país.²⁹¹ Ainda assim, é preferível que os processos estruturais com este objeto sejam delimitados em Municípios e Estados, ainda que com a indicação da União no polo passivo, em lugar da proposição de uma única ação exageradamente ampla no STF.

Em determinados casos, a delimitação do objeto do litígio inferirá, necessariamente, na competência do STF. Isto pode se dar tanto pela impossibilidade de delimitação do pleito – por exemplo, a ADPF 347, em que o pedido referente à realização de audiências de custódia deveria vincular todas as esferas de jurisdição, o que só poderia ocorrer mediante decisão do STF –, como em razão de expressa previsão de competência do STF – por exemplo, pleitos que envolvam a disputa entre Estados e que serão submetidos originariamente ao STF (art. 102, I, ‘f’ da Constituição).

Exatamente por isso, o que se estabeleceu até o momento foi a *preferência* aos graus ordinários de jurisdição, e não a limitação dos provimentos de caráter estruturante a estes. De toda forma, mesmo nos casos em que a competência para conhecimento originário da ação seja do STF, continua a se defender que as decisões estruturantes não devem se encerrar nesta Corte.

Ainda que a prolação de decisão se dê no âmbito do STF, a competência para execução da mesma deve ser declinada aos Tribunais ordinários ou Juízos de 1º grau, a depender de análise do caso concreto.

Trata-se de uma ampliação da cadeia decisória no âmbito da tutela executiva que Sérgio Cruz Arenhart denomina “provimentos em cascata”.²⁹² Este

²⁹¹ Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. Sanitation rights, public law litigation and inequality: a case study from Brazil. **Harvard Health and Human Rights Journal**, n. 2, vol. 16, 2014.

²⁹² ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 225, 2013, p. 392.

entendimento é compartilhado por Emilio Peluso Meyer, que, em uma análise crítica acerca do estado de coisas inconstitucional na jurisdição brasileira, afirmou que “mais adequado seria que essa fiscalização [da implementação da decisão] fosse feita de modo difuso e que a coordenação dos trabalhos não recaísse sobre o STF, aumentando mais uma vez suas competências”.²⁹³

Adotar provimentos em cascata significa dizer que o processo decisório dos processos estruturantes se prolonga no tempo. Há, em geral, uma primeira decisão, que se limitará a criar “o núcleo da posição jurisdicional sobre o problema”,²⁹⁴ de forma genérica, abrangente e, no mais das vezes, com cunho principiológico.

A esta primeira decisão se seguem outras diversas decisões mais específicas, nas quais se busca de modo mais direto a implementação da tutela pretendida. Constitui-se, assim, uma “ampla cadeia de decisões, que implicarão em avanços e retrocessos no âmbito de proteção inicialmente afirmado, de forma a adequar, da melhor forma viável, a tutela judicial”.²⁹⁵

Nos termos propostos por Owen Fiss, ainda na década de 1970, esta ampliação da cadeia decisória implica dizer que “a execução de uma decisão estruturante tem um começo, talvez um meio, porém não tem fim – ou quase não tem fim”.²⁹⁶

Esta ampla cadeia decisória pode se prolongar significativamente no tempo.²⁹⁷ É por isso que se propõe que, mesmo nos casos em que a decisão inicial seja proferida pelo STF, a execução seja declinada aos Juízos ordinários competentes para tanto.

Instituir uma ampla cadeia decisória significa também estabelecer a jurisdição fiscalizatória já apontada quando se explicitou o caráter necessariamente dialógico das decisões estruturantes. Nos termos propostos

²⁹³ MEYER, Emílio Peluso Neder. **Decisão e jurisdição constitucional**: críticas às sentenças intermediárias, técnicas e efeitos do controle de constitucionalidade em perspectiva comparada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 210.

²⁹⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 225, 2013, p. 392.

²⁹⁵ Idem.

²⁹⁶ FISS, Owen. Uma nova forma de justiça..., p. 42.

²⁹⁷ VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural**: o controle jurisdicional de decisões política. Salvador: JusPodvm, 2013, p. 229.

por César Garavito, as decisões estruturantes pressupõem uma declaração de direitos forte, remédios flexíveis e monitoramento forte.²⁹⁸

Nestas condições, a constituição de uma cadeia decisória ampla, com o monitoramento do cumprimento destas decisões, possibilita ao Juiz, diante das circunstâncias do caso concreto, a adequação do instrumental utilizado para implementação da decisão.

4.2.2 A PERMEABILIDADE DA DEMANDA E A ATIPICIDADE DAS MEDIDAS EXECUTIVAS

A lógica individualista do processo civil tradicional permite que o legitimado a propor a ação – o qual, em uma perspectiva individual, é o titular do direito material – disponha de parcela de seu direito. Por isso, o Juiz deve julgar estritamente de acordo com o que foi pleiteado, a despeito de o pedido abarcar ou não a totalidade do direito material discutido.

Estas noções se consubstanciam no princípio da demanda²⁹⁹ e no princípio da adstrição.³⁰⁰ A atuação jurisdicional é, desde seu início, limitada ao teor da petição inicial, o que restringe as possibilidades de atuação do Juiz.

Estas noções acabam sendo indevidamente reproduzidas nas ações coletivas. Sérgio Cruz Arenhart identifica a plena incidência do princípio da demanda ao processo coletivo, o que pode gerar o perverso efeito de que o pleito levado a Juízo contrarie a vontade da coletividade ou o interesse do grupo representado.³⁰¹

As decisões estruturantes, a partir da concepção renovada de processo coletivo que se erigiu, não podem reproduzir este equívoco. Um pedido mal formulado ou a atuação irregular do legitimado ativo da ação coletiva não pode gerar uma decisão desfavorável a toda uma coletividade titular do direito fundamental em questão.

²⁹⁸ RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. **Texas Law Review**, vol. 89, 2011, p. 1675.

²⁹⁹ **CPC/15. Art. 2º.** O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.

³⁰⁰ **CPC/15. Art. 322.** O pedido deve ser certo.

³⁰¹ ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 427

As demandas de potencial estruturante devem ser vistas de maneira permeável. Com a mitigação das ideias de demanda e adstrição, o Juiz “diante das evidências da insuficiência ou inadequação da tutela pretendida pelo autor na petição inicial, deve extrapolar os limites do pedido”.³⁰²

A possibilidade de mitigar os princípios da demanda e da adstrição decorre do próprio direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, o qual pressupõe a primazia do mérito em relação ao instrumento.³⁰³ O adequado funcionamento da jurisdição reside “na apropriada identificação das necessidades substanciais do que deve ser tutelado em juízo”³⁰⁴ e na prioridade deste direito material em relação às formalidades do processo.³⁰⁵

Esta permeabilidade do processo estruturante em fase de conhecimento deve ser estendida à fase de execução. Mesmo porque o já citado art. 4º do CPC, ao estabelecer a primazia do mérito, inclui neste bojo a atividade satisfativa.

