



Direito em Revista

NÚMERO 38 / 2025



Direito em Revista

NÚMERO 38 / 2025

CESUL - CENTRO DE ENSINO SUPERIOR CESUL

Rua Antônio de Paiva Cantelmo, 1222 – Centro
CEP. 85.601-270. Francisco Beltrão – Paraná – Brasil
(46) 3524-4242 / cesul@cesul.br / npic@cesul.br / www.cesul.br

Diretor Geral
Névio Urio

Diretora
Prof(a). Me. Daniela Urio Mujahed

Coordenador do curso de Direito
Prof. Luiz Carlos Dagostini Junior

Editor-Chefe:
Prof. Dr. Gustavo Ellwanger Calovi (CESUL)

Editores Executivos
Amanda Kriger (CESUL)
Profª. Drª Alexia A. Rodrigues Brotto Cessetti (CESUL)
Prof. Me. Bruno Fernandes de Oliveira (CESUL)
Profª Ma. Camila Cararo Tonkelski (CESUL)
Prof. Me. Douglas Balduino Pereira (CESUL)
Prof. Dr. Kenny Sontag (CESUL)
Prof. Me. Lucas Bernardon (CESUL)
Prof. Dr. Luiz Fernando Coelho (CESUL)
Prof. Dr. Marcos Augusto Maliska (CESUL)
Prof. Ma. Yasa Rochelle Santos de Araujo (CESUL)

Ficha Catalográfica

C421 CESUL- Centro de Ensino Superior Direito em revista: revista jurídica do centro de ensino superior cesul nº 38. Prof. Dr. Gustavo Ellwanger Calovi. (Coord.), Francisco Beltrão, 2025. Inclui Bibliografia: ISSN: 1676-0700 I Revista II. Ilegalidade III. Indígenas IV. Solidariedade V. Governança IV CDD: 340
--

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Elisandra Artus Berté CRB- 9/1675

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Dr. Alfredo de Jesus Dal Molin Flores
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil

Prof. Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira
Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil

Profª. Drª. Andrea Pitasi
Università degli Studi G. d'Annunzio, Chieti–Pescara, Itália

Prof. Dr. Augusto Jaeger Junior
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil

Prof. Dr. Evandro Barbosa
Universidade Federal de Pelotas, Brasil.

Profª. Drª. Gina Gouveia Pires de Castro
Universidade Federal de Pernambuco, Brasil

Prof. Dr. Gustavo Castagna Machado
Universidade Federal de Pelotas, Brasil

Prof. Dr. Jorge Núñez
Universidad de Buenos Aires, Argentina

Prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Junior
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil

Profª. Drª. Laís Bergstein
Centro Universitário Curitiba, Brasil

Prof. Dr. Leomar Rippel
Universidade Federal de Rondônia, Brasil

Profª. Drª. Lucia Souza D'Aquino
Universidade Federal Fluminense, Brasil

Prof. Dr. Marco Antônio César Villatore
Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Prof. Dr. Nitish Monebhurrn
Centro Universitário de Brasília, Brasil

Prof. Dr. Ricardo Sontag
Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil

Profª. Drª. Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso Squeff
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil

Profª. Drª. Thaís Cristina Alves da Costa
Universidade Comunitária da Região de Chapecó, Brasil

Prof. Dr. Wagner Silveira Feloniuk
Universidade Federal do Rio Grande, Brasil

Apresentação

É com satisfação que apresentamos a edição n. 38, ano de 2025, da *Direito em Revista*, periódico vinculado ao Curso de Direito do CE-SUL e comprometido com a difusão crítica do conhecimento jurídico. Esta publicação consolida-se como espaço de reflexão acadêmica e de diálogo entre diferentes correntes teóricas, abrindo-se à produção de docentes, discentes e pesquisadores externos que se dedicam a pensar o Direito em sua complexidade contemporânea.

Os artigos que compõem esta edição abordam temas sensíveis à realidade atual, como os desafios regulatórios da sociedade e do Direito 4.0, as transformações tecnológicas e sua incidência sobre as instituições jurídicas, as discussões em torno do neoconstitucionalismo e dos direitos fundamentais, bem como questões ligadas a gênero, minorias, cidades inteligentes, contratos e novas configurações das relações sociais e econômicas. A diversidade temática é atravessada por um fio condutor comum: a preocupação com a efetividade da ordem jurídica e com a centralidade da dignidade da pessoa humana em contextos marcados por rápidas mudanças sociais.

Ao tornar públicos os resultados dessas pesquisas, a *Direito em Revista* reafirma sua vocação de incentivar a produção científica, aproximar a academia da comunidade e contribuir para a formação de profissionais do Direito capazes de articular consistência teórica, sensibilidade social e responsabilidade ética. Que esta edição possa servir de subsídio para o estudo, o ensino e a prática jurídica, estimulando novas investigações e o aprofundamento das discussões aqui iniciadas.

Gustavo Ellwanger Calovi

O PROCESSO ESTRUTURAL E O ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO: UMA ANÁLISE A PARTIR DAS TEORIAS DA FUNÇÃO E DA INTEGRAÇÃO

THE STRUCTURAL PROCESS AND THE COOPERATIVE CONSTITUTIONAL STATE: AN ANALYSIS BASED ON THE THEORIES OF FUNCTION AND INTEGRATION

Fernando Kendi Ishikawa¹

Resumo: Para além da adjudicação: uma nova práxis jurisdicional. O artigo examina a crise do Estado legislativo-parlamentar, evidenciando como a paralisia decisória e a omissão estatal comprometem a efetivação de direitos fundamentais complexos. A crescente disfuncionalidade das instâncias políticas tradicionais, diagnosticada por teóricos como Schmitt, Zolo e Zagrebelsky, gera um vácuo de poder e desproteção, desafiando a força normativa da constituição. O estudo propõe o processo estrutural como resposta jurisdicional a essa crise. A análise demonstra como o processo estrutural se legitima como uma práxis do

¹ Juiz de Direito da 1ª Vara e Diretor do Foro da Comarca de Mirassol D'Oeste-MT. Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia no Programa de Pós-Graduação em Direito do UniBrasil.

Estado constitucional cooperativo, que, ao reconhecer o pluralismo social e jurídico, utiliza a jurisdição para dar unidade (o singular da constituição) a essa diversidade (o plural da sociedade), restaurando a função social de organizar a cooperação e o processo de integração. Por meio de pesquisa teórica e revisão bibliográfica, conclui-se que o processo estrutural, ao se basear na participação, não representa um “governo de juízes”, mas uma evolução legítima da jurisdição, capaz de concretizar os princípios do “direito dúctil” e de resgatar a capacidade decisória do Estado.

Palavras-chave: Crise do Estado Legislativo; Estado constitucional cooperativo; Participação democrática; Processo estrutural.

Abstract: Beyond adjudication: a new jurisdictional praxis. This article examines the crisis of the legislative-parliamentary state, highlighting how decision-making paralysis and state inaction compromise the enforcement of complex fundamental rights. The growing dysfunctionality of traditional political bodies, diagnosed by theorists such as Schmitt, Zolo, and Zagrebelsky, creates a power vacuum and a lack of protection, challenging the normative force of the constitution. The study proposes the structural process as a jurisdictional response to this crisis. The analysis demonstrates how the structural process legitimizes itself as a praxis of the cooperative constitutional state, which, by recognizing social and legal pluralism, uses jurisdiction to give unity (the singular of the constitution) to this diversity (the plural of society), restoring the social function of organizing cooperation and the process of integration. Through theoretical research and bibliographical review, it is concluded that the structural process, based on participation, does not represent a “government of judges”, but a legitimate evolution of jurisdiction, capable of implementing the principles of “ductile law” and restoring the State’s decision-making capacity.

Key words: Crisis of the Legislative State; Cooperative constitutional state; Democratic participation; Structural process.

INTRODUÇÃO

A crise de funcionalidade do modelo clássico de Estado, marcada pela paralisia deliberativa de seus parlamentos e por uma crescente complexidade social, tem gerado um cenário de omissão estatal crônica na efetivação de direitos fundamentais. A incapacidade das instâncias políticas tradicionais de formularem e implementarem soluções para problemas sistêmicos — como a degradação ambiental, a violação massiva de direitos no sistema prisional ou a desorganização de políticas urbanas — resulta em uma profunda crise decisória. Esse fenômeno desafia a própria força normativa da constituição, que, embora pródiga em promessas, se vê desprovida dos mecanismos políticos capazes de convertê-las em realidade, gerando um vácuo de poder e desproteção para parcelas significativas da população.

