

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

LIDIANA COSTA DE SOUSA TROVÃO

**O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E O ATIVISMO JUDICIAL  
DIALÓGICO NO MODELO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

MARÍLIA/SP  
2019

LIDIANA COSTA DE SOUSA TROVÃO

**O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E O ATIVISMO JUDICIAL  
DIALÓGICO NO MODELO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Rogerio Mollica.

MARÍLIA  
2019

Trovão, Lidiana Costa de Sousa

O estado de coisas inconstitucional e o ativismo judicial dialógico no modelo constitucional brasileiro / Lidiana Costa de Sousa Trovão. - Marília: UNIMAR, 2019.

134f.

Dissertação (Mestrado em Direito – Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social) – Universidade de Marília, Marília, 2019.

Orientação: Prof. Dr. Rogerio Mollica

1. Ativismo Judicial Dialógico 2. Estado de Coisas Inconstitucional 3. Modelo Constitucional Brasileiro I. Trovão, Lidiana Costa de Sousa

CDD – 341.24

LIDIANA COSTA DE SOUSA TROVÃO

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E O ATIVISMO JUDICIAL DIALÓGICO  
NO MODELO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília,  
área de concentração Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social,  
sob a orientação do Prof. Dr. Rogerio Mollica.

Aprovado pela Banca Examinadora em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

---

Prof. Dr.  
Orientador (a) Rogerio Mollica

---

Prof. Dr. Coorientador Valter Moura do Carmo

---

Membro externo Prof. Dr. Felipe Chiarello

Dedico este trabalho a todos os pesquisadores do Brasil, em solidariedade aos recentes cortes nas bolsas de pesquisa feitas pelo governo federal.

## AGRADECIMENTOS

O principal dos agradecimentos, faço a quem sempre me cuida e eu não vejo; a quem sempre escuta os anseios do meu coração; a quem me ampara mesmo que eu não enxergue Seu colo; a quem nunca desistirá de mim. Deus, essa com certeza é para o Senhor.

Dentre aqueles que foram fundamentais na minha trajetória até aqui, e certamente serão doravante, agradeço aos meus pais, Francisco e Valdinei, sempre dedicados e ouvintes, que me proporcionaram boa educação desde sempre, e me apoiam incondicionalmente. Agradeço igualmente aos meus irmãos, Pollyanna e Júnior, pelo incentivo, e por cuidarem dos nossos pais enquanto eu estiver longe.

Ao meu esposo Robert Trovão, que mesmo diante de tantas mudanças sempre foi incentivo, esteio e suporte dos meus sonhos, e que cuidou de nossa filha enquanto eu precisei estar ausente. Agradeço minha filha Lara, de apenas 8 anos completos no último dia 20 de julho, por ser tão compreensiva com a mamãe, mesmo ainda não tendo muita compreensão.

Aos meus amigos e colegas do NIPEX/UNIMAR, pelo compartilhamento diário de ideias e ensinamentos, dentre os quais destaco Karine e Vitor, pela especial amizade, viagens, parcerias e cafés. À Larissa e Cláudia, pela amizade, apoio e risadas; à Cynthia e Elaine, pelo convívio fraterno. À Júlia e Patrícia, secretarias do NIPEX, por todos os abraços de carinho e afeto. À querida Profa. Dra. Walkiria Martinez, coordenadora do NIPEX e à Prof. Dra. Marisa Rossinholi, a quem tenho profundo respeito e me espelho profissionalmente.

Agradeço meus alunos queridos da UNIMAR, João Vitor, Beatriz, Lucas Delarco, Lucas André, Laura, pela companhia, carinho e apoio, como eu amo vocês.

Agradeço aos colegas do mestrado, das turmas 2017.2 e 2018.1, pela amizade e troca de experiências. Levarei o carinho de vocês para vida.

Aos meus orientadores, Prof. Dr. Rogerio Mollica e Valter Moura do Carmo, além de professores são amigos que acreditam no meu potencial e com os quais formo parcerias que levarei para vida.

Aos professores do PPGD/UNIMAR, pois cada um deles despertou em mim um olhar epistemológico diferente dentro de suas competências.

À estimada Prof. Dra. Regina Célia Costa Lima, docente da UEMA/CESI/IMPERATRIZ, minha orientadora no curso de licenciatura em História, a quem nutro constante carinho e respeito por ter sido grande incentivadora e a quem eu agradecerei em todos os meus trabalhos científicos de pós-graduação.

Minha vida é andar por esse país  
Pra ver se um dia descanso feliz  
Guardando as recordações  
Das terras onde passei  
Andando pelos sertões  
E dos amigos que lá deixei

Mar e terra  
Inverno e verão  
Mostre o sorriso  
Mostre a alegria  
Mas eu mesmo não  
E a saudade no coração

(A vida do viajante - Luiz Gonzaga/1953)

## O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E O ATIVISMO JUDICIAL DIALÓGICO NO MODELO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

### RESUMO:

Cuida-se o presente trabalho de pesquisa feita em torno da teoria colombiana do Estado de Coisas Inconstitucional, importada no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal, a qual se baseia no enfrentamento pelo Judiciário de questões que envolvam violações massivas e perenes de direitos fundamentais. Esta pesquisa desenvolveu-se por meio dos estudos feitos dentro da linha de pesquisa Empreendimentos Econômicos, Processualidade e Relações Jurídicas ao longo do cumprimento dos créditos no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Marília. A ligação existente entre referida teoria e o ativismo judicial dialógico se assenta no fato de que as questões que envolvam direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos devem ser tratadas com a participação dos três poderes da república, de modo a permitir que todos esses setores assumam suas responsabilidades diante da sociedade. A problemática, portanto, está calcada na inércia do Poder Público na resolução de problemas estruturais que se perpetuam no tempo e que acabam sendo levados ao conhecimento do Poder Judiciário. Diante do modelo constitucional brasileiro, no qual há previsão de que o Estado deve assegurar direitos fundamentais a todos os cidadãos, apesar de ser um conceito amplo e genérico, garante aos indivíduos a prerrogativa de cobrar do Poder Público pela sua efetivação. Não obstante, para consecução da pesquisa foi utilizado o método dedutivo, pesquisa bibliográfica e doutrinas nacionais e estrangeiras. Buscou-se soluções para o grave problema da violação de direitos fundamentais, seja por meio de políticas públicas mais efetivas, seja por meio da gestão mais eficaz de recursos públicos. A participação do Judiciário, procurado pelos cidadãos para solucionar essas contendas, tem sido cada vez mais comum, no sentido de ver seus direitos assegurados por meio de decisões judiciais. É nesse sentido que se mostra viável a prática do ativismo judicial dialógico, a fim de que haja um diálogo entre os Poderes, e que se possam buscar melhores soluções de enfrentamento a essas violações. Procurou-se fazer uma abordagem no seio dos princípios constitucionais, assim como no panorama das discussões acerca da possibilidade de adoção da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil, seu alcance e o manejo que poderá ser feito no âmbito dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário no que tange à efetivação dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Ativismo Judicial Dialógico. Estado de Coisas Inconstitucional. Modelo Constitucional Brasileiro.

## THE UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS AND THE DIALOGICAL JUDICIAL ACTIVISM IN THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL MODEL

**ABSTRACT:** The present research work is done around the Colombian theory of the Unconstitutional State of Affairs, imported in Brazil by the Federal Supreme Court, which is based on the confrontation by the Judiciary of issues involving massive and perennial violations of fundamental rights. This research was developed through studies conducted within the research line of Economic Enterprises, Procedurality and Legal Relations along the fulfillment of credits in the Postgraduate Program in Law of the University of Marilia. The link between this theory and the dialogical judicial activism rests on the fact that issues involving diffuse, collective and homogeneous individual rights must be addressed with the participation of the three branches of the republic, in order to allow all these sectors to assume their responsibilities to society. The problem, therefore, is based on the inertia of the Public Power in solving structural problems that are perpetuated over time and that are eventually brought to the attention of the Judiciary. Given the Brazilian constitutional model, in which there is the provision that the State must guarantee fundamental rights to all citizens, despite being a broad and generic concept, it guarantees to individuals the prerogative of demanding the Government for its effectiveness. Nevertheless, to accomplish the research, the deductive method, bibliographical research and national and foreign doctrines were used. Solutions were sought to address the serious problem of violations of fundamental rights, whether through more effective public policies or through more effective management of public resources. The participation of the Judiciary, which is sought by citizens to resolve these disputes, has been increasingly common in order to have their rights secured through court decisions. It is in this sense that the practice of dialogical judicial activism is viable, so that there is a dialogue among the Branches, and that better solutions to fight against these violations can be sought. An approach was sought within the constitutional principles, as well as in the context of discussions about the possibility of adopting the theory of the Unconstitutional State of Affairs in Brazil, its scope and the management that can be done within the Executive, Legislative and Judiciary regarding the enforcement of fundamental rights.

**Keywords:** Dialogical Judicial Activism. Unconstitutional State of Affairs. Brazilian Constitutional Model.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>1 A CONSTITUIÇÃO COMO PILAR DO SISTEMA JURÍDICO</b> .....	18
1.1 O MODELO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO .....	22
1.2 O REGIME CONSTITUCIONAL DE 1988 .....	26
1.3 A CONSTITUIÇÃO E O ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL .....	29
<b>2 DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO</b> .....	36
2.1 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS .....	42
2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE VALORIZAÇÃO E PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	57
2.3 JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	64
<b>3 ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL</b> .....	70
3.1 CONCEITO .....	78
3.3 ATIVISMO JUDICIAL DIALÓGICO .....	89
<b>4 A TEORIA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL</b> .....	96
4.1 ORIGEM, CONCEITO E DESDOBRAMENTOS .....	103
4.2 O STF E A TEORIA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL .....	112
4.3 CONSIDERAÇÕES À APLICAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL .....	115
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	120
<b>6 REFERÊNCIAS</b> .....	127

## INTRODUÇÃO

Durante muito tempo a efetivação dos direitos passou por diversos questionamentos quanto ao seu alcance e seus limites, até que se pudesse compreender que não existem direitos absolutos, por mais abrangentes que sejam. Assim são os direitos fundamentais, cuja previsão não se restringe àqueles constantes na Constituição Federal, pilar do sistema jurídico, mas se desdobram em muitos outros direitos dentro do ordenamento. Pelo modelo constitucional brasileiro, que consagrou o Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais foram alçados a categoria primária e essencial para o alcance de todos os demais direitos, de modo que deles não conseguem se dissociar.

Num contexto mais amplamente sedimentado, o regime constitucional brasileiro destacou a democracia como forma de auxiliar a conquista dos direitos, corolário lógico do ideal de igualdade e justiça entre as pessoas. Vetores como esses são essenciais para o entrelaçamento desse feixe de conquistas que foram sendo agregadas ao longo dos anos e que ainda estão em processo de amadurecimento. Diante de determinados fatos, a presente pesquisa pretende analisar alguns desses direitos que ora são enfraquecidos ou mesmo afastados e ora são exaltados, e por esta razão, é necessária permanecer vigilante para evitar que essa oscilação represente, na verdade, o desvirtuamento dos direitos.

Pontos importantes precisam ser a todo momento esclarecidos, a fim de que não sejam distorcidos ou confundidos, já que, como dito, os direitos não são absolutos. No estudo que se fecunda, haverá a análise da dinâmica que envolve as relações pessoais e que faz com que os direitos fundamentais sejam a todo instante invocados, e não por menos, sejam também judicializados, face ao princípio da inafastabilidade e do acesso à justiça, ambos também inseridos no rol dos direitos fundamentais. Percebe-se, portanto, que essa categoria específica de direitos, por sua essencialidade, possui características que funcionam como meio de efetivação de outros direitos da mesma categoria, a fim de que possam ser usufruídos em harmonia.

A manutenção desses direitos e a garantia constitucional de que não sejam violados enfrentam diversos desafios, tanto na sociedade quanto diante dos poderes constituídos, estes últimos, responsáveis por lhes dar máxima efetividade e garantir que não sejam maculados. Entretanto, diante da diversidade de direitos invocados, e da dinamicidade das relações interpessoais, é inevitável que, de algum modo, as pessoas sofram adversidades, e ao buscar reparação perante o Judiciário, estejam diante dos mais diversos entendimentos, dentre eles, o

que se denominou ativismo judicial, que nada mais é do que a iniciativa de determinados juízes na composição ativa de litígios diante de violações de direitos fundamentais, a fim de sanar irregularidades e garantir o cumprimento da Constituição. Entretanto, há quem sustente que o ativismo judicial tem diversas impropriedades no seu exercício, principalmente quando toca a competência de outros poderes, ensejando questionamentos outros que de certa forma desestabilizam a relação harmoniosa da tripartição constitucional.

Dado o sistema constitucional no qual nossa Constituição está assentada, afasta-se da dogmática do constitucionalismo clássico, que reduz a Constituição simplesmente a um instrumento jurídico, para aproximá-la num contexto mais amplo e expansivo, divorciando-se do contexto dado por Lassale de que seria apenas uma folha de papel. Dentro de suas dimensões, política e jurídica, não há como negar a preponderância alternada de ambas, de acordo com o momento, clássico ou social do constitucionalismo. Desse modo, forçoso é reconhecer que dentre tais parâmetros, quando dominam o espaço de reflexão individualmente, podem levar a danos e insuficiências.

Não é demais lembrar que o sistema constitucional não é constituído apenas da Constituição Federal, mas também das leis complementares e das leis ordinárias, visto que, do ponto de vista material se reputam constitucionais e estão expressamente previstas na CF. A partir da Constituição de 1934 nossa ordem constitucional inaugurou princípios que consagravam um entendimento mais próximo do que se tem hoje em matéria de direitos fundamentais e direitos humanos, ressaltando o aspecto social antes ignorado no direito constitucional positivo vigente à época. A partir daí, as demais constituições mesclaram atributos progressistas no sentido de agregar cada vez mais o que posteriormente ficou conhecido com estado de bem-estar social, embora tenhamos tido tempos obscuros de violação massiva de direitos e da própria dignidade humana.

Sendo a Constituição Federal de 1988 composta de dimensões essenciais que levam às denominações de um Estado Social, apresenta soluções afetas às relações de poder e exercício de direitos subjetivos voltados para o texto constitucional. Portanto, a análise dessa relação dinâmica de sociedade e política está voltada para solução de valores refratários que buscam o equilíbrio entre os poderes e o bem-estar social. Por esta razão, não há que se admitir a turbacão ao princípio da separação dos poderes quando se invocam a análise dos direitos individuais violados, seja pela sua indisponibilidade, seja pela sua característica precípua, o salutar interesse público.

A problemática, portanto, está assentada exatamente no modo como o Judiciário tem tratado a questão da violação dos direitos fundamentais diante do exercício do ativismo

judicial dialógico, espécie de ativismo judicial que tem como premissa fundamental a composição dos litígios por meio do diálogo entre as partes e entre os poderes envolvidos, a fim de buscar a melhor saída para sanar a irregularidade e garantir que os direitos buscados não sejam novamente contrariados e alvo de outras demandas judiciais. Dessas demandas decorre o reconhecimento de violações massivas e estruturais de direitos fundamentais, cuja inércia do poder público revela inconstitucionalidades que precisam ser observadas e tratadas tal como são, pois reclamam uma tomada de iniciativa para evitar que se estabeleçam.

Interessante notar que ainda persiste, e parece óbvio que persista, uma certa obscuridade em relação à teorização dos direitos fundamentais. Por mais que se observe evolução nesse sentido, o exercício do princípio da solidariedade, que norteia as ações emanadas tanto do Estado quanto da sociedade, precisa estar sedimentado no interesse comum, a fim de que violações massivas de direitos sejam evitadas. Muitas dessas violações não decorrem somente da inércia do poder público, mas também da falta de empatia e iniciativa que o cidadão precisa ter com o outro. Nesse sentido, não é demais lembrar que a sociedade parte de um todo que se faz forte diante dos problemas, mas se enfraquece quando não permanece unida.

Nesse passo, algumas dessas violações constatadas no Brasil também são sentidas em outros países latino americanos, como é o caso da Colômbia. O estudo realizado mostra que foi nesse país que surgiu em vanguarda a expressão “Estado de Coisas Inconstitucional”, cuja nomenclatura procurou abranger a situação de massiva e perene violação de direitos fundamentais, consequência de anos de inércia do poder público colombiano. Levada ao conhecimento da Corte Constitucional Colombiana, a manifestação judicial foi no sentido de reconhecê-las como sendo transgressões sistêmicas dos ditames constitucionais, no que se referem aos direitos fundamentais reconhecidos naquele país. Por serem realidades muito próximas, o Brasil importou referida teoria ao reconhecê-la por meio do Supremo Tribunal Federal na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade - PSOL.

Esta ADPF contém um pedido de providência no que tange à crise prisional do Brasil, que de tempos em tempos eclode nas mais diversas regiões do país. No ano de 2015, vários episódios de rebeliões e atentados foram feitos pelos detentos como forma de protesto contra a superlotação dos presídios, as péssimas condições estruturais e humanas, além de retaliações de facções criminosas com a determinação da transferência de seus líderes de presídios estaduais para presídios federais. Diante desse grave quadro de instabilidade na segurança pública, a ADPF n. 347 continha ainda pedido para que os juízes e tribunais passassem a

realizar audiência de custódia, no prazo máximo de 90 dias, como forma de viabilizar a apresentação do preso à autoridade judiciária, e assim evitar excessos na prisão e impedir que houvesse prisões que ultrapassassem as 24 horas do referido ato. Em liminar, os ministros determinaram que fosse liberado o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional e utilizado para suas finalidades, e não mais para qualquer forma de contingenciamento.

Mesmo com o advento da Constituição Federal de 1988, diante dos perenes casos de violações massivas de direitos fundamentais, percebe-se que o país ainda amarga a crise dos direitos sociais, apesar de ter havido muitos avanços desde então. A busca pela funcionalidade dos direitos básicos consiste em realizá-la sob a ótica do princípio da igualdade, voltada para situações humanas concretas, em que se busque afastar ao máximo a turbação desses direitos. Por esta razão, diante do princípio da igualdade material, o Estado se obriga a intervir na ordem social a fim de repelir as injustiças sociais.

Essas injustiças podem estar alocadas ao mesmo tempo na esfera pública e no âmbito privado, pois a vida privada está permeada de nuances públicas, inevitavelmente. Assim é o indivíduo que contrata plano de saúde e se sente lesado por uma recusa, ferindo, dessa forma, direitos individuais na esfera pública e privada; ao mesmo tempo em que aquele que precisa valer-se dos serviços públicos de saúde, ao ter o atendimento negado, e por ser contribuinte de impostos, também possui dois bens da vida lesionados. E esses fatos são cotidianos e atingem um número indeterminado de pessoas, pois nem todas recorrem ao Judiciário ou se mostram providentes nas reclamações, permanecendo no anonimato.

Após o anúncio do STF, diversos entendimentos eclodiram para delinear o Estado de Coisas Inconstitucional – ECI no Brasil. Por esse lado, a maioria das manifestações tendeu ao aperfeiçoamento da teoria, embora tenham surgido fortes manifestações contrárias à sua aplicação, cujo principal argumento era que o ECI representava, na verdade, uma instabilidade dentro do ordenamento constitucional brasileiro, por supor que normas constitucionais não observadas ensejem comportamentos inconstitucionais. A pesquisa inicial acerca do tema revelou que essa inconstitucionalidade por parte do poder público, no Brasil, por abranger diversos setores tidos como essenciais, desestabiliza o conteúdo da Constituição Federal causando um verdadeiro caos.

Na verdade, essa corrente se manifesta no sentido de censurar o emprego do ECI como expressão geral e ineficaz pela sua amplitude, mesmo quando há a intervenção judicial no modelo do ativismo judicial dialógico. O STF, na ocasião do deferimento da liminar, além de declarar o ECI no caso específico ao sistema prisional brasileiro, determinou uma série de medidas emergenciais a serem implementadas pelo poder público, em que quase todas

demandam a manipulação de recursos públicos, de maneira direta ou indireta. Esse é outro ponto bastante criticado no exercício do ativismo judicial dialógico.

Ao que parece, não foi esse o objetivo do STF ao reconhecer o ECI. Esse instituto, importado da Corte Constitucional Colombiana, tem por objetivo redimensionar os problemas sociais a fim de que sejam melhor readequados dentro de políticas públicas. Além disso, aponta as fragilidades do modelo adotado e propõe medidas a serem implementadas para que a situação seja sanada e não volte mais a ocorrer. No seio do estudo acerca dessas peculiaridades, pretende-se analisar em que medida o ECI pode ser benéfico diante dos diversos casos de violações massivas de direitos fundamentais, ainda que possa ter fragilidades, dada a sua pertinência social ante aos arroubos em que se manifesta.

Mesmo com opiniões contrárias, bem fundamentadas, não há empecilhos concretos para o reconhecimento do ECI, porque dele não decorre nenhuma vinculação. Assentir o emprego da teoria em casos determinados, embora aponte principalmente para situações em que há a incidência da violação de direitos difusos, não faz dela uma obrigação, nem mesmo quando se trate da interligação de direitos fundamentais. Isso implica dizer que mal não há quando se está diante de julgamentos que obedeçam a equidade e proporcionalidade, princípios que já devem constar em qualquer decisão judicial.

Ao Judiciário, portanto, é dada a tarefa da interpretação das situações que lhe são postas ao deslinde, pois dentro do alcance da função social do direito, ele deverá descobrir caminhos que não somente o positivismo puro, mas baseado nos fatos dinâmicos da sociedade, a ética jurídica, a sociabilidade jurídica e o precípua ideal de justiça, dentre outros. No exercício do ativismo judicial dialógico, o Judiciário não estará insensível aos problemas enfrentados pelo Estado na execução de políticas públicas, ainda mais que é conhecedor da realidade brasileira. Ao contrário, todos os panoramas serão observados a fim de que a melhor solução tomada abranja a todos. Claro que nem sempre será possível que isso ocorra, mas o chamamento ao diálogo proporciona conhecer melhor os porquês e oportunizar os ajustes e tomadas de decisões.

Considerando a força que move as atividades jurisdicionais, a firmeza e a sensatez, aliados aos princípios da equidade e proporcionalidade, deverão considerar que as decisões são humanas e, desse modo, passíveis de inexatidão. Deve-se precisar que as decisões judiciais, na maioria das vezes, levam consigo carga de preocupação pessoal do magistrado, sempre, é claro, vinculada ao princípio da legalidade, como corolário de toda mandamento judicial. Entretanto, pelas próprias vias processuais, o inconformismo de qualquer das partes

poderá ser demonstrado por meio do manejo dos recursos processuais próprios, dando espaço para o exercício do devido processo legal.

O que se quer dizer, com essas afirmações, é que o Judiciário também pode cometer excessos, e que, a parte que se sentir lesado, pode se valer do mesmo Judiciário para reivindicar seu direito. Assim, a interpretação e aplicação das leis não permitem que haja tamanha mobilidade a ponto de, ao se propor a solução para determinada violação, acabe por criar outra. Desse modo, cabe atenção ao seu redor, voltado sempre para as finalidades sociais, políticas e econômicas, lembrando sempre que a fonte para que o direito se mostre ético e justo é a velar pela existência digna das pessoas.

Portanto, a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional busca tentar minimizar as mazelas sociais diante de graves violações de direitos fundamentais, considerando a desigualdade latino-americana ser parecida na maioria dos países componentes. O Judiciário, nesse quadro, funciona como uma moldura na qual busca sejam todos os demais poderes agrupados e juntos possam encontrar caminhos para o bem da sociedade. É fato que quando há violações massivas, ou seja, quando há um grande ou impreciso número de pessoas atingidas por determinada realidade, solucionar o problema demanda tempo e envolve custos. Não obstante, ações remediadoras poderão ser feitas, no caso do presente trabalho, por meio de políticas públicas que visem coibir determinadas práticas e evitar que elas se perpetuem, numa função que além dessa perspectiva, também acaba por ser medida preventiva de outras hipóteses violadoras de direitos fundamentais.

Veja-se que questões cruciais como segurança, saúde e educação estão interligadas de modo que, quando há desequilíbrio em qualquer deles, provavelmente provocará instabilidade nos demais. Trata-se, portanto, de um conjunto coeso de direitos fundamentais, interligados entre si e que refletem diretamente no bem-estar da população. A quantidade de pessoas atingidas por essas violações não é tão relevante, mas desde que seus reflexos sejam causa de outras mazelas, já se pode considerar que os efeitos deletérios justificam uma tomada de atitude por parte do Estado.