Em verdade, defender a permeabilidade das medidas executivas quando da implementação de decisões estruturantes é, ao menos do ponto de vista dogmático, mais simples. Enquanto a flexibilização do princípio da demanda e da adstrição não encontra respaldo geral em texto de lei, decorrendo de uma interpretação sistemática do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, a atipicidade das medidas executivas é a regra do Código de Processo Civil.

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. propõem que a base normativa da execução das decisões estruturantes decorre da combinação dos artigos 139, IV,³⁰⁶ e 536, § 1º,³⁰⁷ do CPC. Nestes estão inscritas as “cláusulas gerais de

³⁰² ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**: RPC, v. 1, n. 2, p. 211-229, jul./dez. 2015, p. 217.

³⁰³ **CPC/15. Art. 4º.** As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

³⁰⁴ Idem

³⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 185.

³⁰⁶ **CPC. Art. 139.** O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

³⁰⁷ **CPC. Art. 536. § 1º** Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

execução, das quais decorre para o órgão julgador o poder de promover a execução de suas decisões por medidas atípicas”.³⁰⁸

A utilização de medidas executórias atípicas, ainda que fundamento do processo de implementação de decisões estruturantes, deve ser vista com cautela. Jordão Violin manifesta preocupação com a falta de familiaridade do Poder Judiciário com medidas coercitivas atípicas, que, “se já são um problema no âmbito privado, podem tornar-se verdadeiro pesadelo em matéria de políticas públicas”.³⁰⁹

No âmbito dos processos estruturantes, as medidas de implementação da decisão podem ser classificadas em dois grandes grupos: as medidas dialógicas e as medidas coercitivas. As medidas dialógicas são aquelas em que as entidades públicas condenadas são chamadas a fazer parte, de modo ativo, da implementação da decisão.

É exemplo de medida dialógica a convocação do próprio órgão estatal para elaboração do plano de implementação da decisão³¹⁰ e, a partir do monitoramento por parte da jurisdição fiscalizatória, a manutenção deste diálogo para a flexibilização e adequação das medidas a serem tomadas.

Esses são os meios de execução menos invasivos e os quais tem primazia na implementação da decisão. Não se verificando efeitos relevantes a partir destas medidas dialógicas, passa-se, subsidiariamente, às medidas coercitivas.

A imposição de medidas coercitivas nos processos estruturais deve levar em consideração um parâmetro básico de qualquer tutela executiva, qual seja, a concretização da atividade satisfativa de modo a causar o menor gravame possível ao réu.³¹¹ Isto é especialmente pertinente quando o réu é o Estado, considerando que a condenação recairá sobre o orçamento público, e não sobre bens privados.

³⁰⁸ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Notas sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 363.

³⁰⁹ VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural**: o controle jurisdicional de decisões política. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 229.

³¹⁰ É o caso da judicialização das vagas do ensino infantil no Município de São Paulo, conforme o próximo item.

³¹¹ **CPC. Art. 805**. Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado.

No âmbito dos provimentos estruturantes, uma medida coercitiva possui especial relevância: o bloqueio de verbas públicas.

Conforme demonstrado anteriormente,³¹² o STJ reconheceu, em julgamento de recurso repetitivo, a possibilidade de bloqueio de verbas públicas em processos relacionados à entrega de medicamentos individuais. Criticou-se a decisão por se tratar da transferência de verbas públicas a particular por meio daquilo que aqui se denominou tutela jurisdicional privada.

Esta situação se altera no âmbito do processo estrutural. Neste caso, o bloqueio de verbas públicas se dará em prol da coletividade, e não de indivíduo único e específico.

Jordão Violin identifica, ainda, outro potencial do bloqueio de verbas: por razões políticas, o Administrador “se vê obrigado a cumprir a decisão judicial caso queira voltar a realizar obras que incrementem a sua popularidade e não estejam relacionadas a direitos assegurados pelo ordenamento”.³¹³

Não se está aqui defendendo o uso contínuo e reiterado do bloqueio de verbas públicas, medida bastante gravosa e a qual intervém de forma direta na esfera de atuação dos demais poderes. Conforme já mencionado, a proporcionalidade é um princípio geral das decisões estruturantes e deve ser plenamente observada na sua implementação.

O que aqui se defende é, em verdade, mais restritivo do que prática atualmente observada na jurisprudência brasileira. Com a decisão do STJ, é bastante comum – para não dizer corriqueiro – o bloqueio de verbas públicas para o atendimento de direitos de cunho prestacional,³¹⁴ quase que unicamente no âmbito individual-privado. O que aqui se defende é a limitação deste mecanismo aos processos nos quais a tutela jurisdicional pretendida seja pública, nos termos anteriormente propostos.

³¹² Conforme item 3.2.2.

³¹³ VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural**: o controle jurisdicional de decisões política. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 256.

³¹⁴ Apenas a título exemplificativo: TJPR. **Apelação cível nº 1590003-9**. Rel.: Desembargadora Maria Aparecida Blanco de Lima, 4ª Câmara Cível, julgado em 04.04.2017; TRF4. **Agravo de instrumento nº 5015005-37.2014.404.0000**. Rel.: Desembargador Federal Fernando Quadros da Silva, 3ª Turma, julgado em 27 de agosto de 2014.

4.2.3 A REDEFINIÇÃO DO CONTRADITÓRIO E A REPRESENTAÇÃO ADEQUADA NO PROCESSO ESTRUTURANTE

O processo estruturante precisa desenvolver uma noção própria de direito ao contraditório. A compreensão deste como direito de influenciar o convencimento do Juiz, quando transposta a um processo de natureza coletiva, não pode se limitar à atuação do substituto processual. É necessária “a participação de toda coletividade, na medida em que a política pública também se destina a toda ela”.³¹⁵

A noção ampla de contraditório, ainda que não nestes exatos termos, é fator de legitimidade das decisões estruturantes desde sua concepção inicial no proposto por Owen Fiss. Em *Forms of Justice*, o poder conferido ao Judiciário por meio de *injunctions* desta natureza tinha enquanto um de seus elementos fundantes a “ausência de controle total sobre quem devem ouvir e a determinação da oitiva de diversas pessoas e representantes”,³¹⁶ de ambos os polos da demanda.

A legitimidade do provimento estrutural é intrinsecamente ligada a esta noção ampliada de contraditório. O poder decisório do Juiz diante de demandas complexas decorre justamente “do exercício do contraditório, que tende a fornecer a ele todos os dados necessários, mediante profundo debate pelas partes diretamente interessadas”.³¹⁷

A concretização desta perspectiva substancial de contraditório é exemplificada por Sérgio Cruz Arenhart por meio de instrumentos tais quais a convocação de audiências públicas, os *amici curiae* e a participação de técnicos especialistas no tema objeto da demanda.³¹⁸ Estes instrumentos materializam o abandono da tradicional posição de superioridade interpretativa do Poder Judiciário para dar lugar a um diálogo aberto com os demais ramos políticos e com o povo.³¹⁹

³¹⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**: RPC, v. 1, n. 2, p. 211-229, ACP, p. 219.