Diante desse cenário, este artigo investiga o processo estrutural como uma resposta jurisdicional à paralisia dos poderes políticos. A análise busca compreender como este inovador modelo processual pode ser legitimado não como uma anomalia ou uma usurpação da política, mas como uma práxis coerente com as exigências do Estado constitucional contemporâneo. O estudo procura demonstrar que a abordagem estrutural representa uma evolução da jurisdição, que transcende a simples adjudicação de um litígio para se tornar uma arena de organização da cooperação e de integração social, alinhada a uma concepção de Estado atuante, cooperativo e pluralista.

O objetivo do artigo é, portanto, demonstrar que o processo estrutural é uma ferramenta legítima e necessária do Estado constitucional cooperativo, capaz de restaurar a função social (Heller) e o proces-

so de integração (Smend) quando os canais tradicionais se mostram inertes. Para isso, são analisadas as teorias que descrevem a crise do Estado legislativo (Schmitt, Zolo, Zagrebelsky) e, em contraposição, os fundamentos teóricos de um Estado atuante, para então se examinar como a arquitetura procedimental do processo estrutural, segundo a mais abalizada doutrina, responde de forma participativa e dialógica às críticas de um “governo de juízes” (Zolo).

A metodologia empregada consiste em uma pesquisa teórica, de natureza qualitativa, que utiliza o método indutivo. A base é uma revisão bibliográfica aprofundada de obras seminais da teoria da constituição (Heller, Smend, Schmitt, Zolo, Zagrebelsky, Maliska) e da teoria do processo (Marinoni, Vitorelli, Arenhart, Osna, Jobim e Casimiro). O artigo conecta esses referenciais teóricos à práxis da jurisdição estrutural, utilizando casos reais da jurisprudência brasileira como exemplos ilustrativos da aplicação e dos desafios desse modelo.

Por fim, o artigo está estruturado em três capítulos. O primeiro capítulo diagnostica a crise do Estado legislativo-parlamentar e apresenta o processo estrutural como uma emergência jurisdicional em resposta a essa paralisia. O segundo constrói os fundamentos teóricos de um Estado atuante, explorando os conceitos de função, integração e a relação entre a unidade constitucional e a pluralidade social. O terceiro e último capítulo analisa o processo estrutural como a práxis desse modelo teórico, detalhando sua metodologia, seus critérios de aplicação e defendendo sua legitimidade democrática, os quais são envoltos por estas considerações iniciais e pelas considerações finais.

A CRISE DO ESTADO LEGISLATIVO-PARLAMENTAR E A NECESSIDADE DE NOVAS FORMAS DE DECISÃO

A CRÍTICA DE CARL SCHMITT À DELIBERAÇÃO PARLAMENTAR COMO FACHADA E À NEUTRALIZAÇÃO DA DECISÃO POLÍTICA

O ponto de partida para compreender a emergência de novas formas de jurisdição, como a estrutural, reside no diagnóstico da crise da instituição central do Estado legislativo: o parlamento. Segundo Schmitt, o parlamentarismo liberal-burguês, em sua prática concreta, havia se distanciado de seus fundamentos ideais, esvaziando-se de sua capacidade decisória e se tornando uma mera fachada para a negociação de interesses privados e partidários²:

Negociações dentro do Parlamento, ou fora dele, nas chamadas conferências de interação, não são discussões, mas negociações; a discussão oral, aqui, serve ao propósito de um cálculo recíproco do agrupamento de forças e interesses. O privilégio da liberdade de expressão (inviolabilidade) perdeu, assim, seus pré-requisitos (tradução nossa)³.

Schmitt argumenta que os pressupostos ideais do sistema parlamentar clássico são a discussão (*Diskussion*) e a publicidade (*Öffentlichkeit*). A discussão pressupunha um debate aberto e racional entre representantes independentes que, por meio da troca de argumentos, buscariam a verdade ou o bem comum⁴. A publicidade, por sua vez, garantia que essa deliberação ocorresse de forma transparente, permi-

² SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Tradução: Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 306-307.

³ “Las negociaciones en el seno del Parlamento, o fuera del Parlamento, en las llamadas conferencias interfaccionales, no son discusión, sino negociaciones; la discusión oral sirve aquí a la finalidad de un cálculo recíproco de la agrupación de fuerzas e intereses. El privilegio de libertad de discurso (inviolabilidad) perdió con esto sus supuestos.”

⁴ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*, p. 303.

tindo o controle pela opinião pública⁵. Contudo, na análise schmittiana, ambos os pilares haviam ruído sob o peso da democracia de massas e da organização partidária.

O primeiro sintoma dessa decadência é o desaparecimento da discussão autêntica. Schmitt aponta que as principais decisões políticas já não eram mais fruto do debate em plenário. Ao contrário, elas eram pré-acordadas em “obscuras salas com os líderes dos partidos” ou em negociações secretas com grupos de interesse. A deliberação parlamentar convertia-se, assim, em pura encenação, uma “fachada” cuja finalidade não era mais convencer o adversário com a força do melhor argumento, mas apenas registrar uma correlação de forças já calculada. Nesse cenário, o deputado perdia seu caráter de representante independente da nação e se tornava um mero delegado de seu partido ou de interesses específicos, vinculado a uma rígida disciplina que tornava a discussão inócua⁶:

Um Parlamento só tem caráter representativo na medida em que se acredita que sua própria atividade é pública. Sessões secretas, acordos secretos e deliberações de qualquer comissão podem ser tão significativos e importantes quanto forem, mas nunca terão caráter representativo. Assim que surge a convicção de que, no âmbito da atividade parlamentar, o que se desenrola publicamente é apenas uma formalidade vazia e as decisões são tomadas às escondidas do público, o Parlamento ainda pode desempenhar algumas funções úteis, mas deixa de ser um representante da unidade política do povo. (tradução nossa)⁷.

5 SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución, p. 208.

6 SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución, p. 208.

7 “Un Parlamento tiene carácter representativo sólo en tanto que existe la creencia de que su actividad propia está en publicidad. Sesiones secretas, acuerdos y deliberaciones secretas de cualesquiera comités, podrán ser tan significativos e importantes como se

A consequência direta do fim da discussão é o esvaziamento da publicidade. Se as decisões são tomadas nos bastidores, a publicidade das sessões parlamentares perde sua função de controle e se torna um ritual vazio. A transparência formal oculta a opacidade do processo decisório real, em que forças sociais “invisíveis e irresponsáveis” moldam a vontade estatal longe do escrutínio público.

Essa degeneração funcional leva ao problema central identificado por Schmitt: a neutralização da decisão política. A Constituição de Weimar, em sua visão, era emblemática por ser uma constituição de natureza compromissória, que evitava tomar decisões políticas fundamentais. Em vez de optar claramente por um caminho, ela justapunha princípios contraditórios, como os da ordem burguesa e os do socialismo, por meio de “compromissos de fórmula dilatória”, que apenas adiam o conflito sem resolvê-lo. O Parlamento, nesse contexto, deixa de ser a arena para a decisão existencial sobre o destino da unidade política e se transforma em um local de barganha e transação entre interesses sociais pluralistas.

A profundidade da crítica schmittiana, conforme exposta por Nicole Pilagallo da Silva Mader Gonçalves, reside na identificação de uma contradição insolúvel no próprio cerne do modelo liberal-democrático. Para Schmitt, a essência do “político” é a distinção existencial entre amigo e inimigo, que designa o grau máximo de intensidade de uma associação coletiva frente à possibilidade real de um conflito. O liberalismo, contudo, é constitutivamente antipolítico: seu postulado individualista

quiera, pero no tendrán nunca un carácter representativo. Tan pronto como se produce el convencimiento de que en el marco de la actividad parlamentaria lo que se desenvuelve a la luz del día es sólo una formalidad vacía, y las decisiones recaen a espaldas de lo público, podrá quizá el Parlamento cumplir todavía algunas funciones útiles, pero ha dejado de ser representante de la unidad política del pueblo.”

opera a partir da desconfiança em relação ao Estado e busca sistematicamente evadir ou neutralizar essa dimensão antagônica, substituindo-a pela concorrência econômica ou pelo debate ético. A democracia, por sua vez, exige uma identidade coletiva capaz de tomar decisões e se afirmar. A fusão desses princípios opostos no parlamento moderno resulta na asfixia do político pelo liberal. A deliberação parlamentar, ao se restringir à igualdade abstrata dos indivíduos, torna-se um procedimento incapaz de processar o antagonismo fundamental que constitui uma comunidade política, transformando-se em mera negociação de interesses. Assim, a crise do parlamento não é um defeito accidental, mas a consequência direta de sua arquitetura contraditória, que neutraliza a decisão política ao suprimir a própria questão que a define: a distinção amigo-inimigo.