É nesse panorama que será tratado o artifício do ativismo judicial dialógico, como meio até então eficaz para arregimentar os responsáveis pela tomada de decisões dentro do Estado. Não se pode esquecer que a tripartição dos poderes tem como fundamento a especialidade de cada um deles e a divisão harmônica das tarefas relegadas ao Estado, sendo indispensável a auto e a inter fiscalização, não no sentido de cobrança, mas no sentido de auxílio nessas atividades. A garantia de condições mínimas de vida da população, diante de

direitos fundamentais indisponíveis, tem por objetivo proteger o homem da exploração pelo próprio homem, e não da exploração do homem pelo Estado.

Não se pretende, no entanto, imiscuir-se a favor ou contra o ativismo judicial dialógico – ao contrário – entende-se que a aplicação deve ser pautada na observância da constitucionalidade da medida, o relevante valor social. Não é demais lembrar que a Constituição do Estado social na democracia é a Constituição do conflito, do pluralismo, das tensões e do conteúdo dinâmico, da busca pela igualdade entre os indivíduos e a liberdade do povo brasileiro. É também aquela que, ao prever os direitos sociais básicos, os faz por meio de normas programáticas e políticas públicas, repousadas na harmonia entre os poderes a fim de reduzir as desigualdades sociais e econômicas.

Alguns aspectos relevantes como a ausência de legitimidade democrática e a incursão política que acaba tendo viés o ativismo judicial, mesmo na sua versão dialógica, são fatores que o afastam de uma visão positiva e progressista. As ingerências que o Poder Judiciário protagoniza, diante dos demais poderes com representantes eleitos pelo povo, furtam dele a apontada legitimidade democrática, ao passo que o desfazimento de ações advindas do legislativo e do executivo o colocam como violador dos assuntos *interna corporis* desses poderes.

Por este motivo, tem-se no presente estudo um panorama de análises constitucionais sociais, as quais serão divididas em momentos, a fim de compor a problemática da forma mais adequada. Por meio de pesquisa qualitativa, valendo-se do método dedutivo, serão utilizadas pesquisa bibliográfica, doutrina nacional e estrangeira, referências legislativas e jurisprudência da Corte Constitucional Colombiana e do Supremo Tribunal Federal, assim como artigos científicos e trabalhos de pós-graduação acerca do tema. Para tanto, o trabalho conterà quatro capítulos, dentre os quais se fará inicialmente uma abordagem da Constituição como pilar do sistema jurídico brasileiro, como forma de contextualização dos assuntos dos demais capítulos. No capítulo segundo, tratar-se-á dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, sob uma perspectiva constitucional, cuja evolução e princípio da proibição do retrocesso marcam a busca pelo equilíbrio social e a igualdade entre os cidadãos. Em seguida adentrar-se-á no enfrentamento às questões relativas ao ativismo judicial no Brasil, com enfoque para o ativismo judicial dialógico protagonizado pelo Supremo Tribunal Federal, que vem sendo utilizado como ferramenta para tentar solucionar graves violações de direitos fundamentais. Por fim, ante a filiação do Supremo Tribunal Federal à teoria colombiana do Estado de Coisas Inconstitucional, serão analisados os aspectos que norteiam a declaração e aplicação do referido instituto, bem como a viabilidade de sua utilização no Brasil, os

parâmetros de incidência e os limites para o seu reconhecimento. Diante desses questionamentos, procurar-se-á deslindar parte dessas respostas, com o intuito de compreender melhor o modo como o Supremo pratica o ativismo judicial e desse modo influencia todas as demais instâncias do Poder Judiciário no Brasil.

## 1 A CONSTITUIÇÃO COMO PILAR DO SISTEMA JURÍDICO

Em meio às mudanças que acontecem no seio da sociedade, ora concretizando, ora desestabilizando direitos, a Constituição Federal se mostra como saída para um possível ponto seguro. Mesmo sendo constantemente vilipendiada, a fim de que haja falsa interpretação das definições ali contidas, é necessário que a ela se dê o devido valor em virtude da sustentabilidade que confere ao ordenamento jurídico brasileiro. Isso implica dizer que, malgrado não seja o sistema jurídico composto apenas por esta lei maior, dele deve haver sustentáculos que possam tanto permitir quanto limitar a incidência das violações de direitos fundamentais.

É nessa linha que se aclaram os entendimentos de como deve ser tratada a Constituição Federal. Sua principal característica, portanto, é dar sustentabilidade às normas nela contidas, fortalecendo a democracia e os direitos individuais. Não obstante aos diversos retalhos que foram inseridos por meio de emendas constitucionais, sua modificação ainda segue regras rígidas. A Constituição ainda mantém a sua essência e é capaz de ser reconhecida como um pilar do sistema jurídico, apesar de ser do entendimento de Bonavides (2015) que haja no Brasil uma crise constituinte, por ser observada no próprio poder constituinte, que atinge o regime, o sistema de governo e, de modo geral, todas as instituições democráticas.

Adverte Bonavides (2015, p. 93) que a palavra *Constituição* não basta, atualmente, no campo do direito constitucional, para exprimir toda a realidade afeta à organização e funcionamento das estruturas básicas da sociedade política. Ainda com o mesmo autor, o discurso agora se dá em torno de designações modernas, dentre as quais está o sistema constitucional que “quase não afigura na literatura política e jurídica, precisamente em virtude de carecer dos elementos científicos de uma reflexão de base, semelhante àquela que acompanha o sistema político [...]” (BONAVIDES, 2015, p. 93-94). Ademais, o autor se debruça sobre a distinção entre constituição e sistema constitucional, de modo que afasta a visão que se tem da Constituição folha de papel de Lassale, cujos lados jurídico e político, em determinados momentos históricos, um deles se sobressaia. E arremata ao dizer que:

O sistema constitucional surge pois como expressão elástica e flexível, que nos permite perceber o sentido tomado pela Constituição em face da ambiência social, que ela reflete, e a cujos influxos está sujeita, numa escala de dependência cada vez mais avultante. A terminologia *sistema constitucional* não é, assim, gratuita, pois induz a globalidade de forças e formas políticas a que uma Constituição necessariamente se acha presa. (BONAVIDES, 2015, p. 95).

Para que pudesse ser respeitada e ter suas normas dotadas de efetividade, a Constituição brasileira anteviu formas de garantia, com as quais se pôde exercer o controle de constitucionalidade das normas. A par dessa informação, Camargo (2008, p. 02) aponta que “neste tema, o que se pode constatar é que o Brasil tem desenvolvido um sistema complexo cujos elementos importados dos sistemas clássicos vêm sendo introduzidos de modo absolutamente peculiar.”. O sistema jurídico brasileiro sofreu inegável influência dos modelos norte-americano e austríaco, de modo que ambos “exerceram na seara da construção da jurisdição constitucional brasileira e como sua propagação e adaptação determinaram a preponderância de um sistema sobre o outro ao longo da história, de modo a colocar em crise a classificação tradicional.” (CAMARGO, 2008, p. 03).

Diante dessas premissas, é forçoso reconhecer que apesar do poder constituinte reformador se mostrar como um fator de possível instabilidade, não seria concebível que houvesse uma imutabilidade absoluta do texto constitucional, uma vez que “adotá-la equivaleria a cerrar todos os caminhos à reforma pacífica do sistema jurídico, entregando à revolução e ao golpe de Estado a solução das crises.” (BEDÊ, 2006, p. 92). A rigidez conferida pelo legislador a certas partes do texto foram propositais, no sentido de conferir estabilidade ao documento.

Comportando várias fundamentações, a Constituição ao longo dos seus trinta anos vem sendo observada por seu conteúdo aberto, principiológico, em cuja moldura se rascunham diferentes formas de compreendê-la. Nesse ponto, assevera Barroso e Barcellos (2003, p. 148):

A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo às concepções de Ronald DWORKIN e aos desenvolvimentos a ela dados por Robert Alexi. A conjugação das idéias desses dois autores dominou a teoria jurídica e passou a constituir o conhecimento convencional na matéria.

Neste trabalho, destacam-se as normas que objetivam dar efetividade e proteção aos direitos fundamentais, e, desse modo, darem suporte à aplicação da teoria do estado de coisas inconstitucional. Assim, as chamadas normas de conduta, servem para definir direitos constantes nos diversos ramos do Direito, pois “prevêem um fato e a ele atribuem uma consequência jurídica. Mas as normas de organização e as normas programáticas têm

características singulares na sua estrutura e no seu modo de aplicação.” (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 162).

No Brasil, a principal influência no sistema constitucional foi o americano, como também houve atuação do modelo português, espanhol, italiano, francês, dentre outros. Mas foi de fato o sistema o norte americano que mais influenciou o sistema brasileiro, donde se importou o federalismo, o controle de constitucionalidade e o presidencialismo. Não menos diferente que os demais países da América Latina, o Brasil sob a adoção do sistema presidencialista distanciou-se do modelo norte-americano ao exercer uma forma mais autoritária e centralizadora, sustentada pelo multipartidarismo e representação proporcional.

Pelas palavras de Carvalho (2008, p. 50):

A importância do Direito Constitucional norte-americano resulta de que sua base legal é modelada pela jurisprudência, relacionada com o controle de constitucionalidade (*judicial review*). Os Estados Unidos foram o primeiro Estado Federal, a primeira república instituída segundo o princípio democrático, e o primeiro sistema de governo presidencial a adotar a doutrina da separação dos poderes.

O ponto de destaque que alcança mais acintosamente o objeto dessa pesquisa é a separação dos poderes, que no sistema norte-americano decorreu substancialmente da teoria de Montesquieu. Assim, “pela organização política da União, ao Presidente da República é atribuída a função executiva; a função legislativa é atribuída às duas Câmaras do Congresso, sendo os Senadores eleitos pelo mandato de 6 anos, com renovação bienal [...]” (CARVALHO, 2008, p. 28), cujo derradeiro se diferencia do brasileiro, que institui mandato de 8 anos aos senadores com renovação a cada 4 anos. Entretanto, consoante arremata o mesmo autor que, em relação ao poder judiciário, verifica-se que existem tribunais no formato dual, estaduais e federais, “[...] com predominância de uma Corte Suprema formada por 9 juízes vitalícios designados pelo presidente dos Estados Unidos, com parecer e acordo do Senado.”.

Não apenas Montesquieu teve a preocupação de bem delinear essa teoria de separação sistemática dos poderes do Estado. Hamilton, Madison e Jay (2003, p. 305), em clássica obra apontam com veemência:

É coisa averiguada que o magistrado ou corpo, investido de um dos três principais poderes, não deve exercer diretamente e em toda a sua plenitude nenhum dos outros; assim como é igualmente evidente que nenhum dos poderes deve exercer sobre o outro influência preponderante. Como todo o poder tende naturalmente a estender-se, é preciso colocá-lo na impossibilidade de ultrapassar os limites que lhe são prescritos. Assim,

depois de ter separado em teoria os diferentes Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, o ponto mais importante é defendê-los em prática das suas usurpações recíprocas.

Observa-se, portanto, que há muitos pontos em comum nos dois modelos, cuja inspiração gerou o sistema constitucional brasileiro, que aos poucos foi se adequando à realidade latino-americana e brasileira, num contexto histórico de avanços e retrocessos, mesmo diante da vivência de ditaduras que restringiam direitos e limitavam a atuação dos demais poderes. O que se verifica, nesse passo, é que a sonhada solidez do sistema constitucional foi dando espaço à articulação do modelo francês de Benjamin Constant com a instituição do poder moderador no Brasil, avistado na Constituição de 1824, no qual o controle de constitucionalidade foi mitigado. Posteriormente, “até no final do século XIX, enquanto predominou no Brasil a influência do pensamento político-constitucional europeu, a influência norte-americana era praticamente inexistente.” (CAMARGO, 2008, p. 04). Com o advento da república, “fez-se sentir a forte influência norte-americana quanto à forma de Estado Federal, a República e o Presidencialismo. Até o nome era parecido: Estados Unidos do Brasil.” (CAMARGO, 2008, p. 04), e, dessa forma, permanecemos nos dias atuais.

Assevera Bonavides (2015, p. 103), a respeito da Constituição norte-americana:

Percebe-se ali, claramente, a transição do Estado liberal ao Estado social. Basta para tanto cotejar os métodos de hermenêutica constitucional empregados da sobredita Corte, cujos votos e arestos firmaram a jurisprudência do passado e do presente.

A inserção da realidade positivada do Estado de bem estar social foi fundamental para evolução do reconhecimento dos direitos no Brasil. Alguns deles, apesar de ser reconhecidos, não possuíam a força necessária para imposição e reivindicação por parte da sociedade. A seguir, será analisado o modelo constitucional brasileiro, assim como o regime constitucional e a Constituição de 1988 no que tange ao seu aspecto voltado para o Estado de bem-estar social, como forma de delinear e compor parâmetros na pesquisa.

## 1.1 O MODELO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Diante de tantas influências mundo a fora, o modelo constitucional brasileiro foi se moldando ao longo da história, perseverando a ideia de democracia republicana e presidencialista, com a tripartição dos poderes. No espaço entre diferentes consolidações,

houve traços determinantes que puderam ser desempenhados por meio das diversas constituições federais que vigoram no Brasil, de modo que se afastou da doutrina francesa e abandonou de vez a possibilidade de instituição de um poder moderador.

O que emergiu, então, foi uma “[...] posição de poder-dever de exercitar o controle judicial das leis. Isso aconteceu na última década do século XIX, com o surgimento da República.” (CAMARGO, 2008, p. 04), numa clara incorporação da doutrina americana, que predomina até os dias atuais. Ainda com Camargo (2008, p. 05):

Arraigada que estava no Brasil a influência do sistema europeu-continental da *civil law*, era difícil a implantação um efetivo controle de constitucionalidade das leis, já que a importação de novo modelo constitucional exigia uma profunda transformação na cultura jurídica. Desta forma, apesar de a doutrina brasileira tentar defender a teoria da nulidade da lei declarada inconstitucional e a obrigação dos órgãos estatais de se absterem de aplicar disposição que teve a sua inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal, os próprios juízes, de formação privatística, relutavam em controlar os atos dos demais poderes.

Ao que parece, de acordo com o trecho acima, na fase de implementação do controle de constitucionalidade no Brasil, o Judiciário fazia um contra ativismo reverberado por um possível desvirtuamento do princípio da legalidade. Pela ótica da necessidade de harmonizar os poderes, e diante da desídia injustificada de qualquer deles, o Judiciário, a pretexto de não invadir a esfera de atuação de outro poder, esquivava-se de proferir determinadas decisões.

Após a Segunda Guerra, seguindo a experiência histórica dos modelos constitucionais, o constitucionalismo alemão foi marcado pela reformulação do Estado, tomado pelas forças aliadas que ali se instalaram com a derrocada de Adolf Hitler. Desse modo, de acordo com Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018, p. 48) “o ressurgimento do Estado – ainda assim em um contexto e sob condições peculiares – acabou ocorrendo com a entrada em vigor da Lei Fundamental de 1949, pelo menos no caso da então Alemanha Ocidental.”, e pela análise feita, “é possível firmar que a República Federal da Alemanha foi – a despeito do perfil da Lei Fundamental na percepção de seus próprios autores, é possível agregar – o resultado de uma decisão constituinte.” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 49).

Dentro da concepção do que seja um sistema, abordado no tópico anterior (e por consequência o modelo constitucional brasileiro), pela análise acerca da teoria dialógica do direito, Bonavides aponta que “a nova concepção sistêmica traz para o Direito uma visão em que ele aparece precipuamente como instrumento destinado a garantir e proteger a participação do indivíduo nos papéis de comunicação social [...]”, e assim, “sendo um fim

cardeal, [...] proporcionar e planejar a participação e as oportunidades tanto de informar-se como de comunicar-se ‘numa sociedade compreendida em permanente processo de formação’” (BONAVIDES, 2015, p. 127).

Contudo, de uns anos para cá o ativismo judicial positivo vem sendo praticado e aceito na comunidade jurídica, em geral quando toma medidas sérias e necessárias para solucionar graves problemas sistêmicos diante da ineficácia de medidas ou da ausência delas. Sem a intenção de impor paradigmas nesse momento, é importante mencionar que o modelo constitucional brasileiro é recheado de valores, e são eles que constituem os pilares desse sistema que se formou ao longo da história. Esse sistema, concebido como um conjunto de normas que compõem o ordenamento jurídico, não se resume apenas à Constituição Federal, mas abriga toda sorte de leis e regramentos que foram recepcionados com o advento da constituição em vigor. Desse modo, a coerência das normas entre si e com o ordenamento, faz com que não haja contradições. É a máxima de que não existem normas inconstitucionais dentro da constituição, tudo que ali compõe está devidamente dentro da constitucionalidade.

Na pesquisa engendrada, modelo e sistema serão tratados como institutos complementares, não especificamente idênticos, porém semelhantes. Dito isso, Tavares (2017, p. 222), aponta que “é comum na doutrina apontar-se, porém, um ponto de vista estritamente normativo, considerando-se o sistema constitucional como um (mero) somatório de normas.”. Essa afirmação corrobora o que foi dito anteriormente. Entretanto, indispensável que se diga que essas normas se desdobram em outros dois institutos, os princípios e as regras, ou seja, espécie do gênero normas. Assim sendo, Tavares (2017, p. 222-223) faz esse desenvolvimento “com a advertência de que a separação entre princípios e regras pressupõe um pensamento totalizante e abstrato do Direito, estranho à posição concretista [...]” e por esta razão, “concebe a possibilidade de que se possa categorizar a Constituição, para fins de sua aplicação no mundo concreto, independentemente do concreto.”.

Em relação à sua estrutura, a Constituição possui estrutura de acordo com o modelo adotado. Inicia-se com o preâmbulo, que, de acordo com Dutra (2017, p. 58) “é a parte precedente do texto constitucional que sintetiza os valores e objetivos adotados pela Constituição Federal.”. O STF, ao julgar a ADI 2.076-AC, de relatoria do Ministro Carlos Velloso, que o preâmbulo constitucional não possui força normativa, mas somente valor hermenêutico, e, por esta razão, jamais poderia ser utilizado como objeto de ação direta de inconstitucionalidade. A CF/88 ainda possui uma parte dogmática, constituída pelo texto em si, e ainda:

[...] congregando os princípios fundamentais, os direitos e garantias fundamentais, a organização do Estado, a organização dos Poderes, a defesa do Estado e das Instituições Democráticas, a tributação, o orçamento, a ordem econômica, a ordem financeira, a ordem social e as disposições constitucionais gerais. (DUTRA, 2017, p. 58)

Além desses elementos, ainda se pode encontrar os atos das disposições constitucionais transitórias, as chamadas ADCTs, que tiveram como finalidade “realizar a transição entre a nova ordem constitucional e a que foi substituída [...]; b) disciplinar provisoriamente determinadas situações, enquanto não regulamentadas em definitivo por lei [...]” (DUTRA, 2017, p. 59). Entretanto, conforma o mesmo autor, apesar da função exercida pela ADCT, “sua característica marcante é que, uma vez cumprido o objetivo buscado pelo constituinte, perde sua eficácia jurídica por exaurimento de seu objeto.” (DUTRA, 2017, p. 59).

O modelo constitucional brasileiro, portanto, se fez arraigar a diversos tipos de procedimentos que no conjunto formaram o todo que é encontrado na Constituição Federal de 1988, a exemplo do modelo vigente em relação ao controle de constitucionalidade, modo fiscalizatório pulverizado no sistema nas formas preventiva e repressiva. Consoante assevera Bulos (2014, p. 201):

[...] No Brasil, existe uma fiscalização político-preventiva de constitucionalidade das leis e atos normativos, da mesma forma que há um controle repressivo jurisdicional. Nos moldes estabelecidos pelo constituinte de 1988, o controle preventivo é um controle político. Ambos se entrelaçam. Tanto que foram consignados nos mesmos dispositivos constitucionais (CF, arts. 22, 47 a 49, 58, 60 a 62, 64 a 65, 66, § 1º). Distinguem-se, apenas, pelo critério classificatório no qual se inserem. Enquanto o preventivo é um controle que se classifica quanto ao momento de sua realização, o político é classificado quanto ao órgão fiscalizador.

A supremacia da constituição decorre do modelo que foi escolhido no Brasil. Esse modelo consagra a Constituição Federal, distinguindo os poderes constitucionais dos poderes constituídos, e mantendo entre elas íntima relação que os coloca dentro do modelo a ser seguido. Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018, p. 237), apontam que o princípio da supremacia da constituição, “se traduz no fato de que as normas constitucionais, dada a sua origem e em virtude da distinção entre poder constituinte e poderes constituídos, ocupam posição hierárquica superior”, relacionada “a toda e qualquer norma ou ato oriundo dos assim chamados poderes constituídos, portanto, em relação às demais normas do sistema jurídico.”. Em decorrência desse ditado, é que as normas constitucionais devem ser operacionalizadas

levando-se em consideração sua eficácia máxima, em face do plano de concretização constitucional “no sentido da busca da aproximação tão íntima quanto possível entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.” (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2018, p. 238).

É importante que se diga que, de acordo com Bonavides (2015, p. 131), “rigorosamente, não existe distinção entre a interpretação das normas constitucionais e a interpretação das demais normas do ordenamento jurídico [...]”, ao passo que “[...] haja distinções decorrentes da peculiaridade das regras básicas, de seu conteúdo ou aspecto material, mas que não devem afetar a essência jurídica da norma.”. Dito isso, entende-se que, apesar da superioridade normativa e a carga de eficácia da norma constitucional ser elevada, e considerando que normalmente as constituições não apontam expressamente um método específico de interpretação, deve-se ter cautela ao interpretá-la e principalmente aplicá-la, com vistas a não tornar seu conteúdo contraditório, inconstitucional.

De acordo com Oliveira (2015, p. 160):

A interpretação necessariamente passa por um processo de criação, não apenas porque toda decisão deve dizer qual o produto da interpretação, mas também porque esse processo envolve afastar as interpretações divergentes, que, de uma forma ou outra, poderiam ser concedidas ao texto legal. É claro que a interpretação completamente oposta à norma renderia mais do que interpretação ou criação judicial do Direito, equivalendo-se a própria criação da norma.

A seguir serão delineadas outras linhas a respeito do conteúdo constitucional. Essa etapa inicial é importante nesse trabalho para que o objeto de estudo possa ser estruturado e fundamentado, de acordo com o ordenamento constitucional. As normas devem ser interpretadas conforme a constituição, dada sua relevância prática e desenvolvimento no âmbito da estruturação e atuação de uma justiça constitucional.

## 1.2 O REGIME CONSTITUCIONAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 inaugurou um período democrático cujo precedente jamais havia sido observado no Brasil. Após diversos episódios de supressão ou limitação de direitos, muitos deles indisponíveis, a nova ordem instalada significou um avanço para as instituições públicas e privadas, assim como deu novos ares de progresso para toda a sociedade. A exemplo do golpe militar de 1964, onde diversas pessoas tiveram suas vidas ceifadas em nome do cumprimento da lei pelo Estado Militar instalado, é possível que aquele

regime implementado à época, seja exatamente o oposto do que fora entregue à população por meio da promulgação do novo texto constitucional.

Não foi apenas este o episódio antidemocrático vivenciado no Brasil – questões que vão desde o direito ao voto até o devido processo legal, passando pela aplicação da tortura foram vivenciados nos anos que antecederam a Constituição Cidadã de 1988. Após diversas nações se firmarem entre textos constitucionais em que ora pendiam para o liberalismo com diminuta atuação do Estado na área social, ora eram empregados na promoção do bem-estar social, pautados nos deveres de constitucionais de aplicações obrigatórias de receitas, com percentuais mínimos de investimento.

Para Tavares (2017, p. 31), acerca das inovações da Constituição Federal de 1988:

[...] muitas e profundas foram as inovações introduzidas pela Constituição de 1988. Houve, a partir dela, uma verdadeira “revolução” no Direito brasileiro, que, por meio de suas instituições, teve de se adaptar ao novo cenário constitucional, reformulando conceitos, substituindo institutos e implementando o novo regime constitucional.

Existem atualmente casos específicos que delineiam esse regime instalado pela Constituição de 1988, que vai desde a reserva legislativa de determinadas matérias a cargo de lei complementar a previsão de emenda revisional com prazo de cinco anos após a promulgação do seu texto. Entretanto, o ponto alto dessa pesquisa, e que merece estar em evidência, é aquele que envolve os direitos fundamentais, que são escorados pela proibição de desvirtuamento e mácula às normas constitucionais.

Por todo o exposto até aqui é possível afirmar que o modelo constitucional sistematizado, deu origem ao regime constitucional que hoje se observa, e que está em constante construção. Uma das principais características, ao lado da separação dos poderes e do Estado democrático de direito é o compromisso e a preservação da dignidade humana, que decorre intensamente das forças sociais. Assim, consoante magistério de Tavares (2017, p. 226):

Na teoria do Direito como fenômeno cultural elaborada por PETER HÄBERLE, as forças sociais não podem ser tratadas simplesmente como objetos, devendo ser integradas na concepção de Direito e Constituição. Essa lição se mostra extremamente preciosa para fins de revelar a impossibilidade de afastar as normas de Direito dos valores sociais que são consagrados em cada estrutura jurídica existente nos diversos países.

