



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL COMO ATIVISMO JUDICIAL E O
MICROSSISTEMA DA TUTELA COLETIVA ENQUANTO ALTERNATIVA VIÁVEL À
TUTELA DE VIOLAÇÕES GENERALIZADAS DE DIREITOS

Thales Várady Baeta

Rio de Janeiro
2020

THALES VÁRADY BAETA

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL COMO ATIVISMO JUDICIAL E O
MICROSSISTEMA DA TUTELA COLETIVA ENQUANTO ALTERNATIVA VIÁVEL À
TUTELA DE VIOLAÇÕES GENERALIZADAS DE DIREITOS

Monografia apresentada como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Orientador:

Prof. Guilherme Braga Peña de Moraes

Coorientadora: Profa. Mônica Cavalieri Fetzner Areal

Rio de Janeiro
2020

THALES VÁRADY BAETA

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL COMO ATIVISMO JUDICIAL E O
MICROSSISTEMA DA TUTELA COLETIVA ENQUANTO ALTERNATIVA VIÁVEL À
TUTELA DE VIOLAÇÕES GENERALIZADAS DE DIREITOS

Monografia apresentada como exigência de
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Aprovado em ____ de _____ de 2020. Grau atribuído: _____

BANCA EXAMINADORA:

Presidente: Des. Claudio Brandão de Oliveira – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro-EMERJ.

Convidado: Prof. Marcelo Pereira de Almeida – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro-EMERJ.

Orientador: Prof. Guilherme Braga Peña de Moraes – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO(A) AUTOR(A).

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ser refúgio, fonte de inspiração e de determinação.

Ao professor e orientador Guilherme Peña de Moraes, pela dedicação, orientação atenciosa, indicações e empenho, mesmo diante das dificuldades enfrentadas no cenário atual vivenciado, as quais foram imprescindíveis para a finalização desta produção de monografia.

Igualmente à professora Mônica Fetzner, a qual sempre se mostrou disponível e interessada na confecção deste trabalho.

À Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, por proporcionar um ambiente de aprendizado e acolhimento.

Aos meus pais, Édly e Renato, por tudo e, em especial, pelo sacrifício que fizeram e fazem para me proporcionar uma educação de qualidade, além do apoio incondicional.

Aos meus irmãos, Tharso, Théo e Beatriz, pelas alegrias e darem sentido à vida.

À Amanda, parceira de vida, pelo amor, pelo carinho, pelo amparo, pela compreensão e pelas diversas leituras que fez deste trabalho.

“Sic parvis magna.”

SÍNTESE

A Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional se apresentou como uma forma de solucionar situações fáticas completamente descoladas daquilo previsto na Constituição sobre as quais há uma aparente inércia (proposital ou não) ou obstáculo institucional em relação ao Poder Público. Embora conte com raiz histórica diversa, desenvolveu-se com maior profundidade na Colômbia e lá foi aplicada algumas vezes, com casos exitosos e não exitosos. Veio a ser importada para o Brasil e levada ao Judiciário por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347 em relação à situação do sistema prisional brasileiro. Por se tratar a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional como um mecanismo – ainda que com premissas dialógicas – de se praticar o ativismo judicial, deve-se preferir instrumentos diversos a este e especialmente em relação às políticas públicas, voltar-se à aplicação do microssistema da tutela coletiva, o qual se mostra como uma ferramenta regulada apta a produzir os mesmos efeitos práticos.

Palavras Chave: Direito Constitucional. Estado de Coisas Inconstitucional. Ativismo Judicial. Tutela Coletiva.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
1. ABORDAGEM TEÓRICA ACERCA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL	10
1.1 Contexto histórico da Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional.....	10
1.2 Histórico Constitucional recente e a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional perante a Corte Constitucional colombiana.....	17
2. NEOCONSTITUCIONALISMO E “ATIVISMOS JUDICIAIS”.....	25
2.1 Do pensamento Kelseniano ao Neoconstitucionalismo.....	25
2.2. Neoconstitucionalismo: Características e seus fenômenos corolários.....	34
2.3 Do método hermenêutico adequado à aplicação das normas no neoconstitucionalismo.....	41
2.4. A concepção de jurisdição sob a égide do neoconstitucionalismo.....	48
2.5. A “judicialização da vida” como fenômeno decorrente do neoconstitucionalismo...50	
2.6. O estado de coisas inconstitucional enquanto espécie de ativismo judicial.....	55
2.7. O Estado de Coisas Inconstitucional e o ativismo judicial dialógico.....	61
3. O MICROSSISTEMA DA TUTELA COLETIVA COMO ALTERNATIVA LEGAL E CONSTITUCIONALMENTE LEGÍTIMA AO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL.....	73
3.1 O microsistema da tutela coletiva como alternativa jurídica viável aos casos em que se pretenda a aplicação da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional.....	88
3.2. A Pandemia do “Coronavírus” (COVID-19) e a Desnecessidade do emprego da Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional.....	103
CONCLUSÃO.....	110
REFERÊNCIAS.....	113

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica visa discutir a possibilidade de aplicação da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro, bem como debater qual seria o mecanismo processual atual mais adequado para tanto. Procura-se abordar os aspectos históricos envolvendo a referida teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, a eficácia nos casos em que foi empregada e, paralelamente, como se deu sua aplicação no Judiciário brasileiro.

Almeja-se, para tanto, abordar as posições existentes na doutrina brasileira e estrangeira, além da jurisprudência existente sobre o tema. Desse modo, pretende-se realizar a pertinente distinção da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional de outros fenômenos existentes na atualidade, especialmente o ativismo judicial e a judicialização dos conflitos, com o fito de analisar sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

É cediço que o controle concentrado de constitucionalidade decorre da própria rigidez da Constituição Federal, uma vez que inovações legislativas ordinárias não possuem o condão de reformar as normas de estatura constitucional. Nesse sentido, o cotejo de validade dos diplomas infraconstitucionais promovido pelo Supremo Tribunal Federal se revelou como mecanismo de deflagração da inadequação de determinada lei ou dispositivo normativo, atividade esta extremamente sadia na democracia nacional.

Constata-se, inclusive, pela história recente das decisões emanadas da Corte, o significativo papel das ações constitucionais na proteção aos direitos e garantias fundamentais, especialmente em seu âmbito coletivo e difuso, sendo certo que grandes avanços sociais vieram tão somente após a judicialização dos respectivos temas. Todavia, em que pese haver decisões representativas do papel contramajoritário que deve ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal nas situações em que houver ameaça ou violação de direitos daqueles em situação de vulnerabilidade, tem-se que nem sempre tais pronunciamentos resultam em efeitos práticos efetivos.

O tema passou a ter relevância a partir do ajuizamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) nº 347, em que se pretende a aplicação da mencionada teoria do estado de coisas inconstitucional no que tange ao cenário carcerário nacional e a maciça violação aos direitos humanos. Destaca-se que a origem da referida teoria advém da Colômbia, já contando com mais casos transitados em julgado no país em questão, viabilizando assim aferir a eficiência das decisões tomadas com base na deflagração do Estado de Coisas Inconstitucional.

O primeiro capítulo deste trabalho apresenta o contexto histórico da criação da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, bem como sua conceituação em âmbito teórico. Ademais, debruçar-se-á a análise em questão nos casos paradigmas colombianos nos quais foi aplicada; debatendo-se, principalmente, a eficácia de tais decisões proferidas no contexto em questão.

No segundo capítulo se promoverá o resgate teórico envolvendo os mecanismos de interpretação e as aceções acerca da força normativa das constituições, demonstrando como o cenário jusfilosófico atual permitiria a incidência do Estado de Coisas Inconstitucional, além da interpretação mais moderna acerca daquilo que se entende por jurisdição. A abordagem se dará desde o positivismo até a aceção do neoconstitucionalismo.

Ainda no segundo capítulo serão pesquisados os elementos que distinguem a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional de outros fenômenos, notadamente: o ativismo judicial e a judicialização dos conflitos. Após a devida explanação no primeiro capítulo da essência da teoria em si e da realidade nacional, realizar-se-á a reflexão quanto à possibilidade de contribuição da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional para a temática, aumentando a abrangência e efetivação das decisões proferidas nestes contornos expostos.

No terceiro capítulo se pretende formular crítica à mencionada teoria e demonstrar os motivos pelos quais sua aplicabilidade no Brasil seria dificultosa, em especial pelo desenho do ordenamento jurídico nacional. Ademais disso, será apresentado como o microsistema da tutela coletiva serviria para, em tese, proporcionar o mesmo efeito prático equivalente ao emprego da dita teoria, contudo, contando com respaldo legal e, por conseguinte, inserindo-se no sistema de freios e contrapesos, reduzindo-se os efeitos de eventual ativismo judicial.

Adotar-se-á como método de pesquisa, dentre outros, a pesquisa bibliográfica, a qual se consubstancia pelo levantamento de referências teóricas presentes em escritos, sejam livros, artigos científicos e demais fontes. Mediante tais fontes será possível promover estudo quanto à origem, aplicação e compatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional.

A linha de pesquisa também contará com o método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, que acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las com argumentos sólidos.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) para sustentar a sua tese.

1 ABORDAGEM TEÓRICA ACERCA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Versa o presente trabalho sobre análise a ser promovida quanto à viabilidade de aplicação da tese desenvolvida na Colômbia denominada de Estado de Coisas Inconstitucional no cenário jurídico brasileiro e, em especial, sua eficácia como forma de conferir efetividade aos direitos dos cidadãos que tenham de maneira sistemática seus direitos fundamentais violados. Ressalta-se, contudo, que embora a origem do objeto de estudo deste trabalho tenha como nascedouro país que guarda significativas similitudes com o Brasil, faz-se imprescindível se debruçar sobre os aspectos históricos de tal teoria, com o fito de compreender o tema abordado em sua completude.

1.1. Contexto histórico da Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional

Nesse sentido, destaca-se, desde logo, que em que pese o tema central desta pesquisa ser a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional desenvolvida pela Corte Constitucional colombiana, a origem do pensamento que levou à sua elaboração remonta aos Estados Unidos da América (EUA). Como é cediço, os Estados Unidos da América foram colônia britânica a partir do século XVII, sendo que em meados do século XVIII iniciaram-se conflitos¹ em relação à metrópole, notadamente em virtude de imposições tributárias aplicadas pela Coroa inglesa².

A guerra revolucionária americana de independência se prolongou até 1781, tendo a partir de então as treze colônias iniciais se organizado de modo a formar o desenho federativo que veio a se desenvolver ao longo dos anos seguintes. O que é relevante para fins de tratativa do tema objeto desta pesquisa é o fato de os estados federados dos Estados Unidos da América não serem, à época (tal como na atualidade, ainda que em menor intensidade), coesos entre si quanto ao curso que deveria ser adotado pela nação.

Dentre tais problemáticas vivenciadas após o período revolucionário se destaca a questão da manutenção ou não da escravidão, fato este que era objeto de conflito entre os estados do norte e do sul dos EUA, sendo aqueles abolicionistas e estes escravagistas (haja vista a dependência econômica no modelo até então vigente por serem estados cujo sistema produtivo era basicamente agrário). Deste conflito emergiu a “guerra de secessão” norte americana,

¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 24. [e-book]

² Ibid., p.24: (...) imposições tributárias e restrições às atividades econômicas e ao comércio romperam a harmonia com a metrópole. As relações tornaram-se tensas ao longo da década de 1760, agravando-se drasticamente após episódios como o Stamp Act, de 1765, o Massacre de Boston, em 1770, e o Boston Tea Party, em 1773.

especialmente após a eleição do presidente abolicionista Abraham Lincoln; sagrando-se vencedor o lado pró-abolicionista nesta disputa³.

De toda sorte, em que pese o mencionado acima, a questão racial permanece como um ponto nevrálgico nos EUA até os dias atuais. É justamente de dois casos envolvendo tal temática que surge de forma mais remota as raízes do tema que se propõe a investigar nesta pesquisa.

Desde o caso *Marbury v. Madison* (1802), em que a Corte Constitucional americana apreciou o *writ of mandamus* manejado, sagrou-se o entendimento de que competiria a este órgão de cúpula do Judiciário exercer a interpretação última da validade das normas infraconstitucionais frente à constituição, tendo sido a partir deste caso a criação do modelo de constitucionalidade difuso estadunidense. De acordo com Luís Roberto Barroso, foi essa decisão “que inaugurou o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, deixando assentado o princípio da supremacia da Constituição, da subordinação a ela de todos os Poderes estatais e da competência do Judiciário como seu intérprete final, podendo invalidar os atos que lhe contravenham”⁴.

Feita esta breve explanação quanto à competência da Corte Constitucional americana para o julgamento final de possíveis afrontas à constituição, faz-se possível se debruçar sobre o caso *Plessy v. Ferguson* (1896)⁵. Em apertada síntese, tratou-se de demanda ajuizada por Homer Plessy, cidadão do estado da Louisiana que foi expulso de seu assento na primeira classe – que legitimamente adquiriu – no qual se encontrava na composição *New Louisiana Railway* de Nova Orleans. A razão de sua expulsão foi sua recusa para se sentar em vagões destinados aos afrodescendentes – na época se dizia os assentos destinados às “pessoas de cor” –, visto que ele seria, segundo funcionários da empresa de trem, um homem negro e estava a causar incômodo aos demais passageiros (brancos)⁶.

³ A eleição de Abraham Lincoln como Presidente dos Estados Unidos da América se deu em 1860, o qual era notadamente um abolicionista. Os Estados do sul, cuja economia agrícola era amplamente dependente da mão de obra escrava, decidiram então separar-se da União, culminando na chamada guerra da secessão. A Guerra Civil se encerrou com a vitória dos Estados do norte. A escravidão foi abolida com a Emenda 13, mas o ressentimento dos Estados do sul prolongou-se ainda por mais de um século. A questão racial nos Estados Unidos, já iniciado o século XXI, ainda é tema de disputa e central da agenda política até os dias atuais.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.22. [e-book]

⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/>. Acesso em: 01 abr. 2019.

⁶ De acordo com o julgado, o próprio autor da ação (*Plessy*) afirmava não ser um homem negro, e sim branco, ou seja, a reivindicação do autor não era pautada na necessária igualdade que deve existir entre brancos e negros, e sim na inaplicabilidade da lei segregacionista para ele. Não negava a sua origem africana, porém, esta seria significativamente menor do que sua herança “branca”, visto que afirma “*of mixed descent, in the proportion of seven eighths Caucasian and one eighth African blood*” (de ascendência mista, na proporção de sete oitavos brancos e um oitavo sangue africano). Importante frisar que não se adota no Brasil, como nos Estados Unidos da América, o critério genético para a definição da etnia de um indivíduo. É que nos Estados Unidos da América, desde antes de sua independência, havia uma segregação racial entre brancos e negros promovida pelo próprio

O julgamento do caso em questão legitimou a política de segregação racial dos Estados Unidos da América para com a população de origem africana, a qual ficou conhecida pela expressão “*separate but equal*”, que em uma tradução literal significaria: “separados, mas iguais”. A conclusão da Corte foi no sentido de que não seria lícito dispensar tratamento melhor aos brancos do que aquele conferido às pessoas negras, contudo, seria totalmente constitucional impor a segregação, desde que houvesse igualdade na oferta. Assim sendo, durante o próximo meio século foram consideradas adequadas práticas como escolas, transporte público, bebedouros, lugares em restaurantes, dentre outros, apenas para negros, separando-os dos espaços destinados às pessoas de cor branca.

Válida novamente a menção de Luís Roberto Barroso⁷, o qual corrobora que o marco histórico de tal doutrina da segregação racial nos EUA surgiu com o caso *Plessy v. Ferguson*; veja-se:

Em *Plessy v. Ferguson* (1896), a Suprema Corte considerou válida lei estadual da Louisiana que impedia negros e brancos de viajarem no mesmo vagão de trem. Era a doutrina dos iguais, mas separados. Somente em *Brown v. Board of Education* (1954) essa doutrina veio a ser condenada, na histórica decisão que determinou que crianças brancas e negras freqüentassem as mesmas escolas públicas, provocando imensa reação e resistências que duraram mais de uma década.

O fragmento do texto acima transcrito já acena para o caso paradigmático que desponta como a origem remota da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, qual seja, *Brown v. Board of Education* (1954)⁸. Neste caso, a proponente Oliver Brown ingressou no Judiciário para que sua filha, Linda Brown, pudesse estudar na escola mais próxima de sua casa – destinada aos

Estado – nesse sentido, destaca-se que apenas em 1967, no julgamento de *Loving v. Virginia*, a Suprema Corte declarou inconstitucionais leis estaduais que proibiam casamentos inter-raciais – enquanto que no Brasil sempre houve (mesmo durante o período da escravidão) significativa miscigenação entre brancos e negros. Assim, a realidade nacional se revela de forma distinta, de modo que se faz impensável no Brasil alguém sofrer discriminação racial em virtude do fato de seu bisavô ser negro, por exemplo. Adota-se, portanto, no ordenamento jurídico brasileiro, a caracterização de negro/pardo a partir de critérios fenotípicos, isto é, com base na aparência do indivíduo, conforme se evidencia da leitura da Lei nº 12.990/14 (a qual não menciona a adoção de qualquer critério) e a interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186 (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADFP nº 186. 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>. Acesso em: 02.abr.2019) em que os Ministros concluíram no sentido de que “A partir da década de 60, pesquisas financiadas pela UNESCO, e desenvolvidas por sociólogos brasileiros (Florestan Fernandes, Fernando Henrique Cardoso e Oracy Nogueira, por exemplo), começaram a questionar a existência dessa dita democracia. Concluíram que, no fundo, o Brasil desenvolvera uma forma de discriminação ‘racial’ escondida atrás do mito da ‘democracia racial’. Apontaram que, enquanto nos Estados Unidos desenvolveu-se o preconceito com base na origem do indivíduo (ancestralidade), no Brasil existia o preconceito com base na cor da pele da pessoa (fenótipo)”.

⁷ BARROSO, op. cit., 2012, p. 31.

⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>. Acesso em: 02 abr. 2019.

alunos de cor branca –, ao invés de ter de se deslocar vários quilômetros pela cidade para frequentar a escola destinada às pessoas negras.

Asseverou-se que, embora existisse o precedente *Plessy v. Ferguson*, a doutrina do *separate, but equal* era, sim, discriminatória e, na prática, as condições ofertadas aos negros eram piores do que aquelas dispensadas aos brancos. Ademais, o próprio fato de haver a segregação em si já macularia o texto constitucional, porquanto a 14ª Emenda da Constituição americana asseguraria a igualdade na proteção pela lei – *equal protection of law*.

A Suprema Corte americana, em julgamento histórico, reviu seu posicionamento e passou a compreender que a segregação racial (legitimada pelo Estado) era, realmente, inconstitucional à luz dos preceitos emanados pela Constituição americana. Assim, com base neste pronunciamento judicial a política do *separate but equal* deixou de ser encarada como válida pelo ordenamento jurídico norte-americano, culminando na invalidação das normas que assim previam.

Evidentemente que o mero pronunciamento do Judiciário – mesmo que por seu órgão de maior hierarquia – não seria suficiente para que séculos de discriminação desaparecessem. Nesse sentido, convém inclusive destacar o emblemático caso dos “*Little Rock Nine*”⁹, que foram um grupo de nove estudantes negros que, após a decisão, matricularam-se na *Central High School* – voltada apenas aos brancos – em *Little Rock*, Arkansas. Em 04 de setembro de 1957, primeiro dia das aulas, o então governador do estado Orval Faubulous determinou que a Guarda Nacional do Arkansas viesse para impedir a entrada dos estudantes negros; tal episódio levou ao presidente Dwight D. Eisenhower ter de enviar tropas federais para escoltar os nove alunos para a escola.

Daí a relevância do caso em questão, porquanto não foi bastante que o Judiciário se pronunciasse e declarasse a inconstitucionalidade para que a prática em questão cessasse. Ao revés, apenas com a adoção de medidas enérgicas pela Corte Constitucional houve, após alguns anos do pronunciamento judicial mencionado, alteração do quando fático.

Nesse ponto, destaca-se a menção de Alexandre de Moraes¹⁰ quando aborda o caso em questão em sua obra ao tratar do tema da interpretação constitucional e ativismo judicial:

Por outro lado, o *ativismo judicial* foi de imperiosa importância na questão racial norte-americana durante a Corte Warren, especialmente a partir da decisão *Brown v. Board of Education*, de 1954, em que a Corte Suprema, derrubando seu próprio precedente (*Plessy v. Ferguson*, de 1896), decidiu ser inconstitucional lei que adotava

⁹ HISTORY.COM. *Little rock nine*. Disponível em: <https://www.history.com/topics/black-history/central-high-school-integration>. Acesso em: 02 abr. 2019.

¹⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 550, [e-book]

a doutrina “iguais, mas separados”, permitindo instalações públicas separadas para negros e brancos, desde que – teoricamente – fossem de igual qualidade; e, com essa postura ativa deu início ao fim da segregação racial nos Estados Unidos da América.

A bem da verdade, tem-se que apenas aquilo que ficou conhecido como “*Brown two*”, em 1955, foi, realmente, capaz de efetivar a decisão da Corte americana. Carlos Alexandre de Azevedo Campos¹¹ expõe que, inicialmente, delegou-se aos conselhos educacionais locais a incumbência de promover a integração racial nas escolas dos Estados Unidos da América, os quais eram supervisionados pelos conselhos distritais em razão da proximidade para com aqueles. Passada uma década, não se perceberam avanços efetivos, destacando, inclusive, o episódio mencionado “*Little Nine Rock*”, o que levou à Corte, doravante, a tomar medidas mais rígidas.

Convém, neste ponto, trazer à baila as lições do professor Owen Fiss, o qual assevera dois pontos de crucial relevância. O primeiro é que não há que se ter uma concepção apriorística para a proteção de determinados direitos, devendo se observar o contexto de tais direitos; assim, a forma deve seguir a substância, sob pena de os remédios jurídicos não surtirem efeitos na tutela dos direitos fundamentais. O segundo ponto é o de que os pronunciamentos judiciais (“*injunctions*”) meramente declaratórios não alterariam o quadro, sendo necessárias medidas que gerassem alterações estruturais.

Owen Fiss¹² é o autor a quem se atribui a criação da expressão “*structural injunctions*”. Ou seja, as decisões judiciais – a depender do caso concreto posto sob análise – mais do que prevenir, indenizar ou declarar, deveriam almejar uma reforma de escala para que não se repetissem as causas de pedir que impulsionaram os indivíduos a levarem aquele caso ao Judiciário inicialmente. Válida a transcrição de trecho de sua obra em que isso se mostra evidente:

A primeira é a decisão estrutural – o mandamento que busca efetivar a reforma de uma instituição social. O exemplo mais notável é um decreto que visa a reorganização de um sistema escolar de um “sistema dual” para um “sistema escolar unitário não racial”. Antecedentes desses decretos podem ser encontrados nas reorganizações ferroviárias na virada do século ou, mais recentemente, nos casos de desoneração antitruste. Mas foi a desagregação escolar, eu ratifico, que deu a esses tipos de injunções sua saliência e legitimidade contemporâneas; na origem dessa experiência, os tribunais tentaram a reorganização estrutural de outras instituições, como hospitais e prisões, não apenas para reivindicar uma reivindicação de igualdade racial, mas

¹¹ FISS apud CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo, FÓRUM PERMANENTE DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 53º, 2015, ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Emerj. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=6E7Vo48oijM>>. Acesso em: 02 abr. 2019. [informação verbal]

¹² FISS, Owen M. *The civil rights injunctions*. Indiana University Press, 1978. p. 13.

também para reivindicar outras demandas, como o direito contra a punição cruel ou incomum, ou o direito ao tratamento.’ (tradução livre)¹³

Deve ser salientado, porém, que o direito moderno – notadamente o processual civil, que é ainda a espinha dorsal do direito processual como um todo –avançou significativamente desde a época em que tais casos aqui mencionados foram julgados. Havia, no passado, uma reticência por parte dos doutrinadores e juristas em se admitir a existência de sentenças estruturais, isto é, comandos judiciais que de fato entregassem ao postulante o bem da vida pretendido, especialmente no que tange às demandas obrigacionais de fazer ou não fazer.

Parte deste raciocínio em questão decorre da máxima existente desde Roma, com a *Lex Poetelia Papiria*, de 428 a.C., diploma normativo pelo qual na primeira vez na história “foi abolida a execução sobre a pessoa do devedor, projetando-se a responsabilidade sobre os seus bens (*pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esse*), o que constituiu verdadeira revolução no conceito obrigacional”¹⁴. Sem dúvida a abolição das penas corporais como forma de satisfação do direito de crédito do credor é um marco civilizatório, o que, contudo, acabou por inibir os futuros legisladores a criarem dispositivos que de alguma forma constrangessem o devedor de modo que este cumprisse com a obrigação (notadamente, as obrigações de fazer, não fazer e dar coisa diferente de dinheiro) sob pena de configurar uma regressão ao avanço humanitário promovido.

De toda sorte, há de se destacar que um caso como *Brown v. Board of Education* não comporta julgamento nos termos, por exemplo, dos arts. 536, do Código de Processo Civil de

¹³ "The first is the structural injunction - the injunction seeking to effectuate the reform of a social institution. The most notable example is a decree seeking to bring about the reorganization of a school system from a "dual system" to a "unitary non racial school system". Antecedents of these decrees might be found in the railroad reorganizations at the turn of the century or more recently, in the antitrust divestiture cases. But it was school desegregation, I maintain, that gave this types of injunctions their contemporary saliency and legitimacy; in the wake of this experience, courts have attempted the structural reorganization of other institutions, such as hospitals and prisons, not just to vindicate a claim of racial equality, but also to vindicate other claims, such as the right against cruel and unusual punishment or the right to treatment"

¹⁴ SILVA, Caio Mário da. *Instituições de direito civil*. V. II. Teoria geral das obrigações. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 28, [e-book].

2015¹⁵, ou ainda do art. 84, do Código de Defesa do Consumidor¹⁶, os quais, embora ofertem as chamadas medidas estruturantes – visto que se voltam à tentativa de se entregar ao demandante o bem da vida pretendido – e superam a premissa de que o único direito do demandado a ser sacrificado seja seu patrimônio, mostrar-se-iam insuficientes na hipótese. É que nestes casos a situação não é tão somente um problema jurídico, e sim uma problemática complexa que se desdobra de variadas formas, conforme se verificará a seguir.

Dessa maneira, revela-se que antes de o primeiro caso a receber o “rótulo” de Estado de Coisas Inconstitucional pela Corte Constitucional colombiana, já se constatava no direito comparado (décadas antes) a existência de um atuar do Judiciário muito semelhante àquele que se almeja obter quando da deflagração do conglomerado de inconstitucionalidades por intermédio da aplicação da teoria objeto desta pesquisa. Ademais, tal retrospecto histórico se faz salutar para que se possa compreender, com maior profundidade, os pressupostos exigidos para o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, visto que tais são inspirados nas situações em concreto narradas.

Igualmente relevante o fato de a origem histórica remota da teoria remeter aos Estados Unidos da América, país este dotado de diferenças substanciais quando comparado ao Brasil e à Colômbia (inicialmente objeto do estudo), independentemente de qual seja o prisma

¹⁵ “Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 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.

§ 2o O mandado de busca e apreensão de pessoas e coisas será cumprido por 2 (dois) oficiais de justiça, observando-se o disposto no art. 846, §§ 1o a 4o, se houver necessidade de arrombamento.

§ 3o O executado incidirá nas penas de litigância de má-fé quando injustificadamente descumprir a ordem judicial, sem prejuízo de sua responsabilização por crime de desobediência.

§ 4o No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, aplica-se o art. 525, no que couber.

§ 5o O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional.” BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 2 abr. 2019.

¹⁶ “Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (art. 287, do Código de Processo Civil).

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.” BRASIL. *Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 2 abr. 2019.

observado (economia, população, cultura, forma de colonização, etc.). Logo, o que se percebe de antemão é que a violação massiva de direitos fundamentais e de normas existentes na própria Constituição não é exclusividade de países sul-americanos ou de países subdesenvolvidos, mas também pode se operar em qualquer Estado soberano do mundo, pois, conforme se demonstrará a seguir, o Estado de Coisas Inconstitucional se relaciona, a bem da verdade, com a vulnerabilidade de determinados grupos sociais existentes na sociedade a depender do tempo e do lugar em que se observa.

1.2. Histórico Constitucional recente e a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional perante a Corte Constitucional colombiana

Foi mencionado, no início desta abordagem, que o objeto da pesquisa pretendida é a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, cunhada pela Corte Constitucional colombiana. Todavia, este retrospecto histórico foi indispensável por duas razões; a uma, porque embora a nomenclatura “Estado de Coisas Inconstitucional” tenha se dado na Colômbia, percebe-se que suas raízes históricas mais distantes estão, a bem da verdade, nas *structural injunctions* provenientes de decisões judiciais pela Corte Constitucional dos Estados Unidos que também marcam o fenômeno do ativismo judicial e, a duas, para se evidenciar que o tema não se limita aos casos emblemáticos colombianos ora postos, e sim em como se conferir efetividade aos pronunciamentos judiciais que porventura impliquem alguma influência em outros poderes.

Evidentemente que a própria origem da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional possui razões históricas próprias atinentes ao cenário histórico e geopolítico existente na América Latina. Percebe-se a partir da metade da década de oitenta uma ebulição em termos de ordenamentos jurídicos em países latino-americanos¹⁷, após a superação dos governos ditatoriais em grande parte vivenciados, preocupados com a consagração de direitos no próprio corpo da respectiva constituição.

Válido fazer menção ao trabalho de Katya Kozicki e Bianca Maruszczak Schneider Van Der Broocke¹⁸, que acrescem ao debate ao se debruçarem sobre os novos ordenamentos

¹⁷ Quase a totalidade dos países de maior escopo adotaram novas constituições, a título de exemplo se tem o Brasil em 1988, a Colômbia em 1991, o Paraguai em 1993, o Equador em 1998 e em 2008, o Peru em 1993, a Venezuela em 1999, e a Bolívia em 2009, dentre outros; ou ainda introduzido alterações importantes nas Constituições já existentes (Argentina em 1994, México em 1992 e Costa Rica em 1989). KOZICKI, Katya; BROOCKE Bianca Maruszczak Schneider Van Der. A ADPF 347 e o “Estado de Coisas Inconstitucional”: ativismo dialógico e democratização do controle de constitucionalidade no Brasil. *Revista Direito, Estado e Sociedade – PUC Rio*. Rio de Janeiro. n. 53 p. 147 a 181 jul/dez 2018, [e-book].

¹⁸ *Ibid*, p. 14.

jurídicos que surgiram no final do século XIX na América Latina. Nesse sentido, para a compreensão do porque a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional teve como seu nascedouro a Colômbia, destaca-se o forte intuito que existe na própria redação da constituição voltado à efetivação de direitos:

Praticamente todas as nações latino-americanas foram bastante generosas no reconhecimento constitucional de direitos aos seus cidadãos, por meio da incorporação dos direitos civis e políticos, bem como do estabelecimento de uma larga lista de direitos econômicos, sociais e culturais, no escopo de colocar o Estado a serviço da construção da igualdade e da justiça social. No intento de assegurar que tais direitos fundamentais teriam efeitos práticos em vez de ser meramente retórica, além de fortalecerem a jurisdição constitucional, muitas reformas criaram formas de proteção judicial direta, como a *acción de tutela* prevista na Constituição Colombiana de 1991.

A constituição colombiana é, portanto, dotada de uma base jurídica significativamente sólida para sustentar o que veio a se desenvolver como sendo a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional. Muito disso se deve ao artigo 86¹⁹ da mencionada Carta Magna (regulamentado pelo Decreto nº 2591, de 1991). O Decreto em questão dispõe que “*en todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza*”.²⁰

O desenho do Judiciário colombiano permite que as ações de tutela (*acción de tutela*) sejam manejadas sempre que houver violação de direitos fundamentais decorrentes da ação ou da omissão de autoridade pública, conforme se extrai da literalidade do artigo 86 da

¹⁹ “ARTICULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.” COLOMBIA. *Constituição Política*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>>. Acesso em: 19.mai. 2019 Tradução livre: ARTIGO 86. Toda pessoa terá ação de tutela para reclamar direitos perante os juízes, em qualquer momento e local, mediante procedimento preferencial e sumário, por si ou por quem aja em seu nome, a proteção imediata de seus direitos constitucionais fundamentais, sempre que quiser que são violados ou ameaçados pela ação ou omissão de qualquer autoridade pública. A proteção consistirá em uma ordem para que a pessoa de quem a tutela seja solicitada, aja ou se abstenha de fazê-lo. A sentença, que será imediatamente cumprida, poderá ser impugnada perante o juiz competente e, em qualquer caso, esta deverá submetê-lo ao Tribunal Constitucional para possível revisão. Esta ação só será realizada quando a parte afetada não tiver outro meio de defesa judicial, a menos que seja usado como um mecanismo transitório para evitar danos irreparáveis.

²⁰ COLOMBIA. *Decreto n° 2.591* de 10.11.1991. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/DECRETO%202591.php>> Acesso em: 19 mai. 2019. Tradução livre: em todo caso o juiz estabelecerá os demais efeitos da falha no caso concreto e manterá a competência até que esteja completamente restabelecido o direito ou eliminadas as causas da ameaça.

Constituição colombiana. O artigo 241 – dispositivo também de matriz constitucional –, por sua vez, permite que a Corte Constitucional realize o controle concreto de constitucionalidade, mediante revisão das decisões judiciais proferidas nas ações de tutela (*acciones de tutela* do art. 86), veja-se:

ARTICULO 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

(...)

9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales²¹.

Percebe-se, portanto, que o artigo 86 da Constituição colombiana outorga direito de ação – direito este expressamente previsto no artigo 8, 1, da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, da qual a Colômbia é signatária²² – para que qualquer indivíduo reclame para si, ou para outrem, proteção contra violação de direito fundamental que venha a ser maculado por ação ou omissão de autoridade pública. Daí decorre, por certo, o motivo pelo qual foi na Corte Constitucional colombiana que se desenvolveu a mencionada teoria objeto deste trabalho, pois, afinal, permitiu-se que o órgão de cúpula do país pudesse se debruçar sobre questões que afetavam particulares diretamente.

Dito isso, tem-se que a primeira decisão da Corte que veio a atribuir o “rótulo” de Estado de Coisas Inconstitucional, foi a *Sententia SU 559* de 1997²³. Nesse caso concreto, quarenta e cinco professores dos municípios de María La Baja e Zambrano tiveram seus direitos previdenciários recusados pelos prefeitos das respectivas edilidades, negando-lhes acesso ao Fundo Nacional de Benefício Social do Magistério e por isso alegaram violação ao direito fundamental à saúde.

²¹ COLOMBIA. op. cit., nota 19. Tradução livre: ARTIGO 241. Compete ao Tribunal Constitucional zelar pela integridade e supremacia da Constituição, nos termos rigorosos e precisos deste artigo. Para este propósito, cumprirá as seguintes funções: (...) 9. Revisar, na forma determinada em lei, as decisões judiciais relacionadas à ação de tutela dos direitos constitucionais.

²² 6. Colômbia – Reconhecimento de competência

Em 21 de junho de 1985, apresentou instrumento de aceitação mediante o qual reconhece a competência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos por tempo indeterminado, sob condição de estrita reciprocidade e para fatos posteriores a essa aceitação, nos casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção, reservando-se o direito de fazer cessar a competência no momento em que considere oportuno. O referido instrumento reconhece a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos por tempo indeterminado, sob condição de reciprocidade e para fatos posteriores a essa aceitação, nos casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção, reservando-se o direito de fazer cessar a competência no momento em que considere oportuno. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif.htm>. Acesso em: 19 mai. 2019

²³ COLÔMBIA. Corte Constitucional colombiana. *Sentencia U 559 de 1997, fundamento jurídico nº 30*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em 04 abr. 2019

Tal direito era previsto no Decreto 196 de 1995²⁴, no qual resta disposto que todos os educadores deviam ser filiados ao respectivo Fundo; obrigação esta que não pode ser descumprida pelas autoridades. Contudo, em que pese a existência de normatividade sobre o tema, tal direito foi sistematicamente violado pela omissão das autoridades locais.

A Corte observou que essas violações eram generalizadas, ou seja, a situação abrangia mais professores do que somente os que demandaram judicialmente e, mais do que isso, tal situação era evidenciada por todo o país. É o que se depreende a partir da análise do que poderia se compreender como “trecho dispositivo” da *Sentencia SU 559* de 1997:

R E S U E L V E

Primero.- DECLARAR que el estado de cosas que originó las acciones de tutela materia de esta revisión no se aviene a la Constitución Política, por las razones expuestas en esta providencia. Como, al parecer, la situación descrita se presenta en muchos municipios, se advierte a las autoridades competentes que tal estado de cosas deberá corregirse dentro del marco de las funciones que a ellas atribuye la ley, en un término que sea razonable.²⁵

Tal declaração de descompasso da realidade com aquilo preconizado pela Constituição da Colômbia se deu ainda em nove outros casos. Contudo, revelam-se como os mais emblemáticos o caso dos estabelecimentos carcerários (*Sentencia T-153/98*), da filiação ao sistema de seguridade social (SU-090/2000) e do deslocamento interno de pessoas (*Sentencia T-025/04*).

Importa destacar que nem sempre, porém, a mera deflagração do Estado de Coisas Inconstitucional foi bastante para que o impasse se solucionasse. Como bem destaca o Carlos Alexandre de Azevedo Campos, na *Sentencia T-153/98* teria a Suprema Corte adotado uma postura de “supremacia judicial”²⁶, isto é, foi declarado o Estado de coisas inconstitucional, mas por ter sido a ordem de natureza meramente impositiva, revelou-se insuficiente ante a ausência de monitoramento por parte do judiciário.

²⁴COLÔMBIA. *Decreto 196 de 1995*. Disponível em: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=1311>. Acesso em 04 abr.2019.

²⁵ Ibidem. Tradução livre: Primeiro- DECLARAM que o estado de coisas que originou as ações de tutela que são objeto desta revisão não está de acordo com a Constituição Política, pelas razões indicadas nesta sentença. Como, aparentemente, a situação descrita está presente em muitos municípios, as autoridades competentes são advertidas de que esse estado de coisas deve ser corrigido no âmbito das funções que lhes são atribuídas por lei, em prazo razoável.

²⁶CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural*. Disponível em: X<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural#_ftnref5>. Acesso em: 15 abr. 2019.

Assevera o autor que a adoção de uma postura mais incisiva e de preponderância foi decisiva para o insucesso de algumas medidas, enquanto que uma postura mais dialógica se demonstrou como a mais eficaz. Válida a transcrição dos dizeres do professor²⁷:

A adoção de uma posição ou outra foi o divisor entre o fracasso e o sucesso nos dois casos mais paradigmáticos que a Corte Constitucional colombiana enfrentou: o do sistema carcerário e o do deslocamento forçado de pessoas. No primeiro caso, a corte adotou posição de “supremacia judicial” e fracassou. No segundo, porque partiu para o diálogo institucional, acabou promovendo vantagens democráticas e ganhos de efetividade prática de suas decisões, contribuindo realmente para melhoria da situação.

Igualmente é do autor em questão a identificação de quatro pressupostos, mediante a análise dos casos paradigmáticos, para que se viabilize a deflagração do Estado de Coisas Inconstitucional. São tais pressupostos²⁸: (i) violação massiva e generalizada de direitos fundamentais; (ii) omissão reiterada e persistente das autoridades públicas, evidenciando-se as falhas estruturais; (iii) o alcance orgânico do conjunto de medidas necessárias para a superação do quadro em análise e (iv) a potencialidade (em termos quantitativos) de demandas judiciais voltadas à efetivação do direito reivindicado.