Portanto, a crítica de Schmitt, embora formulada com propósitos políticos controversos, oferece um diagnóstico agudo e de notável atualidade sobre a paralisia decisória que pode acometer o Estado legislativo-parlamentar. Ao demonstrar como a discussão, a publicidade e a própria representação podem ser corroídas pela dinâmica dos partidos e grupos de interesse, Schmitt revela a fragilidade do sistema em produzir decisões políticas eficazes em momentos de crise ou diante de antagonismos sociais profundos. É nesse vácuo, criado pela incapacidade do parlamento de decidir e agir, que a necessidade de novas formas de intervenção e organização encontra no processo estrutural uma forte justificativa.

DO ESTADO LEGISLATIVO AO ESTADO CONSTITUCIONAL: A CRISE DO MODELO CLÁSSICO

A paralisia funcional do parlamento, diagnosticada por Carl Schmitt, é o sintoma político de uma transformação estrutural mais profunda na concepção do Estado e do Direito. Essa mudança, que estabelece o cenário para a emergência de novas formas de jurisdição, é mais bem compreendida como a transição do “Estado legislativo” para o “Estado constitucional”⁸, um movimento que, ao mesmo tempo, representa a “crise do modelo clássico do Estado de Direito”⁹.

O paradigma do Estado legislativo, consolidado no século XIX, era definido pela soberania absoluta da lei. Conforme a análise de Gustavo Zagrebelsky, a lei era concebida como uma expressão formal da vontade política, sendo sua validade indiferente ao seu conteúdo; a lei “pode ter qualquer conteúdo”¹⁰. Neste modelo, a primazia era da legalidade formal, e o grande valor a ser perseguido era o da certeza jurídica, garantida pela rigidez das regras postas pelo legislador.

As experiências totalitárias do século XX, que demonstraram os perigos de uma legalidade desprovida de justiça, impulsionaram a ascensão do Estado constitucional. A mudança fundamental, como aponta Zagrebelsky, é que a lei deixa de ser a fonte suprema. Ela passa a ser subordinada a uma norma superior, a constituição, que não é apenas um documento organizativo, mas um repositório de princípios e valores substantivos de justiça. Isso instaura uma “dualidade” fundamental na ordem jurídica: uma tensão permanente entre a constituição (como

8 ZAGREBELSKY, Gustavo. *Derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. Tradução: Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2007, p. 33-34.

9 COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de direito: história, teoria, crítica*. Tradução: Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 70-72.

10 ZAGREBELSKY, Gustavo. *Derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, p. 30-33.

ordem de valores) e a lei (como ato de vontade). O direito deixa de ser um conjunto de regras estanques para se tornar um “direito dúctil”, ou maleável, composto por princípios que exigem uma constante atividade de ponderação e concretização¹¹.

Essa transformação teórica é acompanhada e impulsionada por uma crise prática, de fundo sociológico, como detalha Danilo Zolo. O modelo clássico do Estado de Direito, pensado para uma sociedade relativamente simples e baseado em leis gerais e abstratas, tornou-se disfuncional diante da crescente complexidade das sociedades modernas¹². O Estado tornou-se mais intervencionista, gerando uma “inflação legislativa” de normas setoriais e específicas que, paradoxalmente, minou a certeza e a coerência do sistema. A omissão estatal, nesse contexto, surge não apenas de uma falha de vontade política, mas da própria incapacidade do aparato legislativo-administrativo clássico de lidar com os problemas policêntricos e estruturais da atualidade¹³.

Portanto, a transição para o Estado constitucional e a crise do modelo clássico criaram um novo cenário jurídico. Nele, a lei já não é um comando autoevidente, mas um “ponto de vista” que precisa ser validado e concretizado à luz de princípios constitucionais maleáveis. É essa nova realidade — marcada pela supremacia de valores, pela ductibilidade do direito e pela complexidade social — que torna o modelo tradicional de adjudicação insuficiente e abre o caminho para a emergência de instrumentos jurisdicionais inovadores, como o processo estrutural, talhados para operar nesse novo paradigma.

11 ZAGREBELSKY, Gustavo. *Derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, p. 14-15.

12 COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de direito: história, teoria, crítica*, p. 70-72.

13 COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de direito: história, teoria, crítica*, p. 72-75.

A OMISSÃO ESTATAL COMO CRISE DECISÓRIA

A paralisia funcional do parlamento diagnosticada por Schmitt e a crise sistêmica do Estado legislativo teorizada por Zagrebelsky e Zolo não permanecem no plano abstrato; elas se manifestam concretamente na incapacidade do Estado em dar respostas eficazes a problemas sociais complexos. Quando os poderes políticos, fragmentados por interesses partidários e neutralizados por compromissos dilatatórios, falham em implementar os mandatos constitucionais — especialmente os direitos sociais que exigem uma complexa organização de recursos e serviços —, emerge a omissão estatal. Essa omissão, contudo, não deve ser compreendida como uma mera inércia administrativa, mas como uma profunda crise decisória que atinge o cerne da função e da legitimidade do Estado constitucional.

Sob a ótica de Hermann Heller, o Estado se justifica por sua função social de organizar e ativar a cooperação social em um determinado território. É uma “unidade organizada de decisão e ação” cuja tarefa é conformar a realidade para realizar os preceitos do Direito¹⁴. A omissão sistemática na garantia de um direito social — como saúde, saneamento básico ou segurança — representa a abdicação do Estado de sua função essencial. Onde o poder estatal deveria organizar, ele deixa o caos; onde deveria promover a cooperação, ele permite a fragmentação e o conflito. A omissão cria, assim, uma fratura na dialética entre o “ser” (a realidade social desordenada) e o “dever-ser” (a norma constitucional que promete o direito), esvaziando a autoridade do Estado e erodindo sua própria justificativa existencial naquele campo específico.

14 HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Tradução: Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 273-283.

Se Heller expõe a omissão como uma falha funcional, Carl Schmitt permite compreendê-la como um fracasso existencial. Para Schmitt, a constituição é, em seu sentido positivo, a “decisão política fundamental” de um povo sobre o modo e a forma de sua existência¹⁵. As violações de direitos por omissão, portanto, representam mais do que o descumprimento de uma norma; elas revelam a ausência de uma decisão política concreta. O Estado que se omite é um Estado que se recusa a decidir, que não consegue afirmar sua vontade política para dar forma à realidade. Essa indecisão, fruto da mistura de princípios político-formais e da paralisia parlamentar, transforma o poder soberano em impotência, deixando os comandos constitucionais sem a força política necessária para se converterem em realidade.

A omissão estatal que marca o cenário contemporâneo está intrinsecamente relacionada à crise de representatividade política que atinge o modelo tradicional de democracia representativa. Na percepção de Stephan Meder, mencionado por Marcos Augusto Maliska, “os projetos de lei hoje, em grande medida, são preparados por grandes escritórios de advocacia, sofrem forte influência de lobistas e estão sujeitos aos interesses das grandes corporações”¹⁶. No caso brasileiro, o sistema político, forjado sob o presidencialismo de coalizão, ainda traz variáveis que o torna funcionalmente incapaz de produzir decisões efetivas em temas de alta complexidade e densidade social. Como observa Paulo Ricardo Schier, não se trata apenas de má vontade ou ineficiên-

15 SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución, p. 108-109.

16 MEDER, Stephan. *Ius non scriptum. Traditionen privater Rechtsetzung*. 2a ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009, p. 154 *apud* MALISKA, Marcos Augusto. A interpretação constitucional como Criação do Direito. A contribuição de Peter Häberle para o tema Pluralismo e Constituição *In Estudos em homenagem ao professor Peter Häberle*. Uberlândia: LAECC, 2021.

cia administrativa: há, de fato, entraves institucionais que dificultam ou bloqueiam a tomada de decisões relevantes, esvaziando o conteúdo da democracia substancial¹⁷.

A representação política, idealmente destinada a refletir a vontade popular e deliberar sobre os rumos da sociedade, passa a ser capturada por lógicas de autopreservação, negociações de bastidores e pactos de governabilidade. As coalizões legislativas, formadas por exigência do sistema multipartidário e da lógica federativa, tornam-se arenas marcadas por interesses fragmentários, muitas vezes alheios às demandas concretas da população. Em vez de oferecer respostas a essas demandas, o sistema representativo frequentemente as neutraliza, retirando-as da agenda deliberativa e condenando-as ao silêncio institucional.