É inegável a complexidade das normas fundamentais diante de tantos despautérios que insistem em desvirtuá-la. No entanto, a própria constituição, por meio de suas cláusulas pétreas, as intocáveis do ponto de vista do poder reformador, é, no limiar da esperança de manutenção da paz social, a garantia de que instituições que possuem a obrigação de protegê-la e fazê-la ser cumprida não desvirtuem suas competências e atribuições. Assim é o que deve cumprir o Supremo Tribunal Federal, cujo regime constitucional deve seguir para que sejam reprimidos acessos danosos ao equilíbrio da paz social. Mendes e Branco (2017, p. 122-123), apontam que a proteção que se se a salvaguarda dada à cláusula pétrea “impede que os direitos fundamentais sejam abolidos ou tenham o seu núcleo essencial amesquinhado, não tolhe, evidentemente, o legislador reformista de ampliar o catálogo já existente.”. Novos direitos fundamentais estarão sob o manto de austeridade do poder constituinte originário sobre o reformador, não podendo, do mesmo modo, serem modificados.

Veja-se que nesse ponto é salutar entender que do equilíbrio social decorre toda sorte de direitos, inclusive aqueles cujo controle não decorre diretamente da população. É o caso do sistema econômico, flutuação do preço do dólar e índice da bolsa de valores, que sofrem constantes variações de acordo com outros pontos derivados do status da sociedade, como as taxas de desemprego (embora haja uma discussão fortíssima a respeito da veracidade dos números apontados, considerando o paradigma adotado para auferi-los). Faria (2014, p. 130), “o que se deve entender é que o fato de os direitos sociais terem sido dispostos de maneira aberta não foi mera atividade leniente do constituinte de 87/88, mas sim uma opção juridicamente fundamentável [...]”, posto que “a natureza desses direitos pressupõe uma redação mais flexível, para que possam ser aplicados ainda que sob a influência de fatores dificultantes.” (FARIA, 2014, p. 130).

O primado da supremacia da constituição, mencionado no tópico anterior, mas que merece destaque também aqui dentro do regime constitucional, solidifica-se em face do estado de direito e “pela vinculação do poder estatal ao Direito e pelo objetivo atribuído aos órgãos estatais de realizar a justiça material.” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 296). Desse modo, apontam os mesmos autores:

[...] o primado do Direito é formado pela convivência e articulação dos princípios da constitucionalidade e da legalidade (incluindo a reserva legal), implicando uma vinculação direta do legislador à Constituição e uma dupla vinculação (direta e indireta) dos poderes Judiciário e Executivo à Constituição e às Leis. A vinculação isenta de lacunas do poder público aos princípios e direitos fundamentais é, por sua vez, manifestação particular da

mais abrangente noção de supremacia da Constituição, além de representar precisamente um dos eixos da noção de Estado material de Direito.

Nesse contexto, “como consequência da supremacia constitucional, pode-se afirmar que TODAS as normas constitucionais, independentemente de seu conteúdo, equivalem-se em termos de hierarquia jurídica [...]”, pois “são dotadas de supremacia formal em relação às demais normas infraconstitucionais.” (DUTRA, 2017, p. 57). Essa supremacia constitucional está intimamente ligada às ideias expostas por Hans Kelsen e por Konrad Hesse. Referidas teorias não serão aqui analisadas em virtude de não serem necessárias ao entendimento dos tópicos seguintes, apesar de reconhecer-se sua importância.

Algumas regras foram inseridas por ocasião da constituinte de 1988, que determinou que alguns atos fossem praticados após a promulgação da Constituição Federal, e cujos atos não seriam novamente realizados. É o caso da emenda constitucional de revisão, prevista no art. 3º dos atos das disposições constitucionais transitórias, sendo, portanto, promulgadas 6 emendas de revisão ao texto original. Essas peculiaridades, próprias da Constituição brasileira, foram necessárias para a realização dos ajustes indispensáveis da transição entre o regime ditatorial e a abertura democrática. Assim, conforme aponta Dutra (2017, p. 59):

Por se tratar de um procedimento único e exaurido, sob o regime constitucional vigente, não é possível a edição de uma nova ECR. Noutro giro, o procedimento para a edição de uma emenda constitucional de reforma (EC) é permanente, razão pela qual pode, a qualquer momento, ser efetuada uma nova modificação constitucional, desde que respeitado o devido processo legislativo constitucional capitulado no art. 60.

Outro ponto que pode ser visto como peculiar no regime constitucional brasileiro, é a existência de uma unidade federativa que concentra atribuições estaduais e municipais em um único ente. Entretanto, as competências legislativas do distrito federal ora são próximas das estaduais, ora das municipais, dependendo da matéria a ser tratada, o que, de acordo com a ADI nº 3.756/DF, “o Distrito Federal, muito embora submetido a um regime constitucional diferenciado, está bem mais próximo da estruturação dos Estados-membros do que dos Municípios [...]” (DUTRA, 2017, p. 168). É, de fato, um caso peculiar.

### 1.3 A CONSTITUIÇÃO E O ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL

O estado de bem-estar social surgiu em um momento da história em que o mundo passava por diversos tipos de supressão de direitos fundamentais. O auxílio parecia estar

muito distante diante de tantos fatos pretéritos que provocaram uma série de barbáries, mesmo em sucessivas ondas de evolução e involução dos direitos do homem. Mais tarde se compreendeu que os direitos do homem, consagrados pelo trinômio francês da liberdade, igualdade e fraternidade não foram suficientes para que todos aqueles que cumpriam suas promessas de crescimento econômico a qualquer custo.

O *welfare state*, expressão moldada sob a influência inglesa, possui origem histórica mais recente que o estado de providência, que possui origem francesa e remonta ao século XIX (NOGUEIRA, 2001, p. 90). Na passagem, aduz a autora que “a expressão inglesa – Welfare State foi criada da década de 40, ainda que a menção à Welfare Policy – Política de Bem-estar, ocorra desde o início do século XX.” Fiori (1997, p. 139), no texto em que aponta existirem diferenças na configuração histórica do *welfare*, filiar-se-á ao entendimento que não existe progressão linear, “nem uma convergência entre seus vários tipos nacionais, ou mesmo entre os seus vários tipos nacionais, ou mesmo entre os seus vários padrões de construção e organização do Estado de bem-estar social.”. Referido autor aponta, para diferenciação, escolas teóricas cuja combinação de possibilidades, segundo ele, “são tantas que suas combinações possíveis e admissíveis ficam quase infinitas” (FIORI, 1997, p. 139). Foi na Europa onde países primeiro incorporaram o modelo que agradou os defensores da social-democracia. A principal referência no continente veio da região escandinava, onde até hoje, Noruega, Suécia, Finlândia e Dinamarca são destaques na aplicação do Estado de Bem-Estar Social e são países que estão no topo do ranking de melhor Índice de Desenvolvimento Humano.

De acordo com Bonavides (2015, p. 200), “o Estado Social, por sua própria natureza, é um Estado intervencionista, requerendo a atuação positiva do poder político nas esferas sociais para a satisfação das necessidades mínimas existenciais do indivíduo.”. Desse modo, o intervencionismo é um sistema intermediário entre o liberalismo e o Marxismo, idealizado em face da derrocada do Estado Liberal diante das mazelas sociais herdadas no pós-guerras, além de ser uma opção ao Estado Socialista titular exclusivo da atividade econômica.

Ao Estado é relegada a difícil missão de manter a economia equilibrada, promover o crescimento social e econômico, através do incentivo e regulação. Embora a propriedade e a atividade econômica sejam reservadas especialmente à iniciativa privada, haverá nesse cenário a intervenção estatal na economia, na qual o Estado atuará como empresário, por meio de empresas públicas que concorrem com a iniciativa privada. Ao mesmo tempo em que fomenta a economia por meio de incentivos fiscais, empréstimos e subsídios, assume a dupla função de suprir as deficiências do mercado e de implementar objetivos de política econômica

É possível identificar, em diferentes épocas históricas, os tipos de políticas assistenciais implantadas em diferentes países. Ainda no século XVIII, nações como Áustria, Rússia, Prússia e Espanha, apesar de sua estrutura de governo ter uma plataforma não-democrática, implementaram uma série de importantes políticas assistenciais, com características bastante próximas ao Estado de bem-estar social, mesmo sendo uma sociedade estratificada, cujo benefício vindo do governo era recebido pelos destinatários como uma benesse. Acerca da política de Keynes, assevera Luizão (2016, p. 150):

O Keynesianismo considera os princípios econômicos liberais, como o livre mercado, incapazes de assegurar o crescimento econômico, de garantir o pleno emprego e de evitar crises de superprodução. Defende a intervenção do Estado para regular o sistema econômico e orientar a riqueza nacional, inclusive com medidas fiscais, como a redução de impostos. Segundo Keynes, em épocas de recessão deve-se aumentar a renda, o que leva à recuperação da economia.

Entretanto, o modelo social assistencialista ganhou ainda mais terreno com a inclusão do conceito de cidadania, propagado após a queda dos regimes totalitários na Europa. Associou-se a ideia de que os indivíduos são dotados de direitos sociais e o reconhecimento dos direitos humanos também estratificou a necessidade de lançar olhares para o conceito de social-democracia. Esses rudimentos de Estado de providência se solidificaram com mais intensidade após a Segunda Guerra Mundial, quando países precisaram ser reconstruídos e o processo de industrialização e os problemas sociais decorrentes do período impulsionaram países como a vanguardista Grã-Bretanha a adotar uma série de medidas nos setores de educação e saúde. Interessante notar que, não por coincidência, o neoliberalismo também surgiu nesse período, com a ascensão das ideias inovadoras de Haiek e sucessórias de Keynes (ANDERSON, 1995, p. 09). Com efeito, enfatiza o autor:

Hayek e seus companheiros argumentavam que o novo igualitarismo (muito relativo, bem estendido) deste período, promovido pelo Estado de bem-estar, destruía a liberdade dos cidadãos e a vitalidade da concorrência, da qual dependia a prosperidade de todos. Desafiando o consenso oficial da época, eles argumentavam que a desigualdade era um valor positivo – na realidade imprescindível em si -, pois disso precisavam as sociedades ocidentais.

Não obstante, as tentativas de determinar o momento exato em que as demais nações lançaram-se para implementar políticas assistencialistas demonstram que nem sempre conseguiram mantê-las por muito tempo, sem que uma nova crise se instalasse. Por essa razão, as origens do Estado de bem-estar estão vinculadas às tensões e conflitos sociais decorrentes

da economia capitalista liberal, que aos poucos era praticada em diversas partes do mundo, sempre na tentativa de minimizar as mazelas das ondas de prosperidade e crise, características de todo contexto político-econômico. Assim, “o ideário do neoliberalismo havia sempre incluído, como componente central, o anticomunismo mais intransigente de todas as correntes capitalistas do pós-guerra.” (ANDERSON, 1995, p. 12), e isso enfraqueceu, sobremaneira, as intenções dos países em manter políticas assistencialistas.

Desse modo, o *welfare state*, ou como se queira nominar, tinha como pressuposto o estado assistencialista, que pudesse garantir ao povo níveis mínimos de assistencialismo em setores tidos como essenciais, como saúde, educação, renda, além de previdência social. cujo exercício estava sempre em franca ameaça. Como um Estado de Providência, as medidas tomadas pelos governos sociais-democratas chamaram a atenção do mundo para problemas sérios de enfrentamento das crises humanas que até então dominavam o cenário mundial.

Considera-se como sendo o período inaugural do Estado de bem-estar no Brasil, a política assistencialista implantada por Getúlio Vargas, a partir da década de 1930, quando se observou a organização estatal da política e da economia, bem como da promoção e defesa social. Nesse modelo aqui adotado à época, o Estado atua em consonância a sindicatos e a iniciativa privadas, buscando atender às características de cada país, e, desse modo, garantir serviços públicos e proteção à população.

Procurando contextualizar a introdução da política de bem-estar social no Brasil, Benevides (2011, p. 62) aponta que “no período compreendido entre 1930 e 1970, o Brasil se constituiu em uma economia moderna com base industrial e urbana, abandonando seu passado agrário, baseado em exportações de bens primários [...]”. Entretanto, conforme a mesma autora:

Os alicerces do sistema de proteção social brasileiro são constituídos nesse mesmo período, tendo o autoritarismo como uma de suas principais marcas, visando regular aspectos concernentes à organização dos trabalhadores assalariados dos setores mais modernos da economia, utilizando-se da antecipação de algumas necessidades, de modo a reduzir a legitimidade das lideranças trabalhistas em suas reivindicações. Desse fato resulta a segmentação no processo de modernização no país que se apresenta até os dias atuais, com setores industriais modernos convivendo com setores tradicionais.

Viu-se no Brasil, entre os anos de 1930 e 1945 uma crescente onda de atuação estatal tanto na esfera trabalhista quanto na previdenciária. Contudo, além desses setores “em 1930 é criado o Ministério da Educação e Saúde Pública”, que “[...] ficava responsável pela saúde coletiva da população, enquanto que a atenção médica era restrita aos trabalhadores

vinculados a categorias profissionais.” (BENEVIDES, 2011, p. 64). Observou-se, no período relativamente expressivo, a incorporação progressiva de medidas que visavam organizar a atividade laboral no Brasil, cujo incentivo à ocupação de postos de trabalho vinham com o incentivo de cobertura trabalhista e previdenciária, com vistas a fomentar as atividades industriais pautadas na relação capital e trabalho.

Mas foi com o advento da redemocratização do país, marcado pela promulgação da Constituição de 1988 que o Brasil passou a prever constitucionalmente diversos direitos sociais, dentro dos quais estão inseridos aqueles cuja vanguarda já estava sendo sedimentada desde a década de 30. Não obstante, a inserção dos direitos fundamentais como núcleo intangível do texto constitucional implantou aqui um pressuposto fortíssimo da obrigatoriedade estatal em investir e implementar políticas públicas voltadas ao bem-estar social. Daí porque se diga que apesar do Brasil possui forte onda neoliberalista, a permanência do Estado de bem-estar social de previsão implicitamente constitucional o impede de cometer retrocessos típicos de políticas neoliberalistas, ou que, pelo menos, se possa impedir que seus efeitos deletérios atinjam de modo crucial a maior parte da população. Conforme denomina Benevides (2011, p. 66):

No início de 1988, a agenda de transição democrática conferiu centralidade à questão social e a nova Constituição, em grande medida, reafirmou o princípio e os conteúdos das reformas intencionadas. Dentre essas, nós podemos reconhecer um escopo mais compreensivo do sistema de proteção social, tanto com o reforço dos direitos universais quanto com o relativo afrouxamento da relação contributiva.

Negri (2008, p. 38) aponta que a biopolítica, aos poucos, vai se ocupando de todos os “aspectos da vida que seguidamente serão chamados a converter-se num campo de implantação das políticas do *welfare state*: seu desenvolvimento está comprometido por completo na tentativa de obter uma melhor gestão da força de trabalho.”. E é exatamente dessa forma, com a docilidade dos corpos que se há de recrutar e dos que não de ser atendidos que funciona essa fábrica de porcelana. Ainda com Negri (2008, p. 38):

El término de <<biopolítica>> indica la manera en la que el poder se transforma, em un determinado periodo, com el fin de gobernar no solamente a los individuos a través de ciertos procedimientos disciplinados, sino al conjunto de seres vivos constituidos em <<problaciones>>: la biopolítica ( a través de biopoderes locales) se ocupa también de la gestión de la salud, de la higiene, de la alimentación, de la natalidad, de la sexualidad, etc., a medida que esos diferentes campos de intervención se convierten em desafíos políticos.

É importante mencionar que as próprias vinculações orçamentárias constitucionais com saúde e educação, que preveem gastos mínimos nesses dois setores, foram uma tentativa de impedir que, ao alvedrio dos chefes dos executivos, fossem feitos poucos investimentos em setores essenciais para o bem-estar da população. Entretanto, malgrado exista tal previsão, foi editada a Emenda Constitucional n. 95/2016 que prevê o congelamento de investimentos em diversos setores no âmbito social pelos próximos 20 anos, impedindo que se possa implementar novas políticas públicas que requeiram investimentos diversos dos ali consignados.

Todas essas tentativas até então apenas emplacaram sucessivas tentativas de ressurreição do estado de providência com a permanência de governos de indicação direitista e de conotação neoliberal. Nos últimos anos, viu-se um encurtamento das medidas neoliberais que perderam espaços para o congelamento de investimentos em setores essenciais para população, a fim de manter o país em níveis economicamente estáveis para o enfrentamento da crise geral que o assola. Portanto, a problemática da manutenção do estado de bem-estar social diante da edição da Emenda Constitucional que dispõe sobre o congelamento do investimento em setores sociais, instituindo o teto dos gastos públicos e os desafios na manutenção de níveis mínimos de assistencialismo estatal.

No entanto, há quem sustente que o texto da Constituição Federal de 1988 tenha sido feito com excesso de detalhes, dando azo à diversos tipos de interpretação e fazendo com que seu entendimento fosse dificultado. Além disso, disciplinou muitas matérias que poderiam ter sido alocadas por meio de legislação infraconstitucional, já que o núcleo intangível da constituição compromete apenas pequena parte do texto, embora significativo e de efeitos radiantes. Contudo, Novo (2017, p. 16), emitindo entendimento contrário, sustenta que “deixar matérias importantes à legislação ordinária muitas vezes resultaria em reduzir a letra morta, por antecipação, os dispositivos reguladores, a exemplo dos art.231 e art. 7º, XVII.”.

Nos anos que se seguiram à sua promulgação, diversos ajustes foram feitos no sentido de emendar o texto original. Barroso (2017, p. 271) aponta que “chega-se, assim, sem surpresa, à segunda consequência da constitucionalização excessiva e minuciosa: o número espantoso de emendas, que antes do vigésimo aniversário da Carta já somavam 56.”, número deveras expressivo para uma constituição tão recente. O processo de redemocratização apontou alguns reverses, talvez porque ao término de um período repressivo e de violação de direitos fundamentais fosse necessário – ou talvez achava-se que fosse – sedimentar o maior número de direitos no texto normativo mais importante da República.

Não obstante, acrescenta Barroso (2017, p. 270) que a nova Constituição “[...] reduziu o desequilíbrio entre os Poderes da República, que no período militar haviam sofrido o abalo da hipertrofia do Poder Executivo, inclusive com a retirada de garantias e atribuições do Legislativo e do Judiciário.”. Porém, Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018, p. 266) apontam:

No que diz com as suas principais características, além do seu perfil analítico e casuístico, já referidos, a Constituição Federal de 1988 pode ser considerada como a mais democrática e avançada em nossa história constitucional, seja em virtude do seu processo de elaboração, seja em função da experiência acumulada em relação aos acontecimentos constitucionais pretéritos, tendo contribuído em muito para assegurar a estabilidade institucional que tem sido experimentada desde então no Brasil.

O estado de bem estar social ainda persiste nos dias atuais. Ao ser concebido como uma das formas de exercício da cidadania, e contraposto ao que se entendeu fosse o estado repressor, a partir da Constituição Federal de 1988, procurou selar a paz entre Estado e sociedade. Dentre as diversas garantias consagradas está o princípio da proibição do retrocesso, por meio do qual, as conquistas nos setores sociais fundamentais não podem ser destituídas ou extintas, e cuja finalidade é sempre a evolução desses direitos, e não a supressão de qualquer que seja a forma. Dessa monta, “o sistema de proteção social caracterizou-se, ao longo de muitos anos, como pontual e fragmentado, resistindo em reconhecer a proteção social como um direito a ser garantido pelo Estado aos indivíduos.” (BENEVIDES, 2011, p. 65). Desse ponto se deu, com as violações, também as buscas pelas reparações, e, nesse momento, entrou em cena o judiciário, como detratador/mediador entre Estado e sociedade.

Parece um pouco contraditório que o Estado alargasse as molduras das garantias fundamentais constitucionais e ao mesmo tempo ampliasse o acesso à justiça, pois uma vez que deixasse de cumprir seu dever, conseqüentemente seria demandado judicialmente. Por essa razão, a tutela deficiente de direitos fundamentais revela verdadeira omissão constitucional, uma vez que se observa ao longo do texto constitucional várias normas de eficácia limitada, embora o reducionismo semântico não possa ser utilizado para justificá-la. Não obstante, a consagração do estado de bem estar social significou o consectário lógico do acesso ao judiciário pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição. Oliveira e Dias (2017, p. 155) apontam que:

A politização característica da ascensão do Estado Social contemporâneo tornou a distinção ainda mais problemática, mormente a constitucionalização

de certas questões cruciais do ponto de vista coletivo, ultrapassando-se a ideia então vigente de proteção dos direitos individuais, típica do Estado Liberal.

Ao mesmo tempo, o judiciário como um dos poderes constituídos da República deveria estar suficientemente forte para garantir que houvesse tanto o equilíbrio quanto a independência face aos demais poderes. Dessa forma, a tripartição, que será tratada mais adiante, e a consagração dos princípios constitucionais, significaram a miscigenação da Constituição de 1988, de modo que pudesse promover o crescimento econômico paralelo ao desenvolvimento social. A proteção dos direitos fundamentais, apesar de ter sofrido um sensível avanço, não conseguiu alcançar níveis mínimos de aceitação face, muitas vezes, à falta de interesse por parte do Estado.

Não é apenas a inércia a causadora dessas transgressões das obrigações constitucional de cada poder perante a sociedade, como medidas omissivas, mas também a má aplicação de recursos públicos que se desdobram em outros tantos vícios de finalidade. Advertem Oliveira e Dias (2017, p. 87) que “mais do que a luta pela manutenção do Estado social é a luta pela efetivação dos direitos a ele inerentes, afastando-se cada vez mais dos ranços liberalistas, que constituem um embaraço ao constitucionalismo contemporâneo.”. A maneira com que podem ser feitas é um desafio, principalmente porque tem-se dias de ensino jurídico preocupante.

Desse modo, “a omissão, implicando proteção deficiente de direitos fundamentais, caracteriza-se como um quadro permanente de **falhas estruturais**. Esse quadro negativo pode tornar-se extremo, a legitimar medidas ativistas.”, conforme aponta Campos (2016, p. 58) (grifos do autor). Mais que isso, revela o mesmo autor que quando verificada uma situação real de massiva e sistemática violação de direitos fundamentais, “[...] decorrente da deficiência institucional e estrutural do Estado ou de bloqueios políticos, passa-se **da inconstitucionalidade por omissão ao estado de coisas inconstitucional (ECI)**.” (CAMPOS, 2016, p. 58) (grifos dos autor). A seguir, serão tratados especificamente dos direitos fundamentais estruturais no ordenamento jurídico brasileiro, como forma de dimensionar os parâmetros dessa pesquisa.

## **2 DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

Um dos principais expoentes engajados na missão de introduzir na linguagem constitucional de uso corrente o conceito de garantias constitucionais foi Rui Barbosa, pertencente ao liberalismo da Primeira República. Pelos idos de 1891, quando da promulgação da Constituição daquele ano, primeira da República após a queda do império, não se observou o emprego da expressão “direitos fundamentais”, ou mesmo direitos individuais, “embora o individualismo do Estado liberal lhe inspirasse todo o texto, e toda a declaração de direitos gravitasse, por inteiro, ao redor dos direitos concernentes à liberdade, à segurança e à propriedade.” (2015, p. 541).

Naquela época, Rui Barbosa foi promotor da liberdade do cidadão contra os abusos e a violência do Estado, amparado nos artigos da Constituição, e para ele havia distinção entre direitos e garantias fundamentais na medida em que sustentava que “uma coisa são garantias constitucionais, outra coisa os direitos, de que essas garantias traduzem, em parte, a condição de segurança política ou judicial.” (BONAVIDES, 2015, p. 541). Nessa esteira de ideias, é importante conceber que os direitos fundamentais, antes de tudo, possuem uma teoria geral que os sustenta sob uma dogmática constitucional positiva brasileira, no tocante à sua profundidade e modo aplicação e interpretação. Para Padilha (2018, p. 364), para entender as definições de direitos e garantias fundamentais, é necessário “traçar distinção entre os termos, sendo direitos fundamentais bens e benefícios previstos na Constituição e garantias fundamentais ferramentas insculpidas para resguardar e possibilitar o exercício dos direitos.”.

Antes mesmo de ser disseminada a doutrina de Rui Barbosa, a teoria constitucional dos direitos fundamentais foi formulada pelos juristas da República de Weimar. Pelo fundamento esposado no referido diploma, Klaus Stern reconhece que “determinadas instituições jurídicas devem ser resguardadas de uma supressão ou ofensa ao seu conteúdo essencial ou esfera medular, por parte do Estado, sobretudo do legislador.” (2015, p. 551). Isso implica dizer que os direitos fundamentais existem para que seja possível o exercício do princípio da dignidade humana, como corolário de todo o ideal de resguardo e proteção dos direitos fundamentais.