É de se destacar, ainda, que o fator que levou ao êxito do caso do deslocamento interno de pessoas (*Sentencia* T-025/04) decorreu do fato de a autoridade constitucional colombiana não ter se limitado à mera declaração do direito em si, mas o acompanhamento do caso até que este viesse a se efetivar. É nesse sentido que César Rodríguez Garavito aponta em sua obra quando aborda o tema em questão²⁹:

Ao contrário das decisões anteriores sobre o ECI, no T-025 o CCC não terminou seu trabalho com a promulgação da sentença: tinha jurisdição sobre o caso²⁵ e iniciou um processo de acompanhamento regular e participação pública que continua até hoje, dez anos depois. Com relação à caracterização do ativismo judicial apresentada no capítulo 1, fica claro que a persistência e intensidade do O processo de acompanhamento se qualifica como um forte caso de acompanhamento. (tradução livre)

²⁷ Ibid.

²⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da inconstitucionalidade por omissão ao “estado de coisas inconstitucional”*. 2015. 245. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

²⁹ “*A diferencia de las decisiones previas sobre ECI, en la T-025 la CCC no dio por terminado su trabajo con la promulgación de la sentencia: retuvo su jurisdicción sobre el caso e inició un proceso de seguimiento regular y participación pública que continúa hoy, diez años después. En lo que se refiere a la caracterización del activismo judicial presentada en el capítulo 1, es claro que la persistencia y la intensidad del proceso de seguimiento cualifica como un caso de seguimiento fuerte.*” GARAVITO, César Rodríguez, FRANCO, Diana Rodríguez. *Judicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales em el sur global*. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015, p. 64.

Da mesma forma que no emblemático *Brown v. Board of Education* já mencionado alhures, tem-se que a efetividade da tutela jurisdicional não ficou condicionada ao mero pronunciamento do Judiciário, tendo o próprio autor mencionado, César Rodriguez Garavito, traçado um paralelo entre os dois casos emblemáticos citados³⁰. Ao revés, o que se apurou foi que ao longo de anos a intervenção judicial ainda se fez necessária, com a celebração de audiências públicas, sessões técnicas (regionais e informais), a criação de um órgão específico de fiscalização das medidas e, por fim, a prática do que se denominou como “autos”; apura-se que entre “janeiro de 2004 e abril de 2014 foram expedidas pela Corte Constitucional colombiana oitocentos e oitenta e nove ‘autos’ com o função precípua de monitorar a implementação das ordens partidas da *Sentencia* T-025, além de solicitar informes e informações concretas”³¹.

O reconhecimento de tais pressupostos, que acabam por culminar na deflagração do Estado de Coisas Inconstitucional, está umbilicalmente atrelado a outro fenômeno contemporâneo, próprio da realidade neoconstitucional, qual seja, o fenômeno do ativismo judicial.

Antes de se adentrar a questão do ativismo, tem-se por necessário realizar considerações iniciais acerca do neoconstitucionalismo, corrente jusfilosófica que passa a atribuir às constituições força normativa a partir da retomada do direito e da moral pelo pós-positivismo (relegados pelo positivismo jurídico do século XIX) e reabilitar o uso prático da razão na metodologia jurídica³². É que “ao longo do século XIX, realizara[m-se] movimentos em direção à secularização, à positivação e à sistematização do direito”³³ sendo o positivismo de Kelsen a expressão máxima dessa concepção.

³⁰ Ibid., p. 32, “*Al usar un estudio de caso detallado, de carácter histórico, para aclarar problemas sobre los tribunales y el cambio social, nuestra investigación se ubica dentro de la tradición de estudios parecidos en los Estados Unidos, como los que analizaron “Brown c. Board of Education” (Minow, 2010; Rosenberg, 1991). A través del recurso a la rica literatura sociojurídica estadounidense sobre movilización en el campo jurídico y decisiones judiciales constitucionales, también busca facilitar los diálogos Norte-Sur en los estudios jurídicos comparados*”. Tradução Livre: Ao usar um estudo de caso detalhado, de natureza histórica, para esclarecer problemas nos tribunais e mudança social, nossa investigação Está localizado dentro da tradição de estudos semelhantes nos Estados Unidos, como os analisados “Brown c. Conselho de Educação” (Minow, 2010; Rosenberg, 1991). Através do uso de rica literatura sócio-jurídica americana sobre mobilização no campo jurídico e decisões judiciais constitucionais, também busca facilitar diálogos Norte-Sul em estudos jurídicos comparativos.

³¹ “*El último de los mecanismos de seguimiento ha sido la expedición de decisiones de seguimiento, llamadas “autos”. Entre enero de 2004 y abril de 2014, la CCC expidió doscientos ochenta y nueve autos con el fin de monitorear la implementación de las órdenes impartidas en la T-025, solicitar informes y acciones concretas de actores específicos, comunicar información relevante entre los actores, fijar las fechas de las audiencias públicas y las sesiones técnicas, y adoptar indicadores basados en derechos para evaluar el progreso de la realización de los derechos de las personas desplazadas.*” Ibid., p. 65.

³² SOUZA NETO, Claudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*. Teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 164. [e-book]

³³ Ibid, p. 163.

Nem todos os autores, porém, reconhecem a existência de tal retorno da ligação que no passado havia entre o Direito e outros ramos do conhecimento – como a filosofia, a sociologia e a própria moral. Por todos, destaca-se o posicionamento de José Afonso da Silva³⁴, o qual expõe que o movimento neoconstitucionalista é apenas mais um capítulo na história do constitucionalismo em si:

Enfim, o constitucionalismo não é estático, mas, como todo conceito histórico, ele é dinâmico e se enriquece cada vez que novos direitos fundamentais são incorporados na constituição. Primeiro, pelo visto, constitucionalismo liberal, cujo sistema constitucional tinha por objeto imediato a proteção dos direitos de liberdade; depois, constitucionalismo social, quando se incorporaram nas constituições os direitos econômicos, sociais e culturais; e agora, com a incorporação de novos direitos fundamentais, que, como se verá, são direitos solidários, chegamos ao constitucionalismo solidário. Trata-se de processo enriquecedor, sem que a forma de constitucionalismo subsequente importe superar o anterior. Não se trata, enfim, de três constitucionalismos, mas de fases do mesmo fenômeno, enriquecido de novos conteúdos. Tudo isso mostra que neoconstitucionalismo é um conceito desnecessário, se não equivocado.

De toda sorte, prevalece o entendimento de autores como Daniel Sarmento, o qual enxerga no neoconstitucionalismo um movimento legítimo e dotado de possibilidade de conferir maior densidade aos direitos, que, conforme explicitado, passaram após a II-Guerra Mundial (e na América Latina, após as quedas das ditaduras militares) a virem previstos no próprio texto constitucional. Nesse sentido, válida a transcrição dos ensinamentos³⁵:

Como ressaltado acima, a maior parte das constituições contemporâneas, elaboradas após o segundo pós-guerra, não é de cartas procedimentais, que apenas definem as regras do jogo político, quase tudo deixando para as decisões das maiorias legislativas. Pelo contrário, em tais constituições é frequente a presença de normas impregnadas de elevado teor axiológico, que contêm importantes decisões substantivas e se debruçam sobre uma ampla variedade de temas que outrora não eram tratados em sede constitucional. Muitas delas, ao lado dos tradicionais direitos individuais e políticos, incluem também direitos sociais de natureza prestacional. Uma interpretação extensiva e abrangente das normas constitucionais pelo Poder Judiciário deu origem ao fenômeno de constitucionalização da ordem jurídica, que ampliou a influência das constituições sobre todo o ordenamento, levando à adoção de novas leituras de normas e institutos nos mais variados ramos do Direito. A constitucionalização do Direito, como já destacado no Capítulo 1, não se esgota no tratamento constitucional de temas anteriormente disciplinados pela legislação ordinária. Mais que isso, ela envolve a filtragem constitucional do Direito, vale dizer, a interpretação de todas as normas à luz da Constituição, buscando-se sempre a exegese que mais prestigie os seus valores e promova os seus objetivos. Parte-se da premissa de que a irradiação das normas constitucionais por todo o ordenamento contribui para aproximá-lo dos valores emancipatórios contidos nas constituições contemporâneas.

³⁴ SILVA, José Afonso da. *Teoria do conhecimento constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 77.

³⁵ SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 165.

O ocorrido na Colômbia quanto os casos que culminaram com a elaboração da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional é fruto do neoconstitucionalismo. Veja-se, o fato de o principal diploma normativo do Estado positivar para além dos direitos individuais e políticos e consagrar também os sociais e de ordem prestacional acaba por tornar tais direitos exigíveis pela via jurisdicional.

Atrelando-se isto a um cenário no qual a Constituição é um primeiro “filtro” interpretativo de qualquer outra norma infraconstitucional pelo operador do direito (seja o advogado, o magistrado ou mesmo o jurisdicionado), chega-se a conclusões acerca de determinados casos como se estes estivessem totalmente descolados de qualquer preceito constitucional. O Judiciário, por sua vez, é obrigado a intervir e a severidade das problemáticas enfrentadas acaba por levar, eventualmente, ao enfrentamento com os demais Poderes e instituições, o que restou conhecido como ativismo judicial.

2. NEOCONSTITUCIONALISMO E “ATIVISMOS JUDICIAIS”

Conforme introduzido alhures, experiências como a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional somente são possíveis em decorrência da força normativa da constituição e da figura do Judiciário enquanto seu garantidor. Contudo, importa destacar que este é o cenário atual, de modo que até o século XIX prevalecia a ideia do positivismo jurídico e a tentativa de se depurar o Direito de modo a torna-lo uma “ciência pura”; movimento este que foi, em grande parte, capitaneado pelo pensador do Direito Hans Kelsen.

2.1. Do pensamento Kelseniano ao Neoconstitucionalismo

Sustenta Miguel Reale a metáfora de que a ciência do Direito, antes da obra “Teoria Pura do Direito”³⁶, de autoria do mencionado Hans Kelsen, era uma “espécie de cidadela cercada por todos os lados, por psicólogos, economistas, políticos e sociólogos. Cada qual procurava transpor os muros da Jurisprudência, para torná-la sua, para inclui-la em seus domínios”³⁷. Nesse sentido, o próprio Hans Kelsen³⁸ no primeiro prefácio da primeira edição de sua obra é enfático ao afirmar que:

Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto. Logo desde o começo foi meu intento elevar a Jurisprudência, que – aberta ou veladamente – se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito, e aproximar tanto quanto possível seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão.

Ao tempo de Kelsen, portanto, o Direito era permeado por outros ramos da ciência, de modo que a função precípua de sua doutrina era conferir o maior tecnicismo possível à aplicação das leis. Preocupava-se, por exemplo, com o fato de o direito ser justificado pela simples moralidade, uma vez que o comportamento de acordo com a moral pressupõe uma adesão do indivíduo àquela moralidade, ao passo em que a ausência de tal identificação possibilitaria o descumprimento da norma.

³⁶ KELSEN, Hans. *Reine rechtslehre (Teoria pura do direito)*. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

³⁷ REALE, Miguel Reale. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 486.

³⁸ KELSEN, op. cit., 2009 prefácio à primeira edição.

Até mesmo porque o fazer não seria algo que pertencesse ao campo estritamente jurídico, eis que quando o homem pratica determinado ato, age por motivos que não são, a princípio, jurídicos. Desse modo, “quem paga uma letra de câmbio não é movido para evitar ações de cobrança ou os males do protesto cambial, mas sim para satisfazer a interesses vitais de ordem econômica e moral, logo, metajurídicos; nem se dirá da mãe que amamenta o filho pensando em deveres jurídicos”³⁹.

Kelsen não sustentava a obediência à lei de forma objetiva, acrítica e atécnica, mas sim a obediência à norma, que com a lei não se confunde. O que importaria ao Direito não é a observância à lei, que não passa do texto, e sim da norma que é revelada a partir da interpretação desse texto. É nesse sentido que leciona Miguel Reale⁴⁰:

Resulta daí o caráter essencialmente instrumental e técnico que o direito apresenta na concepção kelseniana, passando a ter valor secundário a norma “não mates”, por exemplo, perante a norma primária que liga uma consequência sancionada ao ato de matar: “Se matares, serás condenado de tantos a tantos anos”. Nesta, que é, específica e propriamente, a norma jurídica está incluída a outra (“não mates”), que pode ser considerada “supérflua”, desde que se não dê a este predicado outro sentido que não o estritamente lógico.

As ideias de Kelsen penetraram de forma tão profunda na ciência do direito que, mesmo em obras e autores que não versem sobre a filosofia do direito há reminiscências do pensamento kelseniano, ainda que se levando em consideração a virada do século XIX para o século XX. Nesse sentido, válida a menção da obra “Curso de Direito Penal”, de autoria de Rogério Greco⁴¹ o qual reproduz, curiosamente, o mesmo exemplo acima transcrito:

Essa técnica de redação fez com que Binding chegasse à conclusão de que o criminoso, na verdade, quando praticava a conduta descrita no núcleo do tipo (que é o seu verbo), não infringia a lei – pois o seu comportamento se amoldava perfeitamente ao tipo penal incriminador –, mas, sim, a norma penal que se encontrava contida na lei e que dizia *não matarás*, como no citado exemplo do art. 121 do Código Penal.

É que o Direito, ao definir aquelas condutas como proibições, está a afirmar que o delito se choca com tais vedações, mas não com a lei. Assim, configurar-se-iam as normas a partir de uma extração do comando legal, isto é, do texto da lei; de modo que, se se pune o furto, deduz-se que há uma proibição de furtar; se se pune a omissão de socorro, deduz-se que há um mandado de socorrer; contudo, nem a proibição nem o mandado estão na lei. Daí concluir

³⁹ REALE, op. cit., 2002, p. 492.

⁴⁰ Ibid. p.493.

⁴¹ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017, p. 96. [e-book]

que aquele que comete a conduta indesejada pelo direito está a violar a norma, que é distinta da lei, mas é depreendida a partir desta.

O Direito, portanto, a partir da visão kelseniana, e que imperou ao longo do século XIX, é positivo, decorre da lei, a qual vem a revelar a norma jurídica (fruto da interpretação) que, por sua vez, reclama obediência pelo indivíduo sob pena da cominação de eventual sanção. É nesse sentido que, novamente, valendo-se das lições de Miguel Reale⁴², resta evidente que “pretende o jurista austríaco manter-se alheio a qualquer ideologia, a qualquer pressuposto metafísico transcendente ou jusnaturalita”.

A justiça ou injustiça das normas jurídicas ou do próprio ordenamento não seria um tema afeto à Ciência do Direito⁴³. Tal decorrência lógica do pensamento normativista de Kelsen resultou em problemáticas de ordem prática: o fornecimento de munição para Estados autoritários e totalitários, os quais cometeram toda sorte de atos abjetos, destrutivos e repulsivos, sendo que tais estavam lastreados na legalidade dos respectivos ordenamentos jurídicos.

José Afonso da Silva, em sua obra, ao abortar o pensamento de Kelsen, afirma que este teria levado a concepção jurídica das leis – e, por conseguinte, das constituições – ao seu ápice. Discorre o mencionado autor⁴⁴:

A concepção jurídica da constituição coloca-se em posição antagônica à concepção sociológica. Kelsen levou-a às últimas consequências. A constituição é, então, considerada como norma, e norma pura, em coerência com seu normativismo metodológico, que concebe o Direito apenas como direito positivo, como puro dever-ser, sem qualquer pretensão a fundamentação sociológica, política ou filosófica – no que bem claramente se opõe aos conceitos sociológico, político e ideal de constituição.

Nesse sentido, opõe-se Kelsen ao pensamento desenvolvido por Ferdinand Lassalle, defensor do conceito de constituição sociológica, na qual sustenta a existência de duas constituições: a real, fruto da soma dos fatores reais de poder e outra escrita, que não necessariamente encontra correspondência na realidade. Assim, o fundamento de validade da constituição, de acordo com Lassalle, não decorreria do seu texto, e sim das relações de poder existentes na sociedade que, porventura, podem até mesmo contradizer a constituição escrita.

O sociologismo constitucional ou o conceito sociológico de Constituição é associado ao alemão Ferdinand Lassalle. De acordo com sua formulação, a Constituição de um país é, em essência, a soma dos fatores reais do poder que regem a sociedade. Em

⁴² REALE, op. cit., 2002, p. 505.

⁴³ SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., 2012, p. 163.

⁴⁴ SILVA, op. cit., 2014, p. 163.

outras palavras, o conjunto de forças políticas, econômicas e sociais, atuando dialeticamente, estabelece uma realidade, um sistema de poder: esta é a Constituição real, efetiva do Estado. A Constituição jurídica, mera "folha de papel", limita-se a converter esses fatores reais do poder em instituições jurídicas, em Direito. Com ênfase nos aspectos ligados ao poder.⁴⁵

Em que pese Kelsen buscasse uma explicação purista para o direito, é inegável que dentre os diplomas normativos é a constituição aquele que mais recebe os influxos da sociologia, da filosofia, das religiões, dos fenômenos sociais complexos, das ideologias, dentre outros. Contudo, à luz da teoria kelseniana, tais seriam questões metajurídicas, de modo que seu estudo não competiria sobre estas se debruçar, uma vez que “sua teoria pura do Direito visa a expurgar a ciência jurídica de toda classe de juízo de valor moral ou político, social ou filosófico”⁴⁶.

Assim, compreende Kelsen as constituições como sendo aquelas normas que tanto disciplinam a produção de outras normas, como sendo aquelas que lhe conferem validade. Em decorrência desta concepção sustenta uma hierarquia entre as normas de modo que haja uma supra-infra-ordenação e em que as de superior hierarquia validem e disciplinem as de ordem inferior. Fica clara tal posição ao se analisar o referido trecho da obra “Teoria Pura do Direito”⁴⁷:

Como, dado o caráter dinâmico do Direito, uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por uma outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela. A relação entre a norma que regula a produção de uma outra e a norma assim regularmente produzida pode ser figurada pela imagem espacial da supra-infra-ordenação. A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental – hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade de último que constitui a unidade desta interconexão criadora.

Com essa explicação Kelsen logrou êxito em fundamentar a validade das tidas normas infraconstitucionais, ou seja, aquelas normas que se situam hierarquicamente abaixo da constituição, visto que esta é a norma de mais alta hierarquia, que de acordo com as lições de Kelsen a constituição, “entendida num sentido material, quer dizer: com esta palavra significa-

⁴⁵ BARROSO, op. cit., 2012, p. 87.

⁴⁶ SILVA, op. cit., p. 163.

⁴⁷ KELSEN, op. cit., p. 246-247.

se a norma positiva das normas jurídicas gerais”⁴⁸. Contudo, restava ainda o seguinte questionamento: qual seria a origem do fundamento de validade da norma validadora, isto é, o fundamento de validade da norma que disciplinava a criação de outras normas (a constituição).

Dessa forma, ao prosseguir em sua abordagem, por força da vinculação à própria pureza do Direito que buscava, a explicação para tal indagação decorre, igualmente, de fundamentos estritamente jurídicos. É nesse sentido que elabora os sentidos da palavra constituição em “lógico-jurídico” e “jurídico-positivo”⁴⁹:

A palavra "constituição" é tomada por Kelsen em dois sentidos: no lógico-jurídico e no jurídico-positivo. De acordo com o primeiro, constituição significa a norma fundamental hipotética cuja função é servir de fundamento lógico transcendental da validade da constituição jurídico-positiva. Para se manter fiel ao seu normativismo puro, Kelsen não pode admitir como fundamento da constituição positiva algo de real, qualquer dado ou elemento sociológico, político ou filosófico, como a vontade popular, o direito natural ou o bem comum. Foi obrigado a procurar um fundamento também normativo para a constituição; e como esta já é, por definição, norma positiva suprema, teve que cogitar de uma norma fundamental, norma hipotética, meramente pensada, que existe apenas como um pressuposto lógico da validade das normas constitucionais positivas, que consistiria num mandamento mais ou menos deste tipo: "Conduza-se na forma ordenada pelo autor da primeira constituição". A constituição jurídico-positiva, na concepção kelseniana, equivale à norma positiva suprema, conjunto de normas que regulam a criação de outras normas, lei nacional no seu mais alto grau; ou certo documento solene, conjunto de normas jurídicas que somente podem ser alteradas observando-se certas prescrições especiais. Conceito que bem revela a preocupação normativista da teoria pura do Direito.

Assim, por não poder se afastar da sua concepção normativista do Direito, sustenta Kelsen que a validade da constituição ou decorrerá de seu sentido “lógico-jurídico”, em que se extrai o valor da norma constitucional por uma questão de lógica, eis que é a constituição aquela a validar todas as demais normas que lhe são hierarquicamente inferiores; ou, então, pela aceção “jurídico-positiva”, que valida a constituição pelo fato desta ser, justamente, aquela de maior hierarquia no país.

Ocorre que, conforme alusão feita alhures, o pensamento kelseniano retirou do direito qualquer filtro moral, ético ou filosófico, o que proporcionou sistemáticas violações e tratamento desumanos a certos indivíduos respaldadas na legalidade, não havendo como as respectivas constituições servirem de freio a tais intentos. Fala-se, por certo, do que ocorreu na Alemanha nazista⁵⁰ em que todos os atos, absolutamente condenáveis, deram-se com fulcro na legislação vigente à época.

⁴⁸ SILVA. op. cit., p. 163.

⁴⁹ Ibidem, p. 161.

⁵⁰ “Essas teorias, ao não se pronunciarem sobre o conteúdo particular de cada ordenamento, acabaram deixando de fornecer instrumentos para a crítica do Direito produzido pelos Estados autoritários e totalitários da primeira metade do século. A ascensão do partido nazista ao poder, por exemplo, ocorreu pelos meios previstos na

Como forma de se coibir abusos estatais se tentou o retorno ao jusnaturalismo, em que os direitos seriam pré-concebidos, inatos ao homem⁵¹. Contudo, como tal concepção de direito pressupõe em sua origem uma “fundamentação metafísica, ele não mais se sustentava em sociedades plurais, nas quais vigoram múltiplas concepções acerca do bem, inúmeras identidades particulares, diversos projetos de vida”⁵².

As inquietações provocadas pela crise do positivismo, contudo, inspiraram outros movimentos que repercutem até os dias de hoje. Dentre os de maior relevo, destaca-se o pós-positivismo, o qual se consubstancia como um resgate da relação entre o Direito, enquanto ciência autônoma, e a influência que recebe de outros ramos, passando a se adotar a compreensão quanto às normas jurídicas também de acordo com um critério valorativo, ético e moral:

O pós-positivismo se apresenta, em certo sentido, como uma terceira via entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política. Contesta, assim, o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer a impossibilidade de tratá-los como espaços totalmente segmentados, que não se influenciam mutuamente. Se é inegável a articulação complementar entre eles, a tese da separação, que é central ao positivismo e que dominou o pensamento jurídico por muitas décadas, rende tributo a uma hipocrisia⁵³.

É no contexto do pós-positivismo que surge o movimento neoconstitucionalista. Trata-se de fenômeno próprio do pós-II Guerra⁵⁴, em que passam a ser inseridos no corpo das

Constituição de Weimar. Chegando ao poder, os nazistas utilizaram o Direito como instrumento para a imposição de políticas repressivas e discriminatórias. A Ciência do Direito que simplesmente descrevesse esse ordenamento jurídico, deixando de se pronunciar sobre a extrema injustiça de seu conteúdo, podia ser condenada como omissa, quando a afirmação política do Estado de Direito era demandada em todos os níveis, mesmo no da teoria do Direito. Diante do mal absoluto, a pretensa neutralidade científica era totalmente incapaz de se justificar. Perante a dramática irracionalidade do Direito e do Estado, se tornava completamente inadequada a concepção segundo a qual apenas a análise objetiva do fenômeno jurídico poderia ser validade como racional.” SOUZA NETO; SARMENTO. op. cit., p. 163.

⁵¹ “O chamado retorno aos valores apresenta como marco o final da Segunda Guerra Mundial e a percepção de que o formalismo da teoria positivista constituía um modelo insuficiente para a construção de uma ordem jurídica aceitável, prestando-se ao fornecimento de uma roupagem legal a regimes bárbaros. O ímpeto da reação inicial levou a uma reaproximação com o jusnaturalismo, defendido expressamente por Radbruch por ocasião de sua reintegração à vida acadêmica alemã, após a derrota do nazismo. A obra seminal de Rawls – Uma teoria da justiça, de 1971 – abre caminho para a ascensão do pós-positivismo.” BARROSO, op. cit., p. 255.

⁵² Ibid. p.164.

⁵³ Ibid., p. 255.

⁵⁴ Conforme já abordado, não são todos os autores e juristas que concordam com a existência de um movimento neoconstitucional. Para estes, tratar-se-ia, na realidade, de uma continuidade do pensamento constitucionalista já existente, que apenas vem a se amoldar à realidade dos novos tempos e evolui conforme é agregado à constituição novos direitos fundamentais. Válida nesse sentido a transcrição de trecho da obra do professor José Afonso da Silva, o qual dirá que se quer estabelecer a segunda guerra como um marco, que se denomine apenas de novo constitucionalismo as constituições que lhe sucederem, mas não como algo dissonante do movimento constitucionalista que já existia anteriormente: “Se a expressão alude aos avanços do direito constitucional, a novos conteúdos das constituições pós-II Guerra e, especialmente, às constituições que surgiram em decorrência da derrocada das ditaduras fascistas dos anos 1970, então, será preferível referir-se ao fenômeno como novo

constituições matérias que não seriam tipicamente constitucionais, além de normas de forte conteúdo abstrato e moral, o que é contrário à lógica positivista. Exemplo disso é o próprio art. 37, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) o qual consagra como um princípio da Administração Pública a moralidade⁵⁵ – o que, como é evidente, contradiz a teoria de Kelsen.

Veja-se, portanto, que se trata de um novo paradigma constitucional, uma vez que, conforme explanado até então, na concepção positivista seria impensável haver um dispositivo constitucional que fizesse alusão à moralidade, justamente porque o Direito com esta não se relacionaria. Superou-se a dicotomia envolvendo o Direito e as demais ciências humanas, de modo que atualmente se entende como salutar a existência de normas – sejam regras ou princípios – que estejam fincadas em princípios éticos e morais.

Destacam-se como os maiores representantes do neoconstitucionalismo como um novo paradigma jurídico os “coautores do livro Neoconstitucionalismo(s), organizado por Miguel Carbonell⁵⁶, com Alfonso Figueroa, Sastre Ariza, Robert Alexy, Pietro Sanchís, todos teóricos do direito [...] que, ainda que não concordem entre si, ‘diagnosticam as bases do

constitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo ou, mesmo, direito constitucional contemporâneo - terminologia que revela continuidade renovada, até porque muitas dos elementos tidos como fenômeno do neoconstitucionalismo constituem práticas constitucionais ao longo do tempo, como a constitucionalização do Direito, por exemplo, que vem de longe com a constitucionalização do direito do trabalho, de regras do direito civil (família), de direito administrativo (servidores públicos, autarquias etc.), dos direitos sociais e tantos outros, que, ao longo desta pesquisa, são referidos.” SILVA, op. cit., p. 77.

⁵⁵ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)” BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 jun. 2019.

⁵⁶ O mencionado autor foi responsável pela produção de uma obra que conjugou a visão de vários operadores e pensadores do direito acerca daquilo que se pode entender por neoconstitucionalismo. Nesse sentido, como o próprio título de sua obra já assevera, não existe um único neoconstitucionalismo, que corresponda a uma concepção teórica clara e coesa, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes, o que justifica que sejam agrupadas sob um mesmo rótulo, mas compromete a possibilidade de uma conceituação mais precisa. Isso fica claro quando o mencionado autor traça os pontos distintivos daquilo que se compreende como neoconstitucionalismo, mas sem estabelecer uma conceituação fechada e precisa: “Segundo Miguel Carbonell, o neoconstitucionalismo desdobra-se em três planos de análise que se conjugam: o dos textos constitucionais, que se tornaram mais substantivos e incorporaram amplos elencos de direitos fundamentais; o das práticas judiciais, que passaram a recorrer a princípios constitucionais, à ponderação e a métodos mais flexíveis de interpretação, sobretudo na área de direitos fundamentais; e o dos desenvolvimentos teóricos de autores que, com as suas ideias, ajudaram não só a compreender os novos modelos constitucionais, mas também participaram da sua própria criação.” CARBONELL apud MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Mauricio. *20 anos da Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 197-208.

constitucionalismo avançado”⁵⁷. Dentre tais autores⁵⁸, que entendem o neoconstitucionalismo como um novo marco teórico e, por isso, como a instituição de um paradigma jurídico⁵⁹, faz-se especial destaque às lições de Alfonso García Figuerola. De toda sorte, o mencionado autor também pondera que o neoconstitucionalismo, embora se configure como um novo paradigma jurídico, ainda é por demasiado recente, encontrando-se em processo de formação:

Certamente, o reforço da dimensão moral do Direito causado pelo conteúdo jusfundamental dos princípios deu lugar a teorias anti-positivistas. Sem embargo, tudo parece indicar que progressivamente se tende a um novo paradigma neoconstitucionalista *in fieri*, esquivo às etiquetas tradicionais. Como explicar o papel dos direitos fundamentais através de uma teoria de Direito constitucionalista; dado que o neoconstitucionalismo constitui um paradigma jurídico em formação, desejaria formular aqui uma proposta que contribua com sua precisão, partindo do conteúdo e da estrutura dos direitos fundamentais.⁶⁰

No caso brasileiro, em específico, o movimento neoconstitucionalista se percebe com a Constituição de 1988. É a partir desse diploma normativo que se inaugura um novo rol de direitos fundamentais, além da consagração de outros que haviam sido suprimidos durante o regime militar, como o *habeas corpus*⁶¹.

Verifica-se na constituição de 1988, assim como nas constituições europeias do pós-guerra, uma reação aos retrocessos consagrados durante o período ditatorial – no caso brasileiro, de um governo ditatorial militar. Consagra-se no texto constitucional, então, a proibição da tortura (art. 5º, III, da CRFB/88), o exercício do direito ao voto de forma universal e secreta (art. 14, da CRFB/88), além de dispor sobre amplo acesso à Justiça⁶² e um extenso rol de

⁵⁷ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da constituição*. São Paulo: Método, 2008. p. 20.

⁵⁸ “O modelo neoconstitucionalismo total mais radical é o modelo adotado por Alfonso Figuerola e Sastre Ariza, autores espanhóis e professores da Universidade Castilha de la Mancha, bem como o título de neoconstitucionalista parece ser enquadrável à proposta defendida pelo professor Ronald Dworkin. Também Robert Alexy, com uma teoria própria dos direitos fundamentais e da teoria da argumentação jurídica, é um neoconstitucionalista, ainda que não subscreva o título. Esses são, apenas, alguns dos teóricos neoconstitucionalistas”. Ibid., p. 53.

⁵⁹ “Como acabo de assinalar (supra, §2º, sub 3), a constitucionalização do ordenamento jurídico não se tem limitado a transformar o Direito, senão que se predica também do estilo de pensamento de juristas e teóricos do Direito. A constitucionalização do pensamento jurídico deu lugar ao “constitucionalismo”. Denominou-se genericamente “constitucionalismo” (e mais precisamente “neoconstitucionalismo” com a finalidade de acentuar o novo caráter que adquiriu na atualidade) à teoria ou conjunto de teorias que proporcionaram uma cobertura justeórica conceitual e/ou normativa à constitucionalização do Direito em termos normalmente não positivistas.” FIGUEROA, Alfonso García. A teoria do direito em tempos de constitucionalismo. In: QUARESMA, Regina, OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula, OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 147.

⁶⁰ FIGUEROA, Alfonso García. Princípios e direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel. *A constitucionalização do direito*. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 5.

⁶¹ BRASIL, *Ato Institucional nº 5*. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm>. Acesso em: 16 jun. 2019.

⁶² Como exemplo, cita-se o art. 134, da CRFB/88, o qual consagra a Defensoria Pública como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, sendo ainda expressão e instrumento do regime democrático, incumbindo-lhe a função de promover a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a

liberdades e direitos fundamentais, com especial destaque para os direitos sociais (art. 6º, da CRFB/88). Como instrumento de efetivação desses direitos, agora com respaldo constitucional, institui-se ainda um “Supremo Tribunal Federal ativo e independente, armado com um forte sistema de controle de constitucionalidade concentrado e abstrato”⁶³.

Nesse ponto, a partir do exemplo da constituição nacional, depreende-se o caráter inovador do movimento neoconstitucional. Assim, leciona Luís Roberto Barroso⁶⁴ três grandes marcos teóricos que distinguem o neoconstitucionalismo de qualquer outro movimento constitucional que o tenha precedido:

No plano teórico, três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Os três pontos mencionados por Barroso não comportam unanimidade na doutrina, de modo que outros autores discorrem de maneira diversa sobre o tema⁶⁵. Nesse sentido, Daniel Sarmiento em sua obra em coautoria com Cláudio Pereira de Souza Neto⁶⁶, destaca cinco características do movimento em questão:

O pós-positivismo se liga diretamente ao ambicioso modelo constitucional que tem se difundido nas últimas décadas vem sendo designado por diversos autores como neoconstitucionalismo. O neoconstitucionalismo envolve simultaneamente mudanças no tipo das constituições e dos correspondentes arranjos institucionais e alterações na teoria jurídica subjacente. O neoconstitucionalismo está associado a diversos fenômenos reciprocamente implicados, seja no campo empírico, seja no plano da dogmática jurídica, que podem ser assim sintetizados:

- a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito;
- b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.;

defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicialmente, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados.

⁶³ KOZICKI, BROOCKE, op. cit., p. 7.

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito* (triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), p. 7. Disponível em: < http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2019.

⁶⁵ “Como teoria explicativa do direito, o neoconstitucionalismo procurar descrever os traços característicos dos sistemas jurídicos contemporâneos, tendo como foco central a análise da estrutura e do papel assumido pelas constituições no interior desses sistemas. Dentre as principais transformações resultantes da evolução histórica do constitucionalismo estão: I) o reconhecimento definitivo da normatividade da constituição e, por conseguinte, de todos os dispositivos nela contidos, independentemente de sua estrutura; II) o papel central atribuído à constituição, não apenas como estatuto organizatório-limitativo dos poderes públicos, mas também como mecanismo de resolução de conflitos nas mais diversas áreas jurídicas; e III) a consagração de um extenso catálogo de direitos fundamentais e de uma pluralidade de valores e diretrizes políticas tornando mais frequentes as colisões entre direitos constitucionalmente protegidos.” (NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 10.ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 65.)

⁶⁶ SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 164.

- c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento;
- d) reaproximação entre o Direito e a Moral; e
- e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário

No trecho seguinte, então, explicitar-se-ão as características do neoconstitucionalismo e as consequências que passou a gerar na experiência jurídica e, em especial, na experiência jurídica nacional.

2.2. Neoconstitucionalismo: Características e seus fenômenos corolários

Em que pese a divergência doutrinária no que tange aos marcos definidores do movimento neoconstitucionalista, fato é que há consenso ao menos sobre a superação do pensamento que vigorava até então em que a constituição seria tão somente uma “carta de intenções” ou uma “promessa”, contendo apenas normas programáticas⁶⁷. De acordo com a visão neoconstitucional, as constituições passam a ser dotadas de força normativa e, enquanto tais, são de observância obrigatória por todos e há o dever de cumprir as disposições constitucionais, de modo que a realização do texto constitucional prescinde de conformação do legislador ou daqueles a desempenhar função executiva⁶⁸.

Muito embora esse fenômeno tenha sido vivenciado no mundo ocidental em períodos distintos pelos países, notadamente após a saída de governos autoritários, tem-se que a realidade brasileira confirma a regra, ainda que mais tardia. Isso porque foi com a redemocratização que surge a Constituição de 1988, rompendo com um passado autoritário para um regime democrático. Assim assevera Luís Roberto Barroso⁶⁹ ao tratar sobre o tema e apontar a ruptura – não apenas jurídica, pois, afinal, sempre que há um poder constituinte originário se pressupõe

⁶⁷ “As chamadas normas constitucionais programáticas - ou seja, aquelas em que o legislador constituinte, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras pelas quais se hão de orientar os Poderes Públicos - são também regras deontológicas; são normas porque, ainda que não sejam definidoras de direitos imediatamente aplicáveis, preveem um interesse a ser realizado no futuro mediante atuação de um programa governamental.” SILVA, op. cit., p. 435.

⁶⁸ “Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.” BARROSO, op. cit., p. 7.

⁶⁹ Ibid., p. 8.

uma ruptura com o modelo *status quo* – representada pelo advento do novo diploma constitucional:

Além das complexidades inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, padecia o país de patologias crônicas, ligadas ao autoritarismo e à insinceridade constitucional. Não é surpresa, portanto, que as Constituições tivessem sido, até então, repositórios de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata. Coube à Constituição de 1988, bem como à doutrina e à jurisprudência que se produziram a partir de sua promulgação, o mérito elevado de romper com a posição mais retrógrada.

Assim, as constituições do pós-guerra, bem como a constituição brasileira de 1988, passam a ser dotadas de normas imbuídas de elevado valor axiológico, dispondo de uma multiplicidade de temas que até então sequer seriam tratados no bojo das constituições do século XIX⁷⁰. Em sendo as constituições, doravante esse marco histórico, então, diplomas normativos de fato e não meros protocolos de intenções, tem-se que o cumprimento das disposições ali contidas passa a ser obrigatório e vinculante a todos; inclusive aos poderes Legislativo e Executivo, enquanto que o Judiciário, para além de também se curvar às disposições constitucionais, passa a atuar como intérprete da Constituição⁷¹, seu garantidor e responsável por fazer valer as promessas do constituinte originário.

A isso se denominou “constitucionalização do direito”; a possibilidade de a constituição e suas normas irradiarem para os demais diplomas legais, independentemente da temática. Notadamente, na atualidade é inconcebível se cogitar, por exemplo, o direito civil

⁷⁰ Carl Schmitt, por exemplo, contemporâneo e opositor ideológico de Kelsen, foi o autor da concepção política da constituição ao compreendê-la como “decisão política fundamental” e estabelece justamente essa distinção. Para Schmitt o que distinguiria a constituição das demais leis era o tema tratado por aquela em relação a estas. Caberia à constituição, no seu entender, aquelas normas emanadas pelo poder constituinte originário que se prestem à definir e compreender a unidade política. Nesse sentido leciona José Afonso da Silva ao mencionar a obra do autor em questão: “A distinção de Carl Schmitt entre constituição e leis constitucionais, aparentemente original, nada mais diz do que constituição em sentido material e constituição em sentido formal, na forma admitida pela doutrina em geral. Quando ele concebe a constituição como decisão política fundamental, na realidade está se referindo àquilo que a doutrina chama, em sentido estrito, de constituição material. Quando se refere a leis constitucionais está concebendo a noção de constituição em sentido formal. Para ele, a constituição em sentido positivo, único verdadeiro, surge de um ato do poder constituinte, que contém a totalidade da unidade política considerada em sua particular forma de existência; nesse caso, a constituição só consubstancia a determinação consciente da concreta forma de conjunto pela qual se pronuncia ou decide a unidade política. Por conseguinte, somente as prescrições constitucionais que consagram essas decisões políticas fundamentais entram, para ele, no conceito de constituição”. SILVA, op. cit., p. 84.