³¹⁶ FISS, Owen. The forms of justice... p. 34.

³¹⁷ VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural**: o controle jurisdicional de decisões política. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 146.

³¹⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. *Ibidem*. p. 220.

³¹⁹ GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 175.

Da mesma forma, a admissão de *amicus curiae* e designação de audiências públicas rompe com a noção tradicional da intervenção de terceiros no processo,³²⁰ notadamente pensada para os conflitos individuais e privados.

Este é, inclusive, um dos fatores pelos quais não se pode falar, abstratamente, em uma superioridade do controle concentrado de constitucionalidade em relação ao difuso. O que outrora eram mecanismos próprios das ações do controle abstrato foram, sobretudo a partir do Código de Processo Civil de 2015, ampliados para todas as esferas processuais.

Isto pode ser resumido na noção de que a legitimidade processual das decisões estruturantes é proporcional à qualidade do debate que a antecedeu.³²¹ Especialmente nestes casos, há interesse público por detrás de um efetivo exercício do contraditório e da adequada representação dos direitos supraindividuais em juízo.³²²

Mesmo porque, ao contrário do processo individual, o conflito estrutural não diz respeito tão somente a dois polos de interesses contrapostos. A racionalidade destes conflitos é diversa: trata-se de um “processo multipolar”,³²³ nos quais, superando a lógica bipolarizada, são formados diversos núcleos de interesses, muitas vezes antagônicos, acerca do objeto do litígio.³²⁴

Mais do que a mera defesa de uma posição unilateral, o processo estrutural deve se tornar “palco de negociações e de debates prospectivos, procurando uma regulação razoável”³²⁵ para a problemática que se busca sanar.

Estas concepções podem ser resumidas naquilo que Edilson Vitorelli descreve como “modelo de processo *town meeting*”.³²⁶ O Juiz toma a direção do processo de modo a fomentar o diálogo passível de se estender à parcela da

³²⁰ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Notas sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 363.

³²¹ VIOLIN, Jordão. *Ibidem*, p. 146.

³²² VIOLIN, Jordão. *Ibidem*, p. 267.

³²³ ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017.

³²⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. *Ibidem*, p. 424.

³²⁵ OSNA, Gustavo. Nem “tudo”, nem “nada” – decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 184.

³²⁶ VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

sociedade impactada e aos órgãos administrativos e/ou legislativas cuja responsabilização se objetiva.³²⁷

Observar o processo estrutural por meio deste filtro do contraditório amplo também infere no controle da representação processual adequada. O direito positivo brasileiro, no âmbito da regulação do processo coletivo, optou por dar ampla legitimidade a instituições muitas vezes afastadas da controvérsia – como o Ministério Público, a Defensoria Pública e os entes federativos. Isto pode gerar o que Sérgio Cruz Arenhart define como um “processo ‘descolado’ da realidade”.³²⁸

Não se está sugerindo a reforma da legislação para exclusão de qualquer um dos legitimados no âmbito das ações coletivas. O que se quer dizer é que, especialmente nos casos em que forem estes os autores das ações coletivas, torna-se absolutamente imprescindível possibilitar a ampla participação dos interessados na demanda.

Em processos nos quais se busca conciliar uma ampla gama de interesses distintos, o Juiz precisa ter acesso às mais diversas compreensões da problemática impugnada. Apenas se respeitados estes parâmetros é que a decisão encontrará legitimação do ponto de vista democrático.

4.3 A JUDICIALIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO INFANTIL NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO ENQUANTO PARADIGMA DE DECISÃO ESTRUTURANTE NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

As decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira foram apresentadas neste estudo por um viés prospectivo. Ou sejam, foram compreendidas como uma proposta, e não como fenômeno já corrente no cenário jurídico brasileiro.

Não há, de fato, uma ampla utilização de instrumentos deste gênero na jurisdição constitucional brasileira. Se o próprio processo coletivo e o controle da inconstitucionalidade por omissão ainda são temas incipientes, o viés estruturante do processo é ainda menos desenvolvido.

³²⁷ Idem.

³²⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. *Ibidem*, p. 426.

De toda forma, mesmo que pontuais, há exemplos de decisões desta natureza na jurisprudência brasileira. A ação civil pública do carvão,³²⁹ a medida cautelar na ADPF 347,³³⁰ e uma série de litígios envolvendo prestações ligadas ao saneamento básico,³³¹ são todos, em maior ou menor grau, exemplos de decisões estruturantes nos termos aqui propostos.

Dentre os pontuais casos concretos existentes na jurisprudência brasileira, a fim de dar perspectiva prática ao que foi proposto por um viés teórico, elegeu-se a judicialização da educação infantil no Tribunal de Justiça de São Paulo enquanto exemplo proeminente de provimento jurisdicional de caráter estruturante.³³²

A escolha deste caso em específico se deu em razão da adequação do disposto na decisão em relação ao que se defendeu neste estudo. O julgado do TJSP (i) tutela um direito prestacional, a disponibilização de vagas em creche; (ii) é um processo coletivo; (iii) tem enquanto objeto um bem de natureza pública; (iv) expressamente o controla a omissão estatal pela via difusa e por instrumento atípico; (v) contou com amplo diálogo entre os poderes instituídos e a sociedade civil; (vi) relativizou pressupostos clássicos do processo civil, notadamente a noção de demanda e adstrição; (vii) estabeleceu jurisdição fiscalizatória; e (viii) criou grupos extrajudiciais para o monitoramento da decisão.

Estas características, todas elas discutidas do ponto de vista teórico e elencadas enquanto pressuposto dos provimentos de caráter estruturante, fazem desta uma decisão paradigmática no âmbito dos processos estruturantes na jurisdição constitucional brasileira.

³²⁹ Trata-se da Ação Civil Pública nº 93.80000533-4 e seus incidentes, em trâmite perante a Vara Federal de Criciúma, Justiça Federal de Santa Catarina. Sobre o tema, Cf. ARENHART, Sergio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**: RPC, v. 1, n. 2, p. 211-229, jul./dez de 2015.

³³⁰ Trata-se da ação que pretendeu a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional acerca do sistema carcerário brasileiro. Cf. STF. **Medida cautelar na ADPF 347**. Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, julgado em 09.09.2015.

³³¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Sanitation rights, public law litigation and inequality: a case study from Brazil. **Harvard Health and Human Rights Journal**, n. 2, vol. 16, 2014, p. 35-46.

³³² A proposta desta decisão enquanto exemplo paradigmático de provimento jurisdicional de caráter flexível e dialógico foi extraída do exposto por Daniel Sarmiento, Cf. SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 246.