Bonavides (2015, p. 576) aponta que, no contexto das vinculações essenciais dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, “[...] enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduzirá sem óbices ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana.”. O autor entende que o racionalismo do

reconhecimento desses direitos surgiu em vanguarda com a revolução moderna na França, alçada pela Declaração dos Direitos do Homem de 1789. Interessante mencionar que, apesar de ter havido esse reflexo em relação francês, verificou-se “[...] com irrecusável veracidade que as declarações antecedentes de ingleses e americanos podiam talvez ganhar em concretude, mas perdiam em espaço de abrangência [...]” (BONAVIDES, 2015, p. 576), uma vez que privilegiavam uma determinada classe social, a camada de barões feudais, enquanto que a Declaração francesa de 1789 era direcionada o gênero humano.

Não obstante, Robert Alexy (2015, p. 39) já havia definido de que modo se deve anunciar uma norma de direito fundamental, mas aponta que qualquer das teorias que for elaborada se aproximará apenas do ideal, não a alcançarão:

A concepção de uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais expressa um ideal teórico. Ela tem como objetivo uma teoria integradora, a qual engloba, da forma mais ampla possível, os enunciados gerais, verdadeiros ou corretos, passíveis de serem formulados no âmbito das três dimensões e os combine de forma otimizada. Em relação a uma tal teoria, pode-se falar em uma "teoria ideal dos direitos fundamentais". Toda teoria dos direitos fundamentais realmente existente consegue ser apenas uma aproximação desse ideal.

Esse enfrentamento reverbera o ideal que se busca ser alcançado por cada país na perspectiva de proteção dos direitos fundamentais. No âmbito do direito constitucional brasileiro, é inegável que a evolução dos direitos fundamentais foi fruto do reconhecimento de que os valores humanos mais caros devem ser resguardados. Mendes e Branco (2017, p. 127), aduz que “a relevância da proclamação dos direitos fundamentais entre nós pode ser sentida pela leitura do Preâmbulo da atual Constituição [...]”, isso porque, segundo os autores, “[...] ali se proclama que a Assembleia Constituinte teve como inspiração básica dos seus trabalhos o propósito de ‘instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança’”. Portanto, o exercício desses direitos precisavam ser positivados dentro do mais alto ditame legislativo com o objetivo de fazer com que todo e qualquer do povo fosse protegido dos abusos do Estado e de terceiros.

Assim, asseveram Mendes e Branco (2017, p. 127), “o domínio das considerações técnicas que os direitos fundamentais suscitam, por isso, é indispensável para a interpretação constitucional.”, e por esta razão, esses direitos gravitam sobre a ordem social. É dizer, inclusive, que sem eles não é possível que haja ordem, pois toda sorte de violações poderão atingi-los. O exemplo encontrado nos dias atuais, sob uma perspectiva de proteção e

garantismo constitucionais, ocorrem violações seríssimas, de graves consequências e de difícil reparação, mesmo havendo previsão de reparação desses danos.

Orbita entre as interpretações qual seria a mais adequada para alcançar aplicação mais efetiva dos direitos fundamentais. Sobre esse aspecto, é assente na doutrina a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988. Expoente no referido entendimento, Tavares (2017, p. 384) assevera que:

O art. 5º, § 1º, da Constituição do Brasil prevê a eficácia plena dos dispositivos de direitos fundamentais: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. A primeira leitura leva à conclusão de que esses direitos são, em sua totalidade, aplicáveis de imediato pelo operador do Direito. Mas o dispositivo encontra-se sujeito a certa crítica e até a uma interpretação restritiva por parte da doutrina. Isso ocorre especialmente sobre o significado de “normas definidoras”, pois é condição necessária para a referida e desejada “aplicação imediata”. Realmente, a redação impõe a aplicação imediata apenas para as normas definidoras de direitos.

É importante mencionar, acerca da vinculação de eficácia plena dos direitos fundamentais em relação aos particulares, que a Constituição Federal de 1988 não a previu, como também não a proibiu expressamente. Sob outro aspecto, Tavares (2017, p. 354) lembra que “a expressão ‘direitos fundamentais’ em muito se aproxima da noção de direitos naturais, no sentido de que a natureza humana seria portadora de certo número de direitos fundamentais.”. Entretanto, completa o autor, que “sabe-se que não há uma lista imutável dos direitos fundamentais, que variam no tempo. Daí a inadequação do termo.”. Isso implica dizer que os direitos fundamentais estão em constante transformação, dada a natureza dinâmica da sociedade em que vivemos. Essas mutações não devem implicar em supressão ou anulação de direitos, mas na sua adequação diante das modificações sociais para melhor atender às necessidades do indivíduo.

Entretanto, acerca dessa aproximação dos direitos fundamentais ao direito natural, sustentam Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018, p. 332):

A noção (ainda advogada por setores da literatura) de que a expressão ‘direitos humanos’ pode ser equiparada à de ‘direitos naturais’ não nos parece correta, uma vez que a própria positivação em normas de direito internacional, de acordo com a lição de Norberto Bobbio, já revelou, de forma incontestável, a dimensão histórica e relativa dos direitos humanos, que assim se desprenderam – ao menos em parte – da ideia de um direito natural.

Na Constituição Federal de 1988, por sua vez, os direitos fundamentais estão espalhados pelo texto, presentes nos artigos que tratam dos direitos individuais e coletivos (art. 5º); direitos sociais (arts. 6º e 193 e s.); direitos à nacionalidade (art. 12); direitos políticos (arts. 14 a 16); e direitos dos partidos políticos (art. 17), sendo apenas um rol exemplificativo, ou seja, “não exaure o catálogo de direitos e garantias fundamentais, que demandam pesquisa na Carta de 1988, ultrapassando, inclusive, o âmbito do art. 5º, como decidiu o Supremo Tribunal Federal.”, uma vez que os direitos e garantias expressos na Constituição “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil for parte (CF, art. 5º, § 2º).” (BULOS, 2014, p. 533).

Partindo da máxima que os direitos não são absolutos, consideram-se assim também os direitos fundamentais. Por serem, portanto, relativos, é necessário que sejam sopesados, ou seja, verificada a sua carga axiológica diante da sociedade e do caso concreto. Entretanto, é importante mencionar que em determinadas situações, um direito ou garantia fundamental é absoluto, e por esta razão é exercido de maneira irrestrita. De acordo com Bulos (2014, p. 534):

É o caso da proibição à tortura e do tratamento desumano ou degradante. Aqui não existe relatividade alguma. O marginal, assaltante, sequestrador, meliante, corrupto ou "monstro" da pior estirpe não pode ser torturado com o uso de expedientes psíquicos ou materiais. Aqui o inciso III do art. 52 da Carta Maior consagra, sim, uma garantia ilimitada e absoluta. Do contrário, fulminar-se-ia o Estado Democrático de Direito (CF, art. 12), fomentando-se a cultura do "olho por olho, dente por dente". Mas, no geral, as liberdades públicas, a exemplo daquelas arroladas no art. 52 de nossa Constituição, são relativas. É nesse sentido que devemos compreender a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

A preocupação de Sarlet, Mariononi e Mitidiero (2018, p. 318) é a de que se tenha a compreensão de direitos fundamentais sob uma ótica unificada dentro de teoria geral constitucional, atenta às peculiaridades do direito positivado. É nesse sentido que asseveram ser imprescindível evitar “repetições desnecessárias, visto que na parte especial dos direitos fundamentais, salvo para enfatizar alguns aspectos, será feita remissão às questões versadas na parte geral e que de regra se aplicam a todos os direitos fundamentais.” (SARLET; MARINOI; MITIDIERO, 2018, p. 318). As salvaguardas constitucionais não são escapes para encobrir ilicitudes, como muitos pensam, mas no sentido de evitar que dos indivíduos seja furtada a oportunidade de ter um devido processo legal, e que se prove a culpabilidade, se for

o caso. Sabe-se, inclusive, que uma outra máxima bastante utilizada é aquela que se assenta na premissa de que “mais vale 10 culpados soltos que um inocente preso.”.

Isso implica dizer que existem parâmetros para as liberdades públicas, e uma delas diz respeito ao exercício dos direitos. Assim, de acordo com Bulos (2014, p. 534) o papel do Judiciário será o de “empreender uma interpretação constitucional *conformadora* ou *harmonizante* das normas assecuratórias de liberdades públicas, de modo a evitar contradições entre bens e princípios jurídicos consagrados pelo Texto de 1988.”. Relativizar os direitos fundamentais não é sacrificar um direito fundamental em detrimento do outro, muitas vezes esse sopesamento é feito de modo equivocado e acaba prejudicando ambas as partes, guardadas as proporções. Nesses casos, vê-se um problema de interpretação, não necessariamente proposital, mas que precisa da devida técnica e preocupação para evita-las. Por isso, uma das formas de evitar que haja perigosa supressão de direitos, é reduzir, proporcionalmente, o alcance desses direitos, diante dos quais se faça uma ponderação dos valores envolvidos.

Há ainda, na doutrina, uma preocupação a respeito da distinção (necessária?) entre direitos fundamentais e direitos humanos. Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018, p. 331) apontam que conforme o critério adotado pelos autores, “o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica àqueles direitos (em geral atribuídos à pessoa humana) reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado [...]”, ao mesmo tempo em que “[...] a expressão ‘direitos humanos’ guarda relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional [...]” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 331).

Interessante também notar os argumentos de Bulos (2014, p. 535) na seguinte indagação:

A quem se dirigem os direitos e garantias fundamentais? Os seus destinatários seriam, em primeiro lugar, os indivíduos? As normas constitucionais são voltadas, primeiramente, para os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que, ao exercer suas respectivas funções, tornam-se os destinatários diretos, primeiros ou imediatos das liberdades públicas. Ao aplicar os dispositivos da Carta Maior às situações concretas, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário efetivam os direitos e garantias fundamentais. É nesse estágio que o povo passa a ser o receptor do Texto Supremo.

Diante desse entendimento, o autor sustenta que é ilusório imaginar que as liberdades públicas são voltadas primeiro para o cidadão, uma vez que esses são os últimos destinatários.

Mas esse cidadão, no sentido da palavra, não se dissocia do coletivo, da sociedade. Isso porque, a maioria dos direitos só atingem um grau de efetividade se aliados a deveres, o que pressupõe uma troca entre as pessoas e também entre elas e o Estado. Não há direitos individuais gozados individualmente, pois essa condição levaria ao individualismo e se afastaria da ideia de justiça. Há a exigência que as pessoas sejam vistas como iguais, e, nesse sentido, Amartya Sen (2011, p. 245-246) assevera que:

A exigência de ver as pessoas como iguais (em alguma importante perspectiva) se refere, eu diria, à exigência normativa de imparcialidade e às reivindicações de objetividade associadas. Isso não pode, evidentemente, ser visto como uma resposta autônoma, completa em si mesma, uma vez que as justificações aceitáveis de imparcialidade e objetividade também têm de ser examinadas [...].

Se essa exigência não puder ser posta em prática, não há sentido reivindicar direitos. Assim também é o princípio democrático, base de todo o regime de direito que inspirou e serve como pilar para a declaração do Estado Democrático, como requisitos indispensáveis, complementares e indissociáveis entre si. Amartya Sen (2011, p. 11), defende que a democracia só se concebe por meio do debate. Nesse trabalho, a via que nos remete do debate, à busca pela reparação pela violação dos direitos fundamentais, é bastante próxima. O ativismo judicial dialógico, que logo mais será tratado, se assenta numa espécie de debate no qual, apesar do Judiciário ter o poder de decisão face aos demais poderes, é criada a oportunidade de que esses poderes debatam, dialoguem conversem.

Por esta razão, a construção efetuada acima acerca da filosofia humana de Amartya Sen faz tanto sentido nessa pesquisa. Referido autor aduz que “[...] a exigência de ver as pessoas como iguais (em alguma importante perspectiva) se refere, eu diria, à exigência normativa de imparcialidade e às reivindicações de objetividade associadas.” (SEN, 2011, p. 11). Isso quer dizer que a aplicação da justiça prescinde da imparcialidade e a capacidade de dar às partes valores iguais. Em seguida, arremata Sen (2011, p. 11) que “isso não pode, evidentemente, ser visto como uma resposta autônoma, completa em si mesma, uma vez que as justificações aceitáveis de imparcialidade e objetividade também têm de ser examinadas.”, e, desse modo, evitar que ajam excessos sob o argumento de imparcialidade, como deixar de reconhecer a existência de um direito latente. Sob tais aspectos preponderantes, a teoria idealizada por Rawls (2008), de justiça alternativa à concepção utilitarista, “oferece uma teoria liberal em que a justiça é definida sem depender do conceito de bem.”, (OUTEIRO; OLIVEIRA; NASCIMENTO, 2016, p. 51), pois, de acordo com os mesmo autores:

A doutrina utilitarista apresentava problemas, como fazer o conceito de justiça depender do conceito de bem – seja a felicidade, o prazer ou a satisfação: o justo era aumentar o prazer do maior número de pessoas, ainda que a minoria seja sacrificada – ou de considerar o bem-estar geral, mas não o individual.

A ideia desenvolvida por Rawls, de que deveria haver justiça com equidade, ecoa no sentido de que “a justiça como equidade é de grande relevância para a proteção dos direitos fundamentais, na medida em que une um sentido normativo com o aspecto político e moral, tendo por escopo a garantia de que todos os cidadãos possam viver com dignidade.” (OUTEIRO; OLIVEIRA; NASCIMENTO, 2016, p. 52). É nesse sentido que os demais subtópicos a seguir serão guiados, nos quais serão analisados alguns aspectos históricos que conferem aos direitos fundamentais o status de essenciais no sistema constitucional brasileiro, com força vinculativa máxima.

## 2.1 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

É certo que os direitos fundamentais não se apresentaram com o mesmo significado e abrangência ao longo dos anos, porém, se mantiveram em relação à sua necessidade de estarem consagrados no pilar do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. Diz-se evolução pelo fato de que, com o tempo, muitos direitos foram sendo reconhecidos, levando-se em conta a necessidade de adequação da evolução da sociedade e dos acontecimentos históricos interna e externamente. Essas afirmações implicam dizer que, positivados ou não, os direitos fundamentais sempre existiram, e a sua prevalência sobre os demais direitos, muitas vezes, os colocam de modo mais acintosamente em xeque, levantando diversas teorias, algumas novas, outras nem tanto, outras apenas reprodução e modernização de algo que já existiu.

A compreensão dos direitos fundamentais reclama um inevitável retorno na história, cujos momentos fáticos são determinantes para a consolidação do texto constitucional. Do eixo centrípeto do homem como figura principal, cujo individualismo era característica predominante na imagem do rei sol, passa-se a conceber uma visão mais coletiva, uma preocupação com a sociedade que doravante cresceria e se expandiria por outros continentes. A assertiva da liberdade, igualdade e fraternidade, como princípios-premissas dos ideais

revolucionários franceses no séc. XVIII influenciou muitas democracias que se formariam mundo a fora, inclusive a brasileira.

Não obstante, pelo fato de ter sido colônia de exploração quase que exclusivamente sob dominação portuguesa, o Brasil experimentou diversos tipos de forma de governo, muitos deles, à época, disseminados como de vasta democracia. Assim conceberam a motivação para a elaboração das diversas constituições brasileiras ao longo da história, cujos textos espelhavam os anseios da sociedade da época e favoreciam que tinha que favorecer, sempre com a insígnia do progresso do país. Diante desse contexto, é o enfoque mostrado por Mendes e Branco (2017, p. 134):

O caráter da historicidade, ainda, explica que os direitos possam ser proclamados em certa época, desaparecendo em outras, ou que se modifiquem no tempo. Revela-se, desse modo, a índole evolutiva dos direitos fundamentais. Essa evolução é impulsionada pelas lutas em defesa de novas liberdades em face de poderes antigos – já que os direitos fundamentais costumam ir-se afirmando gradualmente – e em face das novas feições assumidas pelo poder.

As conquistas dos direitos fundamentais, em qualquer parte do mundo, foram feita à custa de lutas, reivindicações, e não nascem todos de uma vez só. Como já mencionado nesse trabalho, os direitos vão se transformando e aperfeiçoando, seguindo, geralmente, o caráter evolutivo e dinâmico da sociedade. A saber, a “ilustração de interesse prático acerca do aspecto da historicidade dos direitos fundamentais é dada pela evolução que se observa no direito a não receber pena de caráter perpétuo.”, asseveram Mendes e Branco (2017, p. 134). Diante dessa dinamicidade, o direito evolui, tendo ou não alteração ou modificação das normas. Para Tomelin (2018, p. 83-84), “nas situações em que o fato social é mais veloz do que o Parlamento, resta ao Judiciário a função de recortar os fatos da realidade que serão havidos como relevantes.”.

O constitucionalismo que se expandiu pelo Estado moderno se consolidou na forma de constituições que limitavam o poder do soberano, e aqueles que aderiram às formas democráticas puderam experimentar os benefícios sociais da separação dos poderes. Talvez não seja necessariamente um benefício tripartir os poderes de um Estado, sob alguns aspectos, pois houve casos em que se aderiu à monarquia constitucional, se não com a titularidade, mas com a ingerência direta do monarca. Barroso (2017, p. 41), acerca do período de avanço do constitucionalismo:

[...] o Estado moderno se consolida, ao longo do século XIX, sob a forma de Estado de direito. Na maior parte dos países europeus, a fórmula adotada foi a monarquia constitucional. O núcleo essencial das primeiras constituições escritas é composto por normas de repartição e limitação do poder, aí abrangida a proteção dos direitos individuais em face do Estado. A noção de democracia somente viria a desenvolver-se e aprofundar mais adiante, quando se incorporam à discussão ideias como fonte legítima do poder e representação política.

No Brasil, a vinda definitiva da família real implicou a tomada de decisão no sentido de elaborar a primeira constituição brasileira, que se deu com a outorga do texto constitucional de 1824, ainda sob a égide imperial. Importa mencionar, nas lições de Tavares (2017, p. 100) “é possível afirmar que um dos primeiros textos brasileiros de feição constitucional foi o projeto elaborado por ANTONIO CARLOS DE ANDRADA, que pode ser considerado o ‘fundador’ do Direito Constitucional no Brasil [...]”, consideradas as primeiras bases para um Direito Constitucional brasileiro, em reação à ação violenta dos revolucionários pernambucanos, que reivindicavam a elevação do Brasil ao constitucionalismo nos idos de 1817.

Por inevitável influência portuguesa, em face da dominação que persistia, ocorreu inicialmente a existência de um reino unido entre os dois países, antes da transferência da corte de D. João VI para o Brasil. Posteriormente, a independência acabou por ser também proclamada por um príncipe português, de posse do ávido desejo de emancipar a ex-colônia. No entanto, pulsavam dois anseios entre os dois Estados: a emancipação do regime colonial e a superação do regime monárquico absolutista. Apesar de ter tido influência portuguesa, a Constituição de 1824 estava imbrincada pela matriz constitucional francesa. Conforme anota Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018, p. 251):

O ufanismo democrático-liberal, contudo, logo foi freado pelo autoritarismo que ainda marcava a vida político-institucional, resultando na dissolução da Assembleia Constituinte pelo Imperador D. Pedro I (em 12.11.1823), que desconfiava do projeto de racionalização e limitação dos seus poderes imperiais, seguida da convocação, com a tarefa de elaborar um projeto de constituição, de um Conselho de Estado [...] que então resultou na outorga do primeiro texto constitucional brasileiro, a Constituição do Império do Brasil, “oferecida e jurada” por Sua Majestade o Imperador, em 25 de março de 1824, instituindo um governo monárquico, constitucional e representativo.

Essa constituição conferia ao imperador o acúmulo de todos os poderes da nação, concentrados na figura do monarca em exercício próprio e na sua relação com os demais, por meio do Poder Moderador, como um quarto poder dentro do sistema de separação de poderes.

Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018, p. 251), apontam que este estava o poder moderador estava disciplinado nos arts. 98 a 101 da Constituição Imperial, e por meio dele “foram atribuídas competências ao Imperador que caracterizaram um modelo político centralizado, permitindo que o monarca pudesse intervir fortemente na esfera dos demais poderes estatais.”. Essa atribuição especial ao imperador, na verdade, foi uma deturpação da ideia de Benjamin Constant, que defendia que ao monarca fosse atribuído um quarto poder, a fim de que pudesse auxiliar no equilíbrio dos demais poderes.

Entretanto, o que se observou, foi que o texto constitucional previa um poder pessoal, elevado acima dos demais poderes, livre de vícios, imoderado. Conforme aponta Tavares (2017, p. 102) “centralizaram-se, assim, prerrogativas na pessoa do Monarca que permitiam interferências no exercício de todas as funções do Estado. O poder pessoal do Imperador era, dessa maneira, legitimado pela Constituição.”. A guisa de análise acerca dos direitos fundamentais, o poder moderador incide diretamente nesse contexto, uma vez que causa desequilíbrio entre os demais poderes e por consequência, no seio da sociedade.

Assim, na história constitucional brasileira, a Constituição imperial de 1824 trouxe no art. 179, 35 incisos prevendo direitos fundamentais, semelhantes aos encontrados nas constituições francesa e norte-americana. De acordo com Dimoulis e Martins (2011, p. 33) “a concretização dos direitos fundamentais ficou, entretanto, comprometida do Poder Moderador que concedia ao imperador poderes constitucionalmente ilimitados.”.

Na sequência, com a abdicação do imperador em 1831, e o início do período regencial, iniciou-se a concessão de liberdades e a limitação dos poderes, momento em que a constituição começou a legitimar-se materialmente. Acrescentam Sarlet, Marononi e Mitidiero (2018, p. 248) que, malgrado tenha sido outorgada, “a Carta Imperial de 1824 contemplava um elenco significativo de direitos e garantias individuais, designadamente nos incisos do art. 179. “, conforme já mencionado anteriormente, mas que aqui cabe ratificação em face do objeto central dessa pesquisa. Acrescentam os mesmo autores, em salutar lição:

Afastando-nos já da perspectiva dogmático-normativa, verifica-se que uma das marcas do constitucionalismo imperial, de resto presente, embora com outras feições, nas Constituições posteriores, é o abismo entre a abstração normativa e a realidade social e institucional de então, já que, apesar de positivar um extenso elenco de direitos civis e políticos, dentre os quais a garantia da isonomia, a Constituição Política do Império do Brasil viveu por mais de setenta anos admitindo os privilégios da nobreza, o voto censitário e o regime escravocrata. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 248).

Na Constituição republicana de 1891 foram repetidos os direitos fundamentais da constituição anterior, acrescida de alguns outros direitos, cuja importante lista trouxe o direito de reunião e de associação, das amplas garantias penais e do instituto do *habeas corpus*, que já existia no ordenamento jurídico brasileiro, mas que se encontrava apenas na legislação ordinária. Essas garantias também foram estendidas a estrangeiros residentes no país, para além da previsão anterior, que albergava os direitos apenas aos cidadãos brasileiros. Parece ser um paradoxo que tenha sido verificado e retificado, já que nessa época, poucos eram os cidadãos brasileiros de fato, e, por esta razão, o exercício desse direito ficava bastante limitado.

Essa mesma constituição deu passos importantes para que fosse efetivado o direito de acesso à justiça, com a criação do Supremo Tribunal Federal no ápice do Poder Judiciário, além das justiças estadual e federal, além de instituir garantias aos juízes que os dava condições para exercer com imparcialidade e sem intromissões do chefe do executivo. Desse modo, consoante Mendes e Branco (2017, p. 98) “os juízes não mais poderiam ser suspensos por ato do Executivo, tendo-lhes sido asseguradas a vitaliciedade e a irredutibilidade de vencimentos.”. É dizer que Barroso (2018, p. 105), aponta a Constituição de 1891 como sendo “laboratório constitucional”, a exemplo do que fez Bonavides e Paes de Andrade (1991, p. 08) anteriormente, pois desde antes da vinda da família real para o Brasil, já havia aqui um desejo republicano que se fortaleceu após a abolição da escravatura. Nesse grave período, foram suprimidos direitos fundamentais em face da submissão de africanos aos conhecidos trabalhos forçados. Não que a abolição tenha restabelecida a dignidade humana dessas pessoas, mas, em termos formais, a escravatura havia acabado.