⁷¹ “Formalmente, a supremacia judicial significa que as interpretações constitucionais da Suprema Corte só podem ser revertidas por emenda constitucional, não se admitindo que lei ordinária possa fazê-lo. Materialmente, a supremacia judicial consiste no fato de as decisões constitucionais da Suprema Corte serem, via de regra, finais, diante da dificuldade prática de os poderes políticos e de atores da sociedade civil mobilizarem os instrumentos institucionais aptos a superar a interpretação judicial”. (BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*. A que cabe a palavra sobre o sentido da constituição? Rio de Janeiro: Lumen iuris, 2012, p. 17. [e-book])

sem a necessária “filtragem constitucional”⁷², produzindo o que os autores da área irão conceber como “direito civil constitucional”⁷³, reformulando a concepção e os institutos basilares do direito privado.

Se na codificação civil é perceptível a intervenção da constituição de modo a fazer incidir no âmbito do direito privado suas normas, ainda mais evidente é o emprego desta na seara do direito público, como ocorre com o direito penal – e as séries de garantias penais e processuais penais existentes na Constituição de 1988 – o direito administrativo e o direito tributário. Acerca desse último, válido destacar recente decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que vem a ilustrar o que se aborda, uma vez que ao tratar de determinada execução fiscal na qual o demandado apresentava os embargos à execução sem promover a denominada garantia do juízo – o depósito do valor executado é condição *sine qua non* para tal defesa do executado ser recebida pelo juízo, nos termos do art. 16, da Lei nº 6.830/1980 – entendeu a Corte Cidadã ser caso de admitir os embargos, pois “deve ser afastada a exigência da garantia do juízo para a oposição de embargos à execução fiscal, caso comprovado inequivocamente que o devedor não possui patrimônio para garantia do crédito exequendo”⁷⁴ de forma a

⁷² “Neste quadro, então, desenvolveu-se a ideia de filtragem constitucional, que tomava como eixo a defesa da força normativa da Constituição, a necessidade de uma dogmática constitucional principialista, a retomada da legitimidade e vinculatividade dos princípios, o desenvolvimento de novos mecanismos de concretização constitucional, o compromisso ético dos operadores do Direito com a Lei Fundamental e a dimensão ética e antropológica da própria Constituição, a constitucionalização do direito infraconstitucional, bem como o caráter emancipatório e transformador do Direito como um todo.” SCHIER, Paulo Ricardo. *A&C R. de Dir. Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 1-255, abr./jun. 2005, p. 4.

⁷³ “Nesse sentido, é interessante tecer alguns comentários sob a relação entre o Direito Civil e o Direito Constitucional, o que faz com que surja, para muitos, uma nova disciplina ou caminho metodológico, denominado Direito Civil Constitucional, da qual este autor é adepto e entusiasta. [...] Por outro lado, em uma visão clássica, o Código Civil – como pedra fundamental do Direito Privado – disciplina não o Estado, mas sim os particulares, de forma concreta, não abstrata e genérica. Contudo, as distâncias entre os dois diplomas – e entre os próprios direitos público e privado – foram sendo encurtadas, em razão, mormente, do fenômeno da busca do Estado Social. [...] por sua vez, a Constituição brasileira de outubro de 1988 foi influenciada decisivamente pela busca da democracia, pela constitucionalização de temas que, a rigor, não seriam por assim dizer constitucionais, mas que tal tratamento tiveram em razão dos ares de liberdade que sopravam na sociedade brasileira recém-saída de um regime autoritário que perdurou pouco menos de 20 anos. [...] O próprio conceito de Direito Civil Constitucional, à primeira vista, poderia parecer um paradoxo. Mas não é. O direito é um sistema lógico de normas, valores e princípios que regem a vida social, que interagem entre si de tal sorte que propicie segurança – em sentido lato – para os homens e mulheres que compõem uma sociedade. O Direito Civil Constitucional, portanto, está baseado em uma visão unitária do ordenamento jurídico (TEPEDINO, Gustavo. *Normas constitucionais...*, 2007).” TARTUCE, Flavio. *Direito civil: Lei de introdução e parte geral*. V. 1. 15. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 157, 159, 160. [*e-book*]

⁷⁴ Ementa PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. EXECUTADO. BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. PATRIMÔNIO. INEXISTÊNCIA. HIPOSSUFICIÊNCIA. EXAME. GARANTIA DO JUÍZO. AFASTAMENTO. POSSIBILIDADE. [...] 4. A Constituição Federal de 1988, por sua vez, resguarda a todos os cidadãos o direito de acesso ao Poder Judiciário, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, CF/88), tendo esta Corte Superior, com base em tais princípios constitucionais, mitigado a obrigatoriedade de garantia integral do crédito executado para o recebimento dos embargos à execução fiscal, restando o tema, *mutatis mutandis*, também definido na Primeira Seção, no julgamento do REsp 1.127.815/SP, na sistemática dos recursos repetitivos. 5. Nessa linha de interpretação, deve ser afastada a exigência da garantia do juízo para a oposição de embargos à execução fiscal, caso comprovado inequivocadamente que o devedor não possui

prestigiar o direito à defesa mesmo àqueles que se encontrem em situação de hipossuficiência econômica, ao invés de limitar a defesa tributária apenas para os indivíduos que disponham de recursos para tanto – prestigiando o direito à defesa em detrimento do rigor da lei.

Há uma conjunção de fatores que acabaram por conduzir o movimento da constitucionalização ou neoconstitucionalista — sendo o maior destaque a nova concepção filosófica do direito a partir do pós-positivismo — merecendo especial relevo o fato de as constituições contemporâneas se revelarem como documentos dialéticos, prolixos, de estrutura rígida e com a consagração de direitos que, muitas das vezes, irão se contrapor. O professor Alfonso García Figuera⁷⁵ elucida as características do fenômeno concebido como a constitucionalização do direito, que, em síntese, podem ser destacados como: (i) a existência de uma constituição rígida; (ii) a existência de um controle de constitucionalidade; (iii) a força vinculante da constituição; (iv) a “sobreinterpretação”, que se revela como a constituição desempenhando o papel de filtro interpretativo das demais normas; (v) a possibilidade de aplicação direta da constituição; (vi) a interpretação das leis de acordo com os preceitos constitucionais e, por fim, a influência da constituição nas relações políticas.

Indiscutivelmente é o último ponto assinalado pelo autor aquele que mais se relaciona com o Estado de Coisas Inconstitucional, uma vez que tal teoria foi cunhada em decorrência da deficiência do Estado ao desempenhar seu papel em determinados contextos – já se mencionou, por exemplo, a aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional como um mecanismo de

patrimônio para garantia do crédito exequendo. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.487.772-SE*. Rel. Min. Gurgel de Faria. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em: 22 jun. 2019.

⁷⁵ “Denomina-se “constitucionalização” ao processo e ao resultado da transformação do Direito causada pela Constituição. Riccardo Guastini destacou as seguintes características em um sistema jurídica constitucionalizado. Nem todos têm a mesma relevância conceitual, mas aqui cabe prescindir por enquanto desses matizes ao objetivo de esboçar uma caracterização muito geral do estado em que costuma encontrar-se um sistema constitucionalizado: 1) Uma constituição rígida. O ordenamento jurídico está presidido por uma Constituição escrita e residente frente à legislação ordinária. 2) Uma garantia jurisdicional da Constituição. O sistema conta com alguma forma de controle de constitucionalidade das normas. 3) A força vinculante da Constituição. Essa condição sugere antes de tudo um traço da cultura jurídica de referência, da ideologia dos juristas. Quando o ordenamento jurídico está constitucionalizado, os juristas consideram a Constituição como uma verdadeira norma jurídica e não como uma simples declaração pragmática. O novo paradigma jurídico do constitucionalismo parece ser consequência dessa circunstância: os juristas aceitam a normatividade da Constituição; a dogmática desenvolve uma teoria do Direito atenta esse fenômeno e a teoria do Direito forma-se sob um ponto de vista interno (o do jurista) um novo conceito de Direito. 4) Sobreinterpretação (“sovrainterpretazione”) da Constituição. Os argumentos a simili, a analogia e a inovação de princípios constitucionais ampliam e intensificam a presença da Constituição no ordenamento até o ponto de fazer possível certa omnicompreensividade do Direito. Toda controvérsia poderia encontrar resposta em um sistema constitucionalizado graças à sua sobreinterpretação. 5) A aplicação direta da Constituição. A Constituição não só serve para regular as relações entre os poderes do Estado ou entre o Estado e os cidadãos, como também todas as relações sociais. 6) A interpretação das leis conforme a Constituição (interpretazione adeguatrice, armonizzante). O controle de constitucionalidade não se debate unicamente entre as duas opções: constitucionalidade ou inconstitucionalidade das normas. Existe uma possibilidade de intermediária, a *Verfassungskonformgesetzauslegung*. Na Itália, é o caso das sentenças interpretativas ou das manipuláveis (reduzidas, aditivas ou substitutivas).” FIGUEROA, op. cit., 2009, p. 146, 147.

superação de situações envolvendo a segurança pública decorrente do deslocamento interno dos cidadãos da Colômbia e a dignidade das pessoas presas. Nesse aspecto é salutar a transcrição do que se entende como esse papel de influência da Constituição na relação política então narrado:

A influência da Constituição nas relações políticas. Os princípios constitucionais, com seu forte cunho moral e político, intervêm na argumentação política, regem as relações entre os poderes do Estado e, o que é mais relevante para nossos fins, permite assim a órgãos jurisdicionais como o Tribunal Constitucional passar a examinar a argumentação política que está subjacente às normas jurídicas.

Como se depreende, é a existência dos princípios constitucionais, imbuídos de elevado cunho moralizador e político, que possibilita com que a Constituição e, por conseguinte, o próprio Judiciário, intervenham na política – e, no que toca o objeto do Estado de Coisas Inconstitucional, a possibilidade de intervenção em políticas públicas – de alguma forma. Ocorre que, boa parte dessas normas jurídicas previstas no texto constitucional “caracteriza[m]-se pela abertura e indeterminação semânticas — são, em grande parte, princípios e não regras — a sua aplicação direta pelo Poder Judiciário importou na adoção de uma nova hermenêutica jurídica”⁷⁶.

A distinção mais precisa entre regras e princípios adveio, justamente, com o pós-positivismo e um de seus principais autores: Robert Alexy. Em sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais” é mencionado que, mesmo à época de sua primeira edição (1985), “a distinção entre regras e princípios não é nova. Mas, a despeito de sua longevidade e de sua utilização frequente, a seu respeito imperam falta de clareza e polêmica”⁷⁷.

Em virtude disso, passa a definir Robert Alexy princípios e regras como normas⁷⁸ sendo a distinção primordial entre estes a seguinte:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. [...] Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma

⁷⁶ SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 165.

⁷⁷ ALEXY, Roberto. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Ltda, 2015, p. 88, 87.

⁷⁸ Até então fazia-se uma dicotomia entre princípios e normas, e não entre princípios e regras. Robert Alexy supera essa distinção ao definir que “[...] Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deontológicas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas”. Ibid., p. 88.

regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.⁷⁹

Indubitavelmente uma das maiores contribuições do pensamento de Robert Alexy reside na solução a ser aplicada para o caso em que há o conflito entre normas, independentemente de se tratar de uma colisão envolvendo princípios ou regras. No que tange às regras, impõe-se a adoção do critério da prevalência, ao passo em que acerca das regras o que há é uma subsunção⁸⁰ da situação fática à abstração da norma em si, de modo que “ou uma norma jurídica é válida, ou não é. Se uma regra é válida e aplicável a um caso concreto, isso significa que também sua consequência jurídica é válida”⁸¹.

Já no que se refere à colisão entre princípios, tem-se que pela sua própria essência não há como se cogitar que a resolução do impasse se dê mediante os critérios de subsunção e prevalência, eis que os princípios, conforme explicitado acima, são mandamentos de otimização⁸². O conflito entre princípios se soluciona, portanto, a partir de um critério de ponderação em que haverá, naquele caso concreto em específico, um princípio – dentre os dois ou mais que em conflito estão – que irá preceder o outro e por isso merecerá ser aplicado⁸³.

A opção feita em grande parte das constituições contemporâneas é a de consagrar os direitos e garantias fundamentais sob a forma de princípios⁸⁴, em virtude dessa característica de

⁷⁹ Ibid., p. 91,92.

⁸⁰ “Identificada a norma aplicável, procede-se ao enquadramento do fato no relato da regra jurídica, pronunciando-se a conclusão. Um raciocínio, portanto, de natureza silogística, no qual a norma é a premissa maior, o fato relevante é a premissa menor e a conclusão é a sentença.” BARROSO, op. cit., 2005, p. 12.

⁸¹ ALEXY, op. cit., p. 93.

⁸² “Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas prima facie. Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contra-razão não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas.” Ibid., p 105.

⁸³ Robert Alexy, didaticamente elucida em sua obra o caso julgado pela Suprema Corte alemã "O assassinato de soldados em Lebach" (BVerfGE 35. 202). Em apertada síntese, tratava-se de programa que pretendia narrar a história de quatro soldados alemães que guardavam determinado depósito de munições do Exército Alemão próximo à cidade de Lebach que foram mortos enquanto dormiam e tiveram suas armas subtraídas com o fito de ocultação de outras infrações penais. Um dos condenados na condição de cúmplice estava, à época, na iminência de se ver liberto da prisão, de modo que enxergava a exibição do programa no qual era referenciado e representado por imagens como uma violação de seus direitos e uma ameaça à sua ressocialização. Teria o autor da demanda sucumbido nas instâncias ordinárias até que a Suprema Corte alemã proferiu decisão no sentido de que “[...]no caso da "repetição do noticiário televisivo sobre um grave crime, não mais revestido de um interesse atual pela informação", que "coloca em risco a ressocialização do autor" (C2), a proteção da personalidade (P1) tem precedência sobre a liberdade de informar (P2), o que, no caso em questão, significa a proibição da veiculação da notícia”. Ibid., p. 102, 103.

⁸⁴ “Segundo Robert Alexy (2003, 32 ss.), os direitos fundamentais exibem quatro características em grau máximo: (i) apresentam máxima hierarquia, (ii) gozam de máxima força jurídica, (iii) regulam objetos de máxima

os princípios serem mandatos de otimização e sua aplicação ao caso concreto se dar da forma mais intensa possível. Entretanto, fazê-lo dessa maneira trouxe uma questão problemática que necessariamente deve ser enfrentada pelo Estado, que é a garantia de tais direitos de forma mais intensa e sua respectiva proteção, bem como sua correta aplicação quando se verificar a colisão entre tais princípios em determinado caso concreto.

É o que assevera Alfonso García Figuera, que leciona⁸⁵:

Assim que, se bem que a configuração dos direitos fundamentais como princípios é de per si uma característica problemática, o mais chamativo é que problematiza todos os anteriores e se converte em uma questão chave do Estado constitucional: por seu conteúdo, os direitos fundamentais constituem o elemento mais importante da Constituição e, neste sentido, requerem a proteção mais intensa. Mas, por sua forma, os direitos fundamentais se distinguem por apresentar uma estrutura de princípio que, em qualquer de seus polêmicos sentidos (como normas vagas, gerais, abstratas, abertas, indeterminadas, fundamentais, reformulatórias, axiológicas, superáveis ou derrotáveis, de caráter não concludente ou *prima facie* et.), proporcionam aos juízes em princípio uma margem mais ampla para sua atividade interpretativa e argumentativa na hora da aplicação. Assim, surgem as tensões entre o aspecto político e o aspecto estrutural e funcional dos direitos fundamentais: é acaso aceitável (e, em caso positivo, desejável) que os conteúdos mais importantes da Constituição se formulem sob a forma de princípios? Como é sabido, devemos um rotundo “sim” à “teoria dos princípios” de Robert Alexy (2002, 2003b; Borowski 1998, 2003). Trata-se de uma teoria amplamente conhecida, que, em síntese, sustenta que os direitos fundamentais são princípios e, por isso, funcionam como ‘mandatos de otimização’ (i.e., como normas que devem ser aplicadas no maior grau dentro das possibilidades jurídicas e fáticas; Alexy 1993, cap. III).

Fato é que a positivação de princípios nos textos constitucionais e sua compreensão enquanto normas jurídicas sob a forma de princípios, cujo eventual conflito será necessariamente dirimido pela ponderação – precedência de um princípio em detrimento de outro – acarreta na necessidade de o Judiciário – que, por excelência, é o espaço destinado à resolução das lides – se debruce sobre tais questões. Há, portanto, no cenário do neoconstitucionalismo, o surgimento de peijas no mundo fenomênico que irão desafiar o conflito de princípios de igual matriz constitucional que, em última análise, irão provocar a apreciação da Corte Constitucional para que determine qual princípio, naquele caso concreto em específico, deverá preponderar mediante o critério da ponderação.

importância e (iv) padecem de máxima indeterminação. O autor alemão considera que estas características isoladamente consideradas não se revestem de gravidade, mas sua cumulação resulta sucessivamente inconveniente, no sentido de que cada característica se torna gravosa ao conjugar-se com aquela que lhe siga: a máxima hierarquia dos direitos não representaria um problema, senão porque estes gozam de máxima força (vinculatividade). A máxima força jurídica careceria de relevância se o objeto de regulação das normas de direitos fundamentais carecesse de importância, mas não é este o caso. E, por sua vez, a importância do conteúdo destas normas não seria preocupante se não se expressassem mediante normas indeterminadas.” ALEXY apud FIGUEROA, op. cit., 2007, p.12.

⁸⁵ Ibid, p. 12, 13.

É nesse sentido que Cláudio Pereira Souza Neto e Daniel Sarmento⁸⁶ apontam que:

A necessidade de resolver tensões entre princípios constitucionais colidentes — constante em constituições compromissórias, marcadas pelo pluralismo axiológico — deu espaço ao desenvolvimento da técnica da ponderação, e tornou frequente o recurso ao princípio da proporcionalidade na esfera judicial. E a busca de legitimidade para estas decisões, no marco de sociedades plurais e complexas, impulsionou o desenvolvimento de diversas teorias da argumentação jurídica, que incorporaram ao Direito elementos que o positivismo clássico costumava desprezar, como considerações de natureza moral, ou relacionadas ao campo empírico subjacente às normas.

O neoconstitucionalismo clama, portanto, por um método interpretativo distinto daquele empregado no conflito de normas ordinárias, haja vista que este, até então aplicado, não é mais capaz de resolver os impasses provocados pela posituação dos princípios nas cartas constitucionais e, especialmente, solucionar a colisão de tais mandatos de otimização.

2.3. Do método hermenêutico adequado à aplicação das normas no neoconstitucionalismo

A técnica de interpretação das normas jurídicas é denominada de hermenêutica e tem como raiz etimológica o deus grego Hermes, personagem da mitologia grega encarregado de transmitir a mensagem dos deuses aos homens; pois “como os homens não falavam diretamente com os deuses, sujeitavam-se à intermediação de Hermes, à sua capacidade de compreender e revelar”⁸⁷.

A necessária superação da hermenêutica tradicional se revela a partir do exercício da simples lógica. É que os critérios tradicionais de solução de conflitos normativos, assim compreendidos como o “hierárquico (lei superior prevalece sobre a inferior), o temporal (lei posterior prevalece sobre a anterior) e o especial (lei especial prevalece sobre a geral)”⁸⁸ se revelam insuficientes para tanto.

Bastaria se cogitar num eventual conflito de qualquer um dos direitos fundamentais consagrados no art. 5º, da CRFB/88⁸⁹, o qual não seria dirimido por nenhum dos critérios acima transcritos. Veja-se, as normas supostamente em choque são de mesma hierarquia, contemporâneas entre si e não há que se falar em especialidade, ao passo em que estão a incidir

⁸⁶ SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 165.

⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação constitucional como interpretação específica. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio (Coords.). *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 91.

⁸⁸ BARROSO, op. cit., 2005, p. 10.

⁸⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 jun. 2020.

concomitantemente no caso concreto, pois, caso contrário, não se falaria em colisão dos princípios em questão⁹⁰.

Há de se salientar, contudo, que não há, com o advento do neoconstitucionalismo, uma superação desses critérios clássicos. Como bem elucida Luís Roberto Barroso⁹¹ ao dispor:

Antes de prosseguir, cumpre fazer uma advertência: a interpretação jurídica tradicional não está derrotada ou superada como um todo. Pelo contrário, é no seu âmbito que continua a ser resolvida boa parte das questões jurídicas, provavelmente a maioria delas. Sucede, todavia, que os operadores jurídicos e os teóricos do Direito se deram conta, nos últimos tempos, de uma situação de carência: as categorias tradicionais da interpretação jurídica não são inteiramente ajustadas para a solução de um conjunto de problemas ligados à realização da vontade constitucional.

Não apenas isso, mas as premissas ideológicas que até então serviam de base para o sistema de interpretação constitucional deixaram de se revelar inteiramente satisfatórias. Assim, “a ideia que se tornou símbolo da revolução francesa retratada pela obra de Montesquieu – do juiz como ‘a boca que pronuncia as palavras da lei’ (da vontade geral) – estava sedimentada na concepção de que a lei ‘cobriria tudo’ o que pode se dar no mundo dos fatos⁹²”, o que, contudo, não é verdadeiro, pois se constatou que o mundo fenomênico é demasiadamente dinâmico e se tem por impossível ao legislador prever todos os acontecimentos possíveis, daí sendo necessário o intérprete (ou hermeneuta)⁹³.

Como bem relata Luís Roberto Barroso, faz-se necessário observar que a solução não necessariamente se encontrará no texto da lei, da mesma forma que o juiz não pode mais exercer a posição de mero replicador da legislação. Nesse sentido, válido o destaque da seguinte passagem:

⁹⁰ “A existência de colisões de normas constitucionais leva à necessidade de ponderação²⁷. A subsunção, por óbvio, não é capaz de resolver o problema, por não ser possível enquadrar o mesmo fato em normas antagônicas. Tampouco podem ser úteis os critérios tradicionais de solução de conflitos normativos – hierárquico, cronológico e da especialização – quando a colisão se dá entre disposições da Constituição originária.” BARROSO, op. cit., 2005, p. 14.

⁹¹ Ibid., 2005, p. 11.

⁹² STRECK, Lenio L. *Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio (Coords.). *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 76.

⁹³ Válido citar ainda que “Para Montesquieu – autor da obra que idealizou a teoria da separação dos poderes recepcionada pelo Estado liberal –, o ‘poder de julgar’ deveria ser exercido por meio de uma atividade puramente intelectual, meramente cognitiva e logicista, não produtiva de ‘direitos novos’. Essa atividade não seria limitada apenas pela legislação, mas também pela atividade executiva, que teria também o poder de executar materialmente as decisões que constituem o ‘poder de julgar’. Nesse sentido, o poder dos juízes ficaria limitado a afirmar o que já havia sido dito pelo Legislativo, pois o julgamento deveria ser apenas “um texto exato da lei”. Por isso, Montesquieu acabou concluindo que o “poder de julgar” era, de qualquer modo, um ‘poder nulo’” (*en quelque façon, nulle*). MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. Teoria do processo civil – volume 1. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 17.

Assim: (i) quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.⁹⁴

Ressalta-se, por certo, que a aplicação do método hermenêutico diferenciado se faz necessária não nos casos triviais, mas naquelas situações concretas em que há um desafio quanto à aplicação das normas. Isso, contudo, não se percebeu de forma tranquila inicialmente quando do advento da Constituição Cidadã de 1988, conforme relata Lenio Streck⁹⁵, ao passo que mesmo diante desta nova realidade muitos permaneceram filiados ao pensamento até então vigente:

Não se pode olvidar que a assim denominada “era dos princípios”, que propiciou o surgimento de textos constitucionais com características sociais-diretivas encontrou – mormente em países como o Brasil – um imaginário jurídico ainda fortemente dependente da metodologia tradicional e de suas variações, a partir de um amplo espectro que abrangia desde normativistas (formalistas) até adeptos do direito alternativo (realistas). Com efeito, de um lado, doutrina e jurisprudência, ainda ligadas à dogmática jurídica tradicional, continuaram a sustentar práticas normativistas, com enormes dificuldades para compreender minimamente o advento de *uma nova teoria das fontes*; já de outro, setores que, embora engajados na concretização da Constituição, passaram a apostar no Poder Judiciário como condutor desse processo, mas sem a correspondente reflexão acerca das condições de possibilidade desse novo protagonismo.

A última questão que se coloca quanto ao relevante papel da hermenêutica constitucional nesse processo é a forma de seu emprego. É que, conforme já explicitado, a importância do Judiciário foi elevada de sobremaneira nesse novo quadro, ao ponto de que, conforme afirmado por Daniel Sarmiento, transmutou-se de um “poder quase ‘nulo’, mera ‘boca que pronuncia as palavras da lei’, como lhe chamara Montesquieu, o Poder Judiciário se viu alçado a uma posição muito mais importante no desenho institucional do Estado contemporâneo”⁹⁶; e daí, por certo, justifica-se a necessidade de um tecnicismo apurado por parte do jurista, mas, especialmente, pelo intérprete final da norma, que é o magistrado.

⁹⁴ Em que pese as divergências acadêmicas entre o autor referenciado e Lenio Streck, certo é que ambos convergem nesse ponto. É o que se percebe a partir do seguinte trecho da obra de Lenio Streck: “Isto significa que, de alguma forma, seria possível prever – antecipadamente todas as hipóteses fáticas de aplicação da lei. Daí a herança que todos nós conhecemos: o silogismo interpretativo, a cisão entre fato e direito e a proibição de interpretação dos juízes. Todavia, paradoxalmente será no interior desse mesmo sistema que aparecerá o primeiro inconveniente: a constatação de que a *lei não cobre tudo*, que a facticidade apresenta problemas que nem sempre foram esboçados pelo *legislador racional* – termo que ainda faz moda em algumas teorias da interpretação do direito da atualidade”. Ibid., 2013, p. 76.

⁹⁵ Ibid., 2013, p. 76.

⁹⁶ SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 165.

Como bem adverte Lenio Streck⁹⁷, a lógica do positivismo jurídico cedeu e se viu obrigada a reconhecer a insuficiência do legislador em prever e dispor acerca de todas as hipóteses, de modo que o critério da subsunção do fato à norma se revelaria insuficiente para resolver os dilemas que se apresentassem. Justamente por tal motivo se permite ao magistrado – submetido à lógica positivista – valer-se de mecanismos destinados a suprir lacunas legislativas, quais sejam: a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

A possibilidade de preenchimento da norma por esses mecanismos acima destacados persiste até hoje no ordenamento jurídico brasileiro, tanto que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) em seu art. 4^o⁹⁸ prevê que, diante da omissão legal, deverá o juiz decidir o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. Mesmo no positivismo, então, fez-se inexorável a existência de ao menos duas discricionariedades; uma do legislador, quando opta acerca do quê legislar e outra do julgador, que diante dessas zonas cinzentas e omissões – também deliberadamente escolhidas pelo legislador – de forma discricionária⁹⁹ resolve a peleja que lhe é apresentada – com a distinção, porém, de que diferentemente do legislador o juiz não é eleito para tal.

É o que Lenio Streck¹⁰⁰ expõe ao se debruçar sobre tal temática:

Cria-se, assim, uma espécie de “discricionariedade de segundo nível” representada pela atividade interpretativa do *juiz racional*. Essa discricionariedade de segundo nível será justificada pelos chamados *princípios gerais do direito* que, junto com a analogia e os costumes, representarão as autorizações legislativas para a análise discricionária do juiz no caso concreto. Desse modo, a discricionariedade deferida ao juiz pelo legislador acaba por se consubstanciar em uma *política judiciária*, que, no limite, dá poderes para que o juiz determine “a lei no caso”, a pretexto do dever de julgamento que a própria ordem requer.

⁹⁷ “A adaptação criada pelo próprio sistema para resolver esta questão foi colocar, ao lado do legislador racional, um juiz/intérprete racional. Desse modo, o primeiro criará, de forma absolutamente discricionária -poderíamos falar em uma discricionariedade política que funciona como condição de possibilidade –, o conteúdo da lei, ao passo que o *juiz/intérprete* racional terá uma delegação para, de forma limitada preencher os vácuos deixados pela discricionariedade absoluta (política) do legislador”. STRECK, 2013, op. cit., p. 76.

⁹⁸ “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” BRASIL. *Lei de introdução às normas do direito brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 21 jun. 2019.

⁹⁹ “Daí a necessária advertência: não é correto trazer o conceito de discricionariedade administrativa para o âmbito da interpretação do direito (discricionariedade judicial). [...] Ora, toda interpretação é um ato produtivo; sabemos que o intérprete atribui sentido a um texto e não reproduz sentidos nele já existentes. Tem sido muito comum aproximar – embora que de forma equivocada – aquilo que se menciona como discricionariedade judicial daquilo que a doutrina administrativa chama de *ato administrativo discricionário*. Nota-se, de plano, que há aqui uma nítida diferença de situações: no âmbito judicial, o termo discricionariedade se refere a um espaço a partir do qual o julgador estaria legitimado a criar a solução adequada para o caso que lhe foi apresentado a julgamento. No caso do administrador, tem-se por referência a prática de um ato autorizado pela lei e que, por este mesmo motivo, mantém-se adstrito ao princípio da legalidade”. STRECK, 2013, op. cit., p. 81.

¹⁰⁰ *Ibid.*, 2013, p. 77.

Ocorre que, mesmo com a superação do positivismo e o advento do pós-positivismo que, por sua vez, deu origem ao neoconstitucionalismo, há o risco de haver por parte dos magistrados a mesma discricionariedade criticada até então. Ou seja, a força normativa da constituição – manifestado pelo alto grau de autonomia do direito após o segundo pós-guerra – pode vir a ser deturpada a partir da maneira como opta o hermeneuta a interpretar a norma e aplica-la; é neste sentido que em nome de superar o regime ultrapassado que havia (o positivismo e seu silogismo dedutivo) há uma transferência do foco acerca deste novo patamar democrático alcançado para então direciona-lo ao intérprete, em que este é o protagonista.

É este o busílis sobre o qual recaem, indubitavelmente, as maiores críticas ao neoconstitucionalismo. Como tal concepção do direito possui muito foco no Judiciário enquanto aquele poder realizador das promessas do constituinte originário, acaba por levar insurreições no sentido de que se revelaria como um sistema antidemocrático, ao passo em que os juízes, distintamente dos parlamentares, não são eleitos e, por isso, não detêm o batismo popular¹⁰¹. Fala-se aqui, portanto, em uma violação do princípio da separação dos poderes¹⁰², base do Estado Democrático de Direito e constitucionalmente previsto na CRFB/88 em seu art. 2º¹⁰³.

Tal apontamento também é feito por Alfonso García Figuerola, ao discorrer sobre a consagração dos direitos e garantias fundamentais sob a forma de princípios. É que se enfrenta, neste contexto, uma dicotomia: ao passo em que há a necessidade de assegurar a proteção e efetividade de tais direitos em virtude de sua relevância, em contrapartida há “o risco de desvalorização dos direitos fundamentais e o risco de desequilibrar a configuração institucional dos poderes no Estado constitucional”¹⁰⁴.

¹⁰¹ Há também outra crítica, que é o fato de que, conforme ressalta Daniel Sarmiento, os juízes “[...] pertencerem à elite, [e] tenderiam a atuar em favor do status quo, bloqueando movimentos por mudança surgidos na arena social, muitas vezes por meio da invocação retórica de direitos individuais.” SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 167.

¹⁰² “Montesquieu apura o conceito de liberdade política, estremando-o da acepção de mera faculdade de se fazer o que se quer. Montesquieu define a liberdade como o poder de fazer tudo o que se deve querer, tudo o que as leis permitem e em não ser constringido a fazer o que não se deve desejar fazer. Essa liberdade necessita ser assegurada por uma Constituição que previna o abuso do poder, já que ‘todo homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites’. E o meio apto para a sociedade se precatar contra o desmando seria a correta ‘disposição das coisas’, propícia a que ‘o poder freie o poder’. Daí a separação entre os Poderes, para que um contenha o outro. Esses Poderes são identificados como Legislativo, Executivo das coisas que dependem do direito das gentes e Executivo das que dependem do direito civil. Sobre os dois “Executivos”, Montesquieu diz: ‘chamaremos este último o poder de julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado’”. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. Saraiva: São Paulo, 2017, p. 57. [e-book]

¹⁰³ “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” BRASIL. op. cit., nota 89.

¹⁰⁴ FIGUEROA, op. cit., 2007, p.12.

No que tange à especial problemática de haver um desequilíbrio quanto à separação dos poderes, tem-se que o ponto de tensão se relaciona ao fato de existirem aqueles que entendem o necessário papel do magistrado para integrar a norma, em razão de o princípio constitucional em si dizer demasiado pouco, enquanto de outro lado se encontram aqueles que entendem que o direito fundamental – por já possuírem o desenho de princípios – ostentam em sua própria redação o suficiente para sua aplicação. É nesse sentido que leciona o mencionado autor:

O risco de desequilibrar a configuração institucional dos poderes no Estado constitucional. Em relação às tensões que a configuração principal dos direitos fundamentais introduz no desenho institucional do Estado, as críticas infligidas à teoria dos princípios desde diversos flancos polarizam-se, segundo Alexy (2002, §I), entre os que afirmam que os direitos fundamentais configurados como princípios dizem ‘demasiado pouco’ e os que opinam que dizem “demasiado”. Entre os primeiros se encontra o filósofo Jürgen Habermans (1998, cap. VI), que sustentou que, na medida em que se expressem através de princípios, os direitos fundamentais dizem demasiado pouco. Como consequência, os juízes (ordinários e constitucionais) obteriam um incremento irrazoável de poder. De outro lado, encontram-se críticos como o jurista Böckenförde, que sustentam que os direitos fundamentais dizem demasiado, pois, na medida em que se expressem através de princípios, os direitos fundamentais seriam capazes de regulá-lo todo, anulando de algum modo a mediação do Legislativo. Imagens como a da Constituição como “ovo originário” (Forsthoft 1975, 242, segundo Alexy 2002, 16), ou como o chamado “efeito de irradiação” (Alexy 1993, 507 ss.) ou de “impregnação” (Guastini 2003, 49) dos direitos fundamentais sobre o resto do ordenamento, expressam esta vocação onirreguladora dos direitos fundamentais, a que se acrescenta a “sobreinterpretação” (Guastini 2003, 53) de que podem ser objeto (no sentido de que podem ser invocados diante de qualquer controvérsia) e que pode conduzir em última instância ao estrangulamento do Legislador, que, vítima de uma tirania dos princípios, corre o risco de perder toda margem para exercer suas funções normativas.

A crítica repousa, como se vê, na concepção de que em um regime democrático as soluções para os grandes impasses e temas importantes deveriam advir do povo ou, minimamente, de seus representantes. É bem verdade, por outro lado, que a maior parte dos teóricos contemporâneos reconhece o papel antimajoritário ou também chamado de contramajoritário que incumbe ao Judiciário, isto é, a função que desempenha em manter as “regras do jogo” de modo que as minorias não sejam subjugadas pela maioria que possua maior representatividade parlamentar, fazendo com que seus direitos básicos sejam observados e protegendo-as da estigmatização.

Atuar dessa forma acima descrita, sem o método hermenêutico adequado¹⁰⁵, valendo-se dos princípios constitucionais e da máxima da ponderação poderá, invariavelmente, levar o

¹⁰⁵ Adverte o professor Luiz Guilherme Marinoni que como nenhuma lei pode contrariar o sentido da constituição, evidentemente que nenhuma interpretação de juiz algum poderia assim fazê-lo. Logo, de modo a evitar-se uma interpretação da lei que e afigure inadequada, dever-se-ia buscar aquela interpretação que melhor se coadunasse ao texto constitucional. Aponta o autor: “Nenhuma lei pode contrariar os princípios constitucionais e os direitos

neoconstitucionalismo ao caminho do simples decisionismo judicial, o que culminaria em um governo de juízes¹⁰⁶.

Daí a advertência realizada por Lenio Streck, o qual assevera a importância de um controle hermenêutico das decisões judiciais; o qual se dará a partir do dever de motivação das decisões e o respeito ao próprio direito. É o que se vê do seguinte trecho de sua obra:

Importa referir, ademais, que a defesa de um efetivo controle hermenêutico das decisões judiciais, *a partir do dever fundamental de justificação e do respeito à autonomia do direito*, não quer dizer que, por vezes, não seja aconselhável e necessário uma atuação propositiva do Poder Judiciário (justiça constitucional), mormente se pensarmos nas promessas incumpridas da modernidade e no indispensável controle de constitucionalidade que deve ser feito até mesmo, no limite, nas políticas públicas que, positiva ou negativamente, desbordem da Constituição e da determinação da construção de um Estado Social.¹⁰⁷

O que se quer dizer, portanto, é que a defesa de posturas voltadas à efetivação dos direitos e de garantir materialmente a realização da constituição não pode se transmutar em decisionismos e atitudes pragmatistas, nas quais o Judiciário passa a assumir o papel do legislador, aumentando-se o protagonismo judicial. Isso, segundo Lenio Streck, que deve ser evitado, denomina-se “ativismo judicial”, pois, segundo o autor, embora a constituição preveja o amplo controle da constitucionalidade, havendo até mesmo a positivação de uma demanda constitucional específica para tal – o mandado de injunção (veja-se, além disso, as demandas cotidianas por remédios e tratamentos de saúde, problemas fundiários, etc.) –; “mas essa mesma constituição não é uma ‘carta em branco’ para o exercício de voluntarismos interpretativo¹⁰⁸.”

É nesse contexto que surgem fenômenos indissociáveis do neoconstitucionalismo nos quais o Estado de Coisas Inconstitucional, objeto deste trabalho, faz-se inserido. Assim, para o prosseguir adequado é imprescindível que se estabeleça a correta distinção entre aquilo que se compreende como ativismo judicial, a judicialização social e a judicialização da política.

fundamentais e, por isso mesmo, quando as normas ordinárias não podem ser interpretadas “de acordo”, têm a sua constitucionalidade controlada a partir deles. A lei deve ser compreendida e aplicada de acordo com a Constituição. Isso significa que o juiz, após encontrar mais de uma solução a partir dos critérios clássicos de interpretação da lei, deve obrigatoriamente escolher aquela que outorgue a maior efetividade à Constituição. Trata-se, desse modo, de uma forma de filtrar as interpretações possíveis da lei, deixando passar apenas a que melhor se ajuste às normas constitucionais.” MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no estado constitucional*. p. 66, 67. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/06/PROF-MARINONI-A-JURISDI%C3%87%C3%83O-NO-ESTADO-CONSTITUCIONAL1.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2019.

¹⁰⁶ SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 167.

¹⁰⁷ STRECK, 2013, op. cit., p. 82.

¹⁰⁸ Ibid., 2013, p. 82.

2.4. A concepção de jurisdição sob a égide do neoconstitucionalismo

As doutrinas, filosofias e fenômenos até aqui abordados demonstram que o pós-positivismo, o neoconstitucionalismo e a pós-modernidade são contemporâneos e indissociáveis, de modo que são pilares erigidos conjuntamente¹⁰⁹. Todos os ramos do direito foram afetados pelos movimentos acima descritos e, com especial destaque, merece ser mencionada a reconstrução do próprio conceito de jurisdição.

Como é cediço, diante da concepção clássica, lastreada no positivismo, de Giuseppe Chiovenda, o ato jurisdicional compreendido como a prestação da jurisdição pelo Estado se limitaria à substituição da vontade das partes, mediante a atividade racional do juiz, pela vontade concreta da lei¹¹⁰. Distintamente da teoria kelseniana, aqui já abordada, não haveria a criação de uma norma individual, mas tão somente a aplicação daquilo que o legislador já havia previsto anteriormente àquela hipótese. Embora já discorrido que tal visão do Direito em si se revele ultrapassada, Chiovenda contribuiu para a separação do direito processual em relação ao direito material, compreendendo o processo como espaço no qual se demonstra a autoridade do Estado¹¹¹.