O Tribunal de Justiça de São Paulo julgou apelação decorrente de ação civil pública³³³ promovida pela Associação Ação Educativa Assessoria Pesquisa e Informação e outras entidades não-governamentais ligadas à educação. O pleito autoral se dividia em dois pedidos principais: (i) que o Município de São Paulo construísse creches para o atendimento de 736 crianças; (ii) que fosse apresentado um plano para ampliação de vagas na educação infantil municipal.

De acordo com a classificação anteriormente proposta, o pedido originário da ação civil pública pode ser classificado como (i) pleito de tutela jurisdicional coletiva privada, naquilo que concerne à disponibilização de vagas para 736 crianças determinadas; e (ii) pleito de tutela jurisdicional pública, no que concerne ao pedido de apresentação do plano de ampliação de vagas.

Em 1º Grau, a ação foi extinta sem resolução de mérito, sob a alegação genérica de impossibilidade jurídica do pedido. De acordo com a sentença, o Poder Judiciário não poderia intervir na esfera de discricionariedade do Poder Executivo, o que tornaria a ação inócua.

Os autores apelaram e os autos foram recebidos pela Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo. Neste ponto, os contornos assumidos pela demanda vão paulatinamente transformando o que poderia ser mera ação coletiva comum em um processo estruturante.

De início, o Relator converteu o feito em diligência e convocou audiência pública para discutir a demanda. A audiência pública foi realizada em agosto de 2013, sendo ouvidas mais de 45 pessoas, dentre representantes da sociedade civil, advogados, defensores públicos, procuradores do Município, especialistas em educação e a população diretamente interessada no tema: pais e mães.

Ao fim da audiência pública, o Relator fixou enquanto de especial relevância os seguintes pontos: (i) a judicialização individual das vagas em creche prejudica as ordens estabelecidas em filas de espera, causa transtornos à Administração e viola a isonomia dos que não buscaram a tutela jurisdicional; (ii) os cálculos periciais apresentados demonstraram o déficit de 150 mil vagas de creche no Município; (iii) o plano do Município para os próximos quatro anos não supriria o déficit indicado; (iv) havia discrepância entre as regiões da cidade, com falta de vagas expressiva em determinadas localidades; e (v) a discussão

³³³ TJSP. **Apelação nº 0150735-64.2008.8.26.0002**, Câmara Especial, Rel. Des. Walter de Almeida Guilherme, julgado em 16.12.2013.

acerca do número de vagas não deveria ignorar a qualidade do serviço público prestado.

A análise dos pontos fixados em audiência pública, comparando-os com o teor do acórdão, demonstra a importância da audiência pública neste caso. Todos os pontos nela suscitados foram expressamente tratados no acórdão e, sendo assim, tiveram influência direta na decisão dos Desembargadores.

O acórdão foi proferido em dezembro de 2013. A decisão condenou o Município de São Paulo a (i) criar 150 mil novas vagas em creches e pré-escolas entre os anos de 2014 e 2015, de forma a eliminar a lista de espera existente ao tempo da decisão, sendo 50% dessas vagas criadas nos primeiros 18 meses a partir da decisão; (ii) apresentar, em 60 dias, plano para ampliação das vagas em questão; e (iii) apresentar, semestralmente, relatórios acerca das medidas tomadas para cumprimento da decisão.

Seguindo a caracterização desta decisão enquanto provimento de caráter estruturante, há uma clara mitigação ao princípio da adstrição. A decisão foi além do pedido formulado na inicial e estabeleceu objeto controvertido amplo e genérico: discutiu-se, no acórdão, “imposição da obrigação de fazer à Administração, a fim de que sejam satisfeitos direitos conferidos às crianças pela Constituição Federal e pelo ECA”.³³⁴

A partir do ponto controvertido, a decisão se apoiou na hermenêutica própria dos direitos fundamentais para sustentar a condenação do Município. Em clara contraposição à sentença recorrida, foi estabelecida a possibilidade de gerência por parte do Poder Judiciário em face dos demais poderes do Estado a fim de “garantir os direitos subjetivos dos jurisdicionados”.³³⁵

Ainda que, neste caso, a adoção do conceito de “direito subjetivo” não tenha influenciado o resultado final do julgamento, entende-se que seria mais adequado, ao menos do ponto de vista teórico, fundamentar os direitos ali tutelados sob o ponto de vista coletivo, considerando o caráter público do provimento jurisdicional concedido.

Neste mesmo sentido, a decisão, que se vale amplamente da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do próprio Tribunal de Justiça de São Paulo acerca do acesso ao ensino infantil, perdeu a oportunidade de

³³⁴ TJSP. *Ibidem*, fl. 8 do acórdão.

³³⁵ TJSP. *Ibidem*, fl. 12 do acórdão.

estabelecer a distinção entre os precedentes citados e o caso ali analisado: a jurisprudência anterior tratava de pleitos individuais e privados, e não coletivos e públicos como o do caso.

Em que pese estas pontuais discordâncias com a fundamentação, a mitigação do princípio da adstrição pelo TJSP se deu de modo adequado. Conforme já mencionado, o pleito da ação civil pública possuía pedido de viés privado (disponibilização de vagas para 736 crianças determinadas) e de viés público (formulação de plano para ampliação de vagas no Município).

O acórdão se limitou ao pedido de viés público, o que privilegia a isonomia e minora os efeitos prejudiciais da judicialização privada. Além disso, atuando de modo mais amplo em relação ao pleiteado, deu contornos muito mais sensíveis à obrigação estatal no cumprimento da decisão condenatória, com a delimitação específica dos pontos a serem observados pelo Estado.

Quanto ao potencial dialógico e à flexibilidade da decisão do TJSP, é possível se falar na moderação das soluções adotadas. Ainda que, em um primeiro momento, a decisão possa ser vista enquanto bastante abrupta ao estabelecer de modo taxativo o número de vagas a ser criado e dar detalhes acerca da política a ser formulada, a decisão “não estabeleceu remédios para o caso de descumprimento, deixando em aberto a possibilidade de estabelecer soluções para o caso de descumprimento ao longo do monitoramento”.³³⁶

O monitoramento da decisão também seu caráter estruturante. Isto se dá por duas razões: (i) houve a manutenção da jurisdição fiscalizatória, com a obrigatoriedade de apresentação de relatórios periódicos em Juízo; e (ii) foi criado Comitê extrajudicial, composto por Desembargadores, advogados, defensores públicos e representantes da sociedade civil para monitoramento do cumprimento da decisão.