Vinha pela frente um longo processo de absorção dessas pessoas à sociedade, marcada pelo preconceito e pela pobreza que se encontravam escravos libertos, cujas nuances de liberdade eram pouco diferentes da época da escravidão em si. Ao mesmo tempo em que importantes evoluções se formavam, como a abolição da escravatura, um movimento constitucional se formava a fim de que a nova redação da Constituição de 1988 tivesse um caráter progressista no âmbito do reconhecimento de direitos. Apontam Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018, p. 250-251):

[...] pela primeira vez no constitucionalismo pátrio, foi estabelecida, expressamente no texto da Constituição, a abertura material do catálogo dos direitos e garantias, nomeadamente no seu art. 78, ao dispor que a declaração de direitos não excluía “outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna.”.

Percebe-se, no texto, que já existiam rudimentos do que se considera hoje no seio da Constituição Federal de 1988 como sendo o núcleo dos direitos e garantias fundamentais, sob a denominação de constituição cidadã. Embora tenha sido idealizada como uma evolução da colônia para república, os interesses das classes dominantes cujas oligarquias dominavam o espaço político brasileiro culminaram com o movimento revolucionário de 1930 que deu origem à Constituição de 1934, revogando, assim, a Constituição de 1891. Dimoulis e Martins (2011, p. 33) enfatizam que “uma lista de direitos fundamentais, semelhante àquela especificada na Constituição de 1891, pode ser encontrada nas Constituições de 1934, 1937, 1946 e 1967/1969.”.

Um importante ator surgia no cenário constitucional brasileiro: Getúlio Vargas. Conhecido até os dias atuais como tendo sido um presidente que implementou uma série de medidas sociais, preocupado com a promoção social e influenciado ideologicamente pela Constituição de Weimar. Acerca do assunto, ensinam Streck e Moraes (2014, p. 116):

O modelo constitucional do *Welfare state* principiou a ser construído com as Constituições mexicana de 1917 e de Weimar de 1919, contudo, não tem uma aparência uniforme. [...]. Todavia, é correto pretender que há um caráter que lhe dá unidade: a intervenção do Estado e a promoção de serviços. Ou seja, o *Welfare state* seria aquele Estado no qual o cidadão, independente de sua situação social, tem direito a ser protegido contra dependências de curta ou longa duração. Seria o Estado que garante tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo o cidadão, não como caridade, mas como direito político

No panorama constitucional brasileiro, “[...] foi apenas na Constituição de 1934 que o comprometimento (ao menos formal) com a noção de um Estado Social e com a ideia de direitos sociais passou a ser incorporada, de forma perene, ao constitucionalismo brasileiro.” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 254). Assim, arrematam os mesmo autores que, “dentre o elenco dos direitos sociais destacam-se os estabelecidos em dois títulos inexistentes relativamente à primeira Constituição Republicana, quais sejam o da ordem econômica e social e o da família, educação e cultura.”, o que representou um passo decisivo para permanência desses direitos no cenário constitucional brasileiro.

Mas a Constituição de 1934 teve vida curta, ao brevemente sucedida pela Constituição de 1937, a Constituição “Polaca” (inspirada na Constituição da Polônia, de linha ditatorial, de 23.04.1935), outorgada por Getúlio Vargas, em meio à instabilidade política e o fortalecimento de diversos personagens nacionais que ameaçavam a hegemonia do governo

getulista. No que tange aos direitos e garantias individuais, estes “[...] deveriam ser exercidos nos limites do bem público, das necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como das exigências da segurança da Nação e do Estado (art. 123).” (SARLET, MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 257). A partir desse diploma (1934), há a incorporação dos direitos sociais, “referindo-se particularmente ao ‘direito à subsistência’ (art. 113, *caput*), à assistência aos indigentes (art. 113, inc. 34) e também cria os institutos do mandado de segurança e da ação popular (art. 113, incs. 33 e 38).” (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 33).

Apointa-se, com relevo negativo, o art. 139 da referida constituição, “[...] estipula que a greve é recurso antissocial, nocivo ao trabalho e ao capital e incompatível com os superiores interesses da produção nacional.” (SARLET, MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 257), o que demonstra que entre avanços houve muitos retrocessos, que culminaram com uma imagem ruim do governo de Vargas em relação ao exercício dos direitos individuais.

A Constituição de 1937, portanto, surgiu com o golpe de Estado promovido por Getúlio Vargas, e seu conteúdo trouxe principalmente normas de fortalecimento do Poder Executivo, assim como a redução dos direitos fundamentais proclamados na constituição anterior e desconstitucionalizou o mandado de segurança e a ação popular. Inegavelmente, foram grandes retrocessos em matéria de direitos individuais, apesar dos avanços no contexto dos direitos sociais.

Entende-se, nesse ponto, que direitos sociais não têm como ser amplamente exercidos se também não estiverem fortalecidos os direitos individuais. Quando ocorre a lesão de um desses direitos, há, conseqüentemente, reflexos nos demais. Desse modo, conforma aduzem Mendes e Branco (2017, p. 99) “Os direitos fundamentais ganharam referência, mas apenas simbólica.”, além do que observou-se que “a pena de morte voltou a ser adotada, agora para crimes políticos e em certos homicídios. Institucionalizaram-se a censura prévia da imprensa e a obrigatoriedade da divulgação de comunicados do Governo.” (MENDES; BRANCO, 2017, p. 99).

Deposto em 1945, finalizando a Era Vargas (que durou quinze longos anos), tomou posse o primeiro militar de outra longa era que estava por vir, o Marechal Eurico Gaspar Dutra, que imediatamente apressou-se em convocar uma Assembleia Nacional Constituinte, dando origem à Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. No campo dos direitos individuais, de acordo com Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018, p. 259):

No campo da garantia dos direitos individuais, situa-se a incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro da inafastabilidade do controle jurisdicional:

“A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual” (art. 141, § 4.º); e na ordem social e econômica foi estabelecido um plano de recuperação e especial proteção da região Amazônica e do Nordeste, especialmente pelos problemas socioeconômicos advindos dos períodos de secas, mediante a aplicação de percentuais do orçamento tributário da União (art. 199).

Posteriormente, sobreveio a Constituição de 1967, a “farsa constituinte”, nas palavras de Tavares (2017, p. 120), fruto do movimento militar que depôs João Goulart com o objetivo de manter as eleições presidenciais do ano seguinte, porém, não cumprido. O Brasil estava novamente diante de diversas crises em vários setores da sociedade, inclusive no que tange aos direitos individuais. Interessante notar que, de acordo Tavares (2017, p. 120), acerca do momento vivenciado na época, aponta que “[...] a crise política brasileira não cessou, culminando no golpe militar de 31 de março de 1964 e na edição do que passaria a ser uma nova e lamentavelmente impositiva forma normativa, o Ato Institucional.”.

Esses modelos normativos impositivos representaram, pelo período de sua vigência, muitas violações de direitos fundamentais, os quais tinham poderes de manutenção e modificação do texto constitucional, a exemplo do AI-1, que determinava a permanência do texto da Constituição de 1946 com as modificações que ele promovia. A Constituição de 1967 até previa direitos individuais, porém, limitava-os em determinadas situações. Seu texto possuía “[...] caráter centralizador e [...] um catálogo de direitos individuais, permitindo, porém, que fossem suspensos, ante certos pressupostos.

O Presidente da República voltou a poder legislar, por meio de decretos-leis.” (MENDES; BRANCO, 2017, p. 100). Sem dúvida, representou um retrocesso no que tange à efetivação dos direitos fundamentais, que mais tarde ficou evidenciado com a edição do Ato Institucional nº 5, o famoso AI-5, “que ampliava ao extremo os poderes do Presidente da República, ao tempo em que tolhia mandatos políticos e restringia direitos e liberdades básicos.” (MENDES; BRANCO, 2017, p. 100).

Não menos importante e grave, o AI-5 também previa que os atos praticados com fundamento nesse Ato ficavam imunes ao controle pelo Judiciário. Além disso, consoante Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018, p. 260) “ao longo de todo o texto constitucional, evitou-se falar de democracia, sendo esta substituída pela expressão ‘regime representativo’”, o que inevitavelmente culminava com a redução da autonomia individual, e permitia a suspensão de direitos e garantias constitucionais.

A edição do AI-5 foi uma reação a diversas manifestações que ocorreram como reação ao regime antidemocrático instituído pelo texto constitucional de 1967, pois “possibilitava

uma severa repressão, dentro da legalidade estabelecida, dos atos que ele mesmo denominava ‘subversivos’” (TAVARES, 2017, p. 122). Referido Ato ainda previa a possibilidade de suspender os direitos políticos de qualquer cidadão, e em decorrência da sua decretação, poderia haver restrições e proibições ao exercício de quaisquer outros direitos públicos e privados.

A época era de legalizar o ilegal, e dessa forma, fazer com que os excessos dos governos militares pervertidos de ditadura fossem legitimados e suas ações nunca fossem questionadas. Havia o enfraquecimento da Justiça e a supressão da Justiça Federal de primeira instância; havia também a maximização dos poderes do chefe do executivo, numa anedota que se aproxima muito do poder moderador, extinto à época da proclamação da república. Estava-se pondo em prática a máxima de Arendt (2008, p. 90) quando diz que “se calhar de considerarmos o belo em termos de tochas ardentes, estaremos preparados, como Nero, para atear fogo a corpos humanos.”, pois assim foi a época sombria da ditadura militar no Brasil. Graves e duradouras violações de direitos humanos e fundamentais por muito tempo e até os dias atuais sufocados em valas comuns.

Ao arrepio das garantias constitucionais mínimas de um país democrático, no Ato ainda “facultava a aplicação de medidas de segurança, como a chamada liberdade vigiada, proibição de frequentar certos lugares e domicílio determinado.” (TAVARES, 2017, p. 122). Além dessas restrições, por meio do AI-5, também havia a possibilidade de “[...] suspensão do habeas corpus nos casos de crimes políticos; o afastamento da apreciação judicial dos atos praticados com base no Ato Institucional; [...]”. Conforme foi se consolidando, o regime militar implantado toma forma e atinge seu estágio mais avançado quando o Estado passou a perseguir e torturar presos políticos, cesurando a imprensa e reprimindo a atividade político partidária.

A famigerada redemocratização veio somente em 1988 quando da promulgação da Constituição federal do mesmo ano, nas palavras de Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018, p.261):

[...] foi um processo complexo de ruptura, ascensão, auge e distensão de uma ditadura, seguida de uma reconstitucionalização democrática e pacífica, [...] viabilizou uma nova ordem constitucional capaz de assegurar estabilidade institucional ao País [...].

Essa abertura foi marcada pela edição da Emenda Constitucional nº 11, ainda no governo de Ernesto Geisel, no ano de 1978, cujo teor previa a revogação dos atos

institucionais e complementares que contrariassem a Constituição. Assim, foi dado um enorme passo em direção à volta do reconhecimento dos direitos fundamentais, mesmo que não tenha sido feito rápido assim, pois por longos dez anos a passos lentos, o país amargou resquícios da ditadura militar. Apesar disso, Geisel, em diversos momentos, impôs resistência ao término do regime, e as forças ditatoriais dos presidentes militares que se seguiram promoveram vários espasmos de violência, “[...] sequestrando personalidades civis e religiosas, enviando cartas-bomba a instituições representativas da luta pela redemocratização – como a [...] (OAB) e a Associação Brasileira de Imprensa (ABI) [...]”, além de cometerem atentados, a exemplo do que ocorreu no episódio a bomba no Riocentro, em 1981.

Passada a transição ocorrida com a morte de Tancredo Neves, o vice José Sarney assumiu a presidência da República, dando fechamento à transição do regime ditatorial de 1964 para a chamada abertura política. Instalada a Assembleia Nacional Constituinte, fora promulgada a Constituição Federal de 1988. Nas palavras de Mendes e Branco (2017, p. 100) “a Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988 restaurou a preeminência do respeito aos direitos individuais, proclamados juntamente com significativa série de direitos sociais.”. A sistematização das garantias fundamentais não restou-se caracterizada na Constituição de 1988, pois suas referências podem ser observadas em diversas partes do texto constitucional. Para Dimoulis e Martins (2011, p. 33) “a *sede materiae* é o Título II, que trata ‘dos direitos e garantias constitucionais’, regulamentando os direitos individuais, coletivos, sociais e políticos, assim como respectivas garantias.”.

Na redação contida na CF/88, há um extenso rol de direitos individuais, contendo garantias clássicas que já foram, inclusive, observadas em outras edições constitucionais ao longo da história. Juntamente a eles, também estão os direitos coletivos e deveres individuais e coletivos, ao lado dos direitos sociais (art. 6º), a serem concretizados pela estrutura dos órgãos estatais. Dimoulis e Martins (2011, p. 34) apontam que há críticas político-ideológicas aos direitos fundamentais, cuja demanda teórica enseja ao seguinte entendimento:

As principais críticas formuladas contra o sistema de direitos fundamentais garantidos na Constituição de 1988 relacionam-se aos direitos sociais. Juristas e políticos que adotam posições nitidamente político-ideológicas neoliberais (conservadoras, sob o ponto de vista de uma interpretação constitucional que visa à garantia do *status quo ante* social) criticam o caráter “dirigente” da Constituição, condenam a “inflação de direitos” e principalmente a extensão dos direitos sociais, sugerindo de forma aberta e encoberta o retorno a um regime de garantias quase ilimitada das liberdades individuais.

Essa crítica se sedimentou ao longo dos anos, principalmente apoiada pelo princípio da reserva do possível e do mínimo existencial, vetores de defesa do Estado em face das demandas judiciais que surgem com a violação dos direitos fundamentais. A salvaguarda desses direitos se fez necessária no texto constitucional de 1988 pelo fato de ter havido diversas decisões politicamente irracionais ao longo da história, exponenciadas durante o regime militar, anterior ao período de redemocratização do país. Assim, foi necessário que houvesse uma evolução no que tange aos direitos e garantias individuais, principalmente por causa de atitudes irracionais, imorais e arbitrárias ocorridas e que atingiram sobremaneira o *status libertatis positivus*. Veja-se o que argumenta Duarte Júnior (2019, p. 135), quando assevera que:

Enquanto compreendidos como mínimos sociais ou existenciais, a serem realizados de acordo com os recursos disponíveis, desvincilhados da premissa máxima da necessidade de uma robusta cooperação internacional, os direitos sociais não passarão de uma armadilha da pobreza e não como máxima a orientar sua formulação e materialização como necessidades básicas, a alcançarem padrões ótimos de modo a corroborar a realização da tão almejada dignidade humana por meio do reconhecimento, por completo, do homem como sujeito de direito, e dos direitos econômicos, sociais e culturais não como benesses ou favores concebidos e concedidos por práticas políticas relativistas e seletivas, mas como verdadeiros direitos capazes de lançar o homem como detentor do direito de participar e usufruir de toda a herança social.

Consoante aponta Tavares (2017, p. 130) “houve uma forte revalorização dos direitos fundamentais, colocados logo no pórtico da Constituição, com a previsão expressa de diversos direitos até então não presentes nas constituições pretéritas [...]”, o que marcou a Constituição Federal de 1988 e lhe deu a insígnia de constituição cidadã. Entretanto, o imediatismo revelado com a obrigatoriedade de incidência imediata dessas garantias, como normas de eficácia plena, fizeram com que a supremacia constitucional buscada fosse vista como uma falsa promessa, diante de sua amplitude e da dificuldade latente em colocá-la em prática de forma isonômica na sociedade, dando azo à que a constituição cidadã<sup>1</sup> fosse denominada “constituição da mentira” (TAVARES, 2017, p. 130).

Pela singularidade e importância da valorização dos direitos fundamentais na Constituição de Federal de 1988, no seio do sistema jurídico constitucional brasileiro, apontam Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018, p. 268):

---

<sup>1</sup> Expressão dita pelo então Presidente da Assembleia Nacional Constituinte à época, Deputado Ulysses Guimarães, na solenidade de promulgação da Constituição.

Em função da abertura do sistema de direitos fundamentais, são também acolhidos direitos dispersos ao longo do texto constitucional e direitos decorrentes do regime e dos princípios da Constituição, além da pioneira referência aos direitos constantes dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, embora aqui seja necessário registrar que durante muito tempo o STF não atribuía aos tratados de direitos humanos mais do que a hierarquia de lei ordinária, o que, contudo, foi objeto de superação recente.

Particular atenção merece o título dos Direitos e Garantias Fundamentais, pela sua atualidade (visto que recepcionou a maioria dos direitos consagrados até então no plano internacional mesmo antes da ratificação em definitivo dos principais tratados de direitos humanos) e amplitude, pois contempla tanto os direitos e garantias individuais “clássicos”, ou seja, os direitos de liberdade, quanto os direitos sociais, incluindo um extenso rol de direitos trabalhistas, bem como o direito de nacionalidade e os direitos políticos. Sem adentrar nas formas de modificação especificamente, mas levando-se em consideração a sua estrutura, protegendo-se, precipuamente, “a centralidade e a consubstancialidade da dignidade humana na estrutura do Estado encontram-se proclamadas solenemente, no primeiro dos artigos constitucionais.” (TAVARES, 2017, p. 130).

Com características que demonstram seu perfil analítico e casuístico, a Constituição Federal, de acordo com Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018, p. 266), “[...] pode ser considerada como a mais democrática e avançada em nossa história constitucional, seja em virtude do seu processo de elaboração, seja em função da experiência acumulada [...]”. O título destinado aos Direitos e Garantias Fundamentais merece especial relevo em face de sua amplitude. A liberdade humana no exercício dos seus principais direitos foi assegurada no texto constitucional de 1988, de sorte que tanto direitos individuais como coletivos receberam do constituinte especial atenção. Por isso, foi necessário também protegê-las de possíveis desmanches ou erosões, prevendo-se, dessa forma, as viabilidades de mutação constitucional.

É dizer que essas limitações não servem apenas para impedir que seu projeto inicial seja desvirtuado, mas para garantir que a essência da constituição seja preservada. Há limitações que protegem o homem do Estado e também de ações engendradas por ele mesmo, seduzidas pelo apelo de projetos políticos momentâneos, cujos exemplos se repetiram sucessivas vezes ao longo da história das constituições brasileiras. Sem adentrar nas formas de modificação especificamente, mas levando-se em consideração a sua estrutura, protegendo-se, precipuamente, “a centralidade e a consubstancialidade da dignidade humana na estrutura do Estado encontram-se proclamadas solenemente, no primeiro dos artigos constitucionais.” (TAVARES, 2017, p. 130).

Meras alterações redacionais em cláusulas pétreas, no entanto, não tem o condão de serem modificações inconstitucionais, pelo simples fato de alterarem parte do núcleo intangível da constituição. A mudança que reverbera em proibição se dará quando for retirada a essência da matéria, a característica preponderante de seu núcleo essencial, evitando assim, como dito, que sejam esvaziados os princípios que sustentam o ordenamento jurídico constitucional. Portanto, para que não seja possível a descaracterização de seu projeto básico, principalmente no que tange aos direitos e garantias fundamentais, parte do objeto desse trabalho, é que foram previstas limitações ao poder de reforma do texto constitucional, uma vez que, havendo possibilidade de modificação por meio de emenda, seria necessário protegê-la em seu aspecto material das incursões político-ideológicas.

É dizer que as ferramentas de reforma formal e material da constituição devem respeitar-se mutuamente a fim de preservar a essência do texto constitucional. Assim, a possibilidade de que determinadas matérias sejam revistas sofreu uma barreira de contenção que forma o núcleo intangível, imutável, rígido, que compõe as cláusulas pétreas. Conforme apontam Mendes e Branco (2017, p. 119) “de toda sorte, saber quando uma modificação de tema ligado a cláusula pétrea afeta-a, ou não, exige avaliação caso a caso.”. Barroso (2017, p. 106) sintetiza o que ora foi dito:

Nada obstante, para que haja sentido na sua preservação, uma Constituição deverá conservar a essência de sua identidade original, o núcleo de decisões políticas e de valores fundamentais que justificaram sua criação. Essa identidade, também referida como o espírito da Constituição, é protegida pela existência de limites materiais ao poder de reforma, previstos de modo expreso em inúmeras Cartas. São as denominadas cláusulas de intangibilidade ou cláusulas pétreas, nas quais são inscritas as matérias que ficam fora do alcance do constituinte derivado.

Acerca da hierarquia das normas, no âmbito jurídico, caracteriza o fato de que “pelo princípio da unidade da Constituição, inexistente hierarquia entre normas constitucionais originárias, que jamais poderão ser declaradas inconstitucionais umas em face das outras.” (BARROSO, 2017, p. 110). Essa proteção às normas sustentadas por cláusulas pétreas tem importantes repercussões hermenêuticas, mas não lhes atribui superioridade jurídica, haja vista que todas as normas constitucionais têm a mesmo valor e idêntica hierarquia. Desse modo, de acordo com Mendes e Branco (2017, p. 94) “O princípio da unidade da Constituição tem produzido julgados dignos de nota [...], o Supremo Tribunal Federal extraiu a inexistência de hierarquia entre as normas que compõem o texto constitucional.”. Quanto ao poder de reforma, especificamente em relação aos direitos e garantias individuais, alterações que

ensejem a diminuição de sua proteção, não são admissíveis. Por meio do poder constituinte derivado, p.ex., não é possível reduzir o rol das liberdades públicas, ou mesmo admitir a instituição da pena de morte para delitos indiscriminadamente. Tavares (2017, p. 173), aponta o seguinte:

[...] vale registrar que, no Brasil, diversas emendas constitucionais versaram direitos individuais, sem que isso tenha transgredido os limites do poder de reforma constitucional, já que reforçaram direitos individuais consagrados ou veicularam novos direitos. Assim, v. g., o direito a uma “razoável duração do processo” (introduzido pela EC n. 45/2004) ou o direito (social) à moradia (introduzido pela EC n. 26/2000).

A locução da expressão “tendente a abolir” contida no art. 60, § 4º da CF/88, deve ser interpretada com equilíbrio, de modo a impedir que haja evolução no Direito. Para Barroso (2017, p. 110), “a Constituição não pode abdicar da salvaguarda de sua própria identidade, assim como da preservação e promoção de valores e direitos fundamentais; mas não deve ter a pretensão de suprimir a deliberação majoritária legítima dos órgãos de representação popular [...]”, pois “o juiz constitucional não deve ser prisioneiro do passado, mas militante do presente e passageiro do futuro.” (BARROSO, 2017, p. 110).

Há uma discussão na doutrina no que diz respeito ao fato de que também os direitos sociais sejam considerados cláusulas pétreas. Como parâmetro, alguns argumentam que os direitos sociais não participam do rol dos limites materiais ao poder de reforma, “argumentando-se que aquele dispositivo da Lei Maior fala em ‘direitos e garantias individuais’ e não em direitos fundamentais, gênero de que tanto os direitos individuais como os sociais seriam espécies.” (MENDES; BRANCO, 2017, p. 122). Outros, no entanto, entendem que os direitos sociais não podem deixar de ser considerados cláusulas pétreas, em virtude de proclamar-se, no Título I da CF/88, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República.

Outro ponto que é levantado é o fato de que as normas de direitos fundamentais possuem eficácia plena, enquanto que as de direitos sociais, em sua maioria, são normas programáticas, fazendo com que estas possam ser, ao longo do tempo, suprimidas por uma eventual perda de finalidade ou ter seu texto reduzido para melhor adequação à realidade social. Todas essas normas devem ser compreendidas como direitos fundamentais, pois participam da essência que o Estado escolheu para solidificá-lo.

Igualmente, não há nada que impeça que, ao serem reformadas, normas relativas a direitos fundamentais venham a ser acrescentadas, ampliando o rol de garantias individuais

contidas na Constituição. Por esse motivo, as cláusulas pétreas não devem ser consideradas imutáveis, mas apenas proibidas de terem seu conteúdo reduzido ou esvaziado. Esse entendimento é dominante na doutrina, compartilhado por Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018), Mendes e Branco (2017), Barroso (2017) e Tavares (2017), dentre outros. Com devida ressalva, apontam Mendes e Branco (2017, p. 123) que “cabe, porém, aqui, um cuidado. É possível que uma emenda à Constituição acrescente dispositivos ao catálogo dos direitos fundamentais sem que, na realidade, esteja criando direitos novos.”.

Nesse ponto especificamente, aduzem os autores que “a emenda pode estar apenas especificando direitos já concebidos pelo constituinte originário. O direito já existia, passando apenas a ser mais bem explicitado. Nesse caso, a cláusula pétrea já o abrangia, ainda que implicitamente.”, o que não seria, exatamente, um acréscimo, mas uma especificação do que já está contido no exto constitucional, mas pelo fato de constituir cláusula constitucional, só pode ser modificado por meio de emenda.

Sobre todo o exposto nesse tópico, tem-se que, para se verificar se determinada incursão na área de proteção dos direitos fundamentais é facultada ou não, deve-se verificar se essas normas garantem o direito em questão, além da situação real e dos interesses ali nominados, somados às condições de atuação do Estado. Tudo isso, porém, precisa ser visto à luz dos princípios constitucionais norteadores da atividade jurídica, que promovem a valorização e proteção dos direitos fundamentais. Acerca deles, será mais bem tratado no próximo tópico deste trabalho.