Ainda nesta tratativa, tem-se como outro conceito consagrado de jurisdição aquele definido por Carnelutti, em que a jurisdição se consubstancia como “a função de justa composição da lide, entendida como o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um e pela resistência do outro interessado”¹¹². Posteriormente, todavia, superou-se a pretensão

¹⁰⁹ Aula ministrada por Humberto Dalla, proferida na pós-graduação em Direito Processual Civil da Emerj, no dia 04 de abril de 2013 [informação verbal]. “O neoconstitucionalismo é primo do pós-positivismo que, por sua vez, é também primo da pós-modernidade. São fenômenos que nascem juntos e vão influenciando as ciências sociais. A pós-modernidade influenciará a sociologia, o pós-positivismo a filosofia do direito e o neoconstitucionalismo vai influenciar o direito positivo; começando pelo direito constitucional e se alastrando pelos demais ramos do direito.”

¹¹⁰ “A jurisdição, mergulhada no sistema de Chiovenda, é vista como função voltada à atuação da vontade concreta da lei. Segundo Chiovenda, a jurisdição, no processo de conhecimento, “consiste na substituição definitiva e obrigatória da atividade intelectual não só das partes, mas de todos os cidadãos, pela atividade intelectual do juiz, ao afirmar existente ou não existente uma vontade concreta da lei em relação às partes”. MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, *op. cit.*, p. 22.

¹¹¹ “A mudança que se verificou em relação à natureza do processo, que de algo posto a serviço dos particulares passou a ser visto como meio pelo qual se exprime a autoridade do Estado, [...] Como está claro, a escola chiovendiana, apesar de ter contribuído para desenvolver a natureza publicista do processo, manteve-se fiel ao positivismo clássico”. *Ibid.*, p. 23.

¹¹² CARNELUTTI apud MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, *op. cit.*, p. 23.

resistida (lide) tida por Carnelutti como um elemento essencial¹¹³, de modo a compreendê-lo como elemento acidental da jurisdição¹¹⁴.

Com o advento do neoconstitucionalismo, do pós-positivismo, da pós-modernidade¹¹⁵ também conhecido como movimento neomoderno ou pós-moderno¹¹⁶ que trazem consigo a ideia de uma constituição com princípios não meramente programáticos, mas também normativa, devendo ser aplicados efetivamente no caso concreto fazem com que as definições clássicas de Carnelutti e Chiovenda se tornem incompatíveis com o atual momento vivenciado. A nova definição de jurisdição, portanto, adequada aos novos tempos, é primordialmente cunhada por Alexandre Câmara¹¹⁷:

Jurisdição é a função estatal de solucionar as causas que são submetidas ao Estado, através do processo, aplicando a solução juridicamente correta. Trata-se, como já dito, de uma função estatal, exercida diante de causas, isto é, de casos concretos. O Judiciário não julga teses, julga causas. E o ato jurisdicional que dá solução à causa precisa ser construído através do processo, entendido como procedimento em contraditório.

O juiz passa a se preocupar, então, com a aplicação e preservação das garantias constitucionais. O magistrado é, portanto, o agente garantidor e preservador dos princípios

¹¹³ “A lide, dentro do sistema carneluttiano, é característica essencial para a presença de jurisdição. Havendo lide, a atividade do juiz é jurisdicional, mas não há jurisdição quando não existe um conflito de interesses para ser resolvido ou uma lide para ser composta pelo juiz.” MARINONI, op. cit., p. 14.

¹¹⁴ “A jurisdição não é uma função estatal de composição de lides. Em primeiro lugar, porque nem sempre existe uma lide (assim entendido o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida) para compor. A lide não é elemento essencial à jurisdição, mas um elemento que lhe é meramente acidental. Em outras palavras, até pode haver uma lide subjacente ao processo, mas não é essencial que isto ocorra”. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 40. [e-book]

¹¹⁵ Em que pese o posicionamento de grande parte da doutrina, como o já mencionado autor Humberto Dalla (ver nota nº 103), no que tange à temática envolvendo a pós-modernidade como um fenômeno contemporâneo e mola propulsora do neoconstitucionalismo, certo é que isso não se configura como ponto pacífico. Nas lições de Eduardo Ribeiro Moreira “o fenômeno do neomodernismo nada tem em relação ao neoconstitucionalismo. Ao contrário, representa pensamentos antagônicos. A pós-modernidade, vislumbrada pelo movimento neomoderno ou pós-moderno, identifica-se com a perda de certezas e o aumento de relativismo dos saberes, vividos desde o final do século XX, produto de certo ceticismo filosófico que desaguou após a recepção do desconstrutivismo. O neoconstitucionalismo, ao contrário, quer desvendar problemas e trazer soluções, na busca por um sistema jurídico adequado às aspirações constitucionais, que apostam tanto na racionalidade prática como na procura de certezas”. MOREIRA, op. cit., 2008, p. 20.

¹¹⁶ As mesmas críticas feitas por Eduardo Ribeiro Moreira são compartilhadas por Guilherme Peña de Moraes, ao afirmar que: “No entanto, embora não possa tratar neste momento, com a devida profundidade, de um tema dessa complexidade, devo destacar que o movimento de ideias jurídicas capitaneado por Dworkin e Alexy não pode ser confundido com o chamado pós-modernismo, quer seja com aquela vertente de nítida inspiração francesa, marcada pela matriz nietzschiana, ou com aquela proveniente dos quadrantes referenciados à teoria sistêmico-funcionalista. Pode-se até considerar que a cultura ocidental atingiu um novo patamar de época, implicando a utilização de outra categoria histórica (o que não poderíamos tratar no âmbito deste prefácio), contudo, as características e teses defendidas pelos autores pós-modernos são divergentes dos pressupostos teóricos básicos do pós-positivismo. Para resumir em uma frase: os autores pós-modernos não acreditam na existência de uma racionalidade prática, ideia sem a qual o pós-positivismo não poderia propor uma nova forma de compreensão do fenômeno jurídico”. MORAIS apud ibid., p. 20 (nota de rodapé nº3).

¹¹⁷ CÂMARA, op. cit., 2017, p. 42.

constitucionais, o qual assegurará, dentro do processo, condições controladas de modo que tudo que porventura venha a ocorrer assim se dê conforme as garantias constitucionais.

Essa nova concepção da própria jurisdição deságua em uma série de consequências. Uma delas é, indiscutivelmente, o surgimento dos fenômenos do ativismo e da judicialização das relações sociais. Tais, como não poderia deixar de ser, igualmente possuem as mesmas raízes que o neoconstitucionalismo, que no Brasil remontam à época da redemocratização¹¹⁸. Por motivos didáticos é preferível analisar a judicialização dos conflitos sociais antes de se aprofundar no ativismo judicial e correlacioná-lo com o Estado de Coisas Inconstitucional, ao passo em que este se revela mais complexo.

2.5. A “judicialização da vida” como fenômeno decorrente do neoconstitucionalismo

Retomando-se a análise acerca da judicialização, tem-se que o período da redemocratização foi marcado pela reconquista do Judiciário como um poder autônomo, e não como replicador das normas criadas no período militar. Além disso, o estabelecimento da democracia incentivou o exercício da cidadania, um aumento da consciência coletiva do povo acerca de seus direitos e, por certo, o fortalecimento das instituições e, aqui, notadamente o Ministério Público e, inovadoramente, a Defensoria Pública¹¹⁹, que passou a ser prevista na

¹¹⁸ “A primeira grande causa da judicialização foi a *redemocratização* do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. No Supremo Tribunal Federal, uma geração de novos Ministros já não deve seu título de investidura ao regime militar. Por outro lado, o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais”. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Revista [Syn]Thesis*, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p. 31. Disponível em: <http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 30 jun. 2019.

¹¹⁹ A constituição do Brasil de 1824 não trazia qualquer referência à assistência jurídica gratuita, de modo que a mera concepção de uma instituição como a Defensoria Pública era impensável à época. De igual modo foram silentes as constituições de 1891 e 1937. A primeira constituição a abordar o tema quanto à proteção dos hipossuficientes foi a de 1934, que em seu artigo 113, inciso 32, dispunha que “Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 32) A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos.” (BRASIL, *Constituição de 1934*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 30 jun. 2019.) É em 1946, superando-se a constituição outorgada do “Estado Novo de 1937”, que se percebe uma retomada à proteção dos indivíduos em situação de desvantagem econômica, conforme artigo 141, §35 daquela constituição: “Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes [...] § 35 - O Poder Público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados”. (BRASIL, *Constituição de 1946*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em: 30 jun. 2019.). Na década de 50 há a edição da Lei nº 1.060/50 que implantou no ordenamento jurídico um sistema de assistência judicial gratuita, garantindo a isenção das custas, honorários advocatícios e taxas processuais para

constituição cidadã de 1988. Conforme Luís Roberto Barroso, “a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira”¹²⁰.

Prossegue Luís Roberto Barroso, em sua abordagem sobre o tema, explicitando como um segundo fator do fenômeno da judicialização o fato de ser a constituição do Brasil “analista e ambiciosa”¹²¹, que, conforme já abordado anteriormente, consagra uma série de direitos em seu texto e explicita comandos ao legislador infraconstitucional mediante as normas constitucionais programáticas. A força normativa da constituição, conforme prega o neoconstitucionalismo, aliada ao caráter prolixo da constituição cidadã de 1988 e à inafastabilidade da apreciação pelo Judiciário¹²² das demandas que lhe são voltadas (art. 5º. XXXV, da CRFB/88¹²³) permite a provocação pelos cidadãos, pela via jurisdicional, para reclamarem por seus direitos que, muitas das vezes, possuem matriz constitucional. Como último elemento, destaca Luís Roberto Barroso o sistema de controle de constitucionalidade

os hipossuficientes Posteriormente, com o advento do Regime Militar e as constituições de 1967 e 1969 se manteve a previsão da assistência judiciária aos necessitados, porém, ao fazê-lo, suprimiu o texto das constituições anteriores em que se imputava ao Estado o dever de conceder a assistência judiciária aos hipossuficientes, conforme se vê: “Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 32. Será concedida assistência jurídica aos necessitados, na forma da lei.” (BRASIL, *Constituição de 1967 redação dada pela emenda constitucional de 1969*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 30 jun. 2019.). É, portanto, apenas em 1988 com a constituição cidadã que a Defensoria Pública foi instituída de fato e alçada como função essencial à Justiça, nos termos do art. 134: “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.” (BRASIL, op. cit. nota 88). Ademais disso, convém salientar que a Lei Complementar nº 80 de 1994, a qual organiza as Defensorias do país, instituiu em seu artigo 3º-A como objetivo da Defensoria Pública a defesa dos interesses individuais e coletivos de certos grupos, fazendo-se ao final referência àqueles que se encontrem em situação de vulnerabilidade, de modo que atualmente a atuação da defensoria não se limita apenas aos hipossuficientes economicamente, mas também na defesa dos direitos de grupos sociais vulneráveis, como os idosos, as mulheres vítimas de violência doméstica, as crianças e os consumidores: “Art. 3º-A. São objetivos da Defensoria Pública: [...] XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado;” (BRASIL. *Lei complementar nº 80 de 12 de janeiro de 1994*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm>. Acesso em: 30 jun. 2019.

¹²⁰ BARROSO, op. cit., 2012, p. 3.

¹²¹ Ibid., p. 4.

¹²² Nesse aspecto, Luís Roberto Barroso, Ministro do Supremo Tribunal Federal, afirma que a Corte Constitucional não teve escolha a não ser se pronunciar sobre as questões que lhes foram postas, pois, justamente, a apreciação jurisdicional é inafastável quando preenchidos os requisitos legais e constitucionais para tanto. Confira-se: “É importante assinalar que em todas as decisões referidas acima, o Supremo Tribunal Federal foi provocado a se manifestar e o fez nos limites dos pedidos formulados. O Tribunal não tinha a alternativa de conhecer ou não das ações, de se pronunciar ou não sobre o seu mérito, uma vez preenchidos os requisitos de cabimento”. Ibid., p. 5.

¹²³ “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”. BRASIL, op. cit. nota 88.

brasileiro, o qual, como é cediço, revela-se como tipo híbrido, conjugando os modelos austríaco e estadunidense¹²⁴.

Conclui Barroso, nesse aspecto, que o fenômeno da judicialização dos conflitos no Brasil como uma situação de fato, que decorre do próprio desenho constitucional adotado, pelos motivos explicitados acima. Nesse sentido, não haveria “conduta” a ser imputada ao Judiciário, o qual intervém nas lides que lhe são postas por obrigatoriedade da própria constituição, e não por sua própria iniciativa – até mesmo por ser tal poder, em essência, inerte¹²⁵.

Essa concepção, contudo, não é unânime. Há aqueles, como Ingeborg Maus, que sustentam que a judicialização decorreria de uma necessidade do inconsciente coletivo. Defende a autora, em seu texto “Judiciário como Superego da Sociedade”, que o fenômeno da judicialização decorreria do fato de que o Judiciário, para além da ampliação de suas funções (alargamento do seu potencial interpretativo, crescente disposição para o litígio e, sobretudo, o controle exercido sobre a produção legislativa), seria dotado ainda de um ideal social no qual haveria “uma representação da Justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa”¹²⁶.

Traz a autora alemã dados estatísticos que apontam o Judiciário como uma das instituições da Alemanha com maior credibilidade perante a população. Especificamente o Tribunal Constitucional alemão contaria, à época, com 62% de aprovação da população, enquanto que em contraste a universidade teria apenas 2% desta confiança dos alemães¹²⁷.

A interessante visão proposta por Ingeborg Maus decorreria de uma subversão dos ideais liberais, os quais pregariam que apenas o homem poderia limitar o próprio homem.

¹²⁴ “Desenvolvido a partir de diferentes concepções filosóficas e de experiências históricas diversas, o controle judicial de constitucionalidade continua a ser dividido, para fins didáticos, em modelo difuso e modelo concentrado, ou, às vezes, entre sistema americano e sistema austríaco ou europeu de controle.[...] Talvez os exemplos mais eminentes desse modelo misto sejam o modelo português, no qual convivem uma Corte Constitucional e os órgãos judiciais ordinários com competência para aferir a legitimidade da lei em face da Constituição, e o modelo brasileiro, em que se conjugam o tradicional modelo difuso de constitucionalidade, adotado desde a República, com as ações diretas de inconstitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e representação interventiva), da competência do Supremo Tribunal Federal.” MENDES; BRANCO, op. cit., 2017, p. 939, 941.

¹²⁵ “Por inércia da jurisdição entende-se a exigência, estabelecida pelo ordenamento jurídico, de que o Estado só exerça função jurisdicional mediante provocação (art. 2o). Ressalvados os casos expressamente previstos, em que se admite a instauração do processo de ofício pelo juiz (como no exemplo do processo de restauração de autos, nos termos do art. 712), o processo jurisdicional só se instaura quando protocolada uma petição inicial (art. 312)”. CÂMARA, op. cit., p. 40.

¹²⁶ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos CEBRAP* N.º 58, novembro 2000 p. 183-202.

¹²⁷ “Esse ganho de confiança é comprovado por pesquisas de opinião pública: entre as instituições políticas e sociais da República Federal da Alemanha, o Tribunal Constitucional conta com o exorbitante percentual de 62% de aprovação da população. A título comparativo, a universidade atingiu apenas 2% e mesmo a televisão alcançou somente 34%” (Cf. Von Boyle, Klaus. “Institutionstheorie in der neuen Politikwissenschaft”. In: Göhler, Gerhard (org.). *Grundfragen der Theorie politischer Institutionen*. Opladen, 1987, p. 55.). *Ibid.*, p. 183-202

Capitaneando esta linha ideológica se tinha Emmanuel Sieyès, “o pensador constituinte da Revolução Francesa, elaborou de forma radical a proposta do ‘domínio da lei’ em lugar da decadente idolatria absolutista”; defendia-se, então, que somente o povo (diretamente) ou por intermédio de seus representantes (indiretamente) poderia impor obrigações ou restringir direitos – trata-se, por certo, da máxima de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo a não ser por força de lei (art. 5º, II, da CRFB/88¹²⁸).

As restrições individuais impostas estariam legitimadas em decorrência do fato de que decorreriam do próprio povo tal sorte de limitações. Dessa forma, inverter-se-ia a lógica do absolutismo, em que o Estado “paternal” detinha a prerrogativa de ditar os direitos dos “súditos”, encarados por Ingeborg Maus como filhos:

A "proteção paternal do poder do Estado" de que fala Sieyès não mais detém prioridade, de modo que os direitos e liberdades dos "súditos" pudessem simplesmente ser ditados por ele; antes, este poder do Estado será originalmente derivado dos direitos de liberdade dos cidadãos e por eles limitado. A relação entre poder do Estado e cidadãos elabora-se assim como extremo oposto da forma tradicional da família dominada pela figura paterna.¹²⁹

Haveria, então, na lógica liberal, própria da Revolução Francesa, uma “concepção democrática de Estado [que] inverte as relações ‘naturais’: nela os filhos aparecem em primeiro plano, sendo-lhes derivado o pai”¹³⁰. Afinal, compreende-se até hoje que quanto ao indivíduo tudo lhe é lícito contanto que não seja proibido; em contrapartida, em relação ao Estado a lógica é inversa, uma vez que só lhe é lícito aquilo que for legalmente permitido.

O ideal do modelo liberal com um protagonismo por parte do Legislativo não perdurou, contudo. O Judiciário, por sua vez, ganhou ainda mais relevo ao longo dos séculos; a judicialização da vida se revela como uma consequência dessa hipertrofia, sendo que, conforme sustentado por Ingeborg Maus, consubstancia-se tal fenômeno como uma concepção infantil. Veja-se, ao se tornar determinado conflito uma questão jurisdicional, delega-se a um terceiro-estranho a função de dirimir uma peleja que as próprias partes não conseguiram pôr um fim de forma satisfatória. A problemática consiste, por certo, no fato de que não necessariamente a solução encontrada por este terceiro venha a ser satisfatória (para qualquer

¹²⁸ “II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”. BRASIL, op. cit., nota 88.

¹²⁹ MAUS, op. cit., p. 183-202.

¹³⁰ Ibid., p. 183-202.

das partes, mesmo para a vencedora) e porque delega um poder em demasia para outrem, afinal, decisão judicial torna-se imutável – característica da definitividade da jurisdição¹³¹.

Encerra assim, Ingeborg Maus, sua crítica acerca da temática¹³²:

A expectativa de que a Justiça possa funcionar como instância moral não se manifesta somente em pressuposições de cláusulas legais, mas também na permanência de uma certa confiança popular. Mesmo quem procura evitar ao máximo a precipitada interferência paterna nos conflitos que ocorrem nos aposentos infantis, seguindo critérios antiautoritários de educação, favorece com maior obviedade aquela mesma estrutura autoritária quando se trata da condução de conflitos sociais. A Justiça aparece então como uma instituição que, sob a perspectiva de um terceiro neutro, auxilia as partes envolvidas em conflitos de interesses e situações concretas, por meio de uma decisão objetiva, imparcial e, portanto, justa. O infantilismo da crença na Justiça aparece de forma mais clara quando se espera da parte do Tribunal Federal Constitucional alemão (TFC) uma retificação da própria postura em face das questões que envolvem a cidadania. As exigências de justiça social e proteção ambiental aparecem com pouca frequência nos próprios comportamentos eleitorais e muito menos em processos não institucionalizados de formação de consenso, sendo projetada a esperança de distribuição desses bens nas decisões da mais alta corte.

Nesse contexto, embora as características pontuadas acerca do fenômeno brasileiro no que se refere à judicialização serem contundentes e procedentes, tem-se que as ponderações trazidas sob o aspecto sociológico da questão se revelam ajustadas à realidade. Daquilo que se depreende da própria formação do federalismo do Brasil¹³³ e, por conseguinte, da delegação ao

¹³¹ “As decisões jurisdicionais que julgam os conflitos, e assim colocam fim aos processos, são revestidas do atributo da definitividade ou são dotadas das características da indiscutibilidade e da imutabilidade. [...] Portanto, o que se evidenciou é que a solução dos conflitos depende da força do Estado, isto é, da jurisdição, em relação à qual os litigantes estão submetidos. O processo não mais é um mero contrato ou um meio através do qual as partes, a partir da autonomia privada, exercem os seus direitos. O processo é colocado pelo Estado à disposição das partes, mas bem sabem elas que estão submetidas ao poder jurisdicional, dele não podendo escapar (imperatividade e definitividade da jurisdição).” MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, op. cit., p. 107, 335.

¹³² MAUS, op. cit., p. 183-202.

¹³³ Cada país teve uma história em sua formação, motivo pelo qual a doutrina constitucional costuma distinguir aqueles formados a partir da “união de forças” e daqueles formados a partir da “diluição de um poder central”. Também se emprega tal distinção no que tange à repartição de competências, isto é, se determinado Estado concentra as competências com um ente ou na figura de um poder em detrimento dos demais, ou se essa divisão é pulverizada. No caso brasileiro, de acordo com Gilmar Ferreira Mendes, a divisão de competência no Brasil seria equilibrada, pois afirma: “A concentração de competências no ente central aponta para um modelo centralizador (também chamado centrípeto); uma opção pela distribuição mais ampla de poderes em favor dos Estados-membros configura um modelo descentralizador (ou centrífugo). Havendo uma dosagem contrabalançada de competências, fala-se em federalismo de equilíbrio. [...] A Constituição brasileira, ao dispor sobre repartição de receitas oriundas de impostos federais, favorece não somente os Estados, como, igualmente, aquinhoa os Municípios (art. 159 da CF).” (GILMAR, op. cit., 2017, p. 730). Já no que se refere à formação do federalismo brasileiro, discorre Marcelo Novelino como o federalismo brasileiro seria peculiar, pois apesar de haver compartilhamento de competências com os Estados-membros ainda assim a União reúne muitas competências. Em relação aos Estados Unidos da América, verifica-se como neste país o poder deriva dos Estados federados de modo a fortalecer a União, enquanto que a história brasileira – em decorrência do passado imperial – tem como sua força a União, que a dilui entre os estados. Dessa forma, embora Estados Unidos da América e Brasil adotem o sistema federalista de Estado, sua formação é antagônica; confira-se: “O *federalismo centralizador* (ou *centrípeto*) se caracteriza pelo fortalecimento do poder central decorrente da predominância de atribuições conferidas à União. A tendência de centralização verificável nas federações decorre da convivência entre o princípio unitário e o princípio federal (HORTA, 1999). O *federalismo descentralizador* (ou *centrífugo*) é resultante da reação à centralização excessiva do ente central com a finalidade de preservar o poder atribuído aos Estados-membros, conferindo-lhes maior autonomia financeira,

Judiciário para dirimir de forma massiva questões atinentes à vida em sociedade e à própria política, verifica-se que o fenômeno da judicialização também é influenciado pela inabilidade, estranheza e comodismo da população em resolver seus próprios conflitos, preferindo delegá-los a um terceiro.

2.6. O estado de coisas inconstitucional enquanto espécie de ativismo judicial

Conforme advertido, o fenômeno da judicialização dos conflitos e o ativismo judicial possuem certo grau de similitude, porém entre si não se confundem. Como bem assevera Luís Roberto Barroso¹³⁴, “a judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens”.

O ponto distintivo entre ambos os fenômenos reside, por certo, na causa que os provoca. É que, enquanto a judicialização “da vida” ou “da política”¹³⁵ decorre da provocação do Judiciário para se manifestar acerca de certas questões que, a rigor, deveriam ser resolvidas de outra forma (seja pelas próprias partes, seja por outros poderes) o ativismo se consubstancia como uma postura, a opção do Judiciário em adotar uma conduta proativa de expandir seu alcance.

Sem perder de vista o ponto central deste estudo, válido se faz repetir, neste ponto, que a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional se revela como uma hipótese de ativismo judicial. Dentre as possíveis classificações, que serão doravante abordadas, entende-se o Estado de Coisas Inconstitucional como um “ativismo forte”¹³⁶, eis que pressupõe a edição de pronunciamentos judiciais estruturantes cuja implementação pode levar anos e são acompanhadas de forma próxima pelo Judiciário.

administrativa, política e jurídica. [...] No que se refere ao perfil da federação brasileira, embora a Constituição de 1988 tenha atribuído maior grau de autonomia aos Estados-membros, muitos consideram persistir um federalismo afetado pela excessiva centralização espacial do poder em torno da União.” (NOVELINO, op. cit., 2015, p. 593.)

¹³⁴ BARROSO, op. cit., 2012, p. 6.

¹³⁵ De acordo com Rodrigo Brandão, entende-se tal fenômeno da seguinte forma: “Já a judicialização da política consiste no processo pelo qual as Cortes e os juízes passam a dominar progressivamente a produção de políticas públicas e de normas que antes vinham sendo decididas (ou, como é amplamente aceito, que devem ser decididas) por outros departamentos estatais, especialmente o Legislativo e o Executivo,71 resultando na submissão de um sem-número de questões políticas ao Judiciário sob a forma de ações judiciais.”(BRANDÃO, op. cit., 2012, p. 17.)

¹³⁶ Não se deve confundir “ativismo forte” e “ativismo fraco” com a divisão também existente em relação ao constitucionalismo, o qual também possui classificação doutrinária por “fraco” e “forte”. Veja-se, “constitucionalismo fraco é a ideologia que requer uma Constituição somente para limitar o poder existente, sem prever uma específica defesa dos direitos fundamentais. O constitucionalismo forte (ou liberal) é a ideologia que requer uma Constituição para garantir os direitos e as liberdades fundamentais frente ao poder estatal”. COMANDUCCI apud MOREIRA, op. cit., 2008, p. 56.

É nesse sentido que aponta o César Rodríguez Garavito¹³⁷:

Um forte acompanhamento pode assumir diferentes formas, como a nomeação de comissários que supervisionam a implementação de julgamentos estruturais em detalhes ao longo dos anos e tribunal (como no caso histórico mencionado sobre o direito à alimentação na Índia), ou a criação de uma sala de monitoramento especial pelo tribunal responsável pela fiscalização do cumprimento (como no caso de T-025). (tradução livre).

As primeiras decisões de caráter ativista remontam ao início do século XX. Destaca-se, nesse sentido, o período no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos da América ficou marcada como “Era Lochner” (1905), em que os ministros da corte constitucional fulminaram leis garantidoras de direitos sociais¹³⁸. Outro notável episódio, datado de 1929¹³⁹, foi aquele compreendido como o “*Court Packing Plan*”, medida legislativa proposta pelo presidente Franklin Roosevelt voltada à mudança da composição da Corte – para cada juiz do Tribunal que completasse 70 anos e não se aposentasse, ele poderia indicar outro – que funcionou como mecanismo de pressão destinado à contenção dos pronunciamentos da Corte constitucional que nos últimos dois anos anteriores (1935-1936) havia declarado a inconstitucionalidade de uma série de leis importantes para o projeto “*New Deal*”¹⁴⁰, .

¹³⁷ “*El seguimiento fuerte puede adoptar diferentes formas, como el nombramiento de comisionados que supervisen en detalle la implementación de las sentencias estructurales a lo largo de los años e informen al tribunal (como en el caso histórico mencionado sobre el derecho a la alimentación en la India), o la creación de una sala especial de seguimiento por el tribunal responsable de supervisar el cumplimiento (como en el caso de la T-025).*” GARAVITO; FRANCO, op. cit., p. 28, 29.

¹³⁸ Com o fim da Guerra de Secessão prevaleceu a lógica capitaneada pelos estados americanos que viam na industrialização o correto caminho para a nação. Com isso, espalharam-se pelo país grandes e pequenas indústrias, porém, ainda assim, com as mazelas próprias do abuso da força de trabalho do processo de industrialização. Com isso, houve o fortalecimento dos movimentos sindicais, que, inclusive, conseguiram aprovar leis voltadas às melhorias de condição de trabalho. O Estado de Nova York aprovou lei limitando a jornada dos padeiros em dez horas por dia e sessenta por semana, justamente com o fito de proteção à saúde dos empregados. O emblemático caso *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905) inaugura então o período destes litígios, em que a Suprema Corte, aderindo a um liberalismo econômico ortodoxo, fulminou leis garantidoras de direitos sociais. WEDY, Gabriel, FREITAS, Juarez. *Dissenso no caso Lochner v. New York deixou um legado nos EUA*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-03/dissenso-lochner-new-york-deixou-legado-eua2>>. Acesso em 02 jun. 2019.

¹³⁹ Os Estados Unidos da América já ocupavam, antes da metade do século XX, o posto de maior economia do mundo. Tal crescimento econômico adveio do pós guerra e ficou conhecido como “Loucos Anos Vinte”, que, porém, em decorrência de uma série de fatores – destacam-se, nesse sentido, a especulação financeira, a concessão de crédito indiscriminada, o aumento da produção sem que houvesse concomitantemente um aumento dos salários, a estagnação de mercadorias – e principalmente em virtude do fato de várias pessoas terem vendido ao mesmo tempo suas ações na Bolsa de Valores sem que existissem compradores aptos à adquiri-las levou ao colapso do sistema. A Crise de 1929 ou Grande Depressão foi, então, uma forte recessão econômica do capitalismo como era até então concebido, o que levou ao presidente Franklin Roosevelt a editar o “*new deal*” – projeto destinado a intervenção do Estado na economia almejando sua revitalização. HISTORY. *Roosevelt announces “court-packing” plan*. Disponível em: <<https://www.history.com/this-day-in-history/roosevelt-announces-court-packing-plan>>. Acesso em: 02 jun. 2019.

¹⁴⁰ Franklin Roosevelt, diante das intervenções da Corte em seu projeto de recuperação econômica, realizou a seguinte declaração: “Desde que surgiu o movimento moderno de progresso social e econômico através da legislação, a Corte tem, cada vez com maior frequência e ousadia, se valido do seu poder de vetar leis aprovadas

Aqueles que se dedicam ao estudo do tema não divergem quanto à essência daquilo que se entende por ativismo judicial; de modo que as definições de tal fenômeno são similares. Em síntese, consubstancia-se o ativismo como uma atuação expansiva pelo Judiciário na busca da concretização de direitos previstos na constituição.

Válido se faz trazer algumas das definições elaboradas pelos renomados autores que se debruçam acerca do tema, de modo a atestar a similitude entre estas. Ativismo de acordo com Clèmerson Merlin Clève e Bruno Meneses Lorenzetto, trata-se de algo próprio da contemporaneidade, sendo um aspecto da judicialização da política. Sustentam os autores que o ativismo restaria caracterizado sempre que o papel do Judiciário se der de maneira forte, ocupando espaços que, a rigor, competiriam aos demais poderes e se desenvolvendo com maior frequência há hipótese de omissão, isto é, na não ocupação dos espaços de poder pelo Legislativo e Executivo. Transcreve-se, abaixo, o trecho da obra mencionada¹⁴¹:

O fenômeno contemporâneo conhecido como judicialização da política autorizou a ressurgência de uma discussão sobre a postura que o Supremo Tribunal Federal, no exercício da jurisdição constitucional, deve adotar no seu processo decisório. [...] Ora, o ativismo judicial se caracteriza por uma atuação jurisdicional forte, invasiva de domínios decisórios em geral pertencentes a outras esferas de poder, manifestando-se mais facilmente nos casos de omissão e de vazios de poder, mas não apenas neles.

Aduz Luís Roberto Barroso, por sua vez, que o ativismo judicial seria uma opção. O Judiciário, portanto, poderia autoconter-se ou atuar de forma proativa, tendo as Cortes brasileiras se filiado à esta opção em detrimento àquela. Tal proatividade se revela, especialmente, numa interpretação expansiva do sentido contido nas normas da Constituição Federal.

O mencionado autor também pontua que em grande parte tal atuar do Judiciário se deu (e ainda se dá) em situações nas quais o Legislativo optou por quedar-se inerte ou tímido diante de casos que exigiriam uma resposta do Estado. Entretanto, pontua Barroso que não apenas por uma inércia do Legislativo, mas também por uma carência de identidade da população em geral com os representantes eleitos há o preenchimento deste espaço pelo Judiciário, ao passo em que, embora não gozem os magistrados do batismo popular, são dotados de função cuja técnica

pelo Congresso ou pelos legislativos estaduais... Nos últimos quatro anos, a boa regra de conceder-se às leis o benefício da dúvida razoável vem sendo posta de lado [...] A Corte, para além do uso apropriado das suas funções judiciais, tem se colocado impropriamente como uma terceira casa do Congresso – um superlegislativo [...] . Nós chegamos a um ponto em que a Nação deve tomar uma atitude para salvar a Constituição da Corte, e para salvar a Corte de sim mesma". MURPHY, FLEMING; BARBER apud SOUZA NETO, Cláudio Pereira De; SARMENTO, Daniel. *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 81.

¹⁴¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. *Governo democrático e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 15, 16.

e qualificação são de alto nível, o que insere na sociedade confiabilidade das decisões que são tomadas. Confira-se, abaixo, destaque da obra do professor Luís Roberto Barroso na qual os aspectos salientados acima ficam evidentes¹⁴²:

Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

O autor Rodrigo Brandão coaduna com Luís Roberto Barroso. É que este, tal qual aquele, também enxerga no ativismo judicial uma escolha e, especialmente, uma escolha quanto à maneira que se interpretará a Constituição Federal. Essa interpretação ativista permitiria uma participação com maior amplitude e intensidade do Judiciário em relação aos valores constitucionais, muito embora implique maior interferência no espaço delegado aos demais Poderes. São as precisas lições do professor¹⁴³:

O ativismo judicial, por sua vez, é a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, que permite uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.

A doutrina diverge, contudo, quanto aos aspectos caracterizadores do ativismo judicial e, por certo, da classificação quanto aos “tipos” de ativismo eventualmente existentes. Nesse sentido, válido destacar novamente as lições de Luís Roberto Barroso que entende a presença do ativismo sempre que houver a incidência das normas constitucionais de forma direta, ainda que sem a existência de lei infraconstitucional que permita tal aplicação; bem como o exercício do controle de constitucionalidade de maneira mais flexível, ou seja, sem a necessidade de afronta direta à Constituição e, por fim, pela determinação de obrigações (positivas e negativas) ao Executivo, especialmente no âmbito do desempenho das atividades inerentes às políticas públicas.

Segue, abaixo, trecho destacado da obra do professor Barroso em que essa caracterização do fenômeno se dá de forma límpida¹⁴⁴:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da

¹⁴² BARROSO, op. cit., 2012, p. 6.

¹⁴³ BRANDÃO, op. cit., p. 17.

¹⁴⁴ BARROSO, op. cit., 2012, p. 6.

Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Como explicitado, não se trata de unanimidade na doutrina tal categorização. Desse modo, autores como Carlos Ari Sundfeld e André Rosilho adotam outros critérios para a identificação de uma decisão que se possa chamar de ativista. Na visão dos autores, situa-se o ativismo na apropriação do discurso constitucional por grupos que sustentam determinada posição, ainda que não necessariamente sejam grupos pertencentes à área jurídica. Nesse sentido, verifica-se o quão diferente é a acepção de ativismo judicial, visto que no pensamento de Sundfeld e Rosilho já decorre do próprio discurso que emprega as normas constitucionais como solucionadoras dos conflitos, em que pese a existência de legislação infraconstitucional ou do fato de o mencionado discurso não partir do Judiciário. É o que se vê do seguinte trecho da obra citada¹⁴⁵:

O móvel do ativismo constitucional parece estar na crescente apreensão do discurso da Constituição - discurso dos direitos constitucionais - pela sociedade em geral, e não apenas pela comunidade jurídica. Nesta perspectiva, o ativismo constitucional se caracterizaria pelo aumento do uso do discurso da Constituição para a obtenção de resultados práticos, concretos, pelos mais variados grupos sociais. Reflexo direto deste movimento é o aumento da importância dos Tribunais - com destaque para o STF - não como definidores do ativismo constitucional, mas como um dos elementos que o compõem.

Como se vê, os autores mencionados trazem como principal característica definidora do ativismo judicial o emprego do discurso constitucional com o fito de obter resultados práticos. Distintamente daquilo que sustenta Luís Roberto Barroso, o qual enxerga no ativismo a aplicação direta da norma da Constituição – independentemente de autorização legal para tanto – e não a apropriação de um determinado discurso com um fim específico.

Por outro lado, Rodrigo Brandão entende, acertadamente, que não se deve estabelecer como critério definidor do ativismo o mero emprego por parte dos juízes de normas e métodos fluídos com *animus* criativo que lhes permita obter a solução para o caso concreto e que produza resultados que otimizem, ao ver destes magistrados, as normas constitucionais. Isso porque o ativismo judicial não se refere apenas à adoção de uma postura progressista do Judiciário na tutela de direitos fundamentais, podendo, inversamente, assumir um viés conservador, como

¹⁴⁵ SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. *Direito da regulação e políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 45.

revelam as já citadas decisões proferidas pela Suprema Corte dos Estados Unidos nos casos *Dred Scott v. Sanford*¹⁴⁶ e *Lochner v. New York*¹⁴⁷.

Segundo Rodrigo Brandão, o que se deve ter em mente para fins de caracterização do ativismo é o preenchimento de certos requisitos. Dentre esses, ao afastamento da norma (fruto da interpretação) do enunciado (texto constitucional); a possibilidade de criação de uma norma infraconstitucional quando se der a declaração de inconstitucionalidade por omissão; a invalidação legal de certa norma de cunho administrativo ou legislativo; a pouca observância ou respeito aos próprios precedentes construídos e a imposição de obrigações de fazer ou não fazer ao Executivo. Outros ainda são os elementos destacados pelo mencionado autor¹⁴⁸:

Adaptando-se a classificação de William Marshall às especificidades da jurisprudência constitucional brasileira, podem ser identificadas as seguintes hipóteses de ativismo: (i) afastamento significativo do sentido literal do dispositivo interpretado; (ii) criação de norma infraconstitucional na hipótese de inconstitucionalidade por omissão; (iii) invalidação de norma legal ou administrativa; (iv) criação ou alteração de norma constitucional; (v) imposição de medidas concretas aos Poderes Legislativo e/ou Executivo; (vi) pouca deferência a precedentes.

Conforme se percebe, há uma ausência de consenso entre aqueles que abordam o tema no que tange à uma definição precisa do que seria ativismo judicial. Sabe-se de sua existência, uma vez que não há como negá-lo; revelando-se como um desdobramento da conjugação de constituições modernas que possuem força normativa quando conjugadas com uma Corte Constitucional detentora da supremacia judicial, com competência para definir a validade das normas infraconstitucionais e a interpretação última da própria Constituição. É, inegavelmente, o que se passa no Brasil.

Entretanto, como se pode perceber, há intenso debate doutrinário acerca da correta delimitação do que seria o ativismo em si, de modo que existem vertentes doutrinárias que lhe conferem maior ou menor abrangência. Dessa forma, adotar-se-á para fins de prosseguimento desta obra aquilo sobre o qual há consenso em relação às várias conceituações trazidas: **(i)** ativismo judicial é um avanço do Judiciário em áreas até então reservadas aos outros Poderes –

¹⁴⁶ Decisão de *Dred Scott*, formalmente *Dred Scott vs. John FA Sandford*, foi um processo judicial no qual a Suprema Corte dos EUA em 6 de março de 1857 decidiu por maioria (7–2) que um escravo (*Dred Scott*) que residia em um estado e território livre (onde a escravidão era proibida) não tinha direito à sua liberdade; que “os afro-americanos não eram e nunca poderiam ser cidadãos dos Estados Unidos; e que o Compromisso do Missouri (1820), que declarou livre todos os territórios a oeste do Missouri e a norte da latitude 36° 30’, era inconstitucional”. A decisão acrescentou combustível à controvérsia seccional e empurrou o país para mais perto da guerra civil. Entre os estudiosos constitucionais, *Scott v. Sandford* é amplamente considerada a pior decisão já proferida pela Suprema Corte. Foi citado, em particular, como o exemplo mais notável da história do tribunal, que impôs erroneamente uma solução judicial sobre um problema político. Disponível em: <<https://www.britannica.com/event/Dred-Scott-decision>>. Acesso em: 17 jun. 2019.