Como destaca Fernando Limongi, existe o fenômeno da “lei da resposta antecipada” de Karl Friedrich, segundo a qual “muitas medidas que poderiam contar com o apoio de uma maioria do Congresso e da opinião pública são retiradas da agenda [...] dado que todos os jogadores conhecem o potencial de obstrução de uma pequena minoria, muitas medidas sequer são enviadas à apreciação do Congresso”¹⁸. Essa dinâmica estratégica implica que questões urgentes e necessárias, mas potencialmente controversas ou difíceis de serem consensualmente resolvidas, sejam continuamente adiadas ou evitadas, resultando em relevantes omissões estatais.

17 SCHIER, Paulo Ricardo. Presidencialismo de coalizão: democracia e governabilidade no Brasil. *In Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 20, n. 20, p. 253-299, Curitiba, jul./dez. 2016, p. 260.

18 LIMONGI, Fernando. A democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. *In Novos estudos - CEBRAP [online]*, n. 76, 2006, p. 29. ISSN 1980-5403. <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002006000300002>.

A consequência mais grave desta crise decisória é a criação de verdadeiros estados de exceção de facto dentro da ordem constitucional. Conforme a reflexão de Giorgio Agamben sobre o paradoxo schmittiano da soberania, a exceção é o ponto em que a lei é suspensa¹⁹. A omissão estatal crônica produz um efeito análogo: ela não revoga a lei, mas a suspende na prática, criando “espaços livres por ausência do Estado” onde a constituição não tem eficácia. Nesses espaços — sejam eles favelas sem saneamento, presídios superlotados ou regiões inteiras desprovidas de serviços de saúde —, os cidadãos, embora juridicamente incluídos, são factualmente excluídos da proteção da ordem jurídica, abandonados a uma “vida nua”. Essa “ausência de qualquer garantia” corrói a unidade política e a soberania do Estado, pois onde este se retira, “poderes paralelos” ou a simples lei do mais forte ocupam o vácuo.

Deste modo, a omissão estatal, analisada a partir dos fundamentos do Estado constitucional, revela-se como uma crise que transcende a mera ilegalidade. Ela é a falência da função estatal (Heller) e a ausência da decisão política (Schmitt), resultando em uma suspensão fática da ordem constitucional em porções do seu território e para parcelas da sua população. É essa profunda crise funcional e decisória que cria as condições de necessidade para o surgimento de mecanismos extraordinários de intervenção, como o processo estrutural, que será explorado no tópico seguinte como uma tentativa jurisdicional de restaurar a capacidade de decisão e de organização do Estado.

19 MALISKA, Marcos Augusto. Fundamentos da Constituição: abertura, cooperação, integração. Curitiba: Juruá, 2013, p. 104-105.

O PROCESSO ESTRUTURAL COMO RESPOSTA À PARALISIA

A crise decisória decorrente da omissão estatal, que revela a paralisia do modelo clássico, cria um vácuo que a ordem constitucional não pode tolerar sob o risco de se tornar irrelevante. É nesse contexto de falha sistêmica dos poderes políticos que a jurisdição é provocada a agir, não como uma usurpadora da política, mas como a instância de garantia do pacto constitucional. O processo estrutural, como teorizado por Edilson Vitorelli, surge como resposta jurisdicional adequada a essa paralisia, por ser um instrumento desenhado especificamente para lidar com “litígios complexos” e “policêntricos” cujo cerne é o “estado de coisas inconstitucional” derivado da “desorganização de uma burocracia”.

A natureza do processo estrutural responde diretamente às patologias diagnosticadas. A crise do Estado legislativo (Zagrebelsky e Zolo) evidencia a insuficiência de leis gerais e abstratas para governar a complexidade social. O processo estrutural, por sua vez, opera com uma lógica de “flexibilização procedimental” e construção de um “remédio” customizado, capaz de intervir na realidade concreta para “modificar uma estrutura”. Da mesma forma, onde a deliberação parlamentar se torna uma “fachada” incapaz de produzir uma “decisão” autêntica (Schmitt), a jurisdição estrutural instaura um novo espaço de deliberação, forçando um “diálogo interinstitucional” que visa a superar a inércia e a construir um plano de ação efetivo.

O processo estrutural, nesse contexto, pode ser compreendido como a tentativa de restaurar a função social do Estado conforme pensamento de Hermann Heller. Quando o Estado se omite, ele deixa de ser a “unidade organizada de decisão e ação” que deveria ser²⁰. O

20 HELLER, Hermann. Teoria do Estado, p. 273-283.

processo estrutural intervém precisamente para reconstruir essa unidade²¹. O juiz, ao convocar audiências públicas, determinar a criação de comitês interinstitucionais e exigir a elaboração de planos de ação, não está substituindo a política — o direito ou a política pública já existem, embora não adequadamente implementados ou desestruturados —, mas sim reativando a função estatal de organizar a cooperação social-territorial²². Ele atua como um coordenador que força os atores estatais e sociais paralisados a dialogar e a construir, de forma cooperativa, a decisão que não foi tomada consoante a determinação constitucional da inafastabilidade da jurisdição conjugada com o federalismo cooperativo inscritos no art. 5º, inciso XXXV, e art. 23, parágrafo único, da CRFB/88.

A adequação do processo estrutural a essa tarefa reside em sua capacidade de lidar com o que a doutrina denomina “problema estrutural”. Este não se confunde com um mero litígio difícil, mas é caracterizado por um conjunto de traços específicos: sua complexidade, na qual a relação de causa e efeito não é linear e as consequências da intervenção são imprevisíveis; sua multipolaridade ou policentrismo, envolvendo uma pluralidade de partes e interesses, muitas vezes conflitantes; a necessidade de uma recomposição institucional de práticas arraigadas; e sua natureza prospectiva, com foco na construção de uma solução futura em vez da reparação de um dano pretérito.

Essa resposta jurisdicional, contudo, não é monolítica. É importante distinguir, como propõe Luiz Guilherme Marinoni, duas modalidades de tutela estrutural com pressupostos distintos. A tutela de reforma estrutural se volta contra uma “realidade inconstitucional consolidada”,

21 VITORELLI, Edilson. *Processo Civil Estrutural – teoria e prática – 5.ed., rev., atual. e ampl.* – São Paulo: Editora JusPodivm, 2024, p. 75-76.

22 VITORELLI, Edilson. *Processo Civil Estrutural*, p. 76-80.

como um sistema prisional que viola massivamente a dignidade humana, e busca corrigir uma estrutura que funciona sistematicamente contra a constituição. Por outro lado, a tutela estruturante visa à criação ou correção de uma estrutura pública para que o Estado possa cumprir seu dever de promoção de um direito social, como saúde ou educação, cuja prestação se mostra ausente ou deficiente. Essa distinção é fundamental para calibrar a legitimidade e os limites da atuação judicial²³.

Adicionalmente, a dinâmica do processo estrutural materializa a teoria da integração de Rudolf Smend, tornando-se a “ordenação jurídica do processo de integração” que a constituição pressupõe²⁴. Essa integração ocorre em múltiplas dimensões: a) Integração funcional: O processo em si torna-se um novo “procedimento integrador”, uma arena para a “fabricação em grupo” de soluções, em que o enfrentamento dialético de interesses e perspectivas, sob a mediação judicial, produz uma “síntese social” e uma vontade comum que não existia previamente; b) Integração material: A lide estrutural mobiliza-se em torno de um valor constitucional substantivo — um direito social violado, como o direito à saúde, à educação ou a um meio ambiente equilibrado; e c) Integração pessoal: A figura do juiz, embora técnica, assume um papel simbólico de liderança e garantia do processo, funcionando como a “encarnação” da autoridade constitucional que busca restaurar a ordem e a coesão social.

Finalmente, o processo estrutural pode ser visto como a mais acabada expressão do Estado constitucional cooperativo no âmbito da jurisdição, conforme a teoria desenvolvida por Maliska. Ele realiza a

23 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Estrutural*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025, p. 18.

24 SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*, p. 62.

“abertura da constituição para dentro”²⁵, reconhecendo o pluralismo e atores e saberes e trazendo a sociedade civil para o centro do processo decisório. A cooperação, nesse caso, não é apenas normativa, mas fundamentalmente material e interna, envolvendo “parcerias entre o poder público e a sociedade visando a atingir uma finalidade de interesse público”²⁶. O juiz não impõe uma solução de cima para baixo, mas cria as condições para a cooperação na organização e realização de direitos fundamentais prestacionais, alinhando-se ao *status activus processualis* de Häberle como exposto pelo referido autor²⁷.

FUNDAMENTOS TEÓRICOS PARA UM ESTADO ATUANTE: FUNÇÃO E INTEGRAÇÃO

O ESTADO COMO “ESTRUTURA NO DEVIR”: A TEORIA DA FUNÇÃO SOCIAL DE HERMANN HELLER

A teoria da função social de Hermann Heller proporciona um fundamento apropriado para transcender as concepções estáticas e formalistas do Estado, permitindo sustentar o processo estrutural como um instrumento legítimo de atuação jurisdicional.