A implementação da decisão, nesta medida, não perpassou pelos instrumentos tradicionais de execução. Conforme sintetiza Luiza Andrade Corrêa, “o Poder Judiciário funcionou como uma figura mais parecida com um

³³⁶ CORRÊA, Luiza Andrade. **A judicialização da política pública de educação infantil no Tribunal de Justiça de São Paulo**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, p. 104.

articulador, estimulando o diálogo e promovendo soluções alternativas sem que fossem impostos remédios fortes”.³³⁷

Em fevereiro de 2017, decorrido o prazo final para cumprimento da decisão, foi convocada audiência pública para avaliação dos resultados alcançados. Esta foi realizada em junho de 2017.

Identificou-se que o Município cumpriu apenas parcialmente a decisão, com a abertura de 89.249 vagas a partir de 2014. Com a abertura de novas rodadas de diálogo entre os atores envolvidos, na tentativa de estabelecer conciliação, alcançou-se a celebração de acordo entre o Município e as entidades envolvidas na ação.

Mais uma vez, enquanto exemplo claro a denotar o caráter estruturante da decisão, o acórdão do TJSP foi flexibilizado e, por meio deste acordo, dilatou-se o prazo para cumprimento, mas também foi ampliado o número de vagas a ser criado.

Estabeleceu-se a obrigação de criar 85.500 vagas em creches até 31 de dezembro de 2020.³³⁸ O cumprimento do acordo continua sob monitoramento de jurisdição fiscalizadora e do Comitê especial para este fim.

O cumprimento apenas parcial da decisão, que em um primeiro momento poderia ser considerado enquanto sinal de fracasso do provimento, é, em verdade, característica comum e já esperada em decisões estruturantes. Conforme já demonstrado anteriormente, a análise da efetivação de uma decisão deste caráter não perpassa tão somente pela análise de seus efeitos instrumentais diretos, mas também de seus efeitos indiretos e simbólicos.³³⁹

A decisão do TJSP, desta forma, para além da parte dispositiva do acórdão, permitiu um amplo debate sobre direitos fundamentais com o Estado e toda a sociedade, o que influi diretamente na percepção pública dos problemas sociais discutidos. A linguagem própria dos direitos humanos legitima a visão da parcela da sociedade vitimada pela omissão estatal, dando a esta os contornos de urgência e gravidade que lhes são necessários.

³³⁷ CORRÊA, Luiza Andrade. *Ibidem*, p. 106.

³³⁸ A minuta de acordo está disponível em <<https://goo.gl/NVx214>>. Acesso em: setembro de 2017.

³³⁹ RODRÍGUEZ-GARAVITO, César; RODRÍGUEZ-FRANCO, Diana. **Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010, p. 28

5 CONCLUSÃO: A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO CAIXA DE FERRAMENTAS

Com o objetivo de proteger e promover direitos fundamentais, a jurisdição constitucional conta com uma ampla “caixa de ferramentas”,³⁴⁰ que pode (e deve) ter seus instrumentos combinados para além das construções tradicionais. As proposições deste estudo se inserem neste contexto e podem ser sintetizadas nos seguintes termos:

1. A proposta deste trabalho foi estabelecer as decisões estruturantes como instrumento de tutela jurisdicional adequado de direitos prestacionais. Partiu-se de um conceito provisório, posteriormente confirmado, segundo o qual as decisões estruturantes devem ser entendidas como decisões judiciais por meio das quais se busca a reestruturação de determinada organização social ou política pública, com o objetivo de concretizar direitos fundamentais ou interesses socialmente relevantes.
2. A noção de “direitos prestacionais” adotada não corroborou com o entendimento doutrinário dominante, que os concebe como categoria identificável com os “direitos sociais”. Construiu-se uma noção autônoma destes direitos, pautada na ideia de multifuncionalidade dos direitos fundamentais, de modo que o viés prestacional é uma função existente em todo direito fundamental, seja social ou não.
3. No incurso conceitual relacionado à construção da ideia de direitos prestacionais no constitucionalismo brasileiro e da eficácia normativa das normas enunciantoras destes direitos, afigurou-se a existência de dois momentos paradigmáticos. O primeiro foi a classificação tripartite da eficácia das normas constitucionais proposta por José Afonso da Silva, segundo a qual as normas enunciantoras de direitos prestacionais seriam de cunho programático e eficácia limitada.

³⁴⁰ Leonardo Coelho Ribeiro propõe que o direito administrativo deve ser visto como “caixa de ferramentas”. Por meio desta metáfora, afirma-se que, com a congregação de diferentes instrumentos, com capacidades diversas, é possível orientar a seleção, combinação e manejo destas ferramentas no intento de cumprir o objetivo pretendido. Cf. RIBEIRO, Leonardo Coelho. **O direito administrativo como "caixa de ferramentas"**: uma nova abordagem da ação pública. São Paulo: Saraiva, 2016.

4. A teorização proposta por José Afonso da Silva, a partir da sua apreensão pela jurisprudência, levou ao pernicioso efeito de rechaço à possibilidade abstratamente considerada de tutela jurisdicional destes direitos, que perdurou na jurisprudência brasileira até a segunda metade da década de 1990. Esta situação foi paulatinamente se alterando com a superação do conceito de norma constitucional de eficácia limitada, que levou a uma segunda compreensão referente à tutela jurisdicional dos direitos prestacionais.

5. A jurisprudência passou a admitir a possibilidade de extrair diretamente das normas constitucionais enunciadoras de direitos prestacionais fundamento suficiente para que o provimento jurisdicional fosse concedido. Verifica-se uma ampla tendência de afirmação da tutela jurisdicional destes, o que, por sua vez, fez emergir uma nova série de problemáticas.

6. São três as principais críticas suscitadas em relação à atuação do Poder Judiciário na tutela de direitos prestacionais: (i) a judicialização individual viola a isonomia entre os indivíduos em igual situação, em prejuízo daqueles que não tem acesso ao Poder Judiciário; (ii) a judicialização prejudica contas públicas e representa óbice à concretização de políticas universais por parte da Administração; e (iii) o Poder Judiciário não possui capacidade institucional para realizar opções orçamentárias.

7. Na tentativa de fixar critérios a balizar esta atuação jurisdicional, verificou-se que, sob o viés de direito material – ou seja, um critério que diz respeito a quais direitos devem ser protegidos pela via judicial e em que intensidade –, o parâmetro usualmente apontado é o do mínimo existencial. Entretanto, este é um critério insuficiente, pois (i) o conteúdo do mínimo existencial varia conforme o caso concreto; e (ii) a tutela jurisdicional de direitos prestacionais não se limita ao mínimo existencial.

8. Diante da inadequação dos critérios de ordem material, passou-se a propor critérios de ordem processual, no que se inserem as decisões estruturantes.

9. A fundamentação teórica das decisões estruturantes partiu de sua caracterização a partir de três fatores: (i) o caráter coletivo do processo estruturante; (ii) sua caracterização enquanto controle judicial de uma omissão inconstitucional; e (iii) seu caráter necessariamente dialógico.