¹⁴⁷ Ver nota nº 135.

¹⁴⁸ BRANDÃO, op. cit., p. 37.

sendo certo que tal avanço pode decorrer de uma postura proativa do Judiciário, como da ocupação de um local onde havia vácuo de poder em virtude da inércia dos demais Poderes; **(ii)** ativismo judicial é aplicar diretamente as normas constitucionais a um determinado caso concreto, ainda que isto implique afastar a disposição de norma infraconstitucional que discipline o tema de forma distinta/específica; e **(iii)** ativismo judicial é a interferência do Judiciário nos outros Poderes e com especial enfoque naquilo que toca às políticas públicas.

2.7. O Estado de Coisas Inconstitucional e o ativismo judicial dialógico

Como demonstrado, existe uma espinha dorsal conceitual que permite definir do que se trataria o ativismo judicial e, evidentemente, diante desse norte se verifica que a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional se configura como um exemplo de postura ativista. Contudo, ressalta-se não haver apenas uma espécie de ativismo, pois, conforme foi advertido por Rodrigo Brandão¹⁴⁹, o ativismo judicial não necessariamente está ligado a um vanguardismo do Judiciário, podendo em certos casos se mostrar em dissonância daquilo que se entende por mais adequado à luz dos direitos humanos, a despeito de a experiência brasileira em casos mais recentes apontar no sentido contrário¹⁵⁰.

De acordo com César Rodríguez Garavito, o tipo de ativismo dependerá da acepção conferida pelos tribunais aos direitos econômicos, sociais e culturais (DESC)¹⁵¹, uma vez que

¹⁴⁹ Abordagem dos casos *Dred Scott v. Sanford* e *Lochner v. New York*; ver notas 145 e 146.

¹⁵⁰ O professor Luís Roberto Barroso aponta em sua obra que em razão de uma conjunção de fatores, dentre os quais, a constitucionalização do direito, o aumento da demanda por justiça e a ascensão institucional do Judiciário, tem-se que o Brasil passou pelo fenômeno da judicialização das questões políticas e sociais, as quais passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória final. Em razão disso, algumas das discussões mais sensíveis da sociedade brasileira foram dirimidas pelo Judiciário em período relativamente recente. Aponta Luís Roberto Barroso como sendo algumas dessas relevantes decisões: “(i) Políticas públicas: a constitucionalidade de aspectos centrais da Reforma da Previdência (contribuição dos inativos) e da Reforma do Judiciário (criação do Conselho Nacional de Justiça); (ii) Relações entre Poderes: determinação dos limites legítimos de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (como quebra de sigilos e decretação de prisão) e do papel do Ministério Público na investigação criminal; (iii) Direitos fundamentais: legitimidade da interrupção da gestação em certas hipóteses de inviabilidade fetal e das pesquisas científicas com células-tronco embrionárias; (iv) Questões do dia a dia das pessoas: legalidade da cobrança de assinaturas telefônicas, majoração do valor das passagens de transporte coletivo ou a fixação do valor máximo de reajuste de mensalidade de planos de saúde”. BARROSO, op. cit., 2010, p. 392 e 393.

¹⁵¹ “*Por otro lado, los tribunales pueden adoptar diferentes clases de remedios a la luz de las violaciones de los DESC. En la tipología de Tushnet, los criterios para distinguir entre remedios fuertes y débiles son la amplitud de las órdenes judiciales y el grado en que estas son obligatorias y perentorias. Mientras que los remedios fuertes implican órdenes precisas, orientadas hacia los resultados, los débiles tienden a dejar la implementación por completo en manos de los organismos públicos. Los remedios moderados, a su vez, describen procedimientos y fines amplios, y también criterios y plazos para valorar los progresos, pero dejan las decisiones sobre los medios y las políticas al gobierno.*” Tradução livre: Por outro lado, os tribunais podem adotar diferentes classes de remédios a luz das violações aos DESC. Na tipologia de Tushnet, os critérios para distinguir os remédios fortes e fracos são a amplitude das ordens judiciais e a gradação em que são obrigatórias e peremptórias. Enquanto remédios fortes envolvem ordens precisas e orientadas para resultados, os fracos tendem a deixar a implementação completamente nas mãos de órgãos públicos. Os remédios moderados, a seu turno, descrevem procedimentos e

a depender sob qual prisma tais direitos são encarados haverá um posicionamento distinto das cortes e, por conseguinte, uma forma de ativismo peculiar. A partir dessa definição existirão tribunais moderadamente ativistas e tribunais muito ativistas, conforme aponta César Rodríguez Garavito¹⁵²:

Usaremos este marco de três elementos para analisar o funcionamento e os efeitos de diferentes graus de ativismo judicial, em uma variedade de casos que vão dos tribunais moderadamente ativistas, que cominam direitos moderados e medidas judiciais e acompanhamento fraco ou moderados, a tribunais muito ativistas, que aplicam direitos e medidas judiciais e acompanhamento forte. Usamos também a tipologia de caráter qualitativo de formas diferentes de decisões ativistas, que vão desde decisões monocráticas, impostas pelos tribunais, mesmo decisões dialógicas que abrem processos participativos de acompanhamento. (tradução livre).

O autor mencionado possui como objeto de estudo a Corte Constitucional colombiana e especialmente a Sentença T-025 (*Sentencia T-025*), já mencionada neste estudo, a qual versa a respeito do deslocamento interno de pessoas. Segundo aponta César Rodríguez Garavito¹⁵³, o

fins amplos, e também critérios e prazos para valorar os progressos, mas deixam decisões sobre as mídias e políticas ao governo. GARAVITO, op. cit., 2015, p. 27.

¹⁵² “Usaremos este marco de tres elementos para analizar el funcionamiento y los efectos de diferentes grados de activismo judicial, en una variedad de casos que van de los tribunales moderadamente activistas, que combinan derechos moderados y medidas judiciales y seguimiento débiles o moderados, a los tribunales muy activistas, que aplican derechos, medidas judiciales y seguimiento fuertes. Usamos también la tipologia de carácter cualitativo de formas diferentes de decisiones activistas, que van desde decisiones monológicas, impuestas por los tribunales, hasta decisiones dialógicas que abren procesos participativos de seguimiento.” Ibid., p. 29.

¹⁵³ “La T-025 tiene tres características que la convierten en un caso sustantivamente importante en este universo. En primer lugar, la sentencia tiene un alcance particularmente amplio. Es un caso paradigmático de sentencia estructural debido al tamaño de la población beneficiaria, la gravedad de las violaciones de derechos y la exclusión radical que pretende resolver, los numerosos agentes estatales y sociales involucrados, y la ambición y la duración del proceso de implementación de las medidas judiciales; un proceso que continúa incluso después de diez años. Como se ha señalado, la CCC adoptó un enfoque fuerte de derechos humanos a la hora de ocuparse de esos retos, y ordenó al gobierno actuar de forma inmediata para garantizar un “núcleo mínimo” de derechos de las PDI. En segundo lugar, la T-025 constituye el intento judicial más explícito y sistemático en Latinoamérica para implementar una decisión estructural. Como veremos, durante el período de diez años analizado en este libro (enero de 2004 a abril de 2014), la CCC conservó su jurisdicción sobre el caso con el fin de obligar al cumplimiento mediante doscientos ochenta y nueve autos de seguimiento y veinte audiencias públicas para evaluar el progreso del gobierno. Es por consiguiente un caso claro de seguimiento fuerte. La tercera característica relevante es el tipo de remedios que la Corte ordenó en la T-025. En lugar de establecer en detalle las medidas precisas que deberían adoptar las autoridades públicas para ocuparse de la población desplazada, como ha hecho en otras sentencias criticadas por muchos economistas y abogados,⁸ la CCC dictó órdenes procedimentales que contemplaron el involucramiento de la sociedad civil y estatal en la creación e implementación de programas para enfrentar la crisis humanitaria generada por el desplazamiento forzado. Al ordenar el diseño de políticas y convocar audiencias públicas periódicas para discutir las, el tribunal estableció un procedimiento de implementación gradual, basado en el diálogo.” A T-025 tem três características que a tornam um caso substancialmente importante neste universo. Primeiro, a sentença tem um escopo particularmente amplo. Tratou-se de um caso paradigmático de julgamento estrutural devido ao tamanho da população beneficiária, à seriedade das violações de direitos e à exclusão radical que ela pretendeu resolver, aos numerosos agentes estatais e sociais envolvidos e à ambição e duração do processo de implementação das medidas judiciais; um processo que continua mesmo depois de dez anos. Como observado, a CCC adotou uma forte abordagem de direitos humanos ao enfrentar esses desafios e ordenou que o governo aja imediatamente para garantir um “núcleo mínimo” de direitos de deslocados internos. Segundo, o T-025 constitui a tentativa judicial mais explícita e sistemática da América Latina para implementar uma decisão estrutural. Como veremos, durante o período de dez anos analisado neste livro (janeiro de 2004 a abril de 2014), o CCC manteve sua jurisdição sobre o caso, a fim de forçar o cumprimento por

caso em questão possui três características que o convertem em um caso substancialmente relevante na seara envolvendo o debate do ativismo judicial.

Discorre que, em primeiro lugar, a decisão foi dotada de alcance particularmente amplo, configurando uma sentença estrutural em razão do tamanho da população que foi afetada, da gravidade das violações, dos numerosos agentes estatais e sociais envolvidos, da ambição e duração do processo de implementação das medidas judiciais aplicadas (visto que o processo perdurou por mais de dez anos após o pronunciamento judicial definitivo). Destaca como segundo ponto que a Sentença T-025 passou a constituir um intento judicial mais explícito e sistemático na América latina para implementar uma decisão estrutural, ao passo em que a Corte conservou sua jurisdição sobre o caso com o fito de obrigar o cumprimento de, ao todo, duzentos e oitenta e nove processos de acompanhamento e vinte audiências públicas para avaliar o progresso do governo – trata-se, por certo, de um caso com nítida acepção de acompanhamento forte (como mencionado acima). Por fim, a terceira característica apontada como relevante é o tipo de remédio que a Corte ordenou, pois ao invés de estabelecer com detalhes as medidas precisas que deveriam ser adotadas pelas autoridades, a Corte Constitucional Colombiana ditou ordens procedimentais que contemplaram o envolvimento da sociedade civil e estatal na criação e implementação dos programas voltados ao enfrentamento da crise humanitária trazida pelo caso concreto; mediante a realização de audiências públicas periódicas para discussão, o tribunal estabeleceu um procedimento de implementação gradual, com fulcro no diálogo.

Em razão da forma como a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional foi aplicada no caso da Sentença T-025, sustenta o professor César Rodríguez Garavito a existência de um ativismo judicial dialógico¹⁵⁴. Defende que a combinação dos elementos acima apontados permitiria que esse ativismo judicial se desenvolvesse com maior densidade democrática:

Como veremos, a combinação desses tipos de remédios moderados com fortes direitos e acompanhamento forte mediante mecanismos específicos criam espaços para a deliberação que pode levar a alternativas novas, potencialmente democratizantes, para

meio de duzentos e oitenta e nove ordens de acompanhamento e vinte audiências públicas. avaliar o progresso do governo. É, portanto, um caso claro de acompanhamento forte. A terceira característica relevante é o tipo de recurso que o Tribunal ordenou no T-025. Em vez de estabelecer em detalhes as medidas precisas que as autoridades públicas devem adotar para lidar com a população deslocada, como em outras sentenças criticadas por muitos economistas e advogados, 8 o CCC emitiu ordens processuais que contemplavam o envolvimento da sociedade civil e Estado na criação e implementação de programas para enfrentar a crise humanitária gerada pelo deslocamento forçado. Ao ordenar o desenho das políticas e convocar audiências públicas periódicas para discutilas, o tribunal estabeleceu um procedimento de implementação gradual, baseado no diálogo. ” (tradução livre) Ibid., p. 32.

¹⁵⁴ “Como veremos, la combinación de ese tipo de remédios moderados con fuertes derechos y seguimiento fuerte mediante mecanismos específicos crea espacios para la deliberación que pueden llevar a alternativas novedosas, potencialmente democratizadoras, para la protección judicial de los DESC.” Ibid., p. 32.

a proteção judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais (DESC). (tradução livre).

Conforme explanado, o ativismo judicial é uma opção daqueles que o integram, tratando-se de um avanço com posterior ocupação pelo Poder Judiciário de uma posição que, pela lógica da separação entre os poderes, não se afigura adequada. Os motivos pelos quais o ativismo judicial se justifica já foram devidamente explicitados sendo muitos deles legítimos e contundentes, mas, ainda assim, persiste como mácula do ativismo o arranhão à separação entre as funções executiva, legislativa e judicial.

Por tal motivo, se existe a possibilidade de o ativismo judicial adotar uma roupagem mais democrática (visto que a lógica da separação entre os poderes visa garantir, justamente, que o *imperium* estatal não se concentre na figura de um único indivíduo ou instituição) deveria ser esta a forma a ser incentivada perante os órgãos judiciais em que o ativismo se demonstra presente. César Rodríguez Garavito é, então, um defensor do ativismo judicial nos moldes daquele realizado pela Corte Constitucional Colombiana na Sentença T-025, afirmando que inexistiria incompatibilidade desse tipo de ativismo e a mencionada separação entre os poderes¹⁵⁵:

As sentenças dialógicas estabelecem amplas e objetivas vias de implementação claras estabelecendo prazos máximos e ordenando a elaboração de informes de acompanhamento ao mesmo tempo que deixam decisões substantivas e os resultados detalhados aos organismos governamentais. Os remédios judiciais desta natureza não são só apenas compatíveis com o princípio de separação de poderes, como também podem fomentar a eficácia geral de uma decisão determinada. Ademais, um enfoque dialógico nos casos sobre DESC estimula mecanismos de acompanhamento participativos – audiências públicas, comissões de acompanhamento nomeadas pelos tribunais e com convites à toda sociedade civil e aos organismos públicos para que entreguem informação relevante e participem nas discussões promovidas pelo tribunal – que aprofundam a deliberação democrática e reforçam os efeitos das intervenções judiciais. (tradução livre)

Dois são os principais mecanismos de participação e deliberação aptos a conferir a uma atuação ativista do Judiciário maior densidade democrática, à luz daquilo que foi apurado nos estudos de César Rodríguez Garavito e a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional no

¹⁵⁵ “Las sentencias dialógicas establecen fines amplios y vías de implementación claras estableciendo plazos máximos y ordenando la elaboración de informes de seguimiento, al mismo tiempo que dejan las decisiones sustantivas y los resultados detallados a los organismos gubernamentales. Los remedios judiciales de esta naturaleza no son sólo compatibles con el principio de separación de poderes, sino que también pueden fomentar la eficacia general de una decisión determinada. Además, un enfoque dialógico de los casos sobre DESC estimula mecanismos de seguimiento participativos –audiencias públicas, comisiones de seguimiento nombradas por los tribunales e invitaciones a la sociedad civil y a los organismos públicos para que entreguen información relevante y participen en las discusiones promovidas por el tribunal– que profundizan la deliberación democrática y refuerzan los efectos de las intervenciones judiciales.” Ibid., p. 34.

bojo da Sentença T-025: audiências públicas e sessões técnicas¹⁵⁶. As primeiras se afiguram como um mecanismo de envolvimento público para com o governo e uma seara na qual se possam debater os resultados das políticas determinadas na ordem judicial; já as sessões técnicas decorrem do próprio amadurecimento da Corte, a qual por vezes viu a necessidade de uma discussão privada com funcionários públicos e atores específicos.

As audiências públicas também existem no Brasil, inclusive com previsão constitucional no art. 58, §2º, II da CRFB/88¹⁵⁷. Na esfera jurisdicional as de maior relevo são aquelas realizadas pelo próprio Supremo Tribunal Federal (STF), nos termos do art. 9º, §1º; e, art. 20, §1º da Lei nº. 9.868/99¹⁵⁸; também disciplinadas pelo art. 21, XVII do Regimento Interno do STF¹⁵⁹, o qual outorga ao Relator a possibilidade de convocá-las.

¹⁵⁶ “Además de los autos, los principales mecanismos de participación y deliberación usados por la Corte son las audiencias públicas y las sesiones técnicas, regionales o informales. Las primeras son un mecanismo público de rendición de cuentas para el gobierno y un espacio para el debate sobre los resultados de las políticas de desplazamiento a la luz de las órdenes de la Sentencia T-025 y los autos de seguimiento. En ellas intervienen los magistrados de la CCC, los delegados del gobierno, las ONG y los representantes de organizaciones internacionales, líderes de organizaciones de PDI, el público general y los medios de comunicación. [...] Las sesiones técnicas, tanto regionales como informales, son una consecuencia del propio proceso de aprendizaje de la Corte y su estrategia de innovación. A comienzos de 2010, a medida que la CCC estimó la necesidad de discutir algunas cuestiones más en privado, las audiencias públicas fueron sustituidas de forma gradual por sesiones técnicas. Como las anteriores, estas son un espacio para el debate entre varios actores, pero por lo usual son más reducidas, no están abiertas a todos los actores o a los medios de comunicación, y se concentran en temas más específicos.” Além dos processos judiciais, um dos principais mecanismos de participação e deliberação usados pela Corte foram as audiências públicas e sessões técnicas, regionais ou informais. As primeiras são um mecanismo público de prestação de contas para o governo e um espaço para o debate sobre os resultados das políticas de deslocamento à luz das ordens da Sentença T-025 e os processos de acompanhamento. Nelas interveem os magistrados da CCC, os delegados do governo, as ONG e os representantes de organizações internacionais, líderes de organizações de PDI, o público geral e os meios de comunicação. [...] As sessões técnicas, tanto regionais quanto de informação são uma consequência do próprio processo de aprendizagem da Corte e sua estratégia de inovação. No começo do ano de 2010, à medida que a CCC estimou a necessidade de discutir algumas questões de forma mais privada, as audiências públicas foram substituídas de forma gradual por sessões técnicas. Como as anteriores, estas são um espaço para o debate entre vários atores, porém, por usual são mais reduzidas, não estão abertas a todos os atores ou aos meios de comunicação, e se concentram em temas mais específicos. (tradução livre). *Ibid.*, p. 145, 146.

¹⁵⁷ Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. [...] § 2º Às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe: [...] II - realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil. BRASIL. *op. cit.*, nota 86.

¹⁵⁸ “Art. 9o Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento. § 1o Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria. Art. 20. Vencido o prazo do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento. § 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.” BRASIL. *Lei nº 9.868/99*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm>. Acesso em: 28 set. 2019.

¹⁵⁹ “Art. 21. São atribuições do Relator: [...] xvii – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral ou de interesse público relevante.” BRASIL. Supremo

Em que pese a previsão constitucional, legal e regimental, as audiências públicas são alvo de duras críticas no Brasil, mas não por estarem positivadas (afinal, funcionam, de fato, como instrumento apto a conferir maior robustez democrática à decisão judicial que, muitas das vezes, pronunciar-se-á sobre temas não puramente jurídicos e daí a relevância da amplitude do debate) e sim quanto aos critérios definidos para a exposição do assunto por aqueles que irão às audiências, além da real influência nos futuros pronunciamentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Válida se faz, nesse sentido, transcrição de trecho de artigo publicado¹⁶⁰ justamente abordando o tema em tela:

Cumprir destacar que na maioria das audiências os Ministros que vão compor a turma para julgamento da ação em controle de constitucionalidade comparecem às audiências, assim como as partes (legitimados ativo e passivo). Por outro lado, a análise acerca das audiências realizadas não chega a qualquer conclusão definitiva de o quanto (não)heterogênea foram tais audiências. Ou seja, sobre as razões que fariam com que tais audiências pudessem satisfazer uma formação heterogênea conforme se propôs no item anterior. Apesar disso, a clara quantidade de argumentos técnicos levam a conclusão de que há um déficit representativo e, que o equilíbrio acerca dos vários argumentos contra ou a favor de uma (in)constitucionalidade não podem ser alcançados. Isto pode ocorrer por conta de quem se propôs a participar e que tenha enviado e-mail em tempo hábil para requisitar a participação, assim como, pela falta de pedidos de participação, em razão de outros fatores, como os custos para ir até Brasília, por exemplo. [...] Outro fato interessante acerca dos dados das audiências públicas é que nos despachos da chamada para a audiência sempre há menção acerca do tema, em restrição ao conteúdo a ser exposto nesta. Por exemplo, em algumas audiências foram vedadas a exposição de relatos pessoais e/ou qualquer manifestação sobre interpretação jurídica. Essas restrições de conteúdo, podem gerar uma limitação do enfoque democrático que se almeja, uma vez que excluem de antemão a manifestação de como o direito afeta a realidade social (no primeiro caso), ou novas interpretações jurídicas não pensadas pelos juízes ou partes do processo (no segundo caso).

Retomando o cerne deste estudo, a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, tem-se que na Sentença T-025 (uma das mais estudadas e exitosas experiências da teoria) houve o emprego da ferramenta das audiências públicas no intuito de ampliar o debate e a democratização da decisão a ser deliberada. Contudo, mesmo César Rodríguez Garavito sendo um dos entusiastas do Estado de Coisas Inconstitucional enquanto mecanismo de efetivação de direitos, reconhece este que houve falha no que tange à oitiva daqueles interessados¹⁶¹.

Tribunal Federal (STF). *Regimento interno [recurso eletrônico]*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2019.

¹⁶⁰ PINHÃO, Karina Almeida Guimarães. A inserção das audiências públicas: reforço ou enfraquecimento da legitimidade democrática das decisões do supremo tribunal federal? *Journal of institutional studies. Revista estudos institucionais*, V. 4, 1, 2018, p. 475.

¹⁶¹ *A pesar de estos avances dispersos, nuestro trabajo de campo y el análisis documental revelan profundas limitaciones en el involucramiento de la población desplazada en el proceso de seguimiento y la creación de políticas. De hecho, el efecto participativo ha tenido un mayor impacto en otros sectores de la sociedad civil – como las organizaciones de derechos humanos y de investigación–, que entre las víctimas del desplazamiento.* GARAVITO, op. cit., p. 157, 158.

É que embora as audiências públicas tenham sido um espaço no qual organizações não governamentais, juristas, grupos de defesa dos direitos humanos e autoridades puderam se manifestar, tem-se que as vítimas do deslocamento interno de pessoas não foram ouvidas. Logo, constatou-se uma profunda limitação quanto ao envolvimento da população deslocada forçosamente no processo de acompanhamento e na criação de políticas:

Apesar desses avanços dispersos, nosso trabalho de campo e análise documental revelam profundas limitações no envolvimento da população deslocada no processo de acompanhamento e criação de políticas. De fato, o efeito participativo teve maior efeito em outros setores da sociedade civil – como as organizações de direitos humanos e investigação –, que entre as vítimas do deslocamento. (tradução livre)

Essa conclusão acima explicitada foi partilhada pela própria Corte Constitucional Colombiana, conforme relatório da Comissão de Acompanhamento de 2008¹⁶²:

Só um terço das organizações de população deslocada (OPD) têm algum canal de comunicação com a Mesa Nacional, e menos da metade têm representação com formas organizativas departamental. Calcula-se que só 32% das pessoas deslocadas pertence a alguma OPD. As organizações sociais indígenas (ONIC, etc.) e afrodescendentes (Processo de Comunidades Negras) não têm um cenário no qual possam exercer, de maneira direta, seu direito à participação nas decisões de políticas públicas sobre deslocamento forçado. (tradução livre)

São apontados ao menos três fatores que levaram à carência de participação efetiva das próprias pessoas forçadamente deslocadas nas audiências públicas realizadas¹⁶³. O primeiro

¹⁶² “*Sólo un tercio de las organizaciones de población desplazada (OPD) tienen algún canal de comunicación con la Mesa Nacional, y menos de la mitad tienen representación con formas organizativas departamentales. Se calcula que sólo un 32% de las personas desplazadas pertenece a alguna OPD. Las organizaciones sociales indígenas (ONIC, etc.) y de afrodescendientes (Proceso de Comunidades Negras) no tienen un escenario en el cual puedan ejercer, de manera directa, su derecho a la participación en las decisiones de políticas públicas sobre desplazamiento.*” EL RETO ANTE LA TRAGEDIA HUMANITARIA DEL DESPLAZAMIENTO FORZADO: APLICAR POLITICAS PUBLICAS IDÓNEAS Y EFICIENTES. V. 4, Comisión de seguimiento a la política pública sobre desplazamiento forzado. Consultoria para los Derechos Humanos, Codhes. p. 116, 117. Disponível em: <https://issuu.com/codhes/docs/el_reto_volumen_4>. Acesso em: 29 set. 2019.

¹⁶³ “*La falta de participación de la población desplazada en los procesos de seguimiento y de creación de políticas públicas tiene raíces diversas y complejas, algunas de las cuales van más allá de la esfera de influencia de la Corte y, de hecho, más allá del propio proceso de seguimiento. Hay al menos tres factores destacables. Primero, la respuesta jurídica al problema del desplazamiento implica la utilización de un lenguaje y de mecanismos especializados accesibles para la burocracia estatal y algunas organizaciones de la sociedad civil, pero no tanto para las de base. Además de la barrera del conocimiento especializado, las organizaciones de población desplazada tienen profundas limitaciones logísticas que les dificultan mantenerse al día con la gran cantidad de información generada por la Corte, el gobierno y las organizaciones académicas y de derechos humanos. Esa es una consecuencia no intencional de la judicialización y del dinamismo del proceso de seguimiento. [...] Segundo, la utilidad y el empoderamiento de los espacios de participación creados por el proceso de seguimiento han sido limitados. [...] Por último, un factor único de este caso es su población objetiva, cuya situación y características dan lugar a dificultades específicas con respecto a la participación. Por definición, las PDI constituyen una de las poblaciones más fragmentadas y golpeadas por las violaciones masivas y graves de derechos humanos que entrañan una ruptura violenta y repentina de sus formas de cohesión y organización*”. Tradução livre: A falta de participação da população deslocada nos processos de monitoramento e criação de políticas públicas tem raízes diversas e complexas, algumas das quais vão além da esfera de influência da Corte e, de fato, além do próprio

motivo repousa sobre a resposta jurídica em si, a qual se vale de uma linguagem e mecanismos especializados, somente acessíveis aos burocratas do governo e por algumas organizações da sociedade civil, mas não para a população de base.

Aliado a isso, tem-se que houve uma profusão de informações gerada pela Corte, pelo governo, as organizações acadêmicas e organizações de direitos humanos que não pôde ser assimilada por esse grupo de pessoas; isso se revela como uma consequência não intencional da judicialização da questão e de seu acompanhamento próximo pelo Judiciário. Como segundo ponto, destaca-se que os espaços destinados ao debate não se revelaram, de fato, como locais em que a discussão de ideias fosse possível.

De acordo com a Comissão Colombiana de Juristas e o Serviço Jesuíta de Refugiados¹⁶⁴, os temas a serem abordados não eram trazidos com antecedência suficiente, não eram entregues documentos sobre os quais se pretendia discutir e não havia a sensação de real influência sobre as decisões tomadas. Como terceiro e último elemento, destaca-se uma questão intrínseca e particular das vítimas: o deslocamento interno forçado de pessoas causa, justamente, uma erosão dos vínculos sociais e de ação coletiva, o que torna difícil existir uma sinergia capaz de viabilizar a formação de um grupo coeso que possa se fazer presente na Corte Constitucional Colombiana.

processo rastreamento Existem pelo menos três fatores notáveis. Primeiro, a resposta legal ao problema do deslocamento implica o uso de linguagem e mecanismos especializados acessíveis à burocracia estatal e a algumas organizações da sociedade civil, mas não tanto às bases. Além da barreira do conhecimento especializado, as organizações de populações deslocadas têm profundas limitações logísticas que dificultam o acompanhamento da grande quantidade de informações geradas pelo Tribunal, pelo governo e pelas organizações acadêmicas e de direitos humanos. Essa é uma consequência não intencional da judicialização e dinamismo do processo de monitoramento. [...] Segundo, a utilidade e o empoderamento dos espaços de participação criados pelo processo de monitoramento foram limitados. [...] Finalmente, um fator único nesse caso é sua população objetiva, cuja situação e características geram dificuldades específicas em relação à participação. Por definição, os deslocados internos constituem uma das populações mais fragmentadas e vencidas devido a violações graves e graves dos direitos humanos que envolvem um colapso repentino e violento de suas formas de coesão e organização. GARAVITO, op. cit., p. 161, 162.

¹⁶⁴ “*Para algunas organizaciones de población desplazada, estos espacios no propician un verdadero diálogo con el gobierno y una participación efectiva de la población desplazada, en cuanto no se les avisa con suficiente antelación de los temas a tratar, no se entregan los documentos a discutir, y no hay posibilidades de incidir sobre las decisiones ya tomadas. Por el contrario, estos espacios han servido para legitimar la política gubernamental, utilizando el argumento de que la población desplazada fue consultada. En muchas ocasiones, las organizaciones de población desplazada fueron invitadas para recibir información sobre decisiones ya tomadas.*” Para algumas organizações da população deslocada, esses espaços não promovem um verdadeiro diálogo com o governo e uma participação efetiva da população deslocada, desde que não sejam notificados suficientemente antes das questões a serem discutidas, os documentos a serem discutidos não são entregues, e não há possibilidade de influenciar as decisões já tomadas. Pelo contrário, esses espaços serviram para legitimar a política do governo, usando o argumento de que a população deslocada foi consultada. Em muitas ocasiões, organizações da população deslocada foram convidadas a receber informações sobre decisões já tomadas. Comisión Colombiana de Juristas y Servicio Jesuita a Refugiados - Colombia, “*Seguimiento a la aplicación de las recomendaciones internacionales sobre desplazamiento forzado en Colombia 2004-2005. Informe para el Representante del Secretario General de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos de las personas desplazadas internamente*”. Ibid., p. 161.

Dedicou-se espaço para a abordagem da questão envolvendo as audiências públicas no âmbito da Sentença T-025, pois esta foi um dos pronunciamentos da Corte Constitucional Colombiana a aplicar a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional a obter resultados mais exitosos. De todo modo, em que pese o sucesso ou o insucesso, entende-se como um ponto nevrálgico o fato de as próprias vítimas não terem sido ouvidas da forma como seria desejável, visto que o aspecto dialógico é elemento essencial para que não haja sob o pretexto de se resolver determinada inconstitucionalidade, praticar-se o arbítrio; conforme um dos enfáticos defensores da aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional, aduz Carlos Alexandre de Azevedo Campos¹⁶⁵: “apenas a dimensão antidialógica, na qual a corte afirma a ‘supremacia judicial’ e se recusa a dialogar com os outros poderes, deve ser tida como manifestação judicial ilegítima em qualquer hipótese”.

Em âmbito nacional a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional foi ventilada por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347¹⁶⁶, na qual se questiona perante o Supremo Tribunal Federal a constitucionalidade do sistema carcerário brasileiro. Entendeu o Pleno do Supremo Tribunal Federal como presentes os requisitos definidores do Estado de Coisas Inconstitucional na hipótese, quais sejam: situação de violação generalizada de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; a superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades.

Ponderou-se, na decisão liminar concedida no bojo da ADPF nº 347, que os pressupostos formulados pela Corte Constitucional da Colômbia culminariam no reconhecimento de muitas outras questões brasileiras como em estado de flagrante inconstitucionalidade. Contudo, o fato de, em tese, existirem outras realidades do Brasil possivelmente enquadráveis na definição de “estado de coisas inconstitucional”, isso, por si só, não deveria inibir que o Supremo Tribunal Federal deliberasse acerca da situação carcerária em específico.

Concluiu-se, então, pela existência da inconstitucionalidade do sistema penitenciário brasileiro¹⁶⁷:

Para apontar a configuração do “estado de coisas inconstitucional”, não seria possível indicar, com segurança, entre os muitos problemas de direitos enfrentados no Brasil,

¹⁶⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: Jus Podium, 2016, p. 15.

¹⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 28 set. 2019.

¹⁶⁷ Ibid.

como saneamento básico, saúde pública, violência urbana, todos que se encaixariam nesse conceito. Todavia, as dificuldades em se definir o alcance maior do termo não impedem, tendo em conta o quadro relatado, seja consignada uma zona de certeza positiva: o sistema carcerário brasileiro enquadra-se na denominação de “estado de coisas inconstitucional”.

Elemento importante para tal reconhecimento foi a ausência de “vontade política” em se resolver a situação daqueles que cumprem penal. A decisão da ADPF nº 347 discorre que os desacordos políticos são praticamente insanáveis, pois, a uma, a população carcerária tem os direitos políticos suspensos enquanto perdurarem os efeitos da sentença condenatória (art. 15, III, da CRFB/88¹⁶⁸) não sendo eleitores em potencial aptos a elegerem congressistas; e, a duas, por serem os presos uma minoria socialmente desprezada. Nesse sentido, a opinião pública muito mais se alinha ao pensamento de que as condições precárias dos presídios se consubstanciam como forma de retribuição pelo mal causado¹⁶⁹ do que com o pensamento de que deve haver um mínimo de dignidade assegurado ao detento de modo a viabilizar sua ressocialização.

O trecho abaixo contido na decisão liminar representa o que se expôs alhures, e revela a visão do Judiciário no sentido de reconhecer uma ausência de interesse por parte dos demais Poderes (cujos cargos são preenchidos mediante o exercício do direito de voto) em dirimir a situação prisional¹⁷⁰:

Em síntese, a impopularidade dos presos faz com que os políticos, salvo raríssimas exceções, não reivindiquem recursos públicos a serem aplicados em um sistema carcerário voltado ao oferecimento de condições de existência digna. A opinião pública está no coração da estrutura democrático-parlamentar. Ignorá-la pode significar não só o fracasso das políticas que defendem, mas também das tentativas de reeleição a cargos no Legislativo e no Executivo. Essa preocupação é tanto maior quanto mais envolvida matéria a atrair a atenção especial do público. Questões criminais são capazes de gerar paixões em um patamar que outros temas e áreas do Direito não conseguem. A sociedade não tolera mais a criminalidade e a insegurança pública, e isso implica ser contrária à preocupação com a tutela das condições dignas do encarceramento. [...] É difícil imaginar candidatos que tenham como bandeira de campanha a defesa da dignidade dos presos. A rejeição popular faz com que a matéria

¹⁶⁸ “Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: [...] III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;” BRASIL, op. cit., nota 86.

¹⁶⁹ De acordo com a ciência da criminologia, existem três grupos de teorias que podem ser evocados para confirmar as chamadas finalidades da pena: as absolutas, relativas e mistas. As teorias absolutas concebem a pena como um fim em si mesmo (justa retribuição), pautando-se numa análise quanto ao fato criminoso sob uma perspectiva pretérita, em que a pena serviria como um mal para retribuir o mal causado, aliada à ideia de penitência. As teorias relativas (ou preventivas) fundam-se nos fins da pena e adotam uma perspectiva prospectiva. A prevenção geral se volta àqueles que ainda não delinquiram, desempenhando o efeito de dissuasão coletivo, por meio da cominação, aplicação e execução de reprimendas (prevenção geral negativa) ou o efeito de fidelização do cidadão ao ordenamento jurídico. Já a prevenção especial se destina à contenção da reincidência, a partir da pena sobre a pessoa do condenado, almeja-se sua “correção” ou “ressocialização” (prevenção especial positiva) ou, ainda, a neutralização daquele que passa pelo cárcere (prevenção especial negativa). ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2018, p. 22.

¹⁷⁰ BRASIL, op. cit., nota 165.

relativa à melhoria do sistema prisional enfrente o que os cientistas políticos chamam de “ponto cego legislativo” (*legislative blindspot*): o debate parlamentar não a alcança. Legisladores e governantes temem os custos políticos decorrentes da escolha por esse caminho, acarretando a incapacidade da democracia parlamentar e dos governos popularmente eleitos de resolver graves problemas de direitos fundamentais

Assim, em que pese o reconhecimento de outras questões que mereceriam também serem enquadradas como inconstitucionais, a inexistência de pauta política para a questão carcerária foi fator central para que o Supremo Tribunal Federal julgasse de modo favorável ao reconhecimento do estado de coisas inconstitucional em relação ao sistema penitenciário nacional. Chegou-se a ressaltar, em relação à saúde pública, por exemplo, que por mais que existam “defeitos estruturais sérios nesse campo, [mas] tem-se vontade política em resolvê-los, não existe um candidato que não paute a campanha eleitoral, entre outros temas, na melhoria do sistema”¹⁷¹.

Nesse sentido, deferiu-se a liminar pretendida no bojo da ADPF, nos termos do art. 5º, da Lei nº 9.882/99¹⁷² nos seguintes termos:

Ante o exposto, defiro, parcialmente, a medida liminar requerida, determinando:

- a) aos juízes e tribunais – que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal;
- b) aos juízes e tribunais – que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão;
- c) aos juízes e tribunais – que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal;
- d) aos juízes – que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo;
- e) à União – que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

A situação de descompasso do sistema carcerário com a ordem constitucional foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal e se aplicou ao caso, mediante a presença dos requisitos para tanto, a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional. Entretanto, é importante destacar o receio da Corte Constitucional brasileira em deixar claro que não se estaria, na hipótese, sobrepondo-se aos demais Poderes, mas tão somente viabilizando que certas barreiras

¹⁷¹ Ibid.

¹⁷² “Art. 5º O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental.” BRASIL. Lei nº 9.882/99. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em: 28 set. 2019.

fossem transpostas e, assim, garantir-se à população carcerária alguns dos direitos que atualmente lhes são privados em decorrência da péssima condição dos presídios.

A necessidade de fundamentação quanto ao respeito ao princípio da separação dos poderes resta evidenciada no seguinte trecho da decisão liminar¹⁷³:

Nada do que foi afirmado autoriza, todavia, o Supremo a substituir-se ao Legislativo e ao Executivo na consecução de tarefas próprias. O Tribunal deve superar bloqueios políticos e institucionais sem afastar esses Poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias. Deve agir em diálogo com os outros Poderes e com a sociedade. Cabe ao Supremo catalisar ações e políticas públicas, coordenar a atuação dos órgãos do Estado na adoção dessas medidas e monitorar a eficiência das soluções. Não lhe incumbe, no entanto, definir o conteúdo próprio dessas políticas, os detalhes dos meios a serem empregados. Em vez de desprezar as capacidades institucionais dos outros Poderes, deve coordená-las, a fim de afastar o estado de inércia e deficiência estatal permanente. Não se trata de substituição aos demais Poderes, e sim de oferecimento de incentivos, parâmetros e objetivos indispensáveis à atuação de cada qual, deixando-lhes o estabelecimento das minúcias. Há de se alcançar o equilíbrio entre respostas efetivas às violações de direitos e as limitações institucionais reveladas na Carta da República.

A questão que se coloca é, principalmente diante dos contornos estabelecidos pela liminar, acerca da necessidade de se empregar a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional como fundamento da decisão. Ademais disso, indaga-se se tal teoria se faria compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, diante da existência de outros mecanismos capazes de, em tese, alcançar o efeito prático que se pretende com o reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional”.

¹⁷³ BRASIL. op. cit., nota 165.