Em oposição ao normativismo de Hans Kelsen e ao decisionismo de Carl Schmitt, que resultavam em uma “teoria do Estado sem Estado”²⁸ e na “ausência de cultura política”²⁹, Heller propõe uma abordagem sociológica e realista, que compreende o Estado não como um

25 MALISKA, Marcos Augusto. Fundamentos da Constituição, p. 36.

26 MALISKA, Marcos Augusto. Fundamentos da Constituição, p. 89.

27 MALISKA, Marcos Augusto. Fundamentos da Constituição, p. 88.

28 HELLER, Hermann. Teoria do Estado, p. 75.

29 HELLER, Hermann. Teoria do Estado, p. 27-28.

sistema de normas, mas como uma realidade histórica e cultural concreta. Para Heller, o Estado é uma “estrutura no devir”³⁰, uma forma de organização que mantém sua unidade e identidade precisamente por meio de sua contínua transformação histórica e de sua capacidade de atuar na realidade social.

A superação do formalismo em Heller se dá por uma mudança de método. Ele defende que a teoria do Estado deve ser uma ciência da cultura, e não uma ciência da natureza, pois o Estado é um produto da atividade humana teleológica — a capacidade do homem de conformar a realidade para atingir fins. Mais especificamente, é uma ciência sociológica da realidade, que investiga o ser empírico do Estado a partir da totalidade das conexões sociais. Essa perspectiva permite questionar o “porquê” e o “para quê” do Estado, encontrando a resposta em sua função social objetiva.

Essa função social é o conceito central da teoria helleriana. O Estado moderno surge como uma necessidade histórica em sociedades complexas, marcadas pela divisão do trabalho, para cumprir uma tarefa específica: a “organização e ativação autônomas da cooperação social-territorial”³¹. Sua finalidade é garantir um *status vivendi* comum, ordenando conflitos e estruturando a vida coletiva. O Estado é, por essência, uma “unidade organizada de decisão e ação”³². Isso significa que sua natureza não é contemplativa ou meramente normativa, mas ativa e realizadora. A omissão estatal crônica, portanto, representa a negação da própria essência do Estado; é a abdicação de sua função primordial de

30 HELLER, Hermann. Teoria do Estado, p. 75.

31 HELLER, Hermann. Teoria do Estado, p. 245.

32 HELLER, Hermann. Teoria do Estado, p. 273-283.

organizar a cooperação social para a efetivação dos direitos prometidos pela sua ordem jurídica.

É aqui que a relação dialética entre Estado e Direito se torna fundamental. Para Heller, o Estado é o “ser”, a realidade concreta e organizada, enquanto o Direito é o “sentido” ou o “dever-ser”. Um não existe sem o outro: o Direito necessita do poder organizado do Estado para ganhar positividade e eficácia, mas o poder do Estado, para ser duradouro e estável, necessita da legitimidade que só o Direito pode conferir. Essa legitimidade não advém da mera legalidade formal, mas da capacidade do poder estatal de buscar a justiça, alinhando suas normas e ações a princípios jurídicos suprapositivos reconhecidos pela consciência social.

Quando a omissão estatal gera uma violação sistemática de direitos sociais, cria-se uma contradição insustentável entre o “dever-ser” constitucional e o “ser” da realidade social. O Estado, ao falhar em sua função, perde legitimidade. Nesse contexto, a intervenção judicial por meio do processo estrutural pode ser compreendida como a própria organização estatal atuando para sanar sua crise funcional e restaurar sua legitimidade. O Judiciário, ao instigar e coordenar a construção de soluções para a omissão, não atua fora do Estado, mas como o próprio Estado em movimento, buscando reconciliar a realidade fática com a norma jurídica e, assim, cumprir a função social que é sua razão de ser.

O ESTADO COMO “REALIDADE ESPIRITUAL”: A TEORIA DA INTEGRAÇÃO DE RUDOLF SMEND

Se a teoria de Hermann Heller oferece a justificção funcional para a atuação estatal, a teoria da integração de Rudolf Smend fornece o arcabouço dinâmico para compreender como essa atuação se pro-

cessa e se legitima. Contrapondo-se também ao positivismo formalista kelseniano³³ e ao decisionismo schmittiano³⁴, Smend concebe o Estado não como uma estrutura estática ou uma mera ordem normativa, mas como uma “realidade espiritual”³⁵ em permanente processo de atualização, um “plebiscito que se renova cada dia”³⁶. O Estado, para Smend, é o seu contínuo processo de integração social, cultural e política. Essa perspectiva é fundamental para compreender o processo estrutural não como uma anomalia, mas como um microcosmo do próprio fazer-se do Estado.

A teoria da integração se desdobra em três dimensões interdependentes, que encontram uma manifestação concreta e exemplar na dinâmica de um processo estrutural:

A integração funcional: Ocorre por meio de procedimentos e processos que produzem uma síntese social e reforçam a experiência comunitária a exemplo de eleições e debates parlamentares. Contudo, assim como Schmitt, ele já diagnosticava a crise desse modelo em Weimar, onde o parlamento perdia sua capacidade integradora para se tornar um espaço de mera negociação³⁷. O processo estrutural surge precisamente nesse vácuo. Suas ferramentas — as audiências públicas, as mesas de diálogo, os workshops deliberativos, os comitês de monitoramento — constituem uma nova e potente forma de integração funcional. Elas criam uma arena em que os atores estatais e sociais, antes paralisados ou em conflito, são compelidos a interagir, a debater e a construir consensualmente uma solução, realizando um “processo de

33 SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*, p. 56-57.

34 SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*, p. 111-112.

35 SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*, p. 62-70.

36 SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*, p. 63.

37 SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*, p. 82-84.

conformação da vontade comunitária³⁸ que as vias políticas tradicionais não foram capazes de produzir.

A integração material (ou fática): Ocorre pela “progressiva realização dos conteúdos substantivos”³⁹ que fundamentam o sentido comunitário. O Estado “se identifica com a realização de dito significado material”⁴⁰. Um processo estrutural é sempre mobilizado em torno de um valor constitucional material: o direito à saúde, à moradia, ao saneamento básico, ao meio ambiente equilibrado. A violação massiva desse direito representa uma fratura na integração material da comunidade. A ação estrutural, ao se dedicar à elaboração e implementação de um plano para remediar essa fratura, transforma a norma constitucional em um objetivo comum e concreto. A efetivação do direito torna-se o “conteúdo substantivo” que unifica os esforços e reintegra a população afetada à comunidade de valores prometida pela constituição.

A integração pessoal: Ocorre por meio de líderes e símbolos que “encarnam” a unidade política⁴¹. Embora o juiz não seja um líder político no sentido tradicional, sua atuação no processo estrutural assume uma dimensão de integração pessoal. Ele personifica a autoridade da constituição e a vontade de restaurar a ordem jurídica violada, tornando-se o “princípio diretor” que organiza o diálogo e garante a seriedade do compromisso entre as partes. A sua figura funciona como um ponto de referência que confere unidade e direção a um processo de cooperação complexo e multifacetado, que catalisa e dá espaço de destaque à atuação proeminente dos atores-chave como chefes do Executivo e Legis-

38 SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*, p. 80.

39 SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*, p. 92.

40 SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*, p. 94.

41 SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*, p. 73.

lativo, seus ministros, secretários, procuradores, senadores, deputados, vereadores, especialistas, técnicos, membros e agentes dos tribunais de contas e de órgãos e instituições públicas, representantes e organismos da sociedade civil, promotores de justiça, defensores públicos e tantos outros.

Assim, a teoria da integração de Smend aplicada ao processo estrutural faz com que ele deixe de ser visto apenas como uma técnica processual, passando a ser compreendido como um mecanismo que utiliza a jurisdição para reativar o dinamismo do Estado, promovendo a integração funcional, material e pessoal de uma comunidade política em crise, realizando, assim, a concepção smendiana da constituição como a “ordenação jurídica do processo de integração”⁴².

O DUPLO CORPO DO ESTADO: A UNIDADE CONSTITUCIONAL E A PLURALIDADE SOCIAL

As teorias de Heller e Smend, que descrevem o Estado a partir de sua função social e de sua dinâmica integradora, encontram uma síntese imagética na antiga metáfora do “duplo corpo”, resgatada e atualizada para o direito por Stephan Meder. Originária da teologia política medieval, a doutrina do “duplo corpo do rei” (*The King's Two Bodies*), de Ernst Kantorowicz, distinguia o corpo natural do soberano (mortal, individual e falível) de seu corpo político (imortal, coletivo e perfeito). Na transição para a modernidade, esse “segundo corpo” imortal é ressignificado, passando a ser simbolizado pela nação, pelo povo ou, em sua forma mais depurada, pela própria constituição⁴³.