10. O conceito tradicional de processo coletivo, entretanto, se demonstrou insuficiente para explicar o fenômeno das decisões estruturantes e, por isso, se buscou sua reconstrução. A caracterização do processo coletivo, no âmbito do processo estruturante, não é mais aferida em razão do instrumento processual utilizado e do direito tutelado conforme noções pré-concebidas de direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, mas de acordo (i) com o grau de abstração do beneficiário da decisão; e (ii) com a natureza do objeto sob o qual recai o provimento jurisdicional.

11. Partindo destes dois parâmetros, foram construídas as noções de tutela jurisdicional privada e tutela jurisdicional pública.

12. A tutela jurisdicional privada de direitos fundamentais diz respeito a prestações jurisdicionais de bens jurídicos privados, que serão fruídos por indivíduos únicos ou por uma coletividade determinada. Portanto, pode ser individual ou coletiva, desde que esta coletividade seja determinada ou determinável. O bem jurídico que caracteriza a tutela jurisdicional enquanto privada é aquele de natureza *uti singuli*, ou seja, um bem divisível, cuja fruição individual implica no exaurimento da disponibilidade do bem.

13. O outro ramo da tutela jurisdicional dos direitos fundamentais diz respeito à sua feição pública. Neste caso, o que se pleiteia é um bem que transcende o interesse do legitimado ativo e, quando usufruído, não diminui a sua disponibilidade para os demais cidadãos. Por isso, este tipo de tutela se caracteriza pelo provimento de bem jurídico de natureza *uti universi*.

14. O viés público da tutela jurisdicional pública se divide, ainda, em três sub-ramos: a declaração de inconstitucionalidade de norma em abstrato, a determinação de adoção de política pública geral e a postulação de prestações coletivas concretas.

15. Nos termos propostos neste trabalho, as decisões estruturantes conformam provimentos jurisdicionais de natureza pública, em especial no que concerne à postulação de prestações coletivas concretas.

16. A noção tradicional de omissão inconstitucional também foi revisitada, demonstrando que este é fenômeno mais amplo do que usualmente se concebe. Enquanto a doutrina tradicional reduz a inconstitucionalidade por omissão à ideia de ausência de lei reguladora de normas constitucionais de eficácia limitada, demonstrou-se que, em verdade, esta concepção deve ser entendida de modo

mais amplo, abarcando todas as funções do Estado, em especial a omissão administrativa.

17. No que concerne ao controle jurisdicional da omissão inconstitucional, se demonstrou que esta não se encerra em seus instrumentos típicos de controle, quais sejam, o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Este controle também se dá pela via difusa, incidental e concreta, modo pelo qual as decisões estruturantes usualmente operam.

18. No tocante ao caráter necessariamente dialógico da decisão estruturante, foi demonstrado que ordens dessa natureza devem se dar mediante provimentos flexíveis e dialógicos. Provimentos de conteúdo meramente impositivo tem poucas chances de sucesso, devendo o ente público responsabilizado ser chamado a fazer parte de forma ativa do processo de implementação da decisão.

19. Demonstrou-se a origem da concepção de decisões estruturantes no julgamento do caso *Brown vs. Board of Education* pela Suprema Corte dos Estados Unidos. No entanto, a recepção de provimentos desta natureza pelos constitucionalismos emergentes deu uma nova conformação a estes.

20. Considerando a inserção da jurisdição constitucional brasileira neste constitucionalismo emergente, sustentou-se a imprescindibilidade do estabelecimento do efetivo diálogo com Cortes as quais tenham vivenciado a implementação de provimentos estruturantes ante contextos sociais similares ao brasileiro.

21. A abordagem pragmática das decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira, no intento de operacionaliza-las, partiu de dois pressupostos gerais, os quais devem balizar toda a atividade jurisdicional no âmbito dos processos desta natureza: a subsidiariedade e a proporcionalidade.

22. A subsidiariedade é externa e interna. Externamente, significa dizer que os provimentos de caráter estrutural devem ser utilizados apenas quando os instrumentos ordinários de política e de jurisdição não demonstrarem sucesso na resolução da questão constitucional controversa. Internamente, significa dizer que os meios mais gravosos de implementação da decisão são sempre subsidiários em relação às medidas dialógicas.

23. A proporcionalidade impõe ao Juiz a consideração da adequação e das possibilidades de cumprimento da decisão proferida. Especialmente quando a condenação recai sobre o orçamento público, a decisão deve considerar a

potencialidade de o provimento em questão prejudicar a promoção e proteção de direitos fundamentais que estão sendo levadas a cabo por outras medidas, igualmente dependentes de recursos do Estado.

24. A competência da prolação e execução das decisões estruturantes foi fixada preferencialmente nos graus ordinários de jurisdição. Em que pese o STF seja fórum possível de discussão de provimentos desta natureza, não é o preferencial.

25. As decisões estruturantes impõem, necessariamente, uma ampla cadeia decisória, que se prolonga no tempo. Pela mesma razão, o Juízo deve manter jurisdição fiscalizadora, para prolação de decisões intermediárias e verificação do cumprimento da decisão.

26. Os processos estruturantes impõem a mitigação das noções de demanda e adstrição em seu viés clássico do processo civil. As medidas executivas para implementação destas decisões são atípicas, mas devem observar, nos termos anteriormente propostos, os critérios de proporcionalidade e subsidiariedade.

27. O processo estruturante impõe uma visão renovada e substancial de contraditório e da representação no processo coletivo. A participação da sociedade e do Estado deve ser ampla, de modo que a legitimidade da decisão é intimamente ligada à qualidade do debate que a precedeu.

28. Por fim, demonstrou-se que a decisão do TJSP acerca da judicialização do ensino infantil representa paradigma de decisão estruturante na jurisdição brasileira, ante à conformação desta à maior parte dos pressupostos teóricos erigidos neste estudo.

Voltando ao questionamento que abriu este trabalho, encontrar a resposta que responde “para que servem as decisões judiciais?” é tarefa bastante árdua e passível de análise pelas mais variadas vertentes. Este trabalho, enfim, representa a singela contribuição em relação a um destes vários caminhos: a construção de uma jurisdição constitucional razoável, protetiva e promotora de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 341-345.
- ARENHART, Sérgio Cruz. A intervenção judicial e o cumprimento da tutela específica. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, n. 3, p. 261-276, 2010.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 225, 2013.
- ARENHART, Sergio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado: RPC**, v. 1, n. 2, p. 211-229, jul./dez. 2015.
- ARENHART. Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017.
- ARRUDA ALVIM, Eduardo. Apontamentos sobre o processo das ações coletivas. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coord.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 30ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. 1ª edição, 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista Direito GV**. São Paulo, jan.-jun./2012.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Sanitation rights, public law litigation and inequality: a case study from Brazil. **Harvard Health and Human Rights Journal**, n. 2, vol. 16, 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da class action norte-americana. **Revista de Processo 130**, p. 131–153, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira, (orgs.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil, p. 6-7. Disponível em <goo.gl/FvGBX8>. Acesso em maio de 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris.