3. O MICROSSISTEMA DA TUTELA COLETIVA COMO ALTERNATIVA LEGAL E CONSTITUCIONALMENTE LEGÍTIMA AO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Ao longo desta obra se demonstrou que o Estado de Coisas Inconstitucional é uma das formas pelas quais se manifesta o fenômeno do ativismo judicial. O ativismo, por sua vez, não é caracterizado a partir dos efeitos que produz (positivos ou negativos), de modo que poderá haver certo pronunciamento jurisdicional dotado de ativismo que vá de encontro aos preceitos do estado democrático de direito, da mesma forma que pode existir outra decisão, igualmente ativista, que o confirme e consolide. O importante, então, para a configuração do ativismo judicial é o mero avanço da competência constitucionalmente outorgada ao Judiciário para se pronunciar sobre determinado tema.

Nesse sentido, por se configurar então o ativismo judicial como uma “opção do Judiciário em adotar uma conduta proativa de expandir seu alcance¹⁷⁴” é certo que em se tratando, justamente, de uma escolha, dever-se-ia preferir então por aquela que não causasse ranhuras ao princípio da separação entre os poderes (art. 2º, da CRFB/88¹⁷⁵). A proposição que se fará a seguir é a de que a aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional seria prescindível no cenário brasileiro por, ao menos, duas razões: a uma, por ser tal teoria incompatível com a legislação vigente – sua aplicação se daria *contra legem* – e, a duas, por existirem ferramentas com amparo legal, jurisprudencial e doutrinário mais consolidadas capazes de gerar o mesmo resultado prático equivalente que o uso do Estado de Coisas Inconstitucional.

A prevalência de outros mecanismos em detrimento da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional encontra fundamento no fato de que, embora esta não seja aferível por seus efeitos (positivos ou negativos, conforme já dito), tem-se que sempre será nociva. É que toda vez que ocorre o fenômeno do ativismo judicial se mitiga a ideal separação entre os Poderes que garante a independência e harmonia entre estes, o que acaba, por exemplo, a macular a estabilidade da jurisprudência (a qual hoje se afigura um dever legal dos Tribunais, vide art. 926, *caput*, do Código de Processo Civil – CPC¹⁷⁶).

¹⁷⁴ BARROSO, op. cit., 2012, p. 6.

¹⁷⁵ “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” BRASIL, op. cit., nota 88.

¹⁷⁶ “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.” BRASIL, op. cit., nota 15.

Caso emblemático da oscilação da jurisprudência brasileira em decorrência do ativismo foi o da Ação Penal (AP) 470 que tramitou perante o Supremo Tribunal Federal (STF). No bojo da AP 470 se consagrou a jurisprudência da Suprema Corte no sentido de que: quando há condenação criminal transitada em julgado de mandatário de cargo eletivo, a cassação do mandato constitui consequência automática da pena, independentemente de manifestação da Casa Legislativa¹⁷⁷.

A decisão em questão causou polêmica, pois contradiz o conteúdo do art. 55, §2º, da CRFB/88¹⁷⁸. O mencionado dispositivo constitucional é expresso ao dispor que “nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal”, isto é, caso a perda do mandato decorra de condenação criminal por sentença transitada em julgado (redação do inciso VI), esta apenas surtirá efeitos após deliberação da Casa Legislativa respectiva.

De todo modo, foi essa a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), a qual pode ser encarada como ativista, eis que não encontra correspondência no texto constitucional. O fundamento empregado para afastar a incidência do art. 55, §2º, da CRFB/88 foi aplicar o art. 92, I, do Código Penal¹⁷⁹, o qual prevê a perda do cargo público como um dos efeitos da condenação criminal.

Na Ação Penal (AP) 565¹⁸⁰ houve uma reviravolta na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), em que se passou, novamente, a prestigiar a previsão do art. 55, §2º, da CRFB/88. Assim restou definido no trecho final do Aresto:

Com relação ao réu Ivo Narciso Cassol, o Tribunal, por maioria, decidiu pela aplicação do § 2º do inc. VI do art. 55 da Constituição Federal, vencidos os Ministros

¹⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AP 470/MG*, Rel. Min. Joaquim Barbosa.. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo692.htm>>. Acesso em: 01 nov. 2019.

¹⁷⁸ “Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;

[...]

VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

[...]

§ 2º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 76, de 2013)” BRASIL, op. cit., nota 88.

¹⁷⁹ “Art. 92 - São também efeitos da condenação:(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: (Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; (Incluído pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos. (Incluído pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)” BRASIL, *Código Penal*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 30 out. 2019.

¹⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AP 565/RO*, Rel. Min. Carmen Lúcia.. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=245227>>. Acesso em: 01 nov. 2019.

Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Joaquim Barbosa (Presidente). Reconhecida a incidência da interrupção da prescrição nesta data, vencido o Ministro Marco Aurélio. Impedido o Ministro Luiz Fux.

O Ministro Luís Roberto Barroso assim discorreu à época do julgamento¹⁸¹:

“É preciso acabar com esse clima de desconfiança. Em parte, esta decisão passando de volta ao Congresso essa competência é uma forma de desanuviar um pouco esta tensão. Acho que a condenação criminal, pelo menos acima de um determinado grau de gravidade do delito, "deveria ter essa consequência automática. Mas a Constituição diz o contrário. O dia que a Constituição for o que os intérpretes quiserem independentemente do texto, nós vamos cair numa situação muito perigosa.”

Posteriormente outro caso semelhante chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF), tornando-se a Ação Penal (AP) 396¹⁸², no qual após a condenação a Câmara dos Deputados, valendo-se da prerrogativa que a Constituição Federal lhe assiste, deliberou por não cassar o mandato do Deputado Natan Donadon, o que impulsionou a impetração de Mandado de Segurança (MS) nº 32326¹⁸³ pelo parlamentar Carlos Sampaio (PSDB-SP) visando a suspensão dos efeitos da decisão tomada pela Casa Legislativa.

Em que pese a alteração de posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) em relação ao que havia decidido na Ação Penal (AP) 470 em comparação ao atual posicionamento da Ação Penal (AP) 565, cogitou-se inexistirem maiores dúvidas acerca da resolução a ser dada ao caso. É que a posição da Suprema Corte estava alinhada com a literal disposição da Constituição Federal (art. 55, §2º) e, ademais disso, o Ministro que capitaneou a divergência que resultou na alteração do entendimento da Corte (da AP 470) era o mesmo Ministro Relator do Mandado de Segurança (MS) nº 32326: Luís Roberto Barroso.

Ocorre que, em sede de liminar, por meio de decisão monocrática, o Ministro Relator decidiu pela suspensão da decisão da Câmara dos Deputados. Confira-se a Ementa:

MS 32.326 MANDADO DE SEGURANÇA. CONDENAÇÃO CRIMINAL DEFINITIVA DE PARLAMENTAR. RECLUSÃO EM REGIME INICIAL FECHADO POR TEMPO SUPERIOR AO QUE RESTA DE MANDATO. HIPÓTESE DE DECLARAÇÃO DE PERDA DO MANDATO PELA MESA (CF, ART. 55, § 3º).

1. A Constituição prevê, como regra geral, que cabe a cada uma das Casas do Congresso Nacional, respectivamente, a decisão sobre a perda do mandato de Deputado ou Senador que sofrer condenação criminal transitada em julgado.

¹⁸¹ NOGUEIRA, Ítalo. *Decisão do STF reduz tensão com Congresso, diz ministro*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/08/1324523-decisao-do-stf-reduz-tensao-com-congresso-diz-ministro.shtml>>. Acesso em: 01 nov. 2019.

¹⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AP 396/RO*, Rel. Min. Carmen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622288>> Acesso em: 01 nov. 2019.

¹⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 32.326/DF*, Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms32326.pdf>> Acesso em: 01 nov. 2019.

2. Esta regra geral, no entanto, não se aplica em caso de condenação em regime inicial fechado, que deva perdurar por tempo superior ao prazo remanescente do mandato parlamentar. Em tal situação, a perda do mandato se dá automaticamente, por força da impossibilidade jurídica e fática de seu exercício.
3. Como consequência, quando se tratar de Deputado cujo prazo de prisão em regime fechado exceda o período que falta para a conclusão de seu mandato, a perda se dá como resultado direto e inexorável da condenação, sendo a decisão da Câmara dos Deputados vinculada e declaratória.
4. Liminar concedida para suspender a deliberação do Plenário da Câmara dos Deputados na Representação nº 20, de 21.08.2013.

Foi feita nova interpretação que agora trabalha com a pena imposta. Ou seja, se o Deputado ou Senador for condenado a mais de 120 (cento e vinte) dias em regime fechado a perda do cargo será uma consequência lógica da condenação, porquanto o art. 55, III e §3º, da CRFB/88¹⁸⁴ disciplinam que perderá o mandato aquele parlamentar que “deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada”. No caso, como a pena imposta em regime fechado superaria o limite temporal previsto no dispositivo constitucional em questão, concluiu-se pela perda do cargo.

Independentemente de a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) conseguir atender ao arquétipo da justiça, forçoso é reconhecer que não há amparo de tal decisão quanto àquilo que está escrito na Constituição Federal. O constituinte originário não fez qualquer tipo de ressalva acerca da qualidade ou quantidade da pena imposta ao parlamentar, de modo que esse silêncio eloquente orientaria, a princípio, pela submissão do caso concreto sempre à Casa Legislativa.

O ativismo judicial proporciona tais tipos de incertezas e idiosincrasias, de modo que não se têm uma jurisprudência íntegra, coesa e estável, como determina a legislação. Ademais disso, tais posturas causam divergências internas na própria Corte, visto que a 1ª Turma¹⁸⁵ do Supremo Tribunal Federal (STF) diverge do entendimento da 2ª Turma¹⁸⁶ acerca de tal temática até os dias atuais.

¹⁸⁴ “Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

[...]

III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;

[...]

§ 3º Nos casos previstos nos incisos III a V, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.” BRASIL, op. cit., nota 88.

¹⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. AP 863/SP, Rel. Min. Edson Fachin. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo866.htm>>. Acesso em :01 nov. 2019.

¹⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. AP 996, Rel. Min. Edson Fachin. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5083040>>. Acesso em: 01 nov. 2019.

Mais recentemente, inclusive, houve novo pronunciamento do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da possibilidade de cumprimento provisório da pena antes do trânsito em julgado¹⁸⁷, que também é exemplo dessa situação. Tal questão foi debatida pela Corte Constitucional em quatro oportunidades distintas¹⁸⁸, tendo a conclusão acerca do tema variado desde então em cada uma dessas análises, em que pese a literalidade do texto da Constituição Federal neste aspecto. Tais episódios denotam a postura ora de autocontenção e ora ativista nessas interpretações, o que deságua na insegurança jurídica provocada pelo fato de o próprio Supremo Tribunal Federal (STF) revisitar constantemente o mesmo tema e a cada vez que o faz adotar uma nova linha de pensamento.

O ativismo judicial é, então, como se percebe, algo com potencial nocivo significativo para o ordenamento jurídico e por tal motivo deve ser evitado. Não por outra razão Lenio Streck assim discorreu¹⁸⁹ ao enfrentar o tema do Estado de Coisas Inconstitucional, o qual é um desdobramento desse fenômeno:

O próprio nome da tese (Estado de Coisas Inconstitucional — ECI) é tão abrangente que é difícil combatê-la. Em um país continental, presidencialista, em que os poderes Executivo e Legislativo vivem às turras e as tensões tornam o Judiciário cada dia mais forte, nada melhor do que uma tese que ponha “a cereja no bolo”, vitaminando o ativismo, cujo conceito e sua diferença com a judicialização estão desenvolvidos em vários lugares.

Questionar a adequação de uma tese como o Estado de Coisas Inconstitucional pode ser, conforme descrito por Lenio Streck, uma opção espinhosa, uma vez que “corações e mentes

¹⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC 43*, Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>>. Acesso em: 01 nov. 2019.

¹⁸⁸ Até fevereiro de 2009 o Supremo Tribunal Federal (STF) entendia que era possível a execução provisória da pena se o réu estivesse condenado e interpusse recurso especial ou extraordinário deveria iniciar o cumprimento provisório da pena enquanto aguardava julgamento (BRASIL, *Supremo Tribunal Federal*. HC 68726, Rel. Min. Néri da Silveira. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1521108>>. Acesso em 01 nov. 2019.). Ao julgar o HC 84078, de Relatoria do Min. Eros Grau, em 05 de fevereiro de 2009, mudou de posição o Supremo Tribunal Federal (STF), passando a entender que não era possível a execução provisória da pena. O condenado poderia até aguardar o julgamento dos recursos especial ou extraordinário preso, mas desde que estivessem previstos os pressupostos para a decretação da prisão preventiva (art. 312, do CPP). Desse modo, tem-se que a prisão antes do trânsito em julgado somente pode ser decretada a título cautelar. A execução da sentença após o julgamento somente pode ser decretada a título cautelar, visto que a antecipação da execução penal é incompatível com a Constituição (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84078*, Rel. Min. Eros Grau. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 01 nov. 2019.). No julgamento do HC 126292, em 17 de fevereiro de 2016 a Corte Constitucional passou a entender que os recursos especial e extraordinário não possuem efeito suspensivo, o que significa que, mesmo a parte tendo interposto algum desses recursos, a decisão recorrida continua produzindo seus efeitos. O fundamento é de que os recursos em questão não se prestariam a discutir fatos e provas, mas tão somente a matéria de direito; ademais, o princípio da presunção de inocência não seria absoluto. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 126292*, Rel. Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>>. Acesso em: 01 nov. 2019.).

¹⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo. *Revista Consultor Jurídico*, 24 de outubro de 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em: 01 nov. 2019.

logo se acostumarão com essa nova ‘coisa’. Mais: quem criticar a boa nova pode ser acusado de se utilizar do ‘argumento do espantalho’ (*straw man fallacy*)”. De todo modo, a crítica merece e deve ser feita; especialmente porque o Estado de Coisas Inconstitucional, por sua ausência de correspondência com a legislação brasileira se revela como ferramenta apta a gerar um ativismo judicial que não possuirá mecanismos de controle.

Muito embora a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional tenha sido veiculada no Brasil originalmente por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347 é notório que o mencionado fenômeno passou a ser objeto de estudo e a fazer parte da realidade do Judiciário. O Tribunal de Justiça do Amazonas, por exemplo, chegou a mencionar (a título de *obiter dictum*) a existência de um “estado de coisas inconstitucional” em relação ao orçamento conferido à Defensoria Pública daquele estado da federação; ademais, a Câmara julgadora determinou que fosse encaminhado ofício ao Governador do estado para que tomasse as providências cabíveis¹⁹⁰:

Por fim e obiter dictum, ressalto que as várias e várias páginas do recurso ministerial sobre o déficit de defensores públicos não guarda relação direta com a intervenção do Defensor Público Geral neste Tribunal, o qual atua na capital. Carece nesse ponto de dialeticidade.

Agindo assim, o membro ministerial dá a entender que desconhece a distribuição orçamentária como causa do déficit de defensores públicos. Assim, é possível que exista um “estado de coisas inconstitucional” no sub-financiamento da Defensoria Pública, saltando aos olhos quando se verifica que a mesma sequer possui metade dos orçamentos dos órgãos mencionados acima. Desse modo, tratando-se de dano regional, em tese, as ações sobre a falta de defensores públicos deveriam se concentrar na competência absoluta da capital do estado (CDC, art. 93, c/c art. 21 da Lei da Ação Civil Pública).

Diante disso, entendo pela extração de cópia do recurso, encaminhando-as ao atual governo do Estado do Amazonas, para que tenha ciência do déficit orçamentário causador da impossibilidade financeira de preenchimento das vagas da instituição de defesa dos pobres, vulneráveis e toda sorte de necessitados – acreditando-se ser a única medida possível ao Judiciário quanto à queixa central do recurso ministerial, já que o Ministério Público tem ciência do quadro de subfinanciamento da Defensoria Pública amazonense e, portanto, de violação da ordem jurídica e do regime democrático naquilo pertinente à violação do art. 134 da Constituição.

¹⁹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do estado do Amazonas. *Processo nº 0003697-80.2019.8.04.0000*. Disponível em: <

São situações como essa acima transcritas que se revelam nocivas a partir da aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional. Imagine-se que, por hipótese, o Governador do Amazonas reconheça o Estado de Coisas Inconstitucional da Defensoria Pública e pretenda reestruturar a disposição da referida instituição no estado do Amazonas a fim de otimizar a prestação do serviço de assessoramento jurídico e nas comarcas onde não haja Defensoria Pública determine a nomeação de defensores *ad hoc*. A solução hipotética descrita visa atender ao suposto reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional; no entanto, revela-se mais inconstitucional do que a situação anterior de mera deficiência da Defensoria Pública, pois tanto viola o disposto na Lei Complementar nº 80/94¹⁹¹ quanto viola o entendimento do STJ no sentido de que a nomeação de defensores *ad hoc* quando há Defensoria instaurada na comarca configuraria mácula ao sistema acusatório, porquanto o julgador estaria a eleger o defensor do acusado¹⁹².

Constata-se, então, como o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, por ausência de previsão legal e de balizamentos normativos pode, na prática, afigurar-se como remédio que “mata o doente” ao invés de salvá-lo. Nesse sentido, renovam-se as críticas feitas por Lenio Streck¹⁹³, o qual acertadamente aponta para o fato de que a mera evocação do Estado de Coisas Inconstitucional se revele como suficiente para que haja a intervenção do Judiciário de maneira legítima em determinada questão que, a princípio, estaria resguardada pela separação entre os Poderes:

Temo que, com o tempo, a simples evocação do ECI seja motivo para que se reconheça qualquer tipo de demanda por inconstitucionalidade ao Judiciário. O que não é inconstitucional? Imaginemos os Estados da Federação demandados por uma enxurrada de ações. Sim, o STF poderá dizer que só a ele compete julgar o ECI. Mas, até lá, como segurar os demais atores jurídicos? Como segurar as demandas sociais? De novo, pense-se no caso do remédio para câncer não aprovado pela Anvisa e motivo de inúmeras decisões judiciais.

Trata-se justamente do caso envolvendo o Tribunal de Justiça amazonense, visto que a Defensoria Pública conta com previsão na Constituição Federal (art. 134, da CRFB/88) e, portanto, se a insuficiência de receita encaminhada pelo Governo do estado inibe a atuação da instituição, ter-se-ia (ao menos em tese) um estado de coisas inconstitucional em relação à

¹⁹¹ São garantias dos Defensores da União (art. 34, da LC nº80/94), do Distrito Federal e Territórios (art. 79, da LC nº 80/94) e dos estados (art. 118, da LC nº 80/94) a inamovibilidade, a qual apenas pode ocorrer se apenas com remoção compulsória, pela própria Instituição da Defensoria Pública, na forma da legislação pertinente.

¹⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. *HC nº 457.443 - GO* (2018/0163077-9). Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=85375971&tipo_documento=documento&num_registro=201801630779&data=20180802&tipo=0&formato=PDF>. Acesso em: 25 dez. 2019.

¹⁹³ STRECK, Lenio Luiz. *30 anos da CF em 30 julgamentos: uma radiografia do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2018 p. 326 [e-book].

Defensoria Pública do Amazonas. Ocorre que, como bem asseverado por Lenio Streck¹⁹⁴: “existe uma coisa chamada política, eleições, parlamento, orçamento, enfim, coisas que fazem parte de uma democracia, sem falar do lugar em que vivemos: um país periférico e com um presidencialismo de coalizão, capenga, que dia a dia agoniza.”

Verifica-se o emprego da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional como uma ferramenta a fim de justificar e embasar a prática do ativismo judicial, o qual, ainda que realizado com boas intenções (afinal, a situação carcerária brasileira e a insuficiência da Defensoria Pública são temas relevantes e que merecem atenção), deve ser evitado por tudo que já foi até aqui exposto.

Voltando-se à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347 e a ausência de compatibilidade da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional com a legislação nacional, necessário é se realizar o cotejo da mencionada teoria com a ação constitucional na qual foi vertida para fins de provocação do Judiciário. Nesse sentido, importa asseverar que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) é cabível quando há um ato concreto a ser impugnado e que não possa ser controlado por outras ações ou remédios constitucionais (daí se justificar a subsidiariedade da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental¹⁹⁵).

São precisas as lições de Ingo Sarlet na sua obra em coautoria com Daniel Mitidiero e Guilherme Marinoni¹⁹⁶ ao definir a subsidiariedade da ação constitucional em questão, uma vez que tal requisito exigido pelo art. 4º, §1º, da Lei nº 9.882/99 não se refere aos instrumentos que venham a tutelar direitos subjetivos. Isso porque a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) é instrumento jurídico voltado à tutela do direito objetivo e apto a gerar efeitos *erga omnes*:

Note-se, assim, que o espaço da arguição está exatamente no lugar em que se apresenta a necessidade de tutela pronta e geral, em face da Constituição Federal, de direito pré-constitucional, de direito municipal e de norma secundária, bem como de declaração de constitucionalidade, diante da Constituição Federal, dos direitos municipal e estadual.

¹⁹⁴ STRECK, op. cit. 2015.

¹⁹⁵ “Art. 4 A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta.

§ 1º Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.” BRASIL. Lei nº 9.882/99. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em: 02 nov. 2019.

¹⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 1667 [e-book]

Não apenas deverá ser empregada a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) quando não houver outro mecanismo jurídico mais adequado, mas também exige a Lei nº 9.882/99 que haja um ato concreto do Poder Público a ser impugnado. Trata-se daquilo que se depreende da simples leitura do art. 1º, do mencionado diploma normativo¹⁹⁷ e que é confirmado pela doutrina¹⁹⁸:

No caso da arguição autônoma, além do pressuposto geral da inexistência de qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade (o que lhe dá um caráter de subsidiariedade), exige-se (i) a ameaça ou violação a preceito fundamental e (ii) um ato estatal ou equiparável capaz de provocá-la. Trata-se, inequivocamente, de uma ação, análoga às ações diretas já instituídas na Constituição, por via da qual se suscita a jurisdição constitucional abstrata e concentrada do Supremo Tribunal Federal.

A necessidade de um ato concreto emanado pelo Poder Público decorre, também, do fato de o art. 10, da Lei nº 9.882/99¹⁹⁹ exigir, após o julgamento, que haja a comunicação das autoridades e demais órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados.

Tal exigência por parte da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) é, indubitavelmente, um dos pontos de crítica envolvendo o manejo da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional por intermédio de tal remédio constitucional. Embora a teoria em si não encontre respaldo no ordenamento jurídico vigente (conforme se demonstrará a seguir) é de se pontuar que nem mesmo a via eleita para sua veiculação – a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) – chegou a satisfazer os requisitos que a lei exige.

É que, diante do cotejo da petição inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347 não há a menção de um ato concreto pelo Poder Público²⁰⁰. Evidentemente que a demanda é instruída com dados, estatísticas, estudos e levantamentos que indicam a situação de calamidade do sistema prisional brasileiro, porém, ainda assim, resta ausente menção a um ato concreto emanado pelo Poder Público.

¹⁹⁷ “Art. 1º A arguição prevista no § 1o do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;” BRASIL, op. cit. nota 191.

¹⁹⁸ BARROSO, op. cit., 2012, p. 200.

¹⁹⁹ “Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.” BRASIL, op. cit. nota 191.

²⁰⁰ Importa destacar que, enquanto pressuposto de admissibilidade da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) há a menção na petição inicial, contando inclusive com capítulo específico, à existência de atos violadores de preceitos fundamentais. Entretanto, em que pese a existência desse capítulo, é fato que no universo de setenta e cinco páginas apenas duas são destinadas aos supostos “atos violadores”. Tais atos ainda são tratados de forma genérica, sem nomear a autoridade que os praticou, suas consequências, bem como de forma específica os preceitos fundamentais maculados.

Confira-se, abaixo, trecho da petição inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347²⁰¹ em que essa questão é abordada:

41. Dentre as afrontas, vale destacar as de natureza administrativa, da União e dos Estados, que descumprem ostensivamente, de modo sistemático, preceitos fundamentais da Constituição no tratamento dos presos. Isso ocorre, por exemplo, quando não mantêm um número de vagas prisionais correspondente à população encarcerada, gerando a superpopulação; quando não asseguram condições humanas nas instalações carcerárias; quando não adotam as medidas necessárias para a garantia da segurança física dos detentos, diante da violência de outros presos ou de agentes estatais; quando não providenciam o acesso adequado à jurisdição, à saúde, à alimentação, à educação, ao trabalho e à assistência material aos detentos; quando aplicam, de modo sistemático, sanções administrativas sem o devido processo legal aos presos.

Conforme se percebe, são ventiladas uma série de questões tormentosas envolvendo a realidade carcerária nacional, porém, sem precisar um ato específico apto a ensejar o ajuizamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). A ausência de identificação de ato concreto é ainda mais evidente a partir da análise do “item 45”²⁰² da arguição respectiva:

45. O Poder Legislativo também tem – é certo – grave responsabilidade neste quadro. O legislador tem estabelecido políticas criminais absolutamente insensíveis ao drama carcerário brasileiro, que agravam a superlotação dos presídios e não geram a almejada segurança para a sociedade. Na esfera penal, a vontade de aplacar o legítimo sentimento social contrário à impunidade vem gerando o abuso, pelo Legislativo, da “legislação simbólica”, expressão de um *populismo penal* que é uma das causas do dramático quadro prisional hoje desenhado no país.

No bojo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) se passa a tecer eventual imputação de atos (e também omissões) ao Poder Legislativo. Ocorre que, igualmente ao trecho transcrito anteriormente, não é feita delimitação alguma quanto aos atos do Poder Legislativo que estariam sendo impugnados e, em relação a estes, ter-se-ia ainda de se realizar a demonstração de que não existiriam outros remédios jurídicos capazes de trazer o mesmo resultado prático equivalente ao da arguição, visto que os pronunciamentos legislativos são, por excelência, o principal alvo do controle de constitucionalidade e por isso a existência de mecanismos diversos para exercê-lo.

A necessidade de delimitação do ato concreto – tal como exige a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) – vai de encontro àquilo que prega a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional. É que esta exigência se faria aplicável em situações nas quais os seguintes requisitos estivessem presentes: (i) vulneração massiva e generalizada de

²⁰¹ BRASIL, op. cit. nota 165.

²⁰² Ibid.

direitos fundamentais de um número significativo de pessoas; (ii) prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantia e promoção dos direitos; (iii) a superação das violações de direitos pressupõe a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais.

Em um cenário no qual haja uma vulneração massiva de direitos fundamentais, uma prolongada omissão das autoridades e em que a superação de tais violações pressuponha medidas complexas dificilmente haverá apenas um ato concreto do Poder Público a ser combatido ou mesmo atos concretos delimitáveis. Por essa via, tem-se por inviável o manejo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) como instrumento jurídico apto a verter a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional.

São precisas as lições e críticas de Lenio Streck²⁰³ nesse ponto, o qual pontua que o controle de constitucionalidade exigiria um objeto de controle dotado de conteúdo normativo, não podendo jamais recair sobre “coisas”.

O objeto do controle de constitucionalidade são normas jurídicas, e não os objetos sob os quais elas incidem. Não se pode declarar as “coisas” inconstitucionais, mas tão somente as normas que prescrevem, autorizam ou proíbem determinada conduta fática. Do contrário, poder-se-ia declarar inconstitucional a própria natureza, como a poluição marinha, as estradas esburacadas, os presídios, etc. Com a tese do “estado de coisas inconstitucional”, podemos perguntar: por que o STF não declara a pobreza inconstitucional, estipulando o salário mínimo para R\$ 10.000? Por essa lógica, estaria terminado o problema da desigualdade social, etc.

A provocação acerca do porquê o Supremo Tribunal Federal (STF) não declarar a pobreza inconstitucional feita pelo autor supracitado e assim exterminar o problema da desigualdade social visa atacar a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional sob o enfoque de que “coisas” não poderiam ser, como dito, declaradas inconstitucionais *per se*, mas também sob o prisma de que a solução das questões veiculadas com base na teoria do Estado de Coisas Inconstitucional não se resumem à dicotomia da realidade e a norma.

Outras questões ainda são colocadas por Lenio Streck de extrema pertinência, como, por exemplo, o que faria o Supremo Tribunal Federal (STF) se constatasse que a maior parte do Congresso Nacional fosse composta por corruptos, isto é, haveria a possibilidade da diluição da Câmara e do Senado por força do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional destas Casas? Ademais, indaga-se qual seria a fonte normativa que autorizaria à Suprema Corte se imiscuir nos temas que competiriam, a princípio, ao Executivo e Legislativo, quando estes

²⁰³ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional* .5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 501 [e-book].

falham em lhe dar um tratamento adequado e viável. Reproduzem-se, abaixo, as mencionadas críticas²⁰⁴:

Sigo com os professores quando demonstram que a consequência da declaração de um ECI ameaça o princípio da separação dos Poderes, além de ser paradoxal: a) Se, por exemplo, 51% dos deputados forem acusados de corrupção, o STF declarará o ECI, ordenando o fechamento do Congresso ou atribuirá a política a outros órgãos?; b) Qual a competência de uma Corte Suprema para “compensar a incompetência” do sistema político? Ela pode compensar a inércia dos outros Poderes com sua competência ativa? Quem controlaria a correção jurídica do decreto (político) de ECI? Teria a Corte competência para compensar sua própria incompetência?; c) O reconhecimento de um ECI é jurídico ou político? Que sanção prevê? Persistindo a inércia, o que faz a Corte? Determina a prisão dos inertes? Mas que ilicitude praticaram? Omissão? Indenizarão os prejudicados? Ressarcidos os danos, a inércia subsistirá? d) Por que o povo teria confiança política nos juízes e desconfiaria da capacidade dos políticos? Por que acataria o poder político dos juízes como substituto do poder convencional do sistema político? Ou seja, negar-se-ia consenso à inércia política convencional com a paradoxal ativação de um novo polo – a Corte Suprema? O que garante que a nova política também não será inerte?

Há ainda outro elemento que tornaria a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro, qual seja: a prorrogação da jurisdição para além da prolação da sentença de mérito. Trata-se de ponto reconhecido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347²⁰⁵, na qual o impetrante afirma que: “a Corte, após impor inúmeras medidas a diversos órgãos e autoridades públicas, tendentes a sanar as falhas estruturais em políticas públicas que comprometiam os direitos da população deslocada, reteve a sua jurisdição, para monitorar a implementação das suas ordens”²⁰⁶.

A incompatibilidade com o sistema jurídico nacional decorreria do que dispõe o art. 203, §1º, do CPC²⁰⁷, o qual de forma expressa aponta no sentido de ser a sentença o pronunciamento judicial que põe fim à fase de conhecimento e que extingue a execução, com fundamento nos arts. 485 e 487, também do CPC.

Art. 203. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

§ 1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.

Não se deve confundir o conceito de jurisdição com o de tutela jurisdicional. Esse último quer significar o reconhecimento, pelo Judiciário, de determinada pretensão, ou a entrega do bem jurídico pretendido ou então a proteção deste caso se constate estar sob

²⁰⁴ Ibid., p. 501.

²⁰⁵ Fazia referência a petição inicial à *Sentencia* T-025, de 22/1/2004 aqui já mencionada.

²⁰⁶ BRASIL, op. cit. nota 165.

²⁰⁷ BRASIL, op. cit., nota 15.

ameaça²⁰⁸. Em que pese atualmente haja uma reformulação do conceito de jurisdição na contemporaneidade (conforme já mencionado anteriormente nesta obra) esta continua a ser definida como a solução conferida a um determinado caso concreto²⁰⁹:

A jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial (a) de realizar o Direito de modo imperativo (b) e criativo (reconstrutivo) (c), reconhecendo/efetivando/protégendo situações jurídicas (d) concretamente deduzidas (e), em decisão insuscetível de controle externo (f) e com aptidão para tornar-se indiscutível (g).

Dessa forma, tem-se que a jurisdição se encerra com a prolação de sentença (com fulcro no art. 485 ou 487, do CPC) e que seja apta a pôr fim à fase de conhecimento, bem como venha a extinguir a execução. Após a sentença o eventual cumprimento do que restou ali decidido se afigura como exaurimento do provimento jurisdicional expedido e não mais como ato jurisdicional em si, porquanto a solução à lide já foi imposta, restando apenas tutelar a entrega, proteção ou reconhecimento do bem da vida pleiteado.

Ora, se a sentença é o marco processual definidor do encerramento da atividade jurisdicional – ocasião em que passarão a ser adotados atos puramente voltados à sua satisfação e exaurimento – não há como se conceber uma perpetuação da jurisdição. Tal perpetuação é o que ocorreria ao se aplicar a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, o qual exige que a Corte Constitucional conserve ou retenha sua jurisdição mesmo após a prolação da sentença, a fim de apurar se as soluções aplicadas se afiguram adequadas e eficientes.

Convém transcrever, novamente, as lições de César Rodríguez Garavito, o qual aponta como traço distintivo da *Sentencia* T-025 o fato de a Corte Constitucional ter prosseguido ao longo de 10 (dez) anos exercendo sua jurisdição sobre o caso²¹⁰.

Ao contrário das decisões anteriores sobre o ECI, no T-025 o CCC Ele não terminou seu trabalho com a promulgação da sentença: tinha jurisdição sobre o caso²⁵ e iniciou um processo de acompanhamento regular e participação pública que continua até hoje, dez anos depois. Com relação à caracterização do ativismo judicial apresentada no capítulo 1, fica claro que a persistência e intensidade do O processo de acompanhamento se qualifica como um forte caso de acompanhamento. (tradução livre)

²⁰⁸ “A tutela dos direitos dá-se ou pelo seu reconhecimento judicial (tutela de conhecimento), ou pela sua efetivação (tutela executiva) ou pela sua proteção (tutela de segurança, cautelar ou inibitória). A tutela jurisdicional dos direitos ainda pode ocorrer pela integração da vontade para a obtenção de certos efeitos jurídicos, como ocorre na jurisdição voluntária, adiante examinada.” DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 182.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 173.

²¹⁰ “A diferencia de las decisiones previas sobre ECI, en la T-025 la CCC no dio por terminado su trabajo con la promulgación de la sentencia: retuvo su jurisdicción sobre el caso e inició un proceso de seguimiento regular y participación pública que continúa hoy, diez años después. En lo que se refiere a la caracterización del activismo judicial presentada en el capítulo 1, es claro que la persistencia y la intensidad del proceso de seguimiento cualifica como un caso de seguimiento fuerte.” GARAVITO; FRANCO, op. cit., 2015, p. 64.

Essa não é, sob qualquer ângulo, a opção feita pelo ordenamento jurídico brasileiro. Mesmo nos casos em que o trânsito em julgado apenas ocorra após a interposição do último recurso possível perante a mais alta Corte do país ainda assim a execução se dará perante o Juízo de 1º grau prolator da sentença ou, no máximo, perante os Tribunais nos casos de sua competência originária²¹¹. Não existe, portanto, hipótese na qual o Supremo Tribunal Federal (STF) conserve sua jurisdição e passe a atuar até o deslinde final do processo, uma vez que seu pronunciamento se limita ao encerramento da jurisdição: dar fim à fase de conhecimento ou extinguir a execução.

Cumpre ainda asseverar que, muito embora o direito de ação assegurado pela Constituição Federal possua a envergadura de direito e garantia fundamental, ainda assim, exige-se, para o seu legítimo exercício, a satisfação de três requisitos, os quais, segundo a Doutrina Clássica (presente no Código de Processo Civil de 1973), dividem-se em: a) a possibilidade jurídica do pedido; b) o interesse de agir e c) a legitimidade das partes.

Todavia, o Código de Processo Civil de 2015, ainda prestigiando a Teoria Eclética²¹² de Enrico Tullio Liebman, menciona apenas duas das três “condições da ação” acima destacadas. Entretanto, verifica-se que assim o faz em nome de uma melhor técnica, a qual prega que o conceito de interesse de agir passou a englobar a definição de possibilidade jurídica do pedido, ao passo em que não haveria interesse em propor demanda judicial pautada em pedido manifestamente impossível de ser concedido pelo Judiciário.

A rigor, tal modificação promovida pelo CPC/15 decorre da própria revisão que Enrico Tullio Liebman²¹³ havia feito de sua própria teoria das condições quando ainda vivo, conforme se vê:

²¹¹ “Art. 516. O cumprimento da sentença efetuar-se-á perante:

I - os tribunais, nas causas de sua competência originária;

II - o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição;

III - o juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, de sentença arbitral, de sentença estrangeira ou de acórdão proferido pelo Tribunal Marítimo.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o exequente poderá optar pelo juízo do atual domicílio do executado, pelo juízo do local onde se encontrem os bens sujeitos à execução ou pelo juízo do local onde deva ser executada a obrigação de fazer ou de não fazer, casos em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem.” BRASIL, op. cit., nota 15.

²¹² “Embora não utilize literalmente a expressão condição da ação e carência da ação, o NCPC não rompeu com a teoria eclética de Liebman das três categorias processuais. Tanto assim é que o art. 485, ao tratar da extinção do processo sem resolução do mérito, prevê como situações distintas a fundada na ausência de pressupostos processuais (inciso IV) e aquela decorrente da falta de legitimidade ou de interesse processual (inciso VI)”. THEODORO JR, Humberto. *Código de processo civil anotado*. 20. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 86 [e-book]

²¹³ “A rigor, a absorção da possibilidade jurídica pelo interesse de agir nada mais é do que a aceitação da última versão do entendimento de Liebman – notoriamente o criador da ideia de que as “condições da ação” devem ser tratadas como categoria independente do mérito e dos pressupostos processuais” – que nas últimas edições de sua

O interesse de agir surge da necessidade de obter do processo a proteção do interesse substancial; pressupõe, para isto, a afirmação da lesão deste interesse e a idoneidade do provimento demandado para protegê-lo e o satisfazer. Será, de fato, inútil receber para exame a demanda para conceder (ou negar) o provimento pedido no caso em que na situação de fato que vem deduzida não se encontre afirmada uma lesão do direito ou interesse que se afirma em face da outra parte ou se os efeitos jurídicos que se esperam do provimento já foram de qualquer maneira adquiridos, ou se o provimento seja, por si próprio, inadequado ou inidôneo a remover a lesão ou, por fim, *se o provimento demandado não pode ser pronunciado porque não admitido pela lei* (p. ex., a prisão por dívidas)²¹⁴.

Dito isto, é mais do que lógico que a ausência de qualquer uma das condições da ação acima descritas culminará no indeferimento do pleito formulado e, conseqüentemente, em uma sentença que extinguirá o processo sem resolução de seu mérito (art. 485, do CPC), como é possível se depreender após a mera leitura do art. 17, do CPC, *in verbis*²¹⁵:

Art. 17. Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.
 Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:
 (...)
 VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;

Logo, se o direito de ação para seu exercício de forma regular pede a satisfação das condições explicitadas acima (interesse de agir e legitimidade das partes), há de se averiguar se a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347 teria atendido a tais condições. Ao que tudo indica a resposta é pela negativa, ao passo que (i) a via processual eleita não se afigura como adequada por não haver ato concreto do Poder Público para fins de controle e parâmetro e (ii) por não comportar o Estado de Coisas Inconstitucional teoria que possa se amoldar ao ordenamento jurídico brasileiro, afrontando de forma expressa dispositivos da legislação.

Passar-se-á a expor, então, alternativa jurídica que conta com amparo legal e que teria o condão de proporcionar o resultado prático equivalente àquele pretendido com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF): a aplicação do microsistema da tutela coletiva.

obra deixou de sustentar a tese de que seriam três essas “condições”. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Será o fim da categoria “Condição da Ação”? Uma resposta a Fredie Didier Junior*. Disponível em: <<https://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/sera-o-fim-da-categoria-condicao-da-acao-uma-resposta-a-fredie-didier-junior/>>. Acesso em: 21 jun. 2019.