## 2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE VALORIZAÇÃO E PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como se sabe, princípios não possuem uma determinação precisa de seu conteúdo, mas possuem uma essência cuja natureza assume a substância que preceituam determinadas regras. Assim, as cláusulas pétreas tratadas no tópico anterior são abrigadas na Constituição de modo a veicularem princípios fundamentais, em cujo núcleo, doravante, “existe um espaço de conformação, cujo preenchimento é atribuído prioritariamente aos órgãos de deliberação majoritária, por força do princípio democrático.” (BARROSO, 2017, p. 111).

Se é que há um princípio mais importante dentre os princípios constitucionais, o da igualdade é o que mais se destaca, sendo considerado um princípio-chave, um direito-guardião do Estado social (BONAVIDES, 2015, p. 384). Nesse ponto, é importante destacar que a Constituição Federal de 1988 surgiu para que os direitos individuais e sociais fossem

estabelecidos, após um longo período de segregação de garantias e verdadeiro vilipêndio das liberdades individuais e coletivas.

Recorrendo a Sarmiento (2016, p. 27), referido autor conta que “na mitologia grega, a deusa Atena nasce da cabeça de Zeus, seu pai, já adulta e portando elmo, escudo e lança. Assim gerada, a deusa da sabedoria mantém a mesma aparência por toda a eternidade.”. Utilizando esse exemplo, Sarmiento (2016, p. 27) traça um paralelo com o surgimento dos princípios, e aponta que com eles não ocorre o mesmo, pois, geralmente, eles são moldados ao longo do tempo, “[...] por fatores sociais, econômicos, culturais e políticos. Criaturas históricas, os princípios tendem a se transformar, assumindo novas feições ao sabor das mudanças que ocorrem nas sociedades em que vigoram.”.

O certo é que princípios são fios condutores entre si, auto dependentes e complementares. Por mais que possa parecer que seja o direito à vida o mais importante ou que possui mais valor entre os princípios, até mesmo este pode sofrer modulação, sendo sopesado diante de um direito porventura de maior peso. Frente ao direito à vida de outro indivíduo, por estar, muitas vezes, associado ao direito natural. Para tanto, conforme anotam Sarlet, Marioni e Mitidiero (2018, p. 443):

O reconhecimento – na perspectiva do direito positivo – de um direito à vida, como direito humano e fundamental, todavia, não pode ser confundido com a noção de necessidades ou mesmo de instintos (inclusive o de defesa e de sobrevivência), que recebem proteção jurídica, mas não justificam, necessariamente por isso (ou apenas por isso), uma concepção de direitos naturais.

Nessa linha, apontam Mendes e Branco (2017, p. 113), que “não é impróprio afirmar que todas as pessoas são titulares de direitos fundamentais e que a qualidade de ser humano constitui condição suficiente para a titularidade de tantos desses direitos.”. Desse modo, os mesmos autores aduzem que “alguns direitos fundamentais específicos, porém, não se ligam a toda e qualquer pessoa. Na lista brasileira dos direitos fundamentais, há direitos de todos os homens – como o direito à vida –, [...]”, destacando ainda que “[...] há também posições que não interessam a todos os indivíduos, referindo-se apenas a alguns – aos trabalhadores, por exemplo.” (MENDES; BRANCO, 2017, p. 113).

O Supremo Tribunal Federal costuma se posicionar de modo harmonizador, fazendo com que o princípio da dignidade humana assumam importante papel na decisão do processo de ponderação entre as posições em conflito. É certo, entretanto, que o Supremo Tribunal Federal se utiliza “[...] do princípio da proporcionalidade como ‘lei de ponderação’, rejeitando a

intervenção que impõe ao atingido um ônus intolerável e desproporcional.” (MENDES; BRANCO, 2017, p. 221). É o caso, por exemplo, de questões que envolvam a colisão entre o direito ao meio ambiente equilibrado e a livre iniciativa econômica, matérias frequentes nos julgamentos proferidos pelo STF com a aplicação constante do princípio da proporcionalidade. Acerca da aplicação do princípio da proporcionalidade e técnica de ponderação em matéria de direitos fundamentais que chegam ao STF, apontam Mendes e Branco (2017, p. 221):

[...] caso de relevo na jurisprudência do Supremo Tribunal refere-se à submissão de réu em ação de investigação de paternidade ao exame de DNA. Diante da recusa manifestada, determinou o juiz que se conduzisse o réu, sob força, se necessário, com base no art. 130 do Código de Processo Civil. Embora a doutrina não se tenha manifestado diretamente sobre o tema, é difícil saber se a ponderação levada a efeito no presente caso apreendeu todos os aspectos envolvidos na complexa colisão.

Pela sua abrangência e importância, os princípios de valorização dos direitos fundamentais como a isonomia, abrangem brasileiros e estrangeiros, na medida em que a Constituição Federal não faz, na maioria das vezes, distinção entre ambos, salvo raras exceções. Entretanto, pela sua peculiaridade, apenas pessoas naturais podem ser pessoas de direito, inclusive o nascituro, sendo destinatários tanto os órgãos estatais como os privados, “pois a proteção da integridade física e psíquica é também objeto de concretização pela legislação cível (como na esfera dos direitos de personalidade), muito embora na esfera das relações privadas uma eficácia direta (portanto, sem a mediação legislativa)” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 470).

Para que sejam constatados os princípios constitucionais que conduzem ao fortalecimento e ao mesmo tempo proteção dos direitos fundamentais, é necessário que haja uma interpretação responsável do texto constitucional. Diz-se responsável porque não existe norma inconstitucional dentro da Constituição, e, por esta razão, não pode haver interpretação inconstitucional. A interpretação que atente ou viole os preceitos constitucionais de proteção e preservação de princípios e direitos fundamentais devem ser, de pronto, descartada, sob pena de ser considerada inservível a qualquer que seja o fim que se destine. Por isso, quando se diz que, acerca dos direitos fundamentais, de acordo com Mendes e Branco (2017, p. 133) “pode-se ouvir, ainda, que [...] são absolutos, no sentido de se situarem no patamar máximo de hierarquia jurídica e de não tolerarem restrição.”.

Parecer um pouco complexo, mas princípios como o da proporcionalidade e da razoabilidade, da supremacia da Constituição, da máxima eficácia e efetividade, da força

normativa e da interpretação das leis, e ainda, da separação dos poderes e correlato princípio (dever) da conformidade funcional. Além de outros associados, são vetores que permitem que a constituição seja interpretada conforme a vontade do legislador originário, sempre dentro dos parâmetros de constitucionalidade. Veja-se que o entendimento que se deve ter em relação aos princípios como valores desperta o plexo de interpretações conformes que lhe dão suporte. Dito isso, de acordo com Tavares (2017, p. 225) “no ordenamento constitucional brasileiro, certos princípios e regras receberam tratamento mais “privilegiado”, denotando a extrema importância desse conjunto.”. É o caso, dos princípios sensíveis, que, de acordo com o mesmo autor (TAVARES, 2017, p. 225):

[...] que geram a medida excepcional da intervenção federal ou estadual.”, e, portanto, “trata-se de um rol de princípios (e regras, no rigor terminológico aqui adotado) aos quais a Constituição atribuiu tamanha importância que chegou a permitir que houvesse a suspensão da autonomia federativa, inclusive com a criação de uma medida judicial específica para a apreciação de seu descumprimento.

Haveria necessidade de valorização e proteção dos direitos fundamentais se dá em face do constante cenário de turbacão e violação de direitos fundamentais, mormente que atingem a dignidade humana, como sustentáculo de todo ordenamento jurídico. É dizer que a capacidade jurídica de se autodeterminar enquanto sujeito de direito e exigir que essa condição seja respeitada impõe ao homem a proteção social e constitucional. Por esta razão, valendo-se do princípio da isonomia, toda e qualquer pessoa, em qualquer condição que esteja, é sujeito de direitos fundamentais.

Esses princípios sensíveis são responsáveis pela sedimentação das cláusulas intangíveis, que não podem ser nem retiradas nem ter sua eficácia diminuída no ordenamento jurídico brasileiro. Acerca do assunto, Tavares (2017, p. 226) diz que “é o caso dos denominados ‘princípios sensíveis’, que geram a medida excepcional da intervenção federal ou estadual. Trata-se de um rol de princípios [...]”, aos quais a Constituição outorgou vasta importância “[...] que chegou a permitir que houvesse a suspensão da autonomia federativa, inclusive com a criação de uma medida judicial específica para a apreciação de seu descumprimento.” (TAVARES, 2017, p. 226).

É dizer, à luz dos ensinamentos de Alexy (2015, p. 90) que os “princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados [...]”, e também “[...] 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.” (ALEXY, 2015, p. 91).

Entretanto, não apenas perante o Estado, como também no conflito de direitos do homem com o seu semelhante, mormente em casos de conflitos ou colisões, é fundamental que sejam sopesados esses direitos, com a aplicação da ponderação ou balanceamento. Conforma anotam Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018, p. 235):

Geralmente atrelada à colisão de direitos fundamentais, a técnica da ponderação de bens surge a partir da insuficiência da subsunção como técnica de aplicação do direito quando da resolução de determinados problemas jurídico-constitucionais, em especial de casos concretos.

Para que seja devidamente resolvido o problema da colisão de direitos, o intérprete da norma e do caso concreto devem se ater à observância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, corolários do posicionamento imparcial que deve ter ao analisar a subsunção do fato à norma. Esses ditames, como princípios de sustentação de proteção e validade da efetividade dos direitos fundamentais exigem uma estreita relação com relação com “[...] os princípios da concordância prática e da ponderação (harmonização) é notória [...]”. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 236). Consoante descrevem os mesmos autores, de fato, “proporcionalidade e razoabilidade guardam uma forte relação com as noções de justiça, equidade, isonomia, moderação, prudência, além de traduzirem a ideia de que o Estado de Direito é o Estado do não arbítrio.”. Entretanto, na aplicação dos princípios como critérios, deve-se construir um significado, legitimação e alcance, de acordo com a conjuntura e seu âmbito de aplicação.

Por esta razão o entrelaçamento dos princípios é tão necessário, e essa necessidade se dá pelo fato de que os próprios atos da vida estão indissociavelmente ligados aos princípios constitucionais, os mesmos que dão suporte aos direitos sensíveis. Tavares (2017, p. 231) leciona que “os preceitos fundamentais realmente se diferenciam dos demais preceitos constitucionais por sua importância, o que se dá em virtude dos valores que encampam e de sua relevância para o desenvolvimento ulterior de todo o Direito.”. E é essa importância que deve ser dada aos princípios enquanto valores. Esses valores, ou princípios, são considerados superiores num determinado ordenamento jurídico e;

[...] estão vertidos tanto na forma principiológica (e aqui se têm os princípios constitucionais fundamentais) como na forma de regramento (trata-se de algumas regras jurídicas incorporadas à Constituição e que lhe conferem

tonalidade própria juntamente com aqueles princípios fundamentais, sendo por isso igualmente consideradas fundamentais). (TAVARES, 2017, p. 233).

Dito isso, é necessário consignar que o princípio da proporcionalidade age como uma espécie à possibilidade de intervenção no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, o que implica dizer que a medida interventiva deve ser apropriada, no sentido de tecnicamente adequada. Entretanto, não haveria sentido se todas essas normas e princípios não tivessem eficácia, pois não atingiria seu objetivo social. As normas e princípios que orientam as pessoas nas suas relações entre si e com o Estado, devem estar pautadas na possibilidade que elas surtam o máximo efeito ao serem aplicadas, de modo que sejam servíveis a todos que dela se utilizarem.

Para ilustrar, Barcellos (2011, p. 140) orienta que a identificação das modalidades de eficácia jurídica “[...] associadas aos enunciados normativos diz respeito ao que se pode denominar de *fundamentalidade social* das circunstâncias por ela regulada, que nada mais é do que seu grau de importância e relevância social.”, e, dessa, forma, de acordo com a mesma autora, “esse é o parâmetro lógico que orienta a política legislativa de modo geral.”. Em outras palavras, quanto mais fundamental para sociedade for a matéria a ser disciplinada pela norma, maior eficácia jurídica ela terá que assumir, com a maior consistência possível. Não se estenderá, aqui, acerca dos critérios classificatórios de eficácia e aplicabilidade jurídica, eis que inservíveis a esse estudo. Assim, conforme anota Tavares (2017, p. 209) “deve-se ter sempre como parâmetro que determinado critério classificatório só se presta quando útil for ao fim perseguido. Fora dessa situação, as classificações são totalmente imprestáveis.”.

Outrossim, retornando aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, há quem defenda que ambos são diferentes entre si, levando-se em conta, que as estrutura da metódica de aplicação em três níveis pode ser concebida nos termos da “[...] (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), [...] não se confunde com o raciocínio (embora haja pontos de contato) utilizado quando da aplicação da razoabilidade.” (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2018, p. 238). As ações de cunho negativo ensejam ao Estado, enquanto titular do dever de impedir que se tenha condutas nocivas e que afetem os direitos e garantias fundamentais, a função da proporcionalidade para proibição de excesso, e como decorrência do aludido dever de proteção, deve ser o percussor.

Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018, p. 239) apontam que:

[...] uma dupla face do princípio da proporcionalidade, que passa a atuar como critério de controle da legitimidade constitucional de medidas

restritivas de direitos (do âmbito de proteção dos direitos fundamentais), bem como para o controle da omissão ou atuação insuficiente do Estado no cumprimento de seus deveres de proteção.

Assim, deve agir de modo eficiente ou comprometer-se com o princípio da proporcionalidade, pois os deveres de proteção são violados quando seu titular se mantém inerte para proteger determinado direito fundamental ou comete alguma falha ao agir de modo insuficiente. De acordo com Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018, p. 239) “o sentido mais comum da proibição de excesso é o de evitar cargas excessivas ou atos de ingerência desmedidos na esfera jurídica dos particulares.”. No entanto, é importante destacar que a limitação aos poderes públicos deve se dar em todos os poderes da república, pois a utilização do princípio da proporcionalidade como vetor interpretativo dentro do Estado democrático de direito.

Conforme já tratado anteriormente, tudo aquilo que contém a constituição, enquanto normas e princípios tem carga constitucional, e ocupam posição hierárquica superior “[...] em relação a toda e qualquer norma ou ato oriundo dos assim chamados poderes constituídos, portanto, em relação às demais normas do sistema jurídico.” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 240). Ao lado do princípio da proporcionalidade e eficiência está o da efetividade, segundo o qual se deverá dar efetividade máxima às normas constitucionais ao tempo em que forem aplicadas, independentemente da sua intensidade. Esse tema se relaciona com o plano da concretização constitucional, “[...] no sentido da busca da aproximação tão íntima quanto possível entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 240).

Ademais, acerca do princípio da máxima efetividade, De outro lado, acrescenta-se o entendimento de Mendes e Branco (2017, p. 95):

De alguma forma contido no princípio da máxima efetividade, fala-se no princípio da força normativa da Constituição. Com este, propõe-se seja conferida prevalência aos pontos de vista que tornem a norma constitucional mais afeita aos condicionamentos históricos do momento, garantindo-lhe interesse atual, e, com isso, obtendo-se “máxima eficácia, sob as circunstâncias de cada caso”.

Ao lado dessa efetividade e eficácia, está o princípio da interpretação conforme a constituição. Todos eles, e alguns ainda que aqui serão citados, dão suporte à aplicação dos direitos fundamentais na medida em que são alicerces do ordenamento jurídico. De acordo com o que dizem Mendes e Branco (2017, p. 85) buscar entender um ato normativo, à luz da

Constituição “[...] é buscar conhecer um ato normativo, uma lei; mas, quando comparada com a interpretação típica dos outros ramos do Direito, a interpretação constitucional se cerca de características distintas, que lhe desenham um campo único.”. Assim, é salutar que essa interpretação leve em consideração além das normas, também todas as circunstâncias em que estão mergulhadas.

A possibilidade de otimização dos direitos fundamentais, bem como a viabilidade de que eles sejam reconhecidos e efetivados, inevitavelmente passam pela condição *sine qua non* de que sejam constitucionais de acordo com o caso concreto, bem como que não infrinjam um outro direito fundamental, que ao ser sopesado, possua maiores valores substanciais. É dizer, nas lições de Albuquerque (2013, p. 83) que:

A análise do papel da ‘criação’ e sua ‘aplicação’ do direito ao caso concreto pelos juízes, sobretudo quando a constituição é utilizada como uma ferramenta legitimadora põe o problema entre o originalismo e o conservadorismo interpretativo. A opção judicial da criação do direito não aparece, em princípio, inaceitável.

O mesmo autor, adiante, ainda explica que a difícil tarefa de interpretar a constituição faz com que não se possa afastar qualquer tentativa de definir contornos à dita tarefa (ALBUQUERQUE, 2013, p. 84). Esses conflitos é que levarão a um outro tipo de intervenção, por meio do Judiciário, no exercício do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição. A esse princípio, também se funde aquele que impõe ao órgão judicial o dever de pronunciar-se diante dos fatos que são levados ao seu conhecimento.

Esse tópico presente trabalho abordará somente os princípios considerados mais importantes para o entendimento dos demais temas que serão abordados. A constituição possui muitos princípios implícitos, igualmente importantes, mas que para a pesquisa deslindada não são necessariamente indispensáveis. É certo que adiante se terá a oportunidade de citar outros que não estarão descritos nesse tópico, mas que, porém, dada a sua complementariedade e indispensabilidade, se poderá antever a existência dos demais. A tutela judicial abrange não apenas os remédios constitucionais, como também aquelas que não possuem nomeação específica. Mendes e Branco (2017, p. 243) apontam que:

A ordem constitucional contempla outras garantias judiciais significativas que podem ter reflexos sobre posições subjetivas, como a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, a ação popular e a ação civil pública.

Importa lembrar que a Constituição não exige que a lesão ou ameaça provenha do Poder Público, o que permite entender que dentre as lesões albergadas, decorrentes de ação ou omissão tanto de origem públicas como de conflitos privados. Para Mendes e Branco (2017, p. 344) “[...] não se afirma a proteção judicial efetiva apenas em face de lesão concreta como também qualquer lesão potencial ou ameaça a direito. Assim, a proteção judicial efetiva abrange também as medidas cautelares ou antecipatórias destinadas à proteção do direito.”. Dito isso, o direito à vítima, intimamente ligado à esfera penal, também merece atenção no contexto da proteção social efetiva, inclusive nos crimes de ação privada.

### 2.3 JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Direitos fundamentais, como foi visto até aqui, constituem fundamentos da república e princípios do Estado Democrático de Direito, de modo que não podem desses dois parâmetros se dissociar, sob pena de perderem sua essência ou serem desnaturados. Por sua importância, não foi à toa que o constituinte originário fez questão de colocá-los logo nos primeiros artigos do texto constitucional, a ressignificação da República Federativa após anos de chumbo marcados pela ditadura militar.

Com consequentes desvios de finalidade aos direitos conquistados, o Brasil surgiu como guardião das liberdades individuais e com o compromisso de que todos os brasileiros pudessem exercer e gozar de seus direitos de maneira igualitária, respeitados a lei, os costumes e os princípios gerais do direito. Não são, entretanto, ilimitados, os direitos fundamentais. Além da obrigatoriedade de respeito às leis, deve-se também ter em mente que o direito individual pode perder força em face do coletivo ou mesmo quando se chocar com o direito de outrem. Observa-se, nessas condições, que a judicialização dos direitos fundamentais não ocorrem apenas em face do Estado, como também por meio de crise existente entre direitos semelhantes entre particulares, ou entre o indivíduo e a sociedade. Acerca do assunto, comentam Mendes e Branco (2017, p. 159):

A História aponta o Poder Público como o destinatário precípua das obrigações decorrentes dos direitos fundamentais. A finalidade para a qual os direitos fundamentais foram inicialmente concebidos consistia, exatamente, em estabelecer um espaço de imunidade do indivíduo em face dos poderes estatais.

É bem verdade que se trata de uma situação deveras abstrata. O caso concreto, mesmo que existente, é colocado no mundo das ideias, do dever ser, para que de algum modo se possa alcançar um ideal de justiça. Esse é o objetivo do Judiciário ao analisar casos que lhe são

postos à avaliação. Contudo, a maioria das vezes não se constitui tarefa fácil, e por esta razão há sempre estudiosos debruçados sobre casos complexos, que envolvem uma série de outros direitos, crenças, costumes, que não o simples direito individual. Casos em que há repercussão histórica na sociedade induzem a precedentes e, na pior da hipótese, a excessos por analogia.

Além desse aspecto, também há de ser considerado que o Judiciário recebe demandas que que exprimem latente colisão de direitos fundamentais, observados “[...] quando se identifica conflito decorrente do exercício de direitos fundamentais por diferentes titulares.” (MENDES; BRANCO, 2017, p. 201). Pela classificação dada por Mendes e Branco (2017, p. 210), “a colisão pode decorrer de conflito entre (a) direitos individuais, (b) direitos individuais e bens jurídicos da comunidade, e (c) entre bens jurídicos coletivos. Assinale-se que a ideia de conflito ou de colisão de direitos comporta temperamentos.”.

É o caso, conforme apontam Mendes e Branco (2017, p. 169) de situações em que, semanticamente, a norma de direito fundamental não acha proteção jurídica, e, por esta razão, diz-se que o direito simplesmente não existe, “daí a oportunidade do estudo dos comportamentos e das realidades da vida que estão abrangidas no direito fundamental, tarefa que nem sempre se mostra simples [...]”, uma vez que “[...] as normas de direitos fundamentais podem apresentar indeterminações semânticas e não ter o seu próprio suposto de fato bem delineado.”. Não por menos, é inevitável que surjam problemas que ilustram questões cotidianas, “[...] como a de saber se o curandeirismo se inclui no âmbito da liberdade de culto ou se o discurso de ódio racial é protegido pela liberdade de expressão.” (MENDES; BRANCO, 2017, p. 169).

Infelizmente é possível que as decisões judiciais sejam utilizadas como parâmetro para demonstrar exatamente o contrário do seu objetivo inicial, nada do que já não se saiba sobre a potencialidade, tanto benéfica quanto nociva de um mandamento judicial. A própria lei não é capaz de prever e tutelar todos os atos da vida civil, necessitando, por isso, de interpretação. Ao passo em que a própria legislação, por óbvio, deixa de ser aplicada por sua letra fria, as decisões judiciais tem a responsabilidade de fazer com que ela chegue a todos os conflitos gerados quando houver lesão de direitos. Mendes e Branco (2017, p. 160) asseguram que:

A percepção clara da força vinculante e da eficácia imediata dos direitos fundamentais e da sua posição no topo da hierarquia das normas jurídicas reforçou a ideia de que os princípios que informam os direitos fundamentais não poderiam deixar de ter aplicação também no setor do direito privado. Ganhou alento a percepção de que os direitos fundamentais possuem uma feição objetiva, que não somente obriga o Estado a respeitar os direitos

fundamentais, mas que também o força a fazê-los respeitados pelos próprios indivíduos, nas suas relações entre si.

E quando, de fato, se deve judicializar um excesso? Qual o parâmetro de lesão ao direito fundamental? A necessidade clássica de busca ao Judiciário, alargada pelo princípio da inafastabilidade e do acesso à justiça, como forma de proteção dos bens jurídicos mais importantes dos indivíduos, alcança não somente aquele que se acha injustiçado, como também aquele que previamente enxerga no futuro lesão a direito seu ou de outrem. Nada obstante, pode-se visualizar o remédio constitucional do habeas corpus para ilustrar, como expressão máxima garantidora do direito de ir e vir. Alguns dos direitos que podem ser invocados por meio de remédios constitucionais são comumente utilizados e abrem espaço para a demanda de tantas outras ações. Mendes e Branco (2017, p. 224) apontam que, acerca das liberdades gerais no âmbito dos direitos fundamentais, “em se tratando de comportamento abrangido tanto por direito fundamental especial quanto por direito fundamental geral, como o direito amplo de liberdade, tem-se como regra assente que a proteção há de ser conferida pelo direito fundamental especial.”.

Isso porque as demandas judiciais não se restringem aos remédios constitucionais que se vê encartados na Constituição Federal. Consoante Mendes e Branco (2017, p. 160) ao discutir-se sobre a autonomia privada, “[...] mesmo que não conste literalmente na Constituição, acha no Texto Magno proteção para os seus aspectos essenciais. [...]. Confirma-se o status constitucional do princípio da autonomia do indivíduo.”. A abrangência da possibilidade de busca pelo Judiciário para o albergue de lesões a direitos fundamentais extrapola a esfera constitucional e alcança relações privadas, em que, invariavelmente, existem conflitos cujas decisões podem ter forte impacto no meio social. A grande verdade é que, embora privadas, as contendas acabam provocando abrangentes respingos no seio da sociedade, na economia e nas relações circundantes.