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

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1994.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**, vol. 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

CLEVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. In: CLEVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Governo democrático e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CNJ. **Relatório anual do Poder Judiciário - 2016**. Disponível em <goo.gl/Xwyya7>. Acesso em: outubro de 2017.

CNN EN ESPAÑOL. **Colombia vuelve a ser el país con más desplazados internos del mundo**. 24 de maio de 2017. Disponível em <goo.gl/R5uxfY>. Acesso em: outubro de 2017.

CORRÊA, Luiza Andrade. **A judicialização da política pública de educação infantil no Tribunal de Justiça de São Paulo**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA **Sentencia T-158/08** (2008)

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. **Sentencia SU-559/97** (1997)

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. **Sentencia T-025/04** (2004)

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. **Sentencia T-590/98** (1998)

DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. Salvador: JusPodivm, 9ª ed., vol. 4, 2014.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Notas sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017.

DIEESE. **Salário mínimo nominal e necessário**. Disponível em <goo.gl/DRhge>. Acesso em: junho de 2017.

ESTADO DE SÃO PAULO. **Processos por pílula do câncer na USP chegam a 15 mil**. 24.03.2016. Disponível em <goo.gl/VEMgWb>. Acesso em: maio de 2017.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FACHIN, Melina Girardi; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. De fora, de cima e de baixa - todos os sentidos da dignidade no discurso dos direitos. **Revista brasileira de direitos e garantias fundamentais**. Curitiba, v. 2, n. 2, p. 78 -94, jul./dez. 2016.

FALCÃO, Joaquim et al. **II Relatório Supremo em números: o Supremo e a Federação**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2013.

FERNANDES, Eric Baracho Dore. **Omissões inconstitucionais e seus instrumentos de controle: contribuições para o aprimoramento institucional**. Salvador: JusPodivm, 2017.

- FISS, Owen. Models of adjudication. **Caderno Direito GV**, v. 1, n. 8, 2005.
- FISS, Owen. The forms of justice. **Harvard Law Review**, vol. 93, n. 1, 1979.
- FISS, Owen. To make the Constitution a living truth: four lectures on the structural injunction. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017.
- FISS, Owen. Two models of adjudication. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Teoria geral do processo**. Salvador: JusPodivm, 2007.
- FISS, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- FOLHA DE SÃO PAULO. **Doentes graves ganham na Justiça, mas remédios caros travam no SUS**. 16.07.2017. Disponível em < <https://goo.gl/9emkSr> >. Acesso em: julho de 2017.
- FONSECA, Juliana Pondé. **O (des)controle do Estado no judiciário brasileiro**: direito e política em processo. 317 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.
- GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución**. Buenos Aires: Katz, 2014.
- GAZETA DO POVO. **Fosfoetanolamina**: como o populismo aliado à ignorância científica produziu um dos piores momentos da ciência nacional em décadas. 01.06.2017. Disponível em < goo.gl/d3w4xh >. Acesso em: junho de 2017.
- GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. 625 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.
- JELLINEK, Georg. **Teoria general del estado**. 2ª ed., México: Continental, 1958.
- JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 11ª ed., 2015.
- KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 36 n. 144 out./dez. 1999.

LANDAU, David. The reality of social rights enforcement. **Harvard International Law Journal**, vol. 53, n. 1, 2012.

LOREZENTTO, Bruno Meneses. KENICKE, Pedro Henrique Galloti. **Relação dos doutrinadores brasileiros de direito constitucional mais citados pelo Supremo Tribunal Federal nos casos de controle concentrado de constitucionalidade**. Disponível em <goo.gl/U9oGcs>. Acesso em: junho de 2017.

MAIL GUARDIAN. **Grootboom dies homeless and penniless**. 08 de agosto de 2008. Disponível <goo.gl/iop4Dy>. Acesso em: outubro de 2017.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**: teoria geral das ações coletivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Derecho procesal constitucional brasileiro: efectos de las decisiones de (in)constitucionalidad y control de la inconstitucionalidade por omisión**. Editorial Porrúa México, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 27ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 10ª ed., 2015.

MENDES, Gilmar. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, Gilmar. O apelo ao legislador - Appellentscheidung - na prática da Corte Constitucional Federal Alemã. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, abr./jun. 1992.

MEYER, Emílio Peluso Neder. **Decisão e jurisdição constitucional**: críticas às sentenças intermediárias, técnicas e efeitos do controle de constitucionalidade em perspectiva comparada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de DST e Aids. **O Remédio via justiça**: um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/aids no Brasil por meio de ações judiciais/Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, Programa Nacional de DST e Aids. Brasília: Ministério da Saúde, 2005.

MOREIRA, Egon Bockmann *et al.* **Comentários à Lei de Ação Civil Pública: revisitada, artigo por artigo, à luz do novo CPC e temas atuais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MPBA. **Justiça determina fornecimento de remédio para presos com escabiose em Paulo Afonso.** Disponível em: <goo.gl/CjKuEH>. Acesso em: junho de 2017.

OSNA, Gustavo. Nem “tudo”, nem “nada” – decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais.** Salvador: JusPodivm, 2017.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Direitos sociais, estado de direito e desigualdade: reflexões sobre as críticas à judicialização dos direitos prestacionais. **Quaestio Iuris**, vol. 08, nº 03, Rio de Janeiro, p. 2080-2114, 2015.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional.** Bogotá: U. Externado de Colombia, 2002.

PIOVESAN, Flávia. Proteção dos direitos sociais: desafios do *ius commune* sul-americano. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho.** Brasília, vol. 77, no 4, out/dez 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

RAMOS, Elival da Silva. Controle jurisdicional de políticas públicas: a efetivação dos direitos sociais à luz da Constituição brasileira de 1988. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 102, p. 327-356, jan./dez. 2007.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. **O direito administrativo como "caixa de ferramentas":** uma nova abordagem da ação pública. São Paulo: Saraiva, 2016.
RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. **Texas Law Review**, vol. 89, 2011.

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

SALLES, Carlos Alberto de. Coisa julgada e extensão dos efeitos da sentença em matéria de direitos sociais constitucionais. In: GOZZOLI, Maria CLARA; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita (coord.). **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover.** São Paulo, Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (orgs.). **Direitos Sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 533-586.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SARMENTO, Daniel. O mínimo existencial. **Revista de Direito da Cidade**, vol. 08, nº 4, p. 1644-1689, 2016.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira, (orgs.). **Direitos Sociais**: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCHINEMANN, Caio César Bueno. 'Estado de Coisas Inconstitucional' e diálogo no Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito do Estado em Debate**. Curitiba: PGE/PR v. 7, 2016.