²¹⁴ LIEBMAN apud ibid.

²¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 15.

3.1. O microsistema da tutela coletiva como alternativa jurídica viável aos casos em que se pretenda a aplicação da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional

A concepção de direitos coletivos *latu sensu* ou metaindividuais é fruto da modernidade, tendo como marco histórico a Revolução Industrial na qual houve o desenvolvimento da consciência de classe e organização coletiva dos trabalhadores. É no período histórico tido como contemporâneo – compreendido desde a Revolução Francesa (1789) até a atualidade – que passa a existir maiores estudos sobre tais direitos e a sua sistematização²¹⁶.

É na Revolução Francesa que surgem os direitos denominados de “primeira dimensão” (direitos individuais civis e políticos). Consubstanciam-se como sendo os direitos à liberdade, vida, propriedade e segurança; os quais se voltam essencialmente a uma postura de abstenção do Estado, ou seja, um atuar negativo é suficiente para garantir a existência de tais direitos. A partir da organização de grupos, categorias e classes passa a existir, na transição do Estado Liberal para o Estado Social, uma preocupação (acentuada pela “Crise de 29”²¹⁷) com a igualdade material entre os indivíduos e uma atuação do Estado para que promova o bem-estar social ou “*Welfare State*”, ou seja, direitos atrelados à saúde, educação, moradia, transporte e demais direitos que atendessem à necessidade do homem a fim de que pudesse realizar a vida em toda sua potencialidade (direitos de “segunda dimensão”). É com a Carta das Nações de 1945²¹⁸, após a Segunda Guerra Mundial, que se consagram os direitos da fraternidade e solidariedade, os quais se revelam como os direitos de “terceira dimensão” e visam a proteção das gerações atuais e futuras, como o respeito à democracia e sua conservação, a proteção do meio ambiente e da qualidade de vida, dentre outros²¹⁹. Perceba-se que em relação a esses

²¹⁶ BASTOS, Fabrício. *Curso de Processo Coletivo*. Indaiatuba, SP: Foco: 2018, p. 1.

²¹⁷ Ver nota 138.

²¹⁸ “3. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião; e”. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/carta/cap1/>>. Acesso em: 25 dez. 2019.

²¹⁹ “A primeira geração é indicada pelo estabelecimento de um dever de omissão, de forma que os direitos de liberdade são satisfeitos por uma abstenção, em atenção à esfera de ação pessoal própria, inibidora da atuação do Estado Liberal. A segunda geração é identificada pelo estreitamento de um dever de ação, de modo que os direitos de igualdade são solucionados por uma prestação, em atendimento às necessidades sociais, econômicas ou culturais para a realização da vida em todas as suas potencialidades, por parte do Estado Social. A terceira geração é individualizada pela fraternidade, sobretudo os direitos à comunicação, desenvolvimento, meio ambiente equilibrado e sadio, paz mundial e proteção do patrimônio artístico e cultural, que refogem à dicotomia entre público e privado”. MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. ed. 8. São Paulo: Atlas, 2016, p. 534 [e-book].

direitos de “terceira dimensão” não há um titular específico e sim uma difusão de interessados na manutenção e conservação dos bens jurídicos em questão.

Para a tutela desses “novos direitos” não mais se fazia suficiente o processo individual da forma como existia (vide art. 76, do Código Civil de 1916²²⁰), motivo pelo qual se passou a repensar mecanismos de acesso à justiça. Nesse sentido, destacam-se as lições ventiladas por Mauro Cappelletti, autor italiano que propôs as denominadas “ondas renovatórias de acesso à justiça”, sendo a “Segunda Onda” justamente aquela preocupada com a tutela dos direitos metaindividuais²²¹. Logo, deveria haver um processo específico para a tutela desses direitos específicos, isto é, um processo coletivo a fim de regar o exercício de pretensões evidentemente coletivas.

No Brasil o regramento então mencionado possui como principal marco histórico de relevo a Ação Popular, inicialmente prevista na Constituição de 1934²²², mas, posteriormente, suprimida pela Constituição de 1937 (“Polaca”²²³). Somente com a Constituição de 1946 em

²²⁰ Até mesmo no Brasil, o Código Civil de 1916 discorria em seu art. 76 que: “Art. 76. Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral. Parágrafo único. O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou à sua família.” (BRASIL. *Código Civil de 1916*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 25 dez. 2019). Ou seja, inibia-se qualquer possibilidade de alguém tutelar em nome próprio direito de outrem, pois apenas era permitido reclamar por aquilo em que houvesse interesse econômico ou moral direto por parte do demandante.

²²¹ “O movimento de acesso à justiça teve como principal defensor o processualista e professor italiano Mauro Cappelletti, cujo estudo versava sobre três correntes mundiais (‘ondas de acesso à justiça’ que discutiam soluções para os problemas da justiça e que podem ser assim resumidas: a) Primeira onda renovatória: dispunha sobre a necessidade de providenciar a assistência judiciária aos menos favorecidos; b) tratava da urgência em se proteger os direitos metaindividuais; c) Terceira onda renovatória: propunha um novo enfoque sobre acesso à justiça a partir de três dimensões: a primeira abrange as ondas anteriores; a segunda, propõe um amplo e moderno programa de reforma nos sistemas processuais a partir de três diretrizes: a) criação/ampliação de equivalentes jurisdicionais/substitutivos jurisdicionais; b) ampliação das tutelas jurisdicionais diferenciadas; c) reformas pontuais para tornar o sistema processual mais eficiente. A terceira dimensão decorre da necessária releitura do acesso à justiça com um maior enfoque na adoção do sistema multiportas, desjudicialização, modelo participativo de processo e a necessidade da construção da ação mais adequada para o caso concreto.” BASTOS, op. cit., 2018, p. 3.

²²² “Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

38) Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios.” BRASIL, op. cit., nota 117.

²²³ “A década de 1930 havia iniciado de modo agitado, já com as Revoluções de 1930 e 1932, que resultaram na Constituição de 1934. Todavia, as turbulências seguiram e, como já destacado no item anterior, não asseguraram suficiente estabilidade político-institucional para a afirmação da nova ordem constitucional. O fato é que também no Brasil se faziam sentir, de modo intenso, as agitações ideológicas, de perfil extremista, que vicejavam na Europa, notadamente as diversas correntes do fascismo (até mesmo o nacional-socialismo, embora de forma mais tímida, alcançou o Brasil) e do socialismo e comunismo, tudo potencializado pela crise da economia mundial, especialmente em função das consequências desastrosas da crise de 1929. Com efeito, foi neste período que, sob a liderança de Plínio Salgado, surgiu a Ação Integralista Brasileira, de inspiração fascista, assim como foi nesta época que ocorreu a reorganização do Partido Comunista no Brasil, sob o comando de Luís Carlos Prestes, sujeito, de resto, à disciplina estrita do Comitê Central Soviético, culminando com o malogro da chamada ‘Intentona Comunista’, de 1935. Tal cenário, de certo modo, facilitou sobremaneira as coisas para que Getúlio Vargas, mediante argumentos de manutenção da ordem, dissolvesse a Câmara e o Senado, outorgando a Constituição de 10.11.1937. [...] No que diz com suas principais características, a Carta de 1937, redigida por Francisco Campos

seu art. 141, inciso XXXVIII²²⁴ a Ação Popular retorna ao texto constitucional. Contudo, embora houvesse previsão na Carta Magna, é com a Lei nº 4.717/65 que se tem a sua regulamentação e se viabilizou seu exercício, sendo certo que a referida lei veio a ser recepcionada pelas demais Constituições que a sucederam e, com a Constituição de 1988, alçou finalmente status de “Ação Constitucional” prevista no rol de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, LXXIII²²⁵).

Trata-se a referida ação constitucional como aquela a esboçar, pela primeira vez, procedimento voltado à tutela de interesses transindividuais, pois prevê que qualquer cidadão poderá pleitear a anulação de ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, bem como se insurgir contra ato que atente à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e cultural. Conforme se percebe, distintamente do que preconizava o Código Civil de 1916, não há um interesse econômico ou moral direto do postulante, mas sim da coletividade em se tutelar tais bens jurídicos resguardados pela Ação Popular.

O outro marco do processo coletivo apenas ocorrerá vinte anos após a promulgação da Lei da Ação Popular, tratando-se da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85). Entretanto, por força do veto contido no inciso IV de seu art. 1º, o manejo da Ação Civil Pública foi substancialmente reduzido inicialmente, pois o referido veto tornava o rol do art. 1º taxativo, limitando-o às causas atinentes ao meio ambiente, aos direitos dos consumidores, aquelas relativas aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, à ordem econômica e urbanística, à honra e dignidade de grupos étnicos e religiosos e, por fim, ao patrimônio público e social. A redação do inciso IV que foi vetada também permitia o emprego da Ação Civil Pública para “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”, de modo

e também designada de ‘A Polaca’, em virtude de ter sido inspirada fortemente na Constituição da Polônia, de 23.04.1935, fortaleceu sobremaneira o Poder Executivo, atribuindo a este uma intervenção mais ampla na elaboração das leis, designadamente, assegurando a possibilidade da expedição de decretos-leis em todas as matérias de competência da União, enquanto não fosse reunido o Congresso Nacional, conforme preceitua seu art. 13, no título destinado à organização nacional.” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., 2019, p. 311).

²²⁴ “Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 38 - Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista.” BRASIL, op. cit., nota 117.

²²⁵ “Art. 5º, [...] LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;” BRASIL, op. cit., nota 88.

que sua supressão do texto da referida lei impedia seu emprego para hipóteses distintas daquelas preconizadas no art. 1º mencionado.

O advento da Constituição de 1988 também ressignificou a Ação Civil Pública, visto que passou a prevê-la de forma expressa em seu texto (art. 129, III²²⁶), além de trazer outras demandas que robustecem o processo coletivo, assegurando-os como garantias fundamentais, tais como o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXIX e LXX²²⁷), o mandado de injunção (art. 5º, LXXI²²⁸) e a legitimação coletiva geral (art. 5º, XXI²²⁹).

De todo modo, em que pese as inovações no plano constitucional, o terceiro marco histórico para o processo coletivo é, indubitavelmente, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, o qual se preocupou em formular a distinção e esquematização dos vários interesses transindividuais, além de prever a possibilidade da intervenção individual em processo coletivo (art. 94 e 103, §2º²³⁰); o *fair notice* e o *right to opt* (art. 104²³¹); o regime geral da imutabilidade

²²⁶ “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;” BRASIL, *ibid*.

²²⁷ “Art. 5º, [...] LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;
b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;” *Ibid*.

²²⁸ “Art. 5º, [...] LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;” *Ibid*.

²²⁹ “Art. 5º, XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;” *Ibid*.

²³⁰ “Art. 94. Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

[...]

§ 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.” BRASIL, *op. cit.*, nota 16.

²³¹ “Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispêndência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.” *Ibid*.

das sentenças coletivas (art. 103, I ao III²³²); a sentença *in utilibus* ser aproveitada na esfera individual (art. 103, §3º²³³) e a atipicidade das ações coletivas (art. 83²³⁴).

Nada obstante ao que foi exposto, tem-se que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor também foi responsável pela criação do microsistema da tutela coletiva. De acordo com Fabrício Bastos²³⁵, microsistema é “o conjunto formado pelas normas processuais, materiais e heterotópicas sobre o processo coletivo nas diversas leis extravagantes e especiais positivadas em nosso ordenamento”. Diz-se isso, pois o referido diploma normativo foi o responsável por incluir, novamente, no texto da Lei de Ação Civil Pública o inciso IV em seu art. 1º, tornando-a uma ferramenta apta para outros interesses metaindividuais que não apenas aqueles elencados no rol do art. 1º e, para além disso, também trouxe normas de reenvio, de modo que as disposições do Código de Proteção e Defesa do Consumidor acerca do processo coletivo se aplicam à Ação Civil Pública e vice-versa²³⁶:

Da conjugação destes dois artigos, podemos concluir que a LACP preceitua a aplicação das normas do CDC nas Ações Cíveis Públicas em geral e o CDC, “reenvia” a aplicação das normas da LACP às ações coletivas consumeristas. Assim, encontramos as denominadas “normas de reenvio”; tal reenvio é consequência da aplicação do chamado “diálogo de fontes” comumente encontrado nas normas de direito material. Nesse panorama, reconhece-se o CDC como o agente unificador e harmonizador do microsistema coletivo, na medida em que esse diploma promoveu verdadeira integração e sistematização com a LACP, especialmente pela ligação entre o art. 90, do CDC e o art. 21, da LACP.

Não é pretensão deste trabalho exaurir a temática acerca do processo coletivo, razão pela qual se salienta que o mencionado microsistema não se encerra apenas nos diplomas normativos mencionados, existindo verdadeiro “Sistema de Vasos Intercomunicantes”²³⁷ de

²³² “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.” Ibid.

²³³ “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

[...]

§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.” Ibid.

²³⁴ “Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.” Ibid.

²³⁵ BASTOS, op. cit., 2018, p. 15.

²³⁶ Ibid., p. 16.

²³⁷ “O microsistema de tutela coletiva gera um ‘Sistema de Vasos Intercomunicantes’. Tal sistema decorre do policentrismo do ordenamento jurídico brasileiro e significa que a normatização das situações ou das relações

leis que regulam o microsistema. De todo modo, o destaque feito à Lei de Ação Popular, à Lei de Ação Civil Pública e ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor decorre do fato de serem o tripé que sustenta no ordenamento jurídico pátrio o microsistema do processo coletivo e, com maior ênfase ainda, às duas últimas legislações, as quais formam o denominado “núcleo essencial” ou “núcleo duro” do microsistema da tutela coletiva.

É no Código de Proteção e Defesa do Consumidor que reside o dispositivo legal responsável por trazer a distinção positivada das espécies de direitos transindividuais tuteláveis por intermédio do processo coletivo. Assim preconiza o art. 81, do diploma normativo:

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.

Os interesses metaindividuais se dividem, então, em dois grupos: (i) os essencialmente coletivos e (ii) os acidentalmente coletivos. Em relação aos essencialmente coletivos, estes podem ser de natureza difusa (art. 81, parágrafo único, I, do CDC) ou coletiva em sentido estrito (art. 81, parágrafo único, II, do CDC); já quanto aos acidentalmente coletivos, revelam-se como aqueles compreendidos enquanto direitos individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, III, do CDC). No que toca aos direitos individuais homogêneos há também na doutrina referência a estes como sendo espécie de direito “pseudocoletivo”²³⁸.

jurídicas se encontra em normas esparsas. À guisa de exemplo, existem diversas normas jurídicas que regulam o processo civil coletivo (Constituição da República, Lei de Ação Civil Pública, Lei de Ação Popular, Lei de Improbidade Administrativa, Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Lei do Mandado de Segurança). Entre estas diversas normas jurídicas positivadas, existe uma ‘comunicação’, que alguns denominam de aplicação integrada, ainda que informal para regular determinado instituto da tutela coletiva. É exatamente esta reunião intercomunicante de vários diplomas que regulam a mesma matéria que é denominada de sistema de casos comunicantes.” BASTOS, Fabrício. Do Microsistema da Tutela Coletiva e a Sua Interação com o CPC/15. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, nº 68, p. 59, abr./jun. 2018.

²³⁸ “Ação pseudocoletiva ou acidentalmente coletiva é aquela por meio da qual há o exercício de tutela coletiva de direitos. O direito material transindividual veiculado na demanda individual homogêneo (acidentalmente coletivo), conforme arts. 81, parágrafo único, III, do CDC e 21, parágrafo único, II, da LMS, com a devida aplicação do microsistema da tutela coletiva. Trata-se de conceito adotado por parcela significativa da doutrina.” BASTOS, op. cit., 2018, p. 51.

Por serem espécies do gênero “interesses coletivos lato sensu” há, por certo, similitudes entre as três vertentes acima descritas. No entanto, suas diferenças os tornam distintos ao ponto de ser necessário tratamento específico na legislação.

Em relação aos direitos difusos, destaca-se como primeiro ponto distintivo o fato de que o titular do direito reclamado é a própria coletividade. Por tal motivo, os titulares dos interesses difusos são sujeitos indetermináveis, uma vez que não seria possível especificar o real detentor do direito no plano abstrato ou fático. Da mesma forma que não podem ser determinados os titulares do direito vindicado²³⁹, tem-se que não existe uma relação jurídica material que os interligue²⁴⁰, bem como são indivisíveis (“havendo uma violação ao direito difuso, todos suportarão por igual tal violação, o mesmo ocorrendo com a tutela jurisdicional, que, uma vez obtida, aproveitará a todos, indistintamente”), intransmissíveis e, por óbvio, indisponíveis, já que pertencentes a todos.

São exemplos de direitos difusos o meio ambiente saudável, a paz social, e também as práticas abusivas consumeristas:

Exemplo classicamente dado de direito difuso aplicável ao direito consumerista é o da propaganda enganosa. Por meio de anúncio que induz o consumidor a erro, um fornecedor tenda vender produto ou serviço que jamais será apto a atender as expectativas deixadas pela propaganda. O simples fato de ser veiculada uma campanha publicitária enganosa é o suficiente para que todos os consumidores, potencialmente expostos a tal campanha, passem a compor a coletividade consumerista afrontada pela violação cometida pelo fornecedor.

No que tange aos direitos coletivos em sentido estrito (os quais também ostentam a natureza de direitos essencialmente coletivos), seus titulares são aqueles a integrar grupo, classe ou categoria. Aí reside a distinção em relação aos direitos difusos, os quais são de titularidade da coletividade e não de um determinado grupo. Tais sujeitos integrantes desse grupo, categoria ou classe também são indeterminados, porém, essa indeterminação se limita ao plano abstrato,

²³⁹ “Afirmar que o direito difuso é transindividual é determinar a espécie de direito pelo seu aspecto subjetivo, qual seja, o seu titular. O direito transindividual, também chamado de metaindividual ou supraindividual, é aquele que não tem como titular um indivíduo. Nas corretas lições de Teori Albino Zavascki, ‘é direito que não pertence à administração pública e nem a indivíduos particularmente determinados. Pertence, sim, a um grupo de pessoas, a uma classe, a uma categoria, ou à própria sociedade, considerada em seu sentido amplo’”. TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor*. 6 ed. Forense: São Paulo: MÉTODO, 2017, p. 355 [e-book]

²⁴⁰ “Vínculo subjetivo: nos interesses difusos não há nenhuma relação jurídica material entre os titulares. Não existe um vínculo comum de natureza jurídica e, tampouco, uma relação jurídica base. O vínculo é uma mera circunstância de fato. Não deve ser confundida uma mera circunstância de fato com a existência de um fato comum. Fato comum é fato delimitado, individualizado. Como exemplo de circunstância de fato podemos citar residir no mesmo local (bairro, comunidade, rua, condomínio, cidade e etc.), de ter adquirido o mesmo produto, de ter utilizado o mesmo serviço. Assim, não existe uma coesão entre os membros da coletividade, pois a relação entre eles não decorre de um vínculo precedente, mas de uma lesão comum.” BASTOS, op. cit., 2018, p. 67.

visto que é possível (ainda que eventualmente trabalhoso) determinar os sujeitos em questão. Outra distinção em relação aos direitos difusos reside no fato de que os membros desta coletividade estão umbilicalmente atrelados por força de uma relação jurídica base²⁴¹. Tal qual os direitos difusos, os direitos coletivos em sentido estrito também são indisponíveis (eis que não pertencem a um titular que possa de tal direito dispor livremente), indivisíveis (“ao passo que pertence à coletividade, é insuscetível de apropriação individual”²⁴²) e intransmissíveis.

Por fim, os direitos individuais homogêneos, os quais são apenas acidentalmente coletivos²⁴³, ostentam como principal característica terem titulares determinados ou determináveis (no plano abstrato e fático). A tutela recai sobre direitos originariamente de ordem individual, os quais são divisíveis e os sujeitos postulantes estão atrelados entre si por força de um vínculo fático decorrente de uma origem comum. A maior parte da doutrina defende se tratar de uma soma de direitos individuais que guardam entre si uma relação de afinidade e semelhança, motivo pelo qual seria proveitoso seu julgamento de forma conjunta; porém, existem aqueles que entendem, minoritariamente, haver natureza coletiva no interesse individual homogêneo²⁴⁴. Tal como ocorre nos direitos difusos o vínculo da coletividade existente nesta espécie de direito coletivo decorre de uma origem fática, contudo, não se deve confundi-los, pois nos direitos individuais homogêneos “há uma relação *ex post factum*, ou seja, até a ocorrência do fato não havia qualquer vínculo entre os sujeitos.”²⁴⁵

²⁴¹ “O último elemento indispensável ao direito coletivo é a existência de uma relação jurídica base. Conforme bem ensinado pela doutrina, ‘essa relação jurídica base é a preexistente à lesão, ou ameaça de lesão do interesse ou direito do grupo, categoria ou classe de pessoas. Não a relação jurídica nascida da própria lesão ou ameaça de lesão’. Significa que o direito coletivo depende de uma relação jurídica que reúna os sujeitos em um grupo, classe ou categoria antes de qualquer violação ou ameaça de violação a um direito indivisível dessa comunidade.” TARTUCE; NEVES, op. cit., 2017, p. 357.

²⁴² BASTOS, op. cit., p. 75.

²⁴³ “Dessa forma, a tutela coletiva deve ser compreendida como uma espécie de tutela jurisdicional voltada à proteção de determinadas espécies de direitos materiais. A determinação de quais são esses direitos é tarefa do legislador, não havendo uma necessária relação entre a natureza do direito tutelado e a tutela coletiva. Significa que mesmo direitos de natureza individual podem ser protegidos pela tutela coletiva, bastando para isso que o legislador expressamente determine a aplicação desse tipo de sistema processual - microssistema coletivo - a tais direitos. Essa parece ser a opção do sistema pátrio, ainda que parcela da doutrina teça críticas a tal ampliação do âmbito de aplicação da tutela coletiva. É exatamente o que ocorre com o direito individual homogêneo, que, apesar da natureza individual, é objeto de tutela coletiva por expressa previsão do Código de Defesa do consumidor. O mesmo corre com os direitos individuais indisponíveis do idoso (arts. 15, 74 e 79, da Lei 10.741/2003), criança e adolescente (arts. 11, 201, V, 208, VI e VII, da Lei 8.069/1990), desde que a ação coletiva seja promovida pelo Ministério Público.” NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. ed. 9. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 115.

²⁴⁴ “A maioria da doutrina, a despeito de reconhecer a categoria jurídica dos direitos individuais homogêneos, afirma que não se trata de direito transindividual, mas a soma de direitos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança ou de homogeneidade. Há, por outro lado, quem sustente que os direitos individuais homogêneos são individuais e apenas formalmente ou processualmente coletivos.” BASTOS, op. cit., 2018, p. 78.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 81.

Em todas as hipóteses a legitimação para a propositura de demanda coletiva (qualquer que seja) é extraordinária, isto é, não será o próprio titular do direito a postular em Juízo e sim um terceiro que assim o fará em nome deste²⁴⁶. A legitimação coletiva é prevista no art. 5º, da Lei nº 7.347/85²⁴⁷ (Lei da Ação Civil Pública) e 82²⁴⁸, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor e é compreendida como concorrente e disjuntiva, isto é, a atuação processual de um dos legitimados não condiciona ou impede a atuação dos demais.

Por força das normas de reenvio constantes no microsistema da tutela coletiva, tem-se que os legitimados da Ação Civil Pública e do Código de Proteção e Defesa do Consumidor

²⁴⁶ “Não se pode, porém, deixar de fazer referência à legitimidade extraordinária, assim entendida a legitimidade atribuída pelo ordenamento jurídico a quem não é sujeito da relação jurídica deduzida no processo (art. 18). Significa isto dizer que a lei – e também a Constituição da República – pode atribuir legitimidade a alguém que, não sendo (e nem sequer afirmando ser) sujeito da relação jurídica deduzida no processo, fica autorizado a ocupar uma posição processual ativa ou passiva. É o que se dá, por exemplo, no caso estabelecido no art. 5º, LXX, b, da Constituição, que atribui legitimidade às entidades de classe, organizações sindicais e associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano para impetrar, em nome próprio, mandado de segurança coletivo em defesa de interesses de seus membros ou associados.” CÂMARA, op. cit., 2017, p. 44.

²⁴⁷ “Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007) (Vide Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência)

I - o Ministério Público; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

II - a Defensoria Pública; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

V - a associação que, concomitantemente: (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (Redação dada pela Lei nº 13.004, de 2014)

§ 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

§ 2º Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes.

§ 3º Em caso de suspensão infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa. (Redação dada pela Lei nº 8.078, de 1990)

§ 4.º O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. (Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990)

§ 5.º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei. (Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990)

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. (Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990)” BRASIL. *Lei da Ação Civil Pública*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 26 dez. 2019.

²⁴⁸ “Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995) Vide Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência)

I - o Ministério Público,

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

§ 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.” BRASIL, op. cit., nota 15.

se complementam de modo que, por exemplo, a Defensoria Pública, que não é mencionada no diploma consumerista, passa a ser legitimada extraordinária para a defesa dos consumidores por força do que dispõe a Lei da Ação Civil Pública²⁴⁹.

Ainda em relação à Defensoria Pública é importante destacar o papel de relevo que passou a ostentar recentemente no que tange à proteção de eventuais direitos metaindividuais. De início, salienta-se a previsão da própria Lei Complementar nº 84/90 (lei que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios, além de prescrever normas gerais para sua organização nos Estados), ao passo que consta expresso em seu art. 4º, XI como função institucional a defesa dos interesses individuais e coletivos dos grupos vulneráveis, disposição incluída pela Lei Complementar 132/09:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

[..]

XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

Há quem advogue²⁵⁰, atualmente, um novo papel da Defensoria Pública em relação à sua atuação na proteção desses grupos vulneráveis, em que a referida instituição assumiria o papel de *custos vulnerabilis* (guardião dos vulneráveis), ostentando não apenas legitimidade para propor ações coletivas – conforme prevê a legislação e reafirmado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADI 3.943 – mas para intervir em processos dessa natureza.

²⁴⁹ A inclusão da Defensoria Pública como legitimada foi, inclusive, objeto de controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, o qual na ADI 3.943 confirmou a legitimidade da instituição para o ajuizamento de ações coletivas. Confira-se a ementa: “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ART. 5º, INC. II, DA LEI N. 7.347/1985, ALTERADO PELO ART. 2º DA LEI N. 11.448/2007). TUTELA DE INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS (COLETIVOS STRICTO SENSU E DIFUSOS) E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DEFENSORIA PÚBLICA: INSTITUIÇÃO ESSENCIAL À FUNÇÃO JURISDICIONAL. ACESSO À JUSTIÇA. NECESSITADO: DEFINIÇÃO SEGUNDO PRINCÍPIOS HERMENÊUTICOS GARANTIDORES DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E DA MÁXIMA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: ART. 5º, INCS. XXXV, LXXIV, LXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE NORMA DE EXCLUSIVIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELO RECONHECIMENTO DA LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI nº 3.943/DF Rel. Min. Carmen Lúcia. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2548440>>. Acesso em: 26 dez. 2019.

²⁵⁰ “Um dos precursores do instituto do *custos vulnerabilis*, o defensor público Maurilio Casas Maia, considera que esse tipo de intervenção ‘é mecanismo processual especialmente dedicado a conferir visibilidade às necessidades e interesses jurídicos da população em situação de vulnerabilidade’.” VALENTE, Fernanda. *Fiscal dos Vulneráveis Tribunais admitem legitimidade da Defensoria como custos vulnerabilis*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-set-15/tribunais-admitem-atuacao-defensoria-custos-vulnerabilis>>. Acesso em: 27 dez. 2019.

No Habeas Corpus coletivo 143.641²⁵¹ (que tratava da possibilidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar quando o caso envolvesse mulheres ou adolescentes gestantes, puérperas ou com filhos até 12 anos ou deficientes, se subordinasse aos requisitos objetivos trazidos pela Lei da Primeira Infância – Lei 13.257/2016) a Defensoria pugnou seu ingresso na condição de *custos vulnerabilis*, porém, o Ministro Relator Ricardo Lewandowski as admitiu como *amici curiae*. A posição de “amigo da corte” possui limitação significativa na atuação daquele que ostenta tal posição, especialmente sob o âmbito recursal.

Mais recentemente, porém, no bojo do Recurso Especial nº 1.712.163²⁵² (processo que versava sobre a possibilidade de concessão de medicamentos sem prévio registro na ANVISA) a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça reconheceu a Defensoria Pública da União como parte no feito e interveniente sob a condição de *custos vulnerabilis*. Confira-se, abaixo, trecho do mencionado Aresto:

[...] 2. Na espécie, após análise acurada dos autos, verificou-se que o acórdão embargado deixou de analisar a possibilidade de admissão da Defensoria Pública da União como *custos vulnerabilis*. 3. Em virtude de esta Corte buscar a essência da discussão, tendo em conta que a tese proposta neste recurso especial repetitivo irá, possivelmente, afetar outros recorrentes que não participaram diretamente da discussão da questão de direito, bem como em razão da vulnerabilidade do grupo de consumidores potencialmente lesado e da necessidade da defesa do direito fundamental à saúde, a DPU está legitimada para atuar como quer no feito.

A legitimação da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis* é retirada da própria legislação, vide o teor dos artigos 81-A, da Lei de Execuções Penais²⁵³, o art. 554, §1º, do Código de Processo Civil²⁵⁴ e do art. 141, do Estatuto da Criança e do Adolescente²⁵⁵.

²⁵¹ “[...].Defiro o ingresso, como amici curiae, do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), o Instituto Terra Trabalho e Cidadania (ITTC) e a Pastoral Carcerária Nacional, bem como de todas as Defensorias Estaduais que vierem a requerer sua admissão nos autos. Anote-se. Inclua-se o presente feito, para julgamento, na pauta da 2ª Turma desta Suprema Corte. Publique-se” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC Coletivo nº 143.641*. Min Ricardo Lewandowski. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incid_ente=5183497>. Acesso em: 27 dez. 2019.

²⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.712.163*, 2ª Seção, Min. Moura Ribeiro. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-11-13_08-05_Repetitivo-desobriga-planos-de-fornecer-medimento-nao-registrado-pela-Anvisa.aspx>. Acesso em: 27 dez. 2019.

²⁵³ “Art. 81-A. A Defensoria Pública velará pela regular execução da pena e da medida de segurança, oficiando, no processo executivo e nos incidentes da execução, para a defesa dos necessitados em todos os graus e instâncias, de forma individual e coletiva. (Incluído pela Lei nº 12.313, de 2010).” BRASIL. *Lei de Execuções Penais*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 27 dez. 2019.

²⁵⁴ “Art. 554. (...) § 1º No caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas, serão feitas a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos demais, determinando-se, ainda, a intimação do Ministério Público e, se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública.” BRASIL, op. cit., nota 15.

²⁵⁵ “Art. 141. É garantido o acesso de toda criança ou adolescente à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, por qualquer de seus órgãos.” BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069compilado.htm>. Acesso em: 27 dez. 2019.

Desse modo, embora o Ministério Público ocupe a posição de principal legitimado ativo coletivo para a propositura de ações coletivas, é certo que a Defensoria Pública desponta como aliado valioso na tutela de tais interesses. Em especial ao que tange o Estado de Coisas Inconstitucional, cuja função precípua é a deflagração de situação de crise institucional que vulnera de sobremaneira direitos fundamentais, ter-se-ia as vítimas em questão como possíveis vulneráveis a justificar a atuação da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis*, conferindo ainda mais concretude à sua legitimação para a propositura de ações coletivas.

Feitas essas breves considerações, tem-se que as situações em que se pretenderia empregar a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional poderiam ser dirimidas com base no que resta previsto na legislação brasileira sobre o microssistema da tutela coletiva. A vantagem disso reside no fato de que o mencionado microssistema resta positivado, é compatível com o ordenamento jurídico (alguns dos diplomas normativos que o integram, como a Ação Popular, acompanham os operadores do direito há quase um século) e, principalmente, por assim o ser, torna-se mais dificultoso que posturas ativistas sejam tomadas.

Dois casos foram frequentemente mencionados ao longo deste trabalho: o deslocamento forçado de pessoas (caso exitoso colombiano de aplicação da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional) e a situação carcerária brasileira. No primeiro caso, amoldar-se-ia este à lógica dos direitos individuais homogêneos, visto que as pessoas obrigadas a se deslocarem de suas residências em decorrência da atuação de grupos armados são vítimas indivisivelmente consideradas, porém, cada uma destas teve um dano distinto e peculiar, motivo pelo qual há ainda individualidade em cada um dos casos. Já a realidade carcerária brasileira se amolda à hipótese de direitos coletivos em sentido estrito, ao passo que todos os presos se veem interligados por uma mesma relação jurídica base: o encarceramento e a custódia estatal.

O fato de os partidos políticos não serem legitimados universais (visto a redação do art. 21, da Lei do Mandado de Segurança²⁵⁶) não os inibe de provocarem o ajuizamento da ação

²⁵⁶ “Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.” BRASIL. *Lei do Mandado de Segurança*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm>. Acesso em: 26 dez. 2019.

respectiva. O autor da ADPF nº 347 é um partido político e, no caso, não ostentaria legitimidade extraordinária para, por exemplo, propor uma Ação Civil Pública; porém, é possível que por intermédio das peças de informação eventualmente encaminhadas ao legitimado extraordinário (Ministério Público, Defensoria Pública, Fazenda Pública ou outro) haja a provocação de instauração de processo coletivo, mediante aplicação do art. 139, X, do Código de Processo Civil²⁵⁷, ocasião em que o Juízo estipulará um prazo para que o legitimado coletivo se manifeste e, no caso de se tratar do Ministério Público (principal legitimado ativo coletivo), há a inda a possibilidade de encaminhamento das peças respectivas ao Conselho Superior do Ministério Público, nos termos do art. 9º, da Lei de Ação Civil Pública²⁵⁸.

Importa ainda destacar que o manejo de ações coletivas não retira a possibilidade de se pugnar pela concessão de tutela provisória (independentemente de sua natureza), tal como aquela deferida no bojo da ADPF nº 347. É que o processo coletivo se revela plenamente compatível com as tutelas provisórias introduzidas pelo Código de Processo Civil de 2015²⁵⁹, sendo possível, nos casos de urgência e de evidência, requerer-se liminar para resguardar o direito vindicado.

Persistem ainda mecanismos dialógicos na tutela coletiva, seja pela celebração de convenções (negócios) processuais nos termos do art. 190, do Código de Processo Civil²⁶⁰, seja

²⁵⁷ “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

[...]

X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.” BRASIL, op. cit., nota 15.

²⁵⁸ “Art. 9º Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente.

§ 1º Os autos do inquérito civil ou das peças de informação arquivadas serão remetidos, sob pena de se incorrer em falta grave, no prazo de 3 (três) dias, ao Conselho Superior do Ministério Público.

§ 2º Até que, em sessão do Conselho Superior do Ministério Público, seja homologada ou rejeitada a promoção de arquivamento, poderão as associações legitimadas apresentar razões escritas ou documentos, que serão juntados aos autos do inquérito ou anexados às peças de informação.

§ 3º A promoção de arquivamento será submetida a exame e deliberação do Conselho Superior do Ministério Público, conforme dispuser o seu Regimento.

§ 4º Deixando o Conselho Superior de homologar a promoção de arquivamento, designará, desde logo, outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação.” BRASIL, op. cit., nota 246.

²⁵⁹ “Toda a nova sistematização das tutelas provisórias, inclusive a possibilidade de requerimento da tutela antecipada em caráter antecedente com a possibilidade de estabilização (artigos 303 e 304, CPC), será plenamente aplicável aos processos coletivos. O art. 4º, da Lei 7.347/85 não afasta a aplicabilidade das normas das tutelas provisórias aos processos coletivos, pois refere-se somente à possibilidade do ajuizamento de ação cautelar para os fins de proteger os interesses previstos no artigo 10 da mesa lei. Os arts. 12 da lei 7.347/85, 5º, §4º da Lei nº4.717/65 e 7º, III, da Lei 12.016/09, por sua vez, trazem somente previsões genéricas, permitindo ao órgão jurisdicional a concessão de tutela provisória em caráter liminar.” BASTOS, op. cit., 2017, p. 88.

²⁶⁰ “Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

se valendo de outras bases normativas. É o que se teria, por exemplo, no caso de o Ministério Público ser o autor da ação coletiva, ao passo em que a Resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)²⁶¹ assim autorizar fazê-lo. É importante fazer destaque também à Resolução nº 179, também do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) a qual prevê aspectos procedimentos e materiais referentes ao Termo de Ajustamento de Conduta, podendo ser inclusive celebrado na seara da improbidade administrativa e que agora conta com previsão legal, ante a aprovação do “Projeto Anticrime”, atual Lei 13.964/19:

Art. 6º A Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 17.

§ 1º As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei.

[...]

§ 10-A. Havendo a possibilidade de solução consensual, poderão as partes requerer ao juiz a interrupção do prazo para a contestação, por prazo não superior a 90 (noventa) dias.

Não apenas isso, mas existem ainda, previstos no microsistema da tutela coletiva, outras hipóteses não impositivas de resolução dos conflitos; ponto este também de extrema relevância para os defensores do Estado de Coisas Inconstitucional, visto que uma solução desenvolvida mediante um processo dialógico se afigura como mais eficaz. Dentre tais métodos, destacam-se a possibilidade de celebração de termo de ajustamento de conduta (TAC) (art. 5º, §6º, da Lei de Ação Civil Pública²⁶²), o acordo de leniência (art. 16, da Lei

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.” BRASIL, op. cit., nota 15.

²⁶¹ “Art. 15. As convenções processuais são recomendadas toda vez que o procedimento deva ser adaptado ou flexibilizado para permitir a adequada e efetiva tutela jurisdicional aos interesses materiais subjacentes, bem assim para resguardar âmbito de proteção dos direitos fundamentais processuais. Art. 16. Segundo a lei processual, poderá o membro do Ministério Público, em qualquer fase da investigação ou durante o processo, celebrar acordos visando constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais. Art. 17. As convenções processuais devem ser celebradas de maneira dialogal e colaborativa, com o objetivo de restaurar o convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos por intermédio da harmonização entre os envolvidos, podendo ser documentadas como cláusulas de termo de ajustamento de conduta.” BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 118*. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-118.pdf>>. Acesso em: 27 dez. 2019.

²⁶² “Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007) (Vide Lei nº 13.105, de 2015) [...] §6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. (Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990)”. BRASIL, op. cit., nota 246.

Anticorrupção²⁶³ e art. 86, da Lei de Defesa da Concorrência²⁶⁴) e o compromisso de cessão (at. 85, da Lei de Defesa da Concorrência²⁶⁵)

É evidente que na celebração de acordos envolvendo interesses coletivos não pode haver o sacrifício do próprio direito pretendido. O fato de serem indisponíveis por seus titulares não significa que não admitam transação, conforme prevê o Enunciado nº 135, do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC)²⁶⁶ e de acordo com as precisas lições de Alexandre Freitas Câmara²⁶⁷:

Além disso, a lei limita a validade dos negócios processuais, restringindo-a às causas que versem sobre direitos que admitem autocomposição. Não fala a lei, corretamente, em “direitos indisponíveis”, mas em direitos que admitem autocomposição. É que há casos em que, não obstante a indisponibilidade do direito material, há aspectos que admitem autocomposição, como se dá em matéria de alimentos, por exemplo.