Por estas razões, a discussão acerca da judicialização dos direitos fundamentais é sempre importante, considerando as relações dinâmicas engendradas na sociedade e a capacidade de mudança social, com o avanço da tecnologia e da globalização. Algumas dessas relações atingem reflexos externos, que compreendem, além de normas nacionais, direito internacional, seja público ou privado. Dadas às proporções com que estão diretamente ligados ao modo de vida e atividade das pessoas, e considerando as relações cada vez mais abrangentes, o Judiciário como órgão em que há a interpretação da lei ao caso concreto e a tarefa de proferir decisões responsáveis faz com que os olhares críticos sejam fortemente

lançados contra si. É nesse contexto que se insere o entendimento de Mendes e Branco (2017, p. 170), ao afirmarem que:

Tem-se, pois, que nem sempre é simples precisar os contornos de um direito fundamental – assunto que, muitas vezes, congrega correntes doutrinárias rivais. Retesa-se, pois, a sensibilidade do operador jurídico, dele se exigindo, ao cabo, que se mantenha fiel aos valores predominantes na sua sociedade, na busca de soluções justas, técnicas e com respaldo social.

Invocados pelo poder Público ao alegar como matéria de defesa, o princípio da reserva do possível se pauta na impossibilidade do Estado de tutelar todos os direitos de cada uma das pessoas, em face de sua incapacidade financeira, reverbera no fato de que o Estado precisa garantir pelo menos o mínimo existencial para que possa invoca-la. Nas palavras de Duarte Júnior (2019, p. 135) quando há o enfrentamento do que se concebe seja o mínimo existencial referente a necessidades básicas, “[...] sob a óptica universalista dos direitos humanos deixa evidente que uma visão, no mínimo oblíqua, se estabelece quando os direitos do homem são postos sob o confronto entre necessidades humanas e necessidades biológicas.”.

Desse modo, quando o Estado, por seus diversos setores, se omite em prestar o serviço ou fornecer determinado insumo como garantia do mínimo que o cidadão precise, constitucionalmente, ele está cometendo uma ilegalidade. Diante do dever de cumprir as leis e guardar a constituição, cumprindo-a e fazendo com que se cumpra, não há parâmetros aceitáveis de completa omissão.

Essas incapacidades gerais, perenes ou duradouras, de total abstenção e previsão de resolver problemas históricos, de descaso, falta de investimento mínimo e ausência de políticas públicas ou, quando existentes, sejam ineficientes, fazem com que todo esse complexo de problemas sejam judicializados. A espera injustificada por medicamentos, cirurgias, vagas em hospitais, creches, escolas com ensino e estrutura de qualidade, violência crescente por conta da marginalização precoce de crianças e adolescentes, além de outros tantos descasos que se observa por anos no seio da sociedade brasileira chegam ao Judiciário, por meio de demandas ajuizadas pelos Ministérios Públicos ou causídicos, em ações de cunho coletivo, individual, ou mesmo que discutam a violação de direitos difusos. Consoante asseveram Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018, p. 343), acerca da abrangência transindividual dos direitos fundamentais, levando-se em consideração os apontamentos de acordo com as dimensões deles:

Os direitos fundamentais da terceira dimensão, também denominados direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o

fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (povo, nação), caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade transindividual (coletiva ou difusa).

As ações que reivindicam reparação ou proteção de direitos fundamentais estão, na maioria das vezes, pautadas no âmbito da saúde, educação ou segurança. A possibilidade de reconhecimento de lesões perenes e contínuas pode ser tornar ainda mais elevado quando se repetem em demandas sucessivas, pois trazem consigo a conotação de contínua violação e por consequência, inércia em resolver o problema. A judicialização, no seio da sociedade, embora seja o exercício de um direito, não se trata exatamente de uma solução, uma vez que provocam outros diversos desgastes, principalmente entre os poderes constituídos da república. Tomelin (2018, p. 79-80) salienta que no cenário jurídico brasileiro atual, de inércia do Legislativo, “[...] pode conduzir a choques entre os Poderes da República. Não falta quem assinale a possibilidade de haver uma crise institucional em curso, calcando tal raciocínio em um ‘abusivo’ ativismo judicial.”.

Há quem sustente que há, com a conduta positiva engendrada pelo Judiciário, lesão ao princípio da separação dos poderes, dando azo a que se tenha outra inconstitucionalidade baseada nessa matéria. Acerca dessas declarações dadas pelo Judiciário, asseveram Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018, p. 398) que “há que ressaltar a particular relevância da função exercida pelos órgãos do Poder Judiciário, na medida em que não apenas se encontram, eles próprios, também vinculados à Constituição e aos direitos fundamentais, [...]”, pois, ainda de acordo com os autores:

[...] exercem, para além disso (e em função disso), o controle da constitucionalidade dos atos dos demais órgãos estatais, de tal sorte que os tribunais dispõem – consoante já se assinalou em outro contexto – simultaneamente do poder e do dever de não aplicar os atos contrários à Constituição, de modo especial os ofensivos aos direitos fundamentais, inclusive declarando-lhes a inconstitucionalidade.

Há outros que sustentam que o Judiciário está apenas dando as respostas procuradas por meio das ações que recebe, e, desse modo, está cumprindo seu dever constitucional, face ao princípio dos freios e contrapesos, que será melhor tratado no tópico referente ao ativismo judicial. A proposta desse tópico é tratar da questão material que envolve a judicialização dos direitos fundamentais. As nuances processuais e as que circundam as questões de ordem constitucional serão tratados no tópico próprio.

Ademais, tem-se que, num país em que existem tantas coisas a serem melhoradas para o bem-estar da sociedade, seguindo o modelo do Estado Democrático de Direito e a feição de social democracia, praticamente todas as pessoas pertencentes às classes baixas, de alguma forma, já tiveram seus direitos violados. É importante que se diga que a busca pelo direito ou a reparação de sua lesão não faz parte do imaginário do indivíduo, ela é real e constitucional. Quando se busca algo perante o judiciário não é porque se está inovando no mundo jurídico, as aspirações tem feição constitucional.

Outras limitações decorrem do próprio texto constitucional, indicam, por meio de expressões, conforme se verifica nas lições de Mendes e Branco (2017, p. 174) “[...] o constituinte utiliza-se de expressões diversas, v. g., “nos termos da lei” (art. 5º, VI e XV), “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer” (art. 5º, XII), “atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” (art. 5º, XIII), [...]”, são alguns exemplos. Existem ainda a possibilidade da norma fundamental indicar um conceito jurídico indeterminado, “[...] que deve balizar a conformação de um dado direito. É o que se verifica, v. g., com a cláusula da “função social” (art. 5º, XXIII).” (MENDES; BRANCO, 2017, p. 174). Tais normas permitem limitar ou restringir posições abrangidas pelo âmbito de proteção de determinado direito fundamental. Por mais que o poder público sempre alegue o princípio da reserva do possível, ela se vai de encontro ao mínimo existencial, que muitas vezes nem existe como mínimo.

Para que sejam impostos limites a essa demanda, é preciso considerar que nem todos os processos ajuizados são, de fato, necessários. Existe muita má-fé, que, claro, deve ser repelida e condenada, nos termos da lei. Porém, antes que seja constatada, a má intenção movimentam toda uma estrutura, cujos custos são distribuídos por toda sociedade; por aqueles que a movimentam e pelos que não ajuízam ações. A grande preocupação diante desse fato é que enquanto o Judiciário se ocupa de casos que envolvam má-fé desperdiça não só custo financeiro, de tempo e de energia humana que poderiam estar sendo destinados a casos realmente importantes. Entretanto, salvo casos em que se trate de direito completamente improcedente, qualquer outro tipo de tutela que se busque desse ser com acuidade, notadamente no que concerne àqueles que atingem mais incisivamente a população.

### **3 ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL**

O ativismo judicial no Brasil teve início com a Constituição Federal de 1988, a chamada “constituição cidadã”, cuja garantia ali encartada tornou possível buscar a efetivação dos direitos fundamentais, em suas diversas vertentes, por meio de decisões judiciais, cuja finalidade é de suprir as deficientes políticas públicas ou mesmo sua falta de implementação. Malgrado seja não seja propriamente uma novidade, a discussão acerca do papel paulatinamente imposto ao Judiciário é discussão recorrente, tendo em vista as violações que são verificadas ao longo do tempo. Através dessa intervenção judicial, foram iniciadas as indagações no meio jurídico acerca de seu alcance e legitimidade, tendo em vista que muitas vezes culminam com a manipulação de orçamentos públicos de maneira direta, desequilibrando a repartição dos poderes e o orçamento do ente destinatário.

A grande discussão dentro da esfera do ativismo judicial enquanto ferramenta proposta a solucionar problemas se assenta no entendimento de que “o poder Judiciário não pode massificar a ideia de constituição em si mesma, achar que ela é capaz de resolver todos os problemas decorrentes das omissões estatais.” (ALBUQUERQUE, 2013, p. 59). A possibilidade de judicialização da política, enquanto esfera relegada aos poderes legislativo e executivo, seria um atentado à separação dos poderes, com a anuência da sociedade. De posse da expressão “Estado Jurislador”, Tomelin (2018, p. 38) assevera que “a participação do Judiciário brasileiro na jurisfação somente veio se ampliando ao longo das décadas, o que nos permite, sim, hoje, falar em um Estado Jurislador Brasileiro.”. Para o referido autor, além de uma interferência entre os poderes, que poderia ser observado como uma fragmentação do princípio da separação dos poderes, há a substituição de parte do labor legislativo (atividade de criação de um novo direito) pela atividade interpretativa. (TOMELIN, 2018, p. 40).

Ainda dentro dessa discussão, interessante a premissa de Oliveira e Dias (2017, p. 147), ao afirmarem que a problemática do ativismo “[...] não é a sua ocorrência em si, mas compreender, dentro das balizas hermenêuticas, o que pode ser considerado interpretação legal ou constitucional e aquilo que mais aparenta uma invasão à esfera legislativa.”. Existe, portanto, uma preocupação com esse liame que expõe a ligação entre ativismo legiferante e atuação judicial, cuja interpretação depende da ótica, do contexto e dos atores envolvidos. Tem-se como consectário lógico a intromissão do Judiciário na esfera política enquanto guardião e defensor da Constituição Federal e por exercer um papel de certa forma decisivo no seio da sociedade. Portanto, ao julgar questões políticas, assentadas na ideia de um Judiciário que atua por meio de precedentes, atuam os Tribunais partindo do pressuposto de uniformidade do entendimento jurisprudencial, a fim de que a sociedade possa prever em qual sentido serão as decisões, talvez algo próximo do que se imagina seja segurança jurídica.

No entanto, apesar dos três poderes serem responsáveis pela guarda da constituição, o papel exercido pelo Judiciário se torna ainda mais incisivo, ao passo em que é dele a incumbência de aplicação do texto constitucional ao caso concreto. Nessa esteira, há quem sustente que “[...] o Judiciário não pode abandonar a autonomia política ou achar que a efetivação constitucional é uma questão simplesmente jurídica (um processo não pode se tornar no único ou mais importante instrumento para efetivação da constituição)” (ALBUQUERQUE, 2013, p. 60).

O protagonismo mais expressivo se dá por meio do Supremo Tribunal Federal, não obstante tenham outros órgãos que já se lançam nesse movimento. Como consequência, aponta Barroso (2017, p. 233) “[...] quase todas as questões de relevância política, social ou moral foram discutidas ou já estão postas em sede judicial, especialmente perante o Supremo Tribunal Federal”. A judicialização de questões políticas recebe críticas ferrenhas e defesas de igual sorte, com diferentes argumentos e com certa razão em ambos. Tomelin (2018, p. 80) sustenta que o protagonismo judicial do Supremo Tribunal Federal se manifesta de forma saudável dentro da evolução constitucional, e que tratar dessa atuação por meio do termo “ativismo judicial” é uma forma deletéria, uma vez que traz embutida uma crítica.

Entretanto, a que mais se aproxima do modelo constitucional adotado no Brasil é aquela que defende a via do ativismo dialógico, como ferramenta de promoção da igualdade de oportunidades e a busca pela efetivação dos direitos fundamentais. Mas é importante lembrar que:

Sendo a administração da justiça uma das funções do Estado, indelegável e indiscutivelmente ligada à efetiva vigência do Estado constitucional de direito, não se pode deixar de reconhecer que a atuação da mais alta corte de um Estado republicano tem um claro perfil político. Isso é assim, porque, se a característica do conceito de política, como inerente à ação do poder estatal, pode ser resumida como a capacidade de condicionar a comunidade na qual exerce, induzindo comportamentos e proibindo-os, a Corte Suprema de Justiça, através dos atos de sua competência, determina o alcance e os limites do ordenamento jurídico vigente. (ALBUQUERQUE, 2013, p. 92).

Salutar lembrar que o Brasil possui um sistema constitucional mesclado entre o estado de bem estar social e a busca do desenvolvimento econômico, que inevitavelmente, para pela exploração das classes menos favorecidas. Esse entendimento é fruto do que se observa diante do protagonismo ou da reserva do Judiciário diante de casos que lhe são postos ao deslinde. Veja-se que existem diversos casos que provocam muita instabilidade social, pois constituem-se fatos que a lei, de per si, não consegue solucionar. A interpretação correta e voltada para o

bem estar da sociedade, além de beneficiar as partes envolvidas, define situações que podem servir de modelo para outras, iguais ou semelhantes.

Não se pode fugir da premissa de que o controle de constitucionalidade operado no sistema jurídico brasileiro é o responsável por coibir graves violações ao texto constitucional, que acaba resvalando na possibilidade de constatação de iguais violações aos direitos fundamentais. No seio da sociedade, não se pode negar que muitos são os papéis que devem ser exercidos pelo Poder Público e de maneira mais eficaz, a fim de evitar essas tais inconstitucionalidade, mesmo que se saiba que é impossível que haja cobertura integral e irrestrita aos direitos ali encartados. Como ensinam Oliveira e Dias (2017, p. 166) é preciso lembrar:

[...] que a interpretação constitucional de constitucionalidade realizado por um Tribunal Superior não desvirtua o controle de constitucionalidade realizado pelos juízes e tribunais inferiores. Na realidade, ambas medias trabalham concomitantemente em prol da constitucionalidade das leis. [...] Enquanto o Tribunal Superior não se manifestar, caberá tal atribuição aos demais juízes e tribunais.

Numa perspectiva mais aproximada do objeto desse estudo, que são as violações perenes e massivas de direitos fundamentais, apontam Oliveira e Dias (2017, p. 168) que “direitos sem garantias não podem subsistir e, mais do que isso, as garantias estão vinculadas diretamente à possibilidade de instrumentalização do Judiciário para garanti-los, independente de vontade política e legislativa.”. Por esse norte, vê-se que a atuação do judiciário, seja por meio do exercício do controle de constitucionalidade, seja pelo ativismo judicial, são mecanismos que podem auxiliar no alcance da efetivação dos direitos, mormente sejam constantemente atacados por serem imperativos em seus mandamentos. O que se vê, nesse sentido, é que há uma verdadeira medição do quem pode mais, quando na verdade, o que se deveria fazer é unir forças em benefício do melhor esforço para consecução dos objetivos postos em juízo.

Aspectos de ordem normativa e jurisprudencial contribuem, sobremaneira, para o fortalecimento do Poder Judiciário e a eficácia das decisões judiciais. Não obstante, Dantas (2019, p. 180) aponta que “[...] a visão tradicionalmente associada a esse assunto é a de que a previsão de um amplo catálogo de direitos fundamentais é imprescindível.”. Há, sempre, por detrás de um grande problema social, uma grande questão de ordem política, o que as faz situações sumariamente dependentes. O entrincheiramento constitucional de direitos, consoante assevera Dantas (2019, p. 180) “[...] aliado ao fortalecimento da independência

judicial frente às pressões políticas, seriam os elementos normativos mais importantes para garantia da expansão e fortalecimento da jurisdição constitucional da eficácia das decisões.”.

Essa visão é criticada na doutrina, uma vez que optam por descentralizar a questão normativa de desloca-la do eixo de centralidade, uma vez que preferem ter uma visão mais pragmática dos problemas estruturas e da forma como devem ser enfrentados no Judiciário. Assim, Estados Unidos, pela vanguarda do *Bill of Rights* expressa uma abertura e flexibilidade dessa carta de direitos, apesar de não ser esse o único país a ter essa experiência. Países latino-americanos também tiveram a oportunidade de positivizar os direitos que acreditavam serem importantes por meio de declarações de direitos nas suas Constituições, surgidas a partir da década de 1980, após o período ditatorial (DANTAS, 2019, p. 181-182).

De acordo com Dantas (2019, p. 182):

No Brasil, por exemplo, embora a Constituição Federal de 1988 tenha apresentado um rol extensivo e generoso de direitos e garantias políticos, individuais, sociais, coletivos e difusos, o país é conhecido pelos altos índices de violência e homicídios cometidos por armas de fogo, uma profunda desigualdade social e intensos debates, inclusive no meio jurídico, sobre a (in)efetividade dos direitos sociais. Isso demonstra que a previsão dos direitos à liberdade, igualdade, moradia, educação e saúde não obteve o nível de concretude esperado, mesmo quando tais direitos são judicializados.

Essas questões, por terem um viés de sedimentação de entendimento e ao mesmo tempo, de legislação, acabam por serem alvos de ferrenhas críticas a respeito da ingerência do Poder Judiciário no Poder Legislativo, ferindo, desse modo, o princípio constitucional da separação dos poderes. Oliveira (2015, p. 161) sustenta que:

[...] em Estados como o nosso a criação de leis é uma atividade designada, de forma típica, ao Legislativo, mediante representantes democraticamente eleitos. Isso significa que a criação legal por parte de outros Poderes, fora das hipóteses constitucionalmente previstas, e, evidentemente, dentro da proporcionalidade que assegura o equilíbrio dos Poderes, identificar-se-ia com o desvirtuamento da própria democracia.

Princípios, como valores, quando entram em conflito, precisam ser sopesados, e diante de tantos outros princípios que dão força e protegem os mais diversos direitos fundamentais postos em risco pelas injustiças em forma de lesão ou caracterizados pela inércia do Estado. Talvez seja a justificativa mais utilizada e a mais compreendida, que faça maior sentido: o Estado não possui recursos suficientes para promoção integral e irrestrita de todos os direitos das pessoas. Daí surge, por parte do Estado, a alegação dos princípios da reserva do possível e

do mínimo existencial, ambos ancorados nos recursos públicos escassos e a necessidade de direcionamento dele para a coletividade, afastando-se da máxima do individual.

O consolo para essas pessoas que necessitam de políticas públicas efetivas para terem acesso aos serviços mínimos têm que se contentar com a oportunidade de usufruir deles quando houver oportunidade, de compreender que nem tudo é para todos. No Brasil, o ativismo judicial vem para suprir essas “lacunas” estruturais que são formadas e reformadas, dia após dia, num ciclo que nunca se encerra, pois poucos desses problemas são solucionados. Pelo fato de não haver, dentro do próprio Judiciário, um consenso acerca do ativismo judicial de seus membros, pode haver decisões que nascem por um entendimento na primeira instância e encerram outras instâncias com entendimentos diametralmente contrários, principalmente quando em sede de liminar, dada sua fragilidade. De acordo com as lições de Albuquerque (2013, p. 93):

[...] a politização das demandas com a utilização do modelo concentrado de constitucionalidade, que opera efeitos *erga omnes* e vinculantes, deixa claro o papel político que o Judiciário conquistou no século XX, mas que ainda está sendo delineado e que carece de uma legitimação histórico-democrática. Assim, conclui-se que o Judiciário é político, integra o Estado e influi no governo dentro de suas particularidades.

Essas demandas acabam chegando ao judiciário, diante da inércia dos demais poderes, e desse modo surge o ativismo judicial dialógico, no qual são chamados ao diálogo todos os envolvidos, a fim de que seja encontrada a melhor solução para o problema. Acertadamente, Streck, Tassinari e Lepper (2015, p. 59) advertem que “o aplauso de hoje do ativismo jurídico pode ter sua antítese amanhã, quando os que hoje festejam se sentem prejudicados.”. Ou seja, se o Judiciário adentra uma questão política, e as questões dessa natureza estão por toda parte, hora ou outra, alguém se sentirá prejudicado. Essa retração do Legislativo, consoante Albuquerque (2013, p. 101), reforça a postura ativa do judiciário, mas que, no entanto, podem apenas significar “[...] um reconhecimento de pedidos astutos/inovadores/originais de advogados, membros do Ministério Público e Advocacia Pública, do que uma atitude proativa do Judiciário.”. Portanto, o ativismo é um reclame social que, levado ao conhecimento do Judiciário, pode ser reconhecido, e, por esta razão, consoante o mesmo autor, talvez fosse equivocado que se afirmasse ser o ativismo uma inovação no mundo jurídico. (ALBUQUERQUE, 2013).

Assim, “não se pode admitir, pelo menos em um regime democrático, baseado no respeito às regras do jogo, que o Judiciário lance mão de ‘argumentos metajurídicos’ em suas

decisões. Eles precisam decorrer de uma atribuição de sentidos oriunda de textos normativos.” (STRECK; TASSINARI e LEPPER, 2015, p. 59). Há regras em jogo, e a que domina o cenário democrático e o Judiciário é, por determinação constitucional, guarnecer essa ordem.

Albuquerque (2013, p. 82), ainda em defesa da atividade judicial, ensina que:

A atividade do legislador é autônoma e inicial, porque cria uma situação nova. O juiz, por outro lado, não produz um direito originário portanto, tecnicamente, não exerce atividade legislativa. A jurisprudência exerce uma influência renovadora sobre o direito, dando lugar a figuras jurídicas novas e mais progressistas. Assim, o “reinado” da justiça exige do direito judicial a aplicação de princípios flexibilizadores da lei, ou seja, o juiz concilia a rigidez legal com a variabilidade da realidade social.

Nesse aspecto, aponta Barrosos (2017, p. 233) que existem causas de diversas naturezas para explicar o avanço do ativismo judicial, que vão desde “[...] o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas [...]”, passando por “certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral.”, até chegar na causa que aponta os atores políticos, os quais “[...] preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade.”.

Por esta razão, e não por menos, esses atores evitam que haja um desgaste pessoal, ou às vezes, partidário, no debate desses temas, e, portanto, evitam um posicionamento direto com questões polêmicas no seio da sociedade. Se há polêmica, a razão é que não há consenso, e, portanto, poderá desagradar parcela significativa da população. Conforme assevera Barroso (2017, p. 234):

No Brasil, o fenômeno assumiu proporção ainda maior, em razão da constitucionalização abrangente e analítica – constitucionalizar é, em última análise, retirar um tema do debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis – e do sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, em que é amplo o acesso ao Supremo Tribunal Federal por via de ações diretas.

É preciso compreender que num país plural como o Brasil, antes de haver a fiscalização das atividades dos outros poderes, existe a necessidade de bem exercer a função que lhes cabe constitucionalmente. Sabe-se que as opiniões favoráveis acerca do investimento, implementação e efetivação de políticas públicas sofrem severos ataques, enquanto aquelas contrárias se mantêm sem proposta alguma que se mostre cabível à situação. Nas lições de

Tomelin (2018, p. 81) “o choque de poderes em torno do controle de políticas públicas, por exemplo, envolve múltiplas situações e soluções, estudadas pelo direito processual civil.”. Contudo, arremata o mesmo autor, “não há padrões de direito interno que ‘a priori’ resolvam todos os casos apresentados em Juízo. Muitas das decisões judiciais são construídas a partir de padrões internacionais de acesso ao direito ao bem da vida pretendido.” (TOMELIN, 2018, p. 81).

Nesse meio, o judiciário, quando provocado, atuará como mediador entre sociedade e Estado, de modo a buscar a melhor alternativa para solucionar o problema. As questões são complexas e exigem estudos perenes a respeito, porque além de serem situações que se renovam, está-se longe de encontrar uma solução adequada para todos os envolvidos. Diante de todas as premissas é possível dizer que a judicialização é uma questão social, que reverbera pelas questões políticas, o que, de acordo com Streck, Tassinari e Lepper (2015, p. 56):

A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou da vontade do órgão judicante. Ao contrário, ele é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e culminam no aumento da litigiosidade — característica da sociedade de massas. A diminuição da judicialização não depende, portanto, apenas de medidas realizadas pelo Poder Judiciário, mas, sim, de uma plêiade de medidas que envolvem um comprometimento de todos os poderes constituídos.