42 SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*, p. 132.

43 MALISKA, Marcos Augusto. *Pluralismo Jurídico e Direito Moderno. Notas para Pensar a Racionalidade Jurídica*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2022, p. 37-40.

O corpo político (o Estado constitucional) só se mantém vivo e legítimo se cumprir sua função social (Heller) de organizar a cooperação. A integração (Smend) é o processo vital que nutre e renova continuamente esse corpo, garantindo sua coesão. A omissão estatal, que paralisa a função e impede a integração, pode, assim, ser compreendida como uma doença do corpo político. A ordem constitucional (o “segundo corpo”) torna-se disfuncional, incapaz de organizar a vida dos “corpos naturais” (os cidadãos), que sofrem a violação de seus direitos.

É nesse ponto que a concepção pluralista da metáfora, herdada de Savigny e Althusius, mostra sua potência, dado que a sociedade é naturalmente plural⁴⁴. O corpo político não é uma unidade monolítica que subjuga suas partes; ele é um organismo complexo, composto por múltiplos órgãos (associações, comunidades, corporações), cada um com sua própria vitalidade. A saúde do todo depende da interação harmoniosa entre essas partes. O processo estrutural, portanto, surge como a terapia institucional necessária para tratar o corpo político doente, reativando a comunicação entre seus órgãos e restaurando sua capacidade de funcionar de maneira integrada e cooperativa.

O PROCESSO ESTRUTURAL COMO PRÁXIS DO ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO

As teorias de Heller e Smend, ao descreverem o Estado a partir de sua função social e de sua dinâmica integradora, fornecem os elementos para se compreender a necessidade de um Estado atuante.

⁴⁴ MALISKA, Marcos Augusto. Pluralismo Jurídico e Direito Moderno, p. 38-52.

Essas noções encontram sua síntese na metáfora do “duplo corpo” de Meder, em que a constituição figura como o “corpo político” imortal que unifica e dá sentido à pluralidade dos “corpos naturais” dos cidadãos. É na formulação contemporânea de um Estado constitucional cooperativo, desenvolvida por Marcos Augusto Maliska, que a saúde desse corpo político encontra uma adequada expressão que legitima o processo estrutural. Este modelo, articulado em torno dos pilares da abertura, cooperação e integração, permite enquadrar o processo estrutural não como uma exceção, mas como uma expressão da própria racionalidade do constitucionalismo pluralista.

A CONSTITUIÇÃO ABERTA, COOPERATIVA E INTEGRACIONISTA

O paradigma do Estado constitucional cooperativo parte da premissa de que as constituições contemporâneas já não podem ser vistas como sistemas fechados e autossuficientes. Elas são, por natureza, estruturas dinâmicas que interagem com o ambiente que as cerca. Essa interação se dá em uma dupla dimensão de abertura: uma abertura “para fora”, em relação ao direito internacional e aos direitos humanos, e, de forma principal ao presente estudo, uma abertura “para dentro”.

A abertura “para dentro” significa que a ordem constitucional “se abre para sua própria sociedade, no sentido de que, além de garantir o pluralismo, a ordem constitucional se abre para ele”⁴⁵. Isso revela que o Estado não detém o monopólio da organização social e que as diversas formas de vida coletiva (os “órgãos” do corpo político) são fontes legítimas de normatividade e cooperação. Implica a superação do “princípio da homogeneidade”, que marcou a formação clássica do

⁴⁵ MALISKA, Marcos Augusto. Fundamentos da Constituição, p. 36.

Estado-Nação, em favor do reconhecimento da diversidade social, cultural e, conseqüentemente, do pluralismo jurídico. O Estado, sob essa ótica, reconhece que não detém o monopólio da produção normativa e que o “direito vivo”⁴⁶ (Ehrlich) que emana das práticas sociais é uma realidade com a qual ele precisa dialogar. O processo estrutural é uma manifestação jurisdicional exemplar dessa abertura: ao convocar múltiplos atores sociais — associações, comunidades afetadas, especialistas, movimentos sociais — para a construção da solução, o Judiciário está, na prática, abrindo as portas do Estado para a pluralidade social que a omissão política havia ignorado.

Dessa abertura, decorre logicamente a cooperação como método de governança. Maliska detalha a cooperação em seu plano normativo e material. Para a análise do processo estrutural, a cooperação material interna é particularmente relevante. Ela é definida como “todas as formas de parcerias entre o poder público e a sociedade visando a atingir uma finalidade de interesse público”⁴⁷. Essa cooperação reflete “o engajamento pessoal quanto institucional na participação da organização e da realização de direitos fundamentais prestacionais”⁴⁸. O processo estrutural é, em sua essência, uma forma de cooperação material interna induzida judicialmente. Ele força a articulação entre diferentes órgãos do poder público (muitas vezes em conflito ou paralisados) e destes com a sociedade civil, exatamente como prevê o modelo cooperativo.

A integração é o objetivo último do Estado constitucional cooperativo. Contudo, essa integração não significa assimilação ou imposição de uma unidade forçada. Trata-se, na leitura atualizada de Smend, da

46 MALISKA, Marcos Augusto. Fundamentos da Constituição, p. 74.

47 MALISKA, Marcos Augusto. Fundamentos da Constituição, p. 89.

48 MALISKA, Marcos Augusto. Fundamentos da Constituição, p. 89.

“comunicação e compatibilização de contrastes”⁴⁹ e da busca por uma unidade que se constrói a partir do respeito à diferença. A constituição funciona como o “singular” que confere unidade e fundamento de validade ao “plural” das manifestações sociais e jurídicas. O processo estrutural realiza essa finalidade integradora de modo exemplar. Ele cria um espaço processual onde o conflito (o contraste) não é suprimido, mas gerenciado de forma a construir uma solução pactuada (a compatibilização). Ao fazer isso, o processo reintegra grupos marginalizados pela omissão estatal à comunidade de direitos e reafirma a unidade da ordem constitucional, não ao negar a pluralidade, mas ao ordená-la em direção a um fim comum.

Nessa perspectiva, a intervenção judicial por meio do processo estrutural deixa de ser vista como uma interferência externa na política para ser compreendida como parte da própria dinâmica de construção das políticas públicas, as quais consistem num “programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados”⁵⁰, o que inclui o processo judicial. A atuação do Judiciário, portanto, se insere no ciclo de vida da política pública, atuando para garantir que ela se mantenha alinhada às premissas materiais estabelecidas pela “constituição dirigente”, que vincula os atos de direção política à concretização de direitos fundamentais. O processo

49 MALISKA, Marcos Augusto. Fundamentos da Constituição, p. 97.

50 BUCCI, Maria Paula Dallari. Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2021. E-book. p. 48. ISBN 9786555595758. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555595758/>. Acesso em: 13 ago. 2025.

estrutural, assim, torna-se o “braço executivo de direitos expressos na Constituição”⁵¹ quando os canais primários se mostram inertes⁵².

Assim, o referencial teórico do Estado constitucional cooperativo, com sua tríade abertura-cooperação-integração, oferece o enquadramento conceitual para compreender a natureza e a legitimidade do processo estrutural. Ele deixa de ser um mero instrumento processual para se tornar a própria práxis de um Estado que se reconhece plural, atua de forma cooperativa e busca a integração como seu fim primordial.

A JURISDIÇÃO ESTRUTURAL COMO ORGANIZAÇÃO DA COOPERAÇÃO E DA INTEGRAÇÃO

O processo estrutural representa a práxis do Estado constitucional cooperativo, sendo a ferramenta por excelência para a concretização de princípios em um cenário de “direito dúctil”. Quando confrontada com um “estado de coisas inconstitucional” — como a violação massiva da dignidade humana no sistema carcerário ou a degradação de um ecossistema inteiro —, a jurisdição não pode se limitar a aplicar uma regra rígida. A resposta a uma “desorganização institucional” sistêmica exige a concretização de princípios constitucionais maleáveis, uma tarefa que se desdobra na organização da cooperação (Heller) e na promoção da integração (Smend), como demonstram casos reais da jurisprudência brasileira.

51 KERSTENETZKY, Celia Lessa. Políticas públicas sociais. Rio de Janeiro: CEDE, 2014, p. 2. (Texto para discussão, n. 92). Disponível em: <https://cede.uff.br/wpcontent/uploads/sites/251/2021/04/TD-092-KERSTENETZKY-C-2014.-Políticas-publicassociais.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2025.