SCHLANGER, Margo. Beyond the hero judge: institutional reform litigation as litigation. **Michigan Law Review**, v. 97, n. 6, 1999, p. 2000-2003.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 38ª ed., 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira, (orgs.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 587-599.

SILVA, Virgílio. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais 798**, p. 23-50, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 250, 2009.

SILVA, Virgilio Afonso. **Taking from the poor and giving it to the rich**: the individualistic enforcement of social rights. Disponível em: <goo.gl/eit2t6>. Acesso em: junho de 2017.

STF. **AC 2836/SP**. Rel. Min. Ayres Britto, 2ª Turma, julgado em 27.03.2012.

STF. **ADPF 4**. Rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, julgado em 02.08.2006.

STF. **AgReg no Recurso Extraordinário 727864/PR**. Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, julgado em 04.11.2014.

STF. **ARE 745745/MG**. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, julgado em 02.12.2014.

STF. **Decisão liminar em mandado de segurança nº 34.193**, Relator Min. Teori Zavascki, decidido em 11.05.2016.

STF. **Mandado de injunção 6599/DF**. Rel. Min. Carmen Lúcia, Pleno, julgado em 27.06.2016.

STF. **Mandado de injunção 6604/DF**. Rel. Min. Carmen Lúcia, Pleno, julgado em 27.06.2016.

STF. **Mandado de injunção nº 670/ES**, Rel. Min. Mauricio Correa (Relator para acórdão: Min. Gilmar Mendes), Pleno, julgado em 25.10.2007.

STF. **Mandado de injunção nº 708/DF**. Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, julgado em 25.10.2007.

STF. **Mandado de Injunção nº 107/DF**, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno, DJe 21.09.1990.

STF. **Medida cautelar na ADI 1458**. Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 24.05.1996.

STF. **Medida cautelar na ADI 1946/DF**. Rel. Min. Sydney Sanches, julgado em 29.04.1999

STF. **Medida cautelar na ADPF 347**. Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, julgado em 09.09.2015.

STF. **Medida liminar na ADI 5501**. Rel. Min. Marco Aurélio de Mello, julgado em 19.05.2016.

STF. **Recurso extraordinário 580252/MS**. Rel. Min. Teori Albino Zavascki/Min. Alexandre de Moraes, Pleno, julgado em 16.02.2017

STF. **Recurso extraordinário 658171/DF**. Rel. Min. Dias Toffoli, Pleno, julgado em 18.02.2014.

STF. **STA 185**, Rel. Min. Ellen Gracie, julgada em 13.12.2007.

STJ. **Agravo Regimental no Recurso Especial 1443783/MG**. Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, julgado em 18.06.2014.

STJ. **Recurso especial 1.069.810/RS**. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Seção, julgado em 23.10.2013.

STJ. **Recurso especial 1231123**, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 02.08.2012.

STJ. **RMS 6564/RS**. Rel. Min. Demócrito Reinaldo, 1ª Turma, julgado em 23.05.1996.

STRECK, Lênio. **Resumocracia, concursocracia e a "pedagogia da prosperidade"**. 11.05.2017. Disponível em <<https://goo.gl/Lf5aDe>>. Acesso em: julho de 2017.

SUNSTEIN, Cass. Social and Economic Rights? Lessons from South Africa. **John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper** n. 124, 2001.

TALAMINI, Eduardo. Objetivação do controle incidental de constitucionalidade e força vinculante (ou "devagar com o andor que o santo é de barro"). In: NERY JUNIOR, Nelson. ARRUDA ALVIM, Teresa (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TJDF. **Agravo de instrumento nº 20140020315034**, Rel. Min. João Egmont, 2ª Turma Cível, julgado em 22.04.2015.

TJPR. **Agravo de Instrumento nº 1438306-7**. Rel: Des. Fabiana Silveira Karam, 7ª Câmara Cível, julgado em 21.06.2016.

TJPR. **Apelação cível nº 1590003-9**. Rel.: Desembargadora Maria Aparecida Blanco de Lima, 4ª Câmara Cível, julgado em 04.04.2017.

TJRJ. **Apelação Cível 0017608-32.2014.8.19.0061**, Rel.: Des. José Carlos Paes. 14ª Câmara Cível, julgado em 17.06.2015.

TJRJ. **Apelação/reexame necessário nº 0023967-13.2012.8.19.0014**. Rel. Des. Rogério de Oliveira Souza, 22ª Câmara Cível, julgado em 18.10.2013.

TJRS. **Apelação Cível nº 70060015500**, Rel.: Des. Dilso Domingos Pereira, 20ª Câmara Cível, julgado em 02.07.2014.

TJSP. **Apelação nº 0150735-64.2008.8.26.0002**, Câmara Especial, Rel. Des. Walter de Almeida Guilherme, julgado em 16.12.2013.

TJSP. **Apelação nº 1015498-51.2015.8.26.0566**. Rel. Des. Marrey Uint, 3ª Câmara de Direito Público, j. em 06.06.2017.

TRF1. **Reexame necessário em mandado de segurança nº 0031189-66.2012.4.01.3700.** Rel. Des. Souza Prudente, 5ª Turma, julgado em 21 de agosto de 2013.

TRF1. **Reexame necessário em mandado de segurança nº 1513-42.2008.4.01.3400.** Rel. Des. Néviton Guedes, 5ª Turma, julgado em 01.10.2014.

TRF4. **Agravo de instrumento nº 5015005-37.2014.404.0000.** Rel.: Desembargador Federal Fernando Quadros da Silva, 3ª Turma, julgado em 27 de agosto de 2014.

TRF4. **Apelação cível nº 2001.71.00.026279-9/RS.** Rel. Juiz Federal Roger Raupp Rios, 3ª Turma, julgado em 14.08.2007.

TRF4. **Apelação Cível nº 5040925-58.2011.404.7100/RS.** Rel. Des. Fernando Quadros da Silva, 3ª Turma, julgado em 06.03.2013.

TUSHNET, Mark. A response to David Landau. **Harvard International Law Journal Online**, vol. 53, n.2, 2012.

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

US SUPREME COURT. **Brown v. Board of Education of Topeka**, 349 U.S. 294 (1955)

US SUPREME COURT. **Plessy v. Ferguson**, 163 U.S. 537 (1896).

US. DISTRICT COURT FOR THE EASTERN DISTRICT OF ARKANSAS. **309 F. Supp. 362** (E.D. Ark. 1970) February 18, 1970.

VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**. São Paulo, Malheiros, 2007.

VIEIRA, José Roberto. A extrafiscalidade da Lei 12.715/2012 e a capacidade contributiva: a Convivência do Lobo e do Cordeiro? **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, n. 118, p. 18-42, jun. 2013.

VIOLIN, Jordão. *Holt v. Sarver* e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017.

VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: o controle jurisdicional de decisões política**. Salvador: JusPodivm, 2013.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1998.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2007.