O que se vê, portanto, é que a judicialização da política decorre da inércia dos demais poderes e essa falta de comprometimento dá azo a que essas questões sejam concentradas e exponenciadas em ações judiciais, reivindicando o reconhecimento de direitos ou a lesão a eles. A falta de efetividade de políticas públicas já existentes e a ausência delas em alguns contextos faz com que esses problemas, são fatores que influenciam de forma direta no aumento da litigiosidade, representando o Judiciário como um ponto de escape para sociedade, para que o cidadão possa buscar seus direitos.

Nem sempre esse arvorar do judiciário é visto como medida necessária para resolução de conflitos. Questionamentos que vão desde a legitimidade do judiciário diante da separação dos poderes até a ausência de conhecimento específico acerca das contas públicas permeiam a discussão, impedindo, muitas vezes, que se chegue a um denominador comum. Tomelin (2018, p. 80) assevera que “este entrecchoque de funções na separação dos poderes precisa ser estudado à luz da Constituição de 1988.”. Segundo ele, há a necessidade de se verificar “[...] quando os poderes acabam por retocar competências uns dos outros e quando a atuação

cruzada entre os poderes concorre para a diminuição da legitimidade institucional.”, pois, arremata, “a interdependência segue modificando-se no tempo.” (TOMELIN, 2018, p. 80).

Por outro lado, a proposta do ativismo judicial dialógico é exatamente não ferir a competência e legitimidade dos demais poderes, partindo-se da concepção que o diálogo é a melhor das alternativas, muito embora também seja função precípua de cada um deles fiscalizar as ações dos demais. É preciso considerar que há um dinamismo nas decisões judiciais, e que preservar uma linearidade se mostra mais importante que questioná-las em si. Interessante notar que existem muitas teorias que procuram identificar qual a melhor forma semântica de interpretar o ativismo judicial. Para Machado (2008, p. 19):

Sob a ótica cética, diante da ausência de neutralidade na utilização do termo “ativismo judicial”, inevitável se torna condená-lo ao plano da ideologia. Já sob a ótica mais otimista, diante do esforço de sistematização dos critérios utilizados, seria possível reconhecer que a descrição do fenômeno do ativismo é objetiva, isenta de juízos de valor.

Não sendo um fenômeno observado apenas no Brasil, o ativismo judicial se expandiu por Estados constitucionais contemporâneos ao longo dos anos, e com ela, vieram também posicionamentos opostos. De acordo com Barroso (2017, p. 235), é possível identificar três delas, as quais, “[...] não infirmam a importância do papel desempenhado por juízes e tribunais nas democracias modernas, mas merecem consideração séria.”. Segundo ele, “ninguém deseja o Judiciário como instância hegemônica e a interpretação constitucional não pode se transformar em usurpação da função legislativa.”. E é desse ponto de partida que se assentam os entendimentos favoráveis ao limite do ativismo, cuja pedra de toque está exatamente no exercício da função jurisdicional por meio do diálogo entre os poderes, quando se está diante de casos de natureza política. Prudência, proporcionalidade e moderação devem ser os primeiros princípios a serem observados, antes mesmo da separação dos poderes.

### 3.1 CONCEITO

Apontado como tendo origem norte-americana, o ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos da América, empregada, sobretudo, no período em que a Suprema Corte foi presidida por Earl Warren, entre os anos de 1954 a 1969. A principal característica das decisões desse interregno foi uma “[...] revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais.” (BARROSO, 2017, p. 234). Essas

transformações, de acordo com Barroso (2017), foram feitas sem que houvesse a participação do Congresso ou por decreto presidencial, ou seja, foram dos parâmetros até então observados.

Entretanto, conforme anota Oliveira (2015, p. 163) “[...] o ‘ativismo’ destacou-se nos Estados Unidos sob o comando de Earl Warren na Suprema Corte, principalmente nas áreas de Direito Público ou Constitucional [...]”, mas o seu nascimento, de acordo com o mesmo autor, “[...] antecedeu e muito o Tribunal de Warren e atingiu igualmente tribunais federais e estaduais ao longo do país, tanto nas áreas de Direito Privado como no Direito Público.”. É importante mencionar que acontecimentos históricos que mudam o modo de pensar ou de viver de um povo estão sempre marcados por contextos próprios da época, de interesses, poderes e situações que, conjugadas, fazem com que surja determinada ruptura fática.

Em termos históricos, portanto, é possível que se tenha observado diversas formas de ativismo nos diversos tribunais americanos, mas a atividade exponencial se deu quando a Suprema Corte passou a tomar decisões que tinham cunho ativista. Pela época que foi delineada – 1954 a 1969, pós-guerra, “[...] libertou os Estados Unidos das decisões obsoletas em nível estadual, mas não resolve o problema do ativismo e do interpretacionismo por parte da Suprema Corte [...]”, que, segundo Oliveira (2015, p. 165), “[...] apenas julga o que lhe convém.”. Acerca do assunto, anota Albuquerque (2013, p. 72), em passagem de sua obra:

No sistema constitucional norte-americano, o poder judicial tem sua própria função de equilíbrio e respeito aos outros poderes e se atribui a juízes o controle e a garantia dos direitos constitucionalmente consagrados. Em consequência, é essa a legitimação democrática, tanto da constituição como da magistratura, a grande novidade do constitucionalismo americano em relação ao controle judicial da atividade política.

Distante da realidade norte-americana, a interpretação constitucional dos juízes brasileiros difere bastante. Após a quebra da bolsa de 1929, os Estados Unidos experimentaram um período de constante crescimento econômico e prosperidade, que, inclusive, dura até os dias atuais. Esse avante crescimento e estabilidade proporcionou aos juízes norte-americanos a possibilidade de assistirem à incorporação dos direitos constitucionais, diferentemente do ocorre no Brasil desde a Constituição Federal de 1988. Não se pode negar que foram muitos os avanços em termos de direitos fundamentais no Brasil, mas que, entretanto, “a vida institucional brasileira desenvolveu-se num cenário diferente, enfrentando os dissabores de instabilidade política e econômica, [...], que encararam a constituição como um documento meramente simbólico.” (ALBUQUERQUER, 2013, p. 90).

Em terras brasileiras, a influência norte-americana se deu pelos moldes da vitaliciedade mitigada, a qual só se encerra com a aposentadoria compulsória, considerada como uma forma de proteção às pressões sofridas pelos ministros. No entanto, não foi apenas por meio dela que se deu a construção organizacional do Supremo Tribunal Federal, sendo, ainda, fortemente influenciado em matéria constitucional pela doutrina alemã de Kelsen, Schmitt, Hesse, Müller em relação ao controle de constitucionalidade, e da doutrina italiana (Bobbio, Ferrajoli) no que tange à visão política sobre a construção dos poderes (TOMELIN, 2018, p. 79).

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal ingressa na vida das pessoas por meio de suas decisões, apesar de nossa experiência recente, em relação a outras Cortes Constitucionais. A judicialização de determinadas questões possuem um viés e, ao serem calculadas, acabam por adentrar questões de cunho político. É necessário que sejam impostos limites aos próprios limites, a fim de afastar excessos. Consoante asseveram Streck, Tassinari e Lepper (2015, p. 58):

Com a crescente intervenção do Judiciário na esfera política, preponderantemente a partir do que ficou conhecido na história do constitucionalismo estadunidense como Corte Warren, a questão da vontade migra para o âmbito da decisão judicial: [...] as decisões judiciais passam a estar fundamentadas em um critério de vontade (*will*). [...] Com isso, o autor afirma consolidar-se um cenário de intenso protagonismo judicial, [...], no que ficou conhecida a expressão *judge-made law* (em uma tradução literal, direito feito pelos juízes).

Pelas terras americanas também se vê doutrinadores críticos contra a ingerência do Judiciário em questões políticas, a exemplo de John Hart Ely, que, de acordo com Oliveira (2015, p. 174) “parte de uma concepção procedimental do papel do Judiciário quanto à democracia, [...]”, ao passo que deve o Judiciário “[...] exercer suas atribuições para garantir o bom funcionamento do processo democrático, sem interferir no mérito das escolhas realizadas politicamente.”. O entendimento, portanto, se assenta na premissa de que se deve deixar a democracia seguir seu curso natural, cujas intervenções devem ocorrer apenas quando apresentar falhas que causem desconfiças e possa assim melhor exercer o controle decorrente de suas atribuições constitucionais.

Streck, Tassinari e Lepper (2015, p. 58), acerca do que foi dito acima sobre o direito feito pelos juízes (*judge-made law*) no contexto do ativismo judicial americano, comentam:

A utilização dessa terminologia (*judge-made law*) para caracterizar a fase ativista da Suprema Corte norte-americana, nesse contexto, é um tanto quanto esclarecedora, especialmente aliada à questão da vontade. De fato, quando a decisão judicial passa a ser uma questão de vontade, então, não há outro direito a seguir, senão o construído pelo Judiciário, isto é, criado pela vontade de quem julga (a lei da vontade). Essa postura rompe com a noção de *rule of law*, na medida em que, a partir disso, em suas manifestações, o juiz sempre exercerá sua discricionariedade [...]

A par de algumas definições encontradas na doutrina e na jurisprudência, entende-se que ativismo seja uma forma dinâmica e participativa dos membros do Poder Judiciário ou, em algumas hipóteses, órgãos colegiados se valerem da ferramenta jurídica e do dever constitucional de julgar as causas que lhe são apresentadas de uma forma que leve ao consenso entre as partes ou que faça com que se cumpram os direitos violados. Nesse sentido, a postura atuante de magistrados ou de tribunais no sentido de proferir decisões que submetam os demais poderes a também terem uma conduta proativa, dentro de suas funções essenciais constitucionais, é matéria de grande discussão já há algum tempo, e pelo fato de ser um incômodo perante os demais poderes, provoca diversos questionamentos e muitos posicionamentos em vários sentidos.

Traçando um paralelo entre o ativismo norte-americano e o brasileiro, Streck, Tassinari e Lepper (2015, p. 58) apontam que ao aproximar os pontos em comum às reflexões americanas e o atual cenário brasileiro no âmbito constitucional, o que se entende por ativismo judicial à brasileira “[...] evidencia duas importantes questões: primeiramente, a caracterização do ativismo judicial como experiência que não é própria (originária) do contexto brasileiro (neste sentido, à brasileira sinalizaria simplesmente para a conjugação de duas tradições)”. Os autores alinham-se ao entendimento crítico contrário ao ativismo judicial, e afirmam que ele “[...] figura como um problema, carregado de um pragmatismo que torna a interferência judicial, nos moldes de um ativismo judicial à brasileira, perigosa, porque vinculada a um ato de vontade do julgador.”.

De outra parte, sob semelhante análise, Oliveira (2015, p. 162) assevera que o ativismo, “[...] é resolvido, [...], pela necessidade de motivação racional das decisões, a partir do qual a sociedade absorve e aprova ou reprovava a conduta dos juízes.”. Adiante, arremata o autor que “deve-se registrar, ainda, que dentro da doutrina de separação dos poderes, o Judiciário sofre a influência de controle por parte dos demais Poderes, não reinando sozinho e irresponsável.”. Não obstante, Barroso (2017, p. 172) assevera que “a ideia de ativismo judicial está associada a 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.”. Essa participação mais efetiva provoca interferência direta nas políticas públicas, e a manipulação de recursos de maneira direta, manifestados pelo sequestro de valores das contas públicas a fim de garantir a satisfação do direito reivindicado ou da lesão a ser sanada. Nesse sentido, Barroso (2017, p. 172) acrescenta:

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (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 Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

O Poder Judiciário, portanto, vale-se do ativismo, que nada mais é que a aplicação mais enérgica e rápida da lei e a formulação de meios para que a decisão judicial seja efetiva, cuja interferência legítima pode “[...] determinar a implementação excepcional de políticas públicas necessárias para satisfação do mínimo essencial é chamada de ativismo judicial.” (DUTRA, 2017, p. 137). Mas há também uma postura oposta ao ativismo judicial, que rema em paralelo atrás dos ditames por ele defendidos, cuja atividade não deixa de se empenhar na aplicação da lei e na resposta à demanda posta. O oposto, portanto, é a autocontenção judicial, “[...] conduta pela qual o Judiciário procura reduzir ao mínimo sua interferência nas ações dos outros Poderes.” (BARROSO, 2017, p. 171).

Como dito, essa corrente oposta não se afasta a legalidade das decisões, nem tampouco são proferidos acórdãos ou sentenças inconstitucionais. Por essa linha, juízes e tribunais, de acordo com Barroso (2017, p. 172):

[...] (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas.

Bulos (2014, p. 442) define ativismo como sendo um “[...] ato em que os juízes criam pautas legislativas de comportamento, como se fossem os próprios membros do Poder Legislativo.”. Claramente, o autor se posiciona contrariamente ao exercício do ativismo judicial, ao asseverar que “trata-se de um perigoso veículo de fraude à constituição, podendo acarretar mutações inconstitucionais, afinal um órgão do Poder adentra na esfera do outro, ao arrepio da cláusula da separação de Poderes (CF, art. 2º).” (BULOS, 2014, p. 442).

Entendimentos contrários como o de Bulos se apoiam no fato de que o juiz, ao praticar o ativismo judicial, extrapola suas funções e reverbera pela inconstitucionalidade, ao infringir o núcleo intangível da separação dos poderes e imiscuir-se na função legislativa. Ao ultrapassar essa linha balizatória da função judiciária, o magistrado deixa de atuar como figura imparcial na solução de conflitos para legislar de forma ativa, passando a criar comandos normativos por meio de sentenças judiciais.

Ainda assim, cabe mencionar as lições de Pinto e Donadelli (2014, p. 46), ao frisarem que:

[...] o judiciário é obrigado a dar decisão sobre os casos que lhe são propostos. E ainda, que como garantia fundamental do Estado de Direito, pelo conceito de justiciabilidade, não, nem mesmo por lei, afastar da apreciação do poder judiciário a lesão ou a ameaça de lesão, nos termos do artigo 5º, XXXV da Constituição Federal. Nesse sentido, grande parte do aumento do papel do judiciário não se deve a qualquer ativismo ou autoatribuição de competências, mas de decisão expressa do sistema político que lhe atribui o julgamento da questão.

A questão da separação dos poderes, pelo visto, é a que mais tem peso nos entendimentos contrários ao ativismo judicial. Acredita-se que essa forma de agir permita que o Judiciário se coloque como um super poder, sem limites nas suas atuações e de certa forma com decisões irresponsáveis. Chega, inclusive, a abusar da criatividade interpretativa e passa a manipular a hermenêutica constitucional ao seu alvedrio, sem preocupar-se com os impactos que essa construção ilegítima da atividade judicial é empregada. Barroso (2017, p. 172), no entanto, entende que:

Ativistas e não ativistas, todavia, não contestam o que se denomina supremacia judicial: o reconhecimento de que deve caber ao Judiciário a última palavra acerca da interpretação da Constituição e das leis. Trata-se, portanto, de uma questão de calibragem da atuação de juízes e tribunais. Diversa é a tese defendida nos últimos anos por alguns teóricos constitucionais norte-americanos, denominada constitucionalismo popular ou populista, que defende uma ainda indefinida “retirada da Constituição dos tribunais” e conseqüente revalorização dos espaços genuinamente políticos de deliberação pública.

A combinação entre as formas positivas e restritivas de ativismo judicial são balizas para a determinação dos limites de atuação dos magistrados, pois ainda não há parâmetros para defini-los. De acordo com Bulos (2014, p. 443), “o desafio, portanto, é encontrar a zona limítrofe para o exercício da jurisdição constitucional, estabelecendo os limites da

interpretação, da construção e da manipulação constitucionais.”, pois, há uma dificuldade de estabelecimento desse parâmetro ainda ser uma questão difícil de ser compreendida.

Entretanto, algumas limitações podem ser observadas ao se impor parâmetros para as fundamentações judiciais, que podem ser visíveis, segundo Albuquerque (2013, p. 149), por meio de dois elementos essenciais: “[...] o primeiro, a sua racionalidade e, segundo, a sua razoabilidade. Racionalidade significa, [...] que a decisão deve ser baseada no direito, deve satisfazer os critérios da lógica jurídica.”. Em relação à razoabilidade, o mesmo autor aponta que ela “[...] é característica em determinadas decisões judiciais em que é possível optar por várias soluções racionais, de modo que, atendendo à razoabilidade, só se justifica a escolha de uma delas.” (ALBUQUERQUE, 2013, p. 49).

Há também uma nuance que deve ser considerada é a que considera que “a dimensão do ativismo judicial que se correlaciona com a deferência dos demais Poderes.” (ANDRADE; BRASIL, 2018, p. 3285). As autoras consideram que “as Cortes e os juízes acabam por não considerar as decisões/expressões dos demais Poderes e instituições, isto é, as decisões judiciais passam a ser substitutivas e a se sobrepor as decisões dos demais Poderes.” (ANDRADE; BRASIL, 2018, p. 3285). Essa deferência que não decorra expressamente de lei, como é o caso das súmulas vinculantes, não é necessariamente uma ilegalidade, mas fazem com que não se tenha segurança nas decisões judiciais, que muitas vezes se mostram totalmente contrárias. Essas nuances, além do problema mesmo que pode ocasionar o excessivo ativismo judicial, podem ser mais comumente observados quando se trata de direitos fundamentais. Por esta razão, consoante assevera Bulos (2014, p. 443) que aos juízes:

[...] é aceitável que atuem com criatividade, suprimindo cochilos legislativos, eliminando silêncios eloquentes, procurando sanar as dificuldades propiciadas pelo próprio ordenamento, que é incapaz de prever, normativamente, a unanimidade das situações a serem regulamentadas.

Entretanto, Andrade e Brasil (2018, p. 3286) entendem que, a respeito “a superação dos precedentes também é uma dimensão do ativismo judicial a ser observada, [...]”, fato que vai de encontro ao cotejo das decisões judiciais que garantem uma certa segurança jurídica. Isso porque, ao ingressar em um campo ainda não frequentado, o magistrado terá a oportunidade de aplicar a norma ao caso concreto que muitas vezes pode ser semelhante, porém não é igual. Implica dizer, na verdade, “[...] que juízes ativistas não se prendem aos precedentes já firmados ante a necessidade que pode surgir de superar aquele entendimento

para que haja uma adequada interpretação da Constituição ao seu tempo.” (ANDRADE; BRASIL, 2018, p. 3286).

Outra questão subjacente que se opõe ao ativismo judicial é a contramajoritária, na qual os membros do Legislativo e Chefe do Executivo são agentes eleitos por meio do voto popular. Entretanto, em relação aos membros do Poder Judiciário, que se submetem a concurso público e provas e títulos, ficam a mercê pelo fato de acumularem dentre as competências em relação à judicatura, aquela que diz respeito à invalidação dos atos dos outros poderes, e, portanto, sofrem com a acusação de que lhe falta justo título democrático. Por esse viés, deslinda Barroso (2017, p. 173):

Onde estaria o fundamento para o Judiciário sobrepor sua vontade à dos agentes eleitos dos outros Poderes? A resposta já está amadurecida na teoria constitucional: na confluência de ideias que produzem o constitucionalismo democrático. Nesse modelo, a Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é assegurar as regras do jogo democrático, propiciando a participação política ampla e o governo da maioria. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. [...] Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos.

Posicionamentos mais recentes acreditam que o ativismo judicial é uma forma de concretização dos direitos fundamentais, um mecanismo pelo qual a sociedade se vale para ter seus direitos reconhecidos ou reparados, uma ferramenta social utilizada pelas partes para compelir os demais poderes a tomarem iniciativas de preservação, reparação e planejamento mais eficaz. Em relação aos direitos fundamentais especificamente, tem-se que sua efetivação passa, inevitavelmente, pela adoção de políticas públicas, que deverão comprometer-se com o bem-estar da sociedade. Desde campanhas de vacinação até incentivo à frequência escolar, as ações governamentais voltadas para construção de entendimentos acerca de objetivos cívicos e sociais nascem e se desenvolvem por meio de políticas públicas.

A reação do Judiciário ao deslinde dos casos que lhe são postos podem se revestir de decisões de cunho ativista, não por sua precípua intenção, mas porque se trata de uma análise inevitável ante aos elementos que a forma. Streck, Tassinari e Lepper (2015, p. 56) asseveram:

[...] o ativismo é gestado no seio do sistema jurídico. Trata-se de conduta adotada pelos juízes e tribunais no exercício de suas atribuições. Isto é, a caracterização do ativismo judicial decorre da análise de determinada postura assumida por um órgão/pessoa na tomada de uma decisão que, por forma, é investida de juridicidade. Com isso, dá-se um passo que está para além da percepção da centralidade assumida pelo Judiciário no atual contexto social e político, que consiste em observar/controlar qual o critério

utilizado para decidir, já que a judicialização, [...] demonstrado, apresenta-se como inexorável.

Nesse sentido, contemporaneamente, a fim de fazer com que sejam cumpridos os objetivos constitucionais direcionados ao bem estar social, o Judiciário, no Brasil, tem se mostrado claramente ativista. Em diversos julgamentos, a postura proativa dos juízes, desembargadores e ministros é a de promover, pelas raias da justiça, a efetivação dos direitos fundamentais que estejam à mercê do descaso do poder público. O ativismo não é uma forma de burlar a lei ou de lhe dar interpretação desconforme, reverberando à inconstitucionalidade. Em diversos momentos, inclusive de manipulação de recursos públicos de maneira direta, situação que provoca mais desgaste entre os poderes, não foi levantada questão jurídica relevante que pudesse impedir que o Judiciário proferisse esse tipo de decisão, ante a inércia injustificada dos demais poderes. Para Streck, Tassinari e Lepper (2015, p. 56):

O ativismo judicial revela-se como um problema exclusivamente jurídico (ou seja, criado pelo Direito, mas, evidentemente, com consequências em todas as demais esferas), sobre o qual a comunidade jurídica deve, primeiramente, debruçar-se no interesse de perguntar por seu sentido, para posteriormente apresentar uma resposta, na senda de um constitucionalismo democrático. E, no questionamento de como pode ser compreendida a manifestação judiciária, é possível encontrar posicionamentos que retrataram a indexação da decisão judicial a um ato de vontade daquele que julga.

Apesar dos vários posicionamentos encontrados sobre a matéria, não se pode negar que muitas questões de difícil solucionamento, que assombravam a sociedade por anos, foram finalmente enfrentadas por meio do Judiciário, que, certo ou não, acabou sendo o celeiro de discussões. É de lá que saem os posicionamentos mais importantes sobre casos concretos, quando a lei não é suficientemente clara para que se possa ter um posicionamento ou quando há direitos fundamentais em conflito. Veja-se que essas condições, corriqueiras até, surgem no ordenamento social e é o ordenamento jurídico, por meio do Judiciário, o responsável por propor soluções. Barroso (2017, p. 232-233) entende que a judicialização da política “trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo.”. Adverte ainda o mesmo autor que esse é um fenômeno mundial, “[...] alcançando até mesmo países que tradicionalmente seguiram o modelo inglês – a chamada democracia ao estilo de Westminster –, com soberania parlamentar e ausência de controle de constitucionalidade.” (BARROSO, 2017, p. 233).

Outro ponto que merece destaque é a aproximação do Judiciário com a política. Há uma forte corrente que defende que o Judiciário promove a judicialização da política, afastando-se da sua função precípua, que é a aplicação das leis. Para compreensão de como se dá a conclusão de que o Judiciário se arvora em campos que não lhe competem, basta observar o que Montesquieu concebia como Judiciário, num contexto de atribuições típicas, na qual entendia que a ele competia a aplicação da lei. Como bem assevera Oliveira (2015, p. 167) acerca da doutrina de Montesquieu:

Aos ouvidos dessa doutrina, o Judiciário jamais criaria o Direito. O tempo mostrou [...] que o processo de “aplicação” do Direito envolve, ao mesmo tempo, em maior ou menor grau, a “criação” do mesmo. [...] E o processo de criação acaba se relacionando com a política, seara eminentemente criadora. [...] o problema novamente é entender o que pode ser fruto da interpretação judicial e o que realmente representa uma tomada de função.

O autor ainda aponta que sempre se afirma que não o Judiciário não deve adentrar em questões políticas, e indaga o que não é política hoje (?). Para ele, “o liame muitas vezes parece bastante sensível, de modo que, ou quase tudo se torna questão política, ou, confundindo política com questão eleitoral [...]” (OLIVEIRA, 2015, p. 169). Contudo, a judicialização da política envolve todos os demais poderes, nas suas faces precipuamente política, dada a natureza de suas atividades e dos objetivos que os guiam. Ao afastar-se desse controle que deve ser exercido entre os poderes, o Judiciário deixaria de ser órgão fiscalizador, uma vez que afastar as matérias políticas esvaziaria o objeto a ser fiscalizado.

Entretanto, não é saudável ao sistema que o Judiciário se lance como verdadeiro legislador em matéria que cabe ao poder legislativo, imiscuindo-se na atividade que extrapola a esfera da