52 BUCCI, Maria Paula Dallari. A Abordagem Direito e Políticas Públicas no Brasil: Quadros Analíticos. In **Revista Campo de Públicas: conexões e experiências, FJP - Escola de Governo**, v.2, n.1, p. 91-125, 2023, p. 100.

A primeira tarefa da jurisdição estrutural é a organização da cooperação, função social primordial do Estado segundo Heller. Um exemplo paradigmático é a ADPF 347, na qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu o “estado de coisas inconstitucional” do sistema carcerário brasileiro⁵³. Ali, a Corte não apenas declarou a violação de direitos, mas iniciou um complexo processo para restaurar a função estatal de organizar esse setor da vida social. Ao determinar a realização de audiências de custódia e a liberação de verbas do Fundo Penitenciário, o tribunal atuou como o “órgão” que reativa a “unidade de decisão e ação” do Estado, forçando a cooperação entre Executivo, Legislativo e Judiciário para superar a paralisia.

Essa organização da cooperação é instrumentalizada por mecanismos que promovem ativamente a integração de Smend. A experiência prática no caso da despoluição da Bacia do Rio Doce é ilustrativa, pois a complexidade do desastre, envolvendo múltiplos entes federativos, empresas e uma vasta população atingida tornou a solução judicial impositiva inviável. Em seu lugar, estruturou-se um longo e contínuo processo de negociação com inúmeras audiências e a criação de câmaras técnicas e de um comitê interfederativo (CIF), que conformam a integração funcional: novos rituais processuais que produzem uma “síntese social” a partir do diálogo. O objetivo comum da reparação socioambiental serve como pilar da integração material, unificando os atores em torno de um “significado material” compartilhado, que transcende os interesses particulares.

A integração e a organização se projetam e se consolidam no tempo. A criação de estruturas de governança permanentes, como a

53 VITORELLI, Edilson. Processo Civil Estrutural, p. 313-314.

Fundação Renova no caso do Rio Doce⁵⁴, ou a determinação de planos de longo prazo, como na intervenção para o reordenamento do sistema socioeducativo do Rio Grande do Norte (FUNDAC)⁵⁵, exemplificam a fase de monitoramento. Essas estruturas funcionam como os “comitês de monitoramento” descritos por Vitorelli⁵⁶, garantindo que a função estatal restaurada (Heller) e a integração alcançada (Smend) não sejam momentâneas, mas se incorporem à nova realidade da instituição reorganizada. Assim, casos reais, desde o seminal *Brown v. Board of Education* nos EUA até os complexos litígios brasileiros, demonstram que a jurisdição estrutural é a práxis de um Estado que se vê forçado a organizar e integrar para cumprir suas promessas constitucionais.

Para que essa práxis cooperativa se efetive, é fundamental que o processo se transforme em uma “ampla arena de debate”⁵⁷, superando o tecnicismo jurídico tradicional que cria um “abismo” entre os operadores do direito e a comunidade envolvida. A legitimidade e a eficácia da solução construída dependem da capacidade do procedimento de ser compreensível e acessível, assemelhando-se a um parlamento ou a uma assembleia popular (*town meeting* na denominada técnica de Stephen Yeazell)⁵⁸, onde as diversas posições e interesses podem se fazer ouvir e influenciar a formação da decisão. Esse modelo encontra amparo no próprio Código de Processo Civil de 2015, que, ao consagrar

a flexibilidade procedimental⁵⁹ e a atipicidade dos meios executivos⁶⁰, fornece ao juiz o suporte normativo para conduzir o processo de forma mais criativa e dialógica, adaptando-o às necessidades do caso concreto⁶¹, flexibilidade que vem como norma fundamental contida no art. 2º, inciso VII, do Projeto de Lei 3/2025, que trata do processo estrutural.

A LEGITIMIDADE DA DECISÃO ESTRUTURAL EM FACE DA CRÍTICA AO “ESTADO JURISDICIONAL”

A OBJEÇÃO DEMOCRÁTICA: O RISCO DO “GOVERNO DE JUÍZES” E O DÉFICIT DE LEGITIMAÇÃO

Qualquer defesa do processo estrutural como uma práxis legítima do Estado constitucional cooperativo deve, necessariamente, enfrentar sua crítica mais contundente: a objeção de seu déficit democrático. Danilo Zolo adverte contra a ascensão do que denomina “Estado jurisdicional”, a expansão do poder judicial para além de suas funções tradicionais, especialmente em matéria de políticas públicas, o que representa um risco à própria democracia, podendo degenerar em um “governo de juízes”.

O cerne da objeção de Zolo reside no “déficit de legitimação democrática” do poder judicial. Em uma democracia, a legitimidade para tomar decisões políticas que afetam a coletividade emana da vontade

54 VITORELLI, Edilson. Processo Civil Estrutural, p. 313-314.

55 VITORELLI, Edilson. Processo Civil Estrutural, p. 313-314.

56 VITORELLI, Edilson. Processo Civil Estrutural, p. 305-307.

57 ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. Curso de Processo Estrutural. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025, p. 125.

58 VITORELLI, Edilson. Processo Civil Estrutural, p. 466.

59 Flexibilidade procedimental como medidas de cooperação nacional entre diferentes juízes concertantes em rol exemplificativo (art. 67 e seguintes do CPC); a calendarização processual (art. 191 do CPC); a dilação de prazos e alteração da ordem de produção dos meios de provas (art. 139, inciso VI, do CPC. ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. Curso de Processo Estrutural, p. 41.

60 Atipicidade dos meios executivos conforme o art. 139, inciso IV, do CPC. ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. Curso de Processo Estrutural, p. 41-42.

61 ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. Curso de Processo Estrutural, p. 37-42.

popular, expressa por meio de representantes eleitos e responsáveis perante o eleitorado. Os juizes, por outro lado, não são eleitos e não possuem essa responsabilidade política. Ao intervirem em áreas de políticas públicas — como a reforma do sistema prisional ou a gestão de bacias hidrográficas, típicos objetos de processos estruturais — eles estariam se comportando como uma “nova elite aristocrática”, uma “juristocracia”, impondo seus próprios valores e concepções de justiça sem o lastro da soberania popular. Em sua forma mais extrema, essa expansão do poder judicial levaria a uma “Supremocracia”, onde uma corte suprema se torna o árbitro final de todas as grandes questões políticas.

Zolo também dirige sua crítica à metodologia central do ativismo judicial no Estado constitucional: a ponderação de princípios. Longe de ser uma técnica jurídica neutra, a ponderação é vista por ele como uma “metodologia decisionista e subjetivista”. Ela conferiria aos juizes um poder discricionário quase ilimitado para decidir qual princípio deve prevalecer em um caso concreto, transformando a interpretação em um ato de criação do direito que invade a esfera de competência do legislador e ameaça a separação de poderes. O processo estrutural, que opera precisamente no campo do “direito dúctil” e exige complexas ponderações para a construção de seu remédio, seria o exemplo máximo dessa discricionarietà judicial.

UMA RESPOSTA COOPERATIVA: A PARTICIPAÇÃO COMO FONTE DE LEGITIMAÇÃO E O JUIZ COMO GUARDIÃO DO “JOGO” CONSTITUCIONAL

A resposta à objeção do “Estado jurisdicional” e do “déficit de legitimização democrática” é multifacetada e representa o ponto central da moderna teoria do processo estrutural. A legitimidade da intervenção judicial não se sustenta em uma pretensa superioridade moral do juiz, mas em critérios dogmáticos rigorosos e em um redesenho democrático do próprio procedimento.

Primeiramente, a atuação judicial em matéria de políticas públicas encontra seu limite e sua legitimidade na “regra da proibição de insuficiência” (*Untermaßverbot*), como densificado por Luiz Guilherme Marinoni. O Judiciário não pode escolher a política pública que julga ser a melhor ou mais eficiente, invadindo o “corredor” de discricionarietà legítima do legislador e do administrador. Sua função é controlar se a ação ou omissão estatal ficou abaixo do patamar mínimo de proteção exigido pela constituição, seja por negar o mínimo existencial ou por ser manifestamente irrazoável. Ao garantir apenas o “mínimo suficiente”, o juiz não atua como legislador positivo, mas como garantidor dos deveres estatais de respeito, proteção e promoção, o que racionaliza e contém o controle de constitucionalidade⁶².