É também nesse sentido que aponta Fabrício Bastos, ao discorrer que a eventual solução consensual não pode macular a tutela jurisdicional em si, especialmente por força do regime jurídico *in utilibus* do processo coletivo:

Outro ponto que deve ser enfrentado é o cotejo entre a autocomposição e o regime jurídico *in utilibus* do processo coletivo. Fixada a premissa da possibilidade da autocomposição nos processos coletivos, deve ser fixada a conclusão de que o resultado da solução consensual não pode prejudicar a eventual tutela jurisdicional individual, ou seja, não pode ser empecilho para que os indivíduos (nos casos principalmente de direitos individuais homogêneos) possam promover as suas próprias demandas. Entendemos que é imprescindível constar tal advertência nos termos da autocomposição, com base nos princípios da transparência, boa-fé objetiva

²⁶³ “Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e

II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.” BRASIL. *Lei Anticorrupção*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 27 dez. 2019.

²⁶⁴ “Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e

II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.” BRASIL. *Lei de Defesa da Concorrência*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 27 dez. 2019.

²⁶⁵ “Art. 85. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei.” Ibid.

²⁶⁶ “Enunciado 135: A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual”. FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, 24, 25 e 26, 2017. *Resumo dos trabalhos*. Florianópolis: FPPC, 2019.

²⁶⁷ CÂMARA, op. cit., 2017, p. 116.

e cooperação (arts. 5º e 6º, do CPC). Ademais, a autocomposição não poderá ensejar a disponibilidade do direito material, pois pertence aos membros da coletividade e não ao legitimado coletivo. É plenamente possível, diga-se, a realização da autocomposição sem a disposição do direito material subjacente, até porque não se trata de uma transação tal como a que existe no direito civil (art. 840, do CC).

O que se conclui, portanto, é que eventual autocomposição na seara do microsistema da tutela coletiva não poderá implicar no afastamento do direito em si vindicado ou mesmo em renúncia deste. Ao revés, o eventual acordo tratará acerca das condições de modo, tempo e local para a implementação dos direitos transindividuais que estão sob litúgio, ou seja, sobre aspectos acessórios ou secundários, e jamais sobre o núcleo do direito material em si (que, via de regra é indisponível mesmo nos casos de interesses acidentalmente coletivos, situação em que apenas após a liquidação da sentença haverá a disponibilidade total do titular acerca do bem da vida que foi reconhecido).

Dessa forma, por não haver compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro e por existirem instrumentos legalmente previstos e aptos a gerar o mesmo resultado prático equivalente àquele que se pretendia verter pela via da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, conclui-se pela prevalência do seu não emprego em demandas judiciais. Deve-se, por certo, preferir aqueles remédios jurídicos que estão em consonância com a legislação, porquanto desse modo há uma maior certeza da eficácia dos resultados da pretensão deduzida (seja esta judicial ou extrajudicial) e, concomitantemente, maior sindicabilidade por parte do Judiciário e demais poderes, uma vez que o simples fato de a via eleita para a veiculação da tutela pretendida ser positivada e dotada de adesão pelo restante da legislação vigente já pressupõe que haja a possibilidade de emprego dos freios e contrapesos, próprios do regime democrático e, assim, evitar-se práticas dotadas de ativismo judicial.

3.2. A Pandemia do “Coronavírus” (COVID-19) e a Desnecessidade do emprego da Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional

É fato notório que se vive atualmente um cenário global excepcional. A Organização Mundial da Saúde (OMS) reconheceu o estágio de pandemia propagado pelo “coronavírus” (COVID-19)²⁶⁸. Igualmente notória é a disseminação do dito vírus, a qual se dá por meio de partículas existentes no ar e pelo contato com pessoas contaminadas.

²⁶⁸ OMS. *Emergencies diseases novel coronavirus 2019 events as they happen*. Disponível em: <<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/events-as-they-happen>>. Acesso em: 21 mar. 2020.

A grande problemática envolvendo o patógeno se deve à sua propagação, que de acordo com o “*New England Journal of Medicine*”²⁶⁹ apresenta como média 12 (doze) dias e meio, bem como a necessidade de hospitalização de ao menos 14% (quatorze por cento) dos infectados²⁷⁰. De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS), em 23 de maio de 2020 foi contabilizado o contágio de 5.103.006 de pessoas, sendo que destas se confirmou o falecimento de 333.401 indivíduos; a pandemia atualmente assola 216 países no mundo²⁷¹.

A situação nos estados do Brasil é preocupante, conforme noticiado amplamente pelos meios de comunicação e com especial ênfase para os estados do norte do país²⁷². Particularmente em relação ao estado do Rio de Janeiro se destaca o fato de que, de acordo com o portal da transparência²⁷³, em 2019 ocorreram 25.120 falecimentos em decorrência de doenças respiratórias sendo que, para o mesmo período correspondente ao ano de 2020 os óbitos já alcançam o numerário de 30.937 pessoas, das quais 6.211 a causa foi identificada como “COVID-19”, muito embora existam ainda 481 óbitos por causa indeterminada em 2020, confrontados com apenas 9 óbitos em 2019.

²⁶⁹ “RESULTS: Among the first 425 patients with confirmed NCIP, the median age was 59 years and 56% were male. The majority of cases (55%) with onset before January 1, 2020, were linked to the Wuhan Seafood Wholesale Market, as compared with 8.6% of the subsequent cases. The mean incubation period was 5.2 days (95% confidence interval [CI], 4.1 to 7.0), with the 95th percentile of the distribution at 12.5 days. In its early stages, the epidemic doubled in size every 7.4 days. With a mean serial interval of 7.5 days (95% CI, 5.3 to 19), the basic reproductive number was estimated to be 2.2 (95% CI, 1.4 to 3.9).” Tradução Livre: Dentre os 425 pacientes confirmados com a nova infecção de pneumonia coronavírus (NCIP), a média de idade foi de 59 (cinquenta e nove anos) e 56% (cinquenta e seis por cento) eram do sexo masculino. A maioria dos casos (55%) teve início antes de primeiro de janeiro de 2020 e está ligada ao mercado de rua de frutos do mar de Wuhan, enquanto comparado com os 8.6% dos casos subsequentes. O período de incubação média foi de 5.2 dias (95% de intervalo de confiança [CI], 4.1 para 7.0), com 95% de distribuição em 12.5 dias. Nos estágios iniciais a epidemia dobrava seu tamanho em 7.4 dias. Com uma média de intervalo serial de 7,5 dias (IC 95%, 5,3 a 19), o número reprodutivo básico foi estimado em 2,2 (IC95%, 1,4 a 3,9).” *New England Journal of Medicine*. Disponível em: <<https://www.nejm.org/doi/pdf/10.1056/NEJMoa2001316>>. Acesso em: 23 abr. 2020.

²⁷⁰ “Third, the number of fatalities for COVID-19 is far greater than that seen with the 2009 H1N1 pandemic. This reflects a case-fatality rate or CFR – the proportion of deaths compared with the total number of people diagnosed – of 2.3% for COVID-19 compared to the estimated 0.048% CFR for 2009 H1N1 in the US. The rate of hospitalisation also differs with each virus: for COVID-19 an estimated 14% of cases will require hospitalisation, much higher than the 2009 H1N1 pandemic.” Tradução livre: Terceiro, o número de letalidade para o COVID-19 é muito maior do que aquele visto em 2009 para a pandemia do H1N1. Isso reflete uma relação de fatalidade – proporção de mortes comparadas com o total do número de pessoas infectadas – de 2,3% para COVID-19 comparada com a estimativa de 0,0048% para o H1N1 de 2009 nos EUA. O nível de hospitalização também é distinto para cada um dos vírus: para o COVID-19 é estimado que 14% dos casos vão necessitar de hospitalização; muito maior do que havia com o H1N1 em 2009 durante a pandemia.” Disponível em: <<https://theconversation.com/coronavirus-what-the-2009-swine-flu-pandemic-can-tell-us-about-the-weeks-to-come-134076>>. Acesso em: 23 abr. 2020.

²⁷¹ WHO. *The Conversation. Academic rigor, journalistic flair*. Disponível em: <<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>>. Acesso em: 23 mai. 2020.

²⁷² O GLOBO. *Em colapso pelo coronavírus Manaus enterra 1249 em duas semanas já tem falta de caixões*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/coronavirus/em-colapso-pelo-coronavirus-manaus-enterra-1249-em-duas-semanas-ja-teme-falta-de-caixoes-24388568>>; <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52406404>>. Acesso em: 26 abr. 2020.

²⁷³ BRASIL. *Portal da Transparência*. Disponível em: <<https://transparencia.registrocivil.org.br/especial-covid>>. Acesso em: 23 mai. 2020.

Além da gravidade do patógeno, percebe-se no estado fluminense uma gestão ineficiente da situação. Isso porque, dos nove hospitais de campanha idealizados inicialmente apenas um destes foi entregue no prazo²⁷⁴, em decorrência de suspeitas de irregularidades na condução do processo licitatório²⁷⁵ para a escolha de empresas privadas que auxiliariam o poder público. Ademais disso, de acordo com informações do Ministério da Saúde²⁷⁶ a letalidade do vírus é maior na população acima dos 60 anos de idade, ou seja, o nível de mortalidade é mais significativo na população idosa, a qual é compreendida como um dos grupos vulneráveis e que demanda maior amparo do Estado.

O cenário político não contribui para que haja uma sinergia entre os entes da federação e estes cooperem no embate à pandemia. As divergências do governo federal com alguns estados que implementaram políticas de distanciamento social como forma de reduzir o contágio expõe os indivíduos a situações de risco, ao passo que não se percebe uma integração das políticas de combate contra o patógeno. Em razão de tudo que foi exposto os estudos do “*Imperial College London*”, instituição que desde o início da pandemia atua conjuntamente com a Organização Mundial da Saúde (OMS), aponta o Brasil como o epicentro do contágio na América Latina²⁷⁷ e “fora de controle”, conforme noticiado²⁷⁸.

Diante do exposto, depreende-se que os requisitos para a configuração do Estado de Coisas Inconstitucional se fariam presentes no caso em tela. Há uma violação massiva aos

²⁷⁴ BARREIRA, Gabriel. *RJ entrega só 1 de 9 hospitais de campanha no prazo, com 2,2% do total de leitos prometidos*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/04/30/rj-so-entrega-1-de-8-hospitais-de-campanha-no-prazo-com-25percent-do-total-de-leitos-prometidos.ghtml>>. Acesso em: 23 mai. 2020.

²⁷⁵ NITAHARA, Akemi. *Inauguração dos hospitais de campanha do Rio de Janeiro é adiada*. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-05/inauguracao-dos-hospitais-de-campanha-do-rio-de-janeiro-e-adiada>>. Acesso em: 23 mai. 2020.

²⁷⁶ “Dos 40.581 casos, existem 8.318 pessoas internadas e das 2.575 mortes já foi possível concluir a investigação de 2.082 casos, ou seja, 81% do total, o que permite traçar um perfil de óbitos causados pela doença: 7 de cada 10 pessoas tinham mais do que 60 anos de idade e apresentavam pelo menor um fator de risco, como doenças do coração ou do pulmão e diabetes. Além disso, a maioria eram homens (60%) e de cor branca (56,6%). Grupos de risco: Pessoas acima de 60 anos se enquadram no grupo de risco, mesmo que não tenham nenhum problema de saúde associado”. BRASIL. Ministério da Saúde. *Brasil registra 40.581 casos de coronavírus e 2.845 mortes*. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46757-brasil-registra-40-581-casos-de-coronavirus-e-2-845-mortes>>. Acesso em: 23 mai. 2020.

²⁷⁷ *Imperial research, supported by Brazil's FAPESP, found that the coronavirus epidemic in Brazil is not yet under control. The team looked at the five states in Brazil with the highest number of deaths and estimate that the population infection levels range from 3.3% in São Paulo to 10.6% in Amazonas*. Tradução livre: A pesquisa do Império, auxiliada pela FAPESP do Brasil, revela que a epidemia do coronavírus no Brasil ainda não está sob controle. A equipe observou cinco estados no Brasil com o maior número de mortes e estimou que a infecção da população atingirá níveis de 3,3% em São Paulo e até 10,6% no Amazonas. JOHNS, Stephen. *Imperial's international networks of scientists tackling coronavirus pandemic*. Imperial College London. Disponível em: <<https://www.imperial.ac.uk/news/197519/imperials-international-networks-scientists-tackling-coronavirus/>>. Acesso em: 23 mai. 2020.

²⁷⁸ O ESTADÃO. *Imperial College vê transmissão do coronavírus fora de controle e estima mortes*. Disponível em: <<https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,imperial-college-ve-transmissao-do-coronavirus-no-brasil-fora-de-controle-e-estima-mortes,70003311663>>. Acesso em: 23 mai. 2020.

direitos fundamentais (em especial daqueles grupos tidos como mais vulneráveis, destacando-se: a população idosa e os hipossuficientes, os quais em decorrência da necessidade do isolamento social se veem privados de prover sua própria subsistência), a qual decorre de uma inaptidão de gestão, de diálogo ou omissão dos entes públicos e, por fim, a superação das violações de direitos pressupõe a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais. Entretanto, até a data de confecção deste trabalho não se tem notícia de que a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional tenha sido evocada para superar os impasses e robustecer o combate ao coronavírus.

Ao revés, o que se percebe por todo o país são (i) ações coletivas e (ii) ações constitucionais perante o Supremo Tribunal Federal quando se faz necessário o questionamento da validade de ato face à Constituição Federal. Em que pese tenham sido adotadas medidas voltadas a inibir a contaminação, o Ministério Público e a Defensoria Pública ajuizaram ações civis públicas nos casos em que entenderam haver uma proteção deficiente por parte do Poder Público.

Noticiou-se até a presente data a existência de três ações civis públicas nas quais se postulou a decretação, via Judiciário, do “*lockdown*”, medida severa que restringe o deslocamento de pessoas como forma de se evitar a contaminação por coronavírus. Tais ações foram ajuizadas pelo Ministério Público do Maranhão (processo nº 0813507-41.2020.8.10.0001) em seu respectivo estado e pelo Ministério Público Federal conjuntamente com a Defensoria Pública da União nos estados do Pará e do Amazonas (processos nº 1011750-53.2020.4.01.3900 e 1006056-69.2020.4.01.3200, respectivamente).

Apenas no processo em trâmite no estado do Maranhão o Ministério Público obteve a acolhida do Judiciário. Da leitura da decisão que concedeu a tutela provisória de urgência requerida pelo *parquet* se percebe que o ponto central para o deferimento da medida foi a aparente omissão do Poder Público estadual em relação à questão, conforme se depreende de trecho da decisão abaixo transcrita²⁷⁹:

Ocorre, no entanto, que para o presente momento as medidas de distanciamento social estão se mostrando ineficazes para contenção da propagação do vírus causador da COVID-19, demandando do Poder Público a adoção de medidas mais intensas para evitar um colapso do sistema público de saúde, que, na Capital, já se evidencia, com a lotação máxima dos leitos de UTI destinados a pacientes com COVID-19. E o estrangulamento não se resume à rede pública. Hospitais privados já noticiam que a capacidade máxima de seus leitos para pacientes com COVID-19 foi atingida, a exemplo do Hospital São Domingos, e requerem do Poder Público a adoção de

²⁷⁹ CONJUR. Vara de Interesses Difusos e Coletivos de São Luís. *Processo nº 0813507-41.2020.8.10.0001*. Douglas de Melo Martins. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/justica-ordena-lockdown-maranhao-sao.pdf>>. Acesso em: 23 mai. 2020.

medidas de isolamento mais enérgicas. Para esse estágio, segundo Boletim Epidemiológico do Ministério da Saúde[2], a medida preconizada pela OMS para conter a proliferação descontrolada da doença e possibilitar a recuperação do sistema de saúde, caso o distanciamento social não se mostre mais eficaz, é o lockdown (bloqueio total de atividades).

Nos demais casos, entendeu-se que não caberia ao Judiciário interferir nas Políticas Públicas visto que se tratam, em essência, de ato administrativo discricionário, guiadas pela conveniência e oportunidade do administrador e, especialmente, quando respaldadas também por critério técnicos. Nesse sentido, confira-se a decisão exarada no feito que tramita no estado do Pará²⁸⁰:

Contudo, não obstante as alegações feitas pelo Ministério Público Federal e pela Defensoria Pública da União serem alarmantes e a política pública apresentada para o enfrentamento da pandemia estar respaldada por estudos de elevada técnica, não pode o Poder Judiciário, em princípio, decidir acerca de questões em que se observa o juízo de conveniência e oportunidade da Administração, invadindo área de atuação do Poder Executivo. A substituição de políticas administrativas pautadas em juízo de conveniência e oportunidade por outras que o magistrado. [...] Por outro lado, o Estado do Pará demonstrou que sua atuação também vem pautada em critérios técnicos, a exemplo da Nota Técnica da SESP/PA juntada pelo Ente Requerido (Id. 224444395),

No Supremo Tribunal Federal não foi ventilada a tese do Estado de Coisas Inconstitucional, tendo sido manejadas ações constitucionais para o questionamento da validade de atos infraconstitucionais frente à Constituição Federal. Do que se lê dos informativos divulgados pela Corte (informativos 973 a 977²⁸¹) não há menção à referida teoria, preferindo-se as vias ordinárias, positivadas e já conhecidas de impugnação de atos normativos.

Importantes decisões foram tomadas pelo Supremo Tribunal Federal nesse contexto: como o reconhecimento da competência da União ao dispor sobre normas gerais atinentes ao transporte público durante o isolamento social para que houvesse um tratamento isonômico em todo o território nacional²⁸² e a concessão de medida cautelar para suspensão da eficácia de dispositivo da Lei federal nº 13.979/2020 que dispensava a observância dos prazos fixados na Lei de Acesso à Informação em prestígio aos princípios da transparência e publicidade, os quais mesmo no cenário atual não devem ser olvidados²⁸³.

²⁸⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. 5ª Vara Cível da Seção Judiciária do Pará. *Processo nº 1011750-53.2020.4.01.3900*. Carlos Gustavo Chada Chaves. Disponível em: <<https://portal.trf1.jus.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=2C90833871C45C840171C83287B30EB8>>. Acesso em: 23 mai. 2020.

²⁸¹ BRASIL. *Informativo nº 973 a nº 977*. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/pesquisarInformativo.asp>>. Acesso em: 23 mai. 2020.

²⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *ADI 6343 MC-Ref/DF*. Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo975.htm#Covid-19:%20transporte%20intermunicipal%20e%20interestadual%20e%20compet%C3%A2ncia>>. Acesso em: 23 mai. 2020.

²⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *ADI 6351 MC-Ref/DF*, Rel. Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo975.htm#Covid->

Há de se salientar, contudo, que a ADPF 347, a qual inicialmente se valeu do Estado de Coisas Inconstitucional como um dos elementos de sua causa de pedir a fim de que se reconhecesse o cenário violador de direitos fundamentais do sistema carcerário, foi recentemente reapreciada pelo STF no contexto da pandemia. O plenário da Corte, porém, entendeu que não poderia o relator, de ofício, determinar medidas para proteger os presos do covid-19.

De acordo com os ministros, embora o controle abstrato de constitucionalidade conte com causa de pedir aberta, o pedido em si é específico. Confira-se informativo²⁸⁴ do STF sobre o tema:

O Plenário, preliminarmente, afastou a legitimidade de terceiro interessado e, por maioria, não referendou medida cautelar implementada pelo ministro Marco Aurélio (relator) no sentido de conclamar os juízos de execução a analisarem, ante o quadro de pandemia causado pelo coronavírus (COVID-19) e tendo em conta orientação expedida pelo Ministério da Saúde (no sentido de segregação por 14 dias), a possibilidade de aplicação das seguintes medidas processuais: (a) liberdade condicional a encarcerados com idade igual ou superior a sessenta anos, nos termos do art. 1º da Lei 10.741/2003; (b) regime domiciliar aos soropositivos para HIV, diabéticos, portadores de tuberculose, câncer, doenças respiratórias, cardíacas, imunodepressoras ou outras suscetíveis de agravamento a partir do contágio pelo COVID-19; (c) regime domiciliar às gestantes e lactantes, na forma da Lei 13.257/2016; (d) regime domiciliar a presos por crimes cometidos sem violência ou grave ameaça; (e) substituição da prisão provisória por medida alternativa em razão de delitos praticados sem violência ou grave ameaça; (f) medidas alternativas a presos em flagrante ante o cometimento de crimes sem violência ou grave ameaça; (g) progressão de pena a quem, atendido o critério temporal, aguarda exame criminológico; e (h) progressão antecipada de pena a submetidos ao regime semiaberto.

O Tribunal afirmou que o *amicus curie*, por não ter legitimidade para propositura de ação direta, também não tem para pleitear medida cautelar

Entendeu que houve, de ofício, ampliação do pedido da presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Explicou que, no controle abstrato de constitucionalidade, a causa de pedir é aberta, mas o pedido é específico.

Salientou que o Supremo Tribunal Federal (STF) analisou detalhadamente, em sessão ocorrida em 9.9.2015, todos os pedidos formulados na petição inicial e que as questões agora discutidas não estariam relacionadas com aqueles pedidos.

Explicitou não ser possível a ampliação do pedido cautelar já apreciado anteriormente. A Corte está limitada ao pedido. Aceitar a sua ampliação equivale a agir de ofício, sem observar a legitimidade constitucional para propositura da ação.

19:%20transporte%20intermunicipal%20e%20interestadual%20e%20compet%C3%Aancia>. Acesso em: 23 mai. 2020.

²⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADPF 347 TPI-Ref/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo970.htm>>. Acesso em 23 jun. 2020.

Ademais, em que pese a preocupação de todos em relação ao Covid-19 nas penitenciárias, a medida cautelar, ao conclamar os juízes de execução, determina, fora do objeto da ADPF, a realização de megaoperação para analisar detalhadamente, em um único momento, todas essas possibilidades e não caso a caso, como recomenda o Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Vencidos os ministros Marco Aurélio (relator) e Gilmar Mendes, que referendaram a medida cautelar. O ministro Gilmar Mendes pontuou que a decisão do relator se enquadra no pedido da inicial, na declaração de estado de coisa inconstitucional.

A fundamentação do STF, contudo, contraria a essência do que preconiza a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, uma vez que esta se funda, justamente, na deflagração de situações flagrantemente inconstitucionais e, no caso dos presídios brasileiros, a existência de uma pandemia possivelmente letal que se propaga em decorrência da aglomeração de pessoas tem o condão de agravar de sobremaneira o contexto em questão, especialmente dos presos que se encontram em situação de vulnerabilidade, já contando com doenças respiratórias graves²⁸⁵. Nesse sentido, se o pedido da ADPF 347 é a correção das inconstitucionalidades, a rigor, ter-se-ia que a pandemia torna tais inconstitucionalidades ainda mais agudas, de modo que não seria elemento ou circunstância estranha à causa de pedir ou ao pedido. Também foram empregados argumentos técnicos e processuais para se rejeitar o requerimento formulado relacionado ao vírus, eis que formulada por *amicus curiae*.

Verifica-se, portanto, que foi desnecessário que se ventilasse, tanto no âmbito da Corte Constitucional como nos demais Tribunais do país, a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional. Os modelos já previstos de controle dos atos normativos e as ferramentas positivadas para a tutela dos direitos transindividuais se revelaram eficazes, suficientes e preferíveis pelos operadores do direito em detrimento da referida tese importada, a despeito de o cenário atual ser, em tese, hipótese que ensejaria a aplicação desta.

²⁸⁵ “No universo de pessoas privadas de liberdade, no entanto, o percentual de grupos de risco e grupos vulneráveis é certamente muito maior. No caso da tuberculose, por exemplo, o índice geral de incidência na população é de 32 para cada 100.000 habitantes, no sistema prisional nacional é de 932 para cada 100.000 e no sistema prisional do ERJ a incidência atinge a casa dos 2000 para cada 100.000¹⁵⁶. A dimensão do impacto do Covid19 no sistema prisional nos coloca diante de um cenário de horror.” MECANISMO ESTADUAL DE PREVENÇÃO E COMBATE À TORTURA DO RIO DE JANEIRO – MEPCT/RJ. *Relatório parcial sobre os impactos do COVID-19 no Sistema Prisional do Rio de Janeiro* – Informações adicionais até 21 de junho de 2020. Disponível em: <<http://mecanismorj.com.br/relatorios/>>. Acesso em 23 jun. 2020.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como questão central a ser dirimida, a possibilidade jurídica de a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional ser aplicada no Brasil, ao passo em que se revela como espécie de ativismo judicial que comprometeria a separação entre os poderes e, ademais disso, pela existência de outros mecanismos aptos a solucionar as problemáticas sobre as quais se pretende aplicar a referida teoria. Para se apurar os argumentos de ambos os lados, tem-se por necessária a realização de retrospecto histórico.

A doutrina de Hans Kelsen e sua “teoria pura do direito” culminaram com o reconhecimento do Direito enquanto ciência autônoma, não mais dependendo de outros ramos do conhecimento humano para se sustentar e ser aplicado (como a filosofia, sociologia e moral). Entretanto, tal cientificismo desaguou em engessamento, gerando o positivismo jurídico – apenas se considera jurídico e legítimo aquilo que constava formalmente na legislação formulada pelo Estado.

Após a II Guerra Mundial, período no qual diversas arbitrariedades e violações ao que atualmente se compreendem como direitos humanos foram fundamentadas na legislação vigente à época, concluiu-se que o positivismo jurídico se mostrava insuficiente para a tutela dos direitos dos indivíduos. A necessidade de existir algo acima da lei que pudesse, quando esta fosse equivocada em sua essência, servir de parâmetro de controle foi o que inspirou novos movimentos jusfilosóficos, sendo aquele de maior relevo e objeto de estudo nesta obra o neoconstitucionalismo.

As constituições eram meras “cartas de intenções”, isto é, constituíam o Estado, organizavam os poderes, instituíam os direitos fundamentais e separavam as funções estatais, mas não havia a compreensão de que delas se pudesse se extrair qualquer conteúdo normativo apto a ser demandado judicialmente. A corrente neoconstitucionalista passa a enxergar nas constituições – especialmente naquelas produzidas após o período histórico mencionado ou, no continente americano, com a derrocada dos governos autoritários – força normativa e interpretativa, de modo que as cartas políticas deveriam ser tanto filtro normativo quanto fio condutor interpretativo do ordenamento jurídico.

A partir de então o Judiciário passou a ser demandado para dirimir questões substancialmente complexas em que a mera aplicação da legislação infraconstitucional se mostrava insuficiente. Aliado a isso, altera-se a acepção do que se entende por jurisdição, de modo que esta passa a significar a pacificação social por intermédio do Judiciário (ou não, haja vista os meios alternativos de resolução de conflitos e a própria arbitragem) e não apenas como

a substituição da vontade do particular pela do Estado; almeja-se com o pronunciamento judicial sanar o conflito, ao passo em que aquela solução judicial que o prolonga ou produz novos deixa de ser aceitável.

Os princípios, então, passam a conjuntamente com as regras a figurarem enquanto espécies do gênero norma. É com base nos princípios que as Cortes Constitucionais se veem aptas a resolver os denominados *hard cases*, em que não existe na legislação uma solução pré-estabelecida e há, no mais das vezes, conflitos entre normas de mesma hierarquia com envergadura constitucional.

No Brasil e em outros países da América Latina, doravante a possibilidade de os princípios serem empregados como soluções aos *hard cases*, constata-se um esvaziamento por parte do Legislativo e Executivo em atuarem nos temas mais impopulares em decorrência do risco político envolvido. O Judiciário é alçado à posição daquele que irá dirimir as questões complexas e sobre as quais há uma omissão (proposital ou não) em relação aos demais Poderes.

Verifica-se, a partir de então, fenômenos como a judicialização da política e o ativismo judicial. O primeiro se consubstancia por, justamente, delegar-se ao Judiciário o papel central de definir as respostas para as escolhas e questões que, a rigor, incumbiriam ao Executivo e Legislativo; bem como à propositura de demandas judiciais de questões triviais do cotidiano em razão da inaptidão dos indivíduos em resolverem seus próprios dilemas pessoais. Já o ativismo judicial é uma postura do Judiciário, a qual se revela como um avanço de competência em relação a áreas até então reservadas aos outros Poderes; a aplicação direta de normas constitucionais a um determinado caso concreto, ainda que isto implique afastar a disposição de norma infraconstitucional que discipline o tema de forma distinta/específica; e a interferência do Judiciário nos outros Poderes e com especial enfoque naquilo que toca às políticas públicas.

É nesse contexto que surge a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional na Colômbia em que a Corte Constitucional passa a atuar ativamente na resolução de alguns conflitos centrais com a peculiaridade de determinar a realização de determinadas políticas públicas, controlar gastos e fiscalizar os demais poderes e instituições. As raízes desse movimento já se faziam presentes décadas antes nos Estados Unidos da América, com destaque ao caso *Brown v. Board of Education* (1954), denominadas sentenças estruturais.

Para que se tenha configurado o estado de coisas inconstitucional se faz necessário, de acordo com a jurisprudência construída acerca do tema, o preenchimento dos seguintes requisitos: : situação de violação generalizada de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; a superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades.

A Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional foi importada para o Brasil e se pugnou por sua aplicação via Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, em que se debateu a situação do sistema carcerário brasileiro. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência da calamidade e concedeu liminar determinando que algumas condutas fossem adotadas.

Esta pesquisa pretende sustentar que, muito embora a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional se mostre interessante do ponto de vista acadêmico, tem-se que sua aplicabilidade no Brasil deve ser contida. Isso porque a mencionada teoria é uma espécie de ativismo judicial e, ainda que fundada no diálogo institucional, coloca o Judiciário como o definidor final das medidas a serem realizadas pelos demais entes da federação, o que se revela como uma mácula à separação dos poderes.

É de se destacar que mesmo em um dos casos mais exitosos da Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional (Sentença T-025) envolvendo o deslocamento interno forçado de pessoas na Colômbia não se conseguiu realizar o pretense diálogo preconizado pela tese mencionada, ao passo em que as vítimas em si participaram de forma pouco ativa do debate.

No direito brasileiro, as matérias envolvendo políticas públicas podem, quase que majoritariamente, serem reclamadas por intermédio de ações específicas e já previstas na legislação por intermédio do microssistema da tutela coletiva, motivo pelo qual não haveria motivo para se preterir estas em detrimento da Teoria dos Estados Inconstitucionais senão para que inexistam amarras legais ao poder e daí a se praticar arbítrio. Conclui-se, assim, que o microssistema da tutela coletiva pode figurar como uma alternativa ao estado de coisas inconstitucional, a fim de que exista uma eficácia maior dos pedidos vindicados nestas demandas que se valem da teoria do estado de coisas inconstitucional.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Ltda, 2015.

BARREIRA, Gabriel. *RJ entrega só 1 de 9 hospitais de campanha no prazo, com 2,2% do total de leitos prometidos*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/04/30/rj-so-entrega-1-de-8-hospitais-de-campanha-no-prazo-com-25percent-do-total-de-leitos-prometidos.ghtml>>. Acesso em: 23 mai. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. [e-book]

_____. *O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito* (triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), p. 7. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2019.

_____. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Revista [Syn]Thesis*, Rio de Janeiro, v.5, nº 1, 2012, p. 31. Disponível em: <http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 30 jun. 2019.

_____. Interpretação constitucional como interpretação específica. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio (Coords.). *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*. A que cabe a palavra sobre o sentido da constituição? Rio de Janeiro: Lumen iuris, 2012. [e-book]

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 jun. 2019.

_____. *Constituição de 1934*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 30 jun. 2019.

_____. *Constituição de 1946*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 30 jun. 2019.

_____. *Constituição de 1967 redação dada pela emenda constitucional de 1969*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 30 jun. 2019

_____. *Lei complementar nº 80 de 12 de janeiro de 1994*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm>. Acesso em: 30 jun. 2019.

_____. *Lei nº 9.868/99*. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm>. Acesso em: 28 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 186*. 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>. Acesso em: 02 abr.2019

_____. *Ato Institucional nº 5*. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm>. Acesso em: 16 jun. 2019.

_____. *Lei nº 9.988/99*. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em: 28 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.487.772-SE*. Rel. Min. Gurgel de Faria. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em: 22 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). *Regimento interno [recurso eletrônico]*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>, Acesso em: 28 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *ADPF nº 347 TPI-Ref/DF*, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo970.htm>>. Acesso em 23 jun. 2020.

_____. *Lei de introdução às normas do direito brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 21 jun. 2019.

_____. *Portal da Transparência*. Disponível em: <<https://transparencia.registrocivil.org.br/especial-covid>>. Acesso em: 23 maio 2020.

_____. Ministério da Saúde. *Brasil registra 40.581 casos de coronavírus e 2.845 mortes*. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46757-brasil-registra-40-581-casos-de-coronavirus-e-2-845-mortes>>. Acesso em: 23 maio 2020.

_____. 5ª Vara Cível da Seção Judiciária do Pará. *Processo nº 1011750-53.2020.4.01.3900*. Carlos Gustavo Chada Chaves. Disponível em: <<https://portal.trf1.jus.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=2C90833871C45C840171C83287B30EB8>>. Acesso em: 23 maio 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Informativo nº 973 a nº 977*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/pesquisarInformativo.asp>>. Acesso em: 23 maio 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *ADI nº 6343 MC-Ref/DF*. Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo975.htm#Covid-19:%20transporte%20intermunicipal%20e%20interestadual%20e%20compet%C3%Aancia>>. Acesso em: 23 maio 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *ADI nº 6351 MC-Ref/DF*, Rel. Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo975.htm#Covid-19:%20transporte%20intermunicipal%20e%20interestadual%20e%20compet%C3%Aancia>>. Acesso em: 23 maio 2020.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural#_ftnref5>. Acesso em: 15 abr.2019.

_____. *Da inconstitucionalidade por omissão ao “estado de coisas inconstitucional”*. 2015. 245. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

_____. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: Jus Podium, 2016, p. 15.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. [e-book]

_____; Carlos Alexandre de Azevedo, FÓRUM PERMANENTE DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 53º, 2015, ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Emerj. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=6E7Vo48oijM>>. [informação verbal]. Acesso em: 02 abr. 2019.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. *Governo democrático e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

COLÔMBIA. *Constituição Política*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>>. Acesso em: 19.mai.2019.

_____. Corte Constitucional colombiana. *Sentencia U 559 de 1997, fundamento jurídico nº 30*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em: 04.abr.2019

_____. *Decreto nº 196 de 1995*. Disponível em: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=1311>. Acesso em: 04.abr.2019.

_____. *Decreto nº 2.591 de 10.11.1991*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/DECRETO%202591.php>> Acesso em: 19 mai. 2019.

CONJUR. Vara de Interesses Difusos e Coletivos de São Luís. *Processo nº 0813507-41.2020.8.10.0001*. Douglas de Melo Martins. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/justica-ordena-lockdown-maranhao-sao.pdf>>. Acesso em: 23 mai. 2020.

HISTORY.COM. *Little rock nine*. Disponível em: <https://www.history.com/topics/black-history/central-high-school-integration>. Acesso em: 02 abr.2019.

EL RETO ANTE LA TRAGEDIA HUMANITARIA DEL DESPLAZAMIENTO FORZADO: APLICAR POLITICAS PUBLICAS IDÓNEAS Y EFICIENTES. V.4, *Comisión de seguimiento a la política pública sobre desplazamiento forzado. Colsutoria para ls Derechos Humanos, Codhes*. p. 116, 117. Disponível em: https://issuu.com/codhes/docs/el_reto_volumen_4. Acesso em: 29 set. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/>. Acesso em: 01 abr.2019.

_____. United States Supreme Court. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>. Acesso em: 02 abr.2019.

FIGUEROA, Alfonso García. A teoria do direito em tempos de constitucionalismo. In: QUARESMA, Regina, OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula, OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. Princípios e direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel. *A constitucionalização do direito*. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FISS, Owen M. *The civil rights injunctions*. Indiana University Press, 1978.

GARAVITO, César Rodriguez, FRANCO, Diana Rodríguez. *Judicio a la exclusión*. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales em el sur global. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2015.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017. [e-book]

HISTORY. *Roosevelt announces "court-packing" plan*. Disponível em: <https://www.history.com/this-day-in-history/roosevelt-announces-court-packing-plan>. Acesso em: 02 jun. 2019.

JOHNS, Stephen. Imperial's international networks of scientists tackling coronavirus pandemic. Imperial College London. Disponível em: <https://www.imperial.ac.uk/news/197519/imperials-international-networks-scientists-tackling-coronavirus/>. Acesso em: 23 mai. 2020.

KELSEN, Hans. *Reine rechtslehre (Teoria pura do direito)*. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KOZICKI, Katya; BROOCKE Bianca Maruszczak Schneider Van Der. A ADPF 347 e o "Estado de Coisas Inconstitucional": ativismo dialógico e democratização do controle de constitucionalidade no Brasil. *Revista Direito, Estado e Sociedade – PUC Rio*. Rio de Janeiro. n. 53 p. 147 a 181 jul/dez 2018. [e-book]

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. Teoria do processo civil – v.1. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. *A jurisdição no estado constitucional*. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/06/PROF-MARINONI-A-JURISDI%C3%87%C3%83O-NO-ESTADO-CONSTITUCIONA1.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2019.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos CEBRAP* N.º 58, novembro 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. Saraiva: São Paulo, 2017. [e-book]

MECANISMO ESTADUAL DE PREVENÇÃO E COMBATE À TORTURA DO RIO DE JANEIRO – MEPCT/RJ. *Relatório parcial sobre os impactos do COVID-19 no Sistema Prisional do Rio de Janeiro – Informações adicionais até 21 de junho de 2020*. Disponível em: <<http://mecanismorj.com.br/relatorios/>>. Acesso em 23 jun. 2020.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017. [e-book]

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da constituição*. São Paulo: Método, 2008.

_____; PUGLIESI, Mauricio. *20 anos da Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009.

NEW ENGLAND JOURNAL OF MEDICINE. Disponível em: <<https://www.nejm.org/doi/pdf/10.1056/NEJMoa2001316>>.

NITAHARA, Akemi. *Inauguração dos hospitais de campanha do Rio de Janeiro é adiada*. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-05/inauguracao-dos-hospitais-de-campanha-do-rio-de-janeiro-e-adiada>>.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 10.ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

O ESTADÃO. *Imperial College vê transmissão do coronavírus fora de controle e estima mortes*. Disponível em: <<https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,imperial-college-ve-transmissao-do-coronavirus-no-brasil-fora-de-controle-e-estima-mortes,70003311663>>.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Disponível em: <<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/events-as-they-happen>>.

PINHÃO, Karina Almeida Guimarães. A inserção das audiências públicas: reforço ou enfraquecimento da legitimidade democrática das decisões do supremo tribunal federal? *Journal of institutional studies*. *Revista estudos institucionais*, V. 4, 1, 2018.

REALE, Miguel Reale. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SCHIER, Paulo Ricardo. *A&C R. de Dir. Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 1-255, abr./jun. 2005.

SILVA, Caio Mário da. *Instituições de direito civil*. V. II. Teoria geral das obrigações. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SILVA, José Afonso da. *Teoria do conhecimento constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014.
SOUZA NETO, Claudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*. Teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012. [e-book]

STRECK, Lenio L. Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio (Coords.). *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. *Direito da regulação e políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014.

TARTUCE, Flavio. *Direito civil: Lei de introdução e parte geral*. V. 1. 15. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019. [e-book]

THE CONVERSATION. *Academic rigor, journalistic flair*. Disponível em: <<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>>.

WEDY, Gabriel, FREITAS, Juarez. *Dissenso no caso Lochner v. New York deixou um legado nos EUA*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-03/dissenso-lochner-new-york-deixou-legado-eua2>>. Acesso em: 02 jun. 2019.