Em segundo lugar, a resposta mais contundente ao déficit democrático está na própria concepção de um “processo estrutural democrático”, como propõe Matheus Casimiro. A legitimidade da decisão não emana da figura isolada do magistrado, mas é construída ao longo de um procedimento alicerçado em três pilares: a participação efetiva dos

62 MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Estrutural, p. 43-48.

grupos vulneráveis e da sociedade civil; a publicidade radical dos atos processuais e governamentais; e a justificação pública e racional das decisões tomadas por todos os atores⁶³. Essa democratização do processo transforma o Judiciário em um “fórum de protestos”⁶⁴, um espaço que dá voz a minorias historicamente excluídas das arenas políticas majoritárias e que força a *accountability* dos agentes públicos⁶⁵. Como detalha a doutrina, o processo estrutural se vale de um arsenal de ferramentas dialógicas — como audiências públicas, *amici curiae*, comitês e comissões (com a participação de especialistas e da sociedade civil ou técnicas de monitoramento), sala de situação, mediação e conciliação estrutural, grupo de assessoramento técnico do juízo, assessoria técnica independente, reuniões setoriais, sites de divulgação, consulta pública potenciada pelo uso de tecnologias digitais como formulários online, aplicativos e outras tantas que ampliam a participação comunitária.

De acordo com Marcos Augusto Maliska, a democracia contemporânea não se esgota na regra da maioria eleitoral, mas incorpora ideais de “imparcialidade, reflexividade, pluralidade [...] e proximidade ao cidadão”⁶⁶. Essa metodologia reflete o que Maliska, dialogando com Häberle, descreve como uma “democratização da democracia”⁶⁷, na qual a legitimidade transcende o ato eleitoral e se realiza na participação cidadã nos procedimentos de organização e efetivação de direitos. Ao abrir o processo para a participação direta dos afetados, movimentos sociais e especialistas, a jurisdição estrutural realiza o *status activus pro-*

63 CASIMIRO, Matheus. Processo Estrutural Democrático: Participação, Publicidade e Justificação. Belo Horizonte: Fórum, 2024, p. 90-112.

64 CASIMIRO, Matheus. Processo Estrutural Democrático, p. 101-108.

65 CASIMIRO, Matheus. Processo Estrutural Democrático, p. 108-112.

66 MALISKA, Marcos Augusto. Fundamentos da Constituição, p. 67.

67 MALISKA, Marcos Augusto. Fundamentos da Constituição, p. 88.

*cessualis*⁶⁸, transformando os destinatários da política pública em sujeitos ativos na sua formulação e fiscalização. A solução, portanto, não é do juiz, mas construída com os demais poderes, órgãos, instituições, agentes e a sociedade, o que mitiga a objeção contramajoritária ao criar uma nova fonte de legitimidade procedimental.

Ademais, a atuação do juiz nesse contexto encontra sua justificação teórica não em uma pretensão de soberania, mas em seu papel como guardião do “jogo” constitucional, na expressão de Zagrebelsky⁶⁹. A constituição estabelece as regras e os valores do “jogo” político, mas, sendo um “direito dúctil”, exige constante concretização. Quando os jogadores institucionais se omitem, o juiz estrutural não entra em campo para decidir o jogo, mas atua como um árbitro que garante que ele continue a ser jogado conforme suas regras fundamentais. Nesse novo arranjo, a figura do juiz se desloca. Ele deixa de ser o decisor solitário para se tornar o mediador e garantidor de um processo democrático cooperativo. No paradigma pluralista, em que o direito emana de múltiplas fontes sociais, o Estado-Juiz se desloca da posição de supremacia para se posicionar como mediador⁷⁰. Sua função é garantir que a pluralidade de vozes e interesses seja ouvida e articulada dentro dos limites da ordem constitucional. A constituição, como o “singular” que confere unidade e validade ao “plural”, é o fundamento de sua atuação. A legitimidade do juiz, portanto, não vem de uma pretensa superioridade técnica, mas de seu papel como guardião do pacto constitucional que possibilita a própria convivência pluralista.

68 MALISKA, Marcos Augusto. Fundamentos da Constituição, p. 88.

69 ZAGREBELSKY, Gustavo. Derecho dúctil: Ley, derechos, justicia, p. 68.

70 MALISKA, Marcos Augusto. Fundamentos da Constituição, p. 70.

Nessa perspectiva, a crítica de Zolo à ponderação como método subjetivista é respondida. No processo estrutural, a ponderação não é um ato solipsista, mas um exercício coletivo. A decisão final, portanto, não é um ato arbitrário de uma “elite aristocrática”, mas o resultado formalizado de um amplo processo de organização da cooperação (Heller) e de integração social (Smend). Ao atuar como mediador, cooperador e integrador, o juiz estrutural não se torna um “juiz-rei”, mas um servo do “jogo” constitucional, cuja intervenção se legitima pela sua capacidade de dar uma resposta eficaz e, em última análise, mais democrática à paralisia dos poderes eleitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo estrutural emerge no cenário jurídico brasileiro como uma resposta jurisdicional à crise de funcionalidade do Estado legislativo-parlamentar e à sua consequente paralisia decisória. Essa abordagem processual transcende o modelo adjudicatório tradicional ao instaurar uma arena de diálogo e cooperação, restaurando a função social do Estado de organizar a cooperação (Heller) e promovendo a integração social e institucional (Smend) onde a omissão havia criado fragmentação. Além de enfrentar a incapacidade dos poderes políticos em lidar com problemas sistêmicos, o processo estrutural se destaca por concretizar os princípios do direito dúctil (Zagrebelsky) de forma participativa, equilibrando a autoridade judicial com a legitimidade democrática, que se assenta não na escolha da melhor política pública, mas no controle da “proibição de insuficiência” (Marinoni) e na demo-

cratização do procedimento por meio da participação, publicidade e justificação (Casimiro). Com foco na mediação e na construção consensual de soluções, conforme detalhado pela doutrina processual (Arenhart, Osna, Jobim; Vitorelli), essa metodologia aponta para um modelo de jurisdição que não representa a judicialização da política criticada por Zolo, mas o resgate do político em uma esfera processual, alinhada às exigências de um Estado constitucional que se pretende atuante, cooperativo e democrático.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025.

BUCCI, Maria Paula Dallari. A Abordagem Direito e Políticas Públicas no Brasil: Quadros Analíticos. In **Revista Campo de Públicas: conexões e experiências**, FJP - Escola de Governo, v.2, n.1, p. 91-125, 2023.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2021. E-book. p.1. ISBN 9786555595758. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555595758/>. Acesso em: 13 ago. 2025.

CASIMIRO, Matheus. **Processo Estrutural Democrático: Participação, Publicidade e Justificação**. Belo Horizonte: Fórum, 2024.

COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs.). **O Estado de direito: história, teoria, crítica**. Tradução: Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GONÇALVES, Nicole Pilagallo da Silva Mader. O Risco da Crise do Poder Legislativo para o Estado Democrático de Direito: A Necessária Reconstrução da Esfera Pública, o Resgate do Político e a Reformulação da Democracia. *In* **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 5, p. 1-33, 2009.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução: Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

KERSTENETZKY, Celia Lessa. **Políticas públicas sociais**. Rio de Janeiro: CEDE, 2014. (Texto para discussão, n. 92). Disponível em: <https://cede.uff.br/wp-content/uploads/sites/251/2021/04/TD-092-KERSTENETZKY-C.-2014.-Políticas-públicas-sociais.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2025.

LIMONGI, Fernando. A democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. *In* **Novos estudos - CEBRAP** n. 76, 2006, p. 17-41. ISSN 1980-5403. <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002006000300002>.

MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da Constituição**: abertura, cooperação, integração. Curitiba: Juruá, 2013.

MALISKA, Marcos Augusto. **Pluralismo Jurídico e Direito Moderno**. Notas para Pensar a Racionalidade Jurídica. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2022.

MALISKA, Marcos Augusto. Resenha: O duplo corpo no Direito. Tradições do pluralismo entre a unidade estatal e a multiplicidade transnacional. *In* **Revista Direitos Fundamentais & Democracia** v. 20, n. 20, p. 308-311, Curitiba, jul./dez. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025.

MEDER, Stephan. *Ius non scriptum. Traditionen privater Rechtsetzung*. 2a ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009. apud MALISKA, Marcos Augusto. A Interpretação constitucional como Criação do Direito. A contribuição de Peter Häberle para o tema Pluralismo e Constituição *In* **Estudos em homenagem ao professor Peter Häberle**. Uberlândia: LAECC, 2021.

SCHIER, Paulo Ricardo. Presidencialismo de coalizão: democracia e governabilidade no Brasil. *In* **Revista Direitos Fundamentais & Democracia** v. 20, n. 20, p. 253-299, Curitiba, jul./dez. 2016.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

SMEND, Rudolf. **Constitución y Derecho Constitucional**. Tradução: José M.ª Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural** – teoria e prática – 5.ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora JusPodivm, 2024.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Derecho dúctil**: Ley, derechos, justicia. Tradução: Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2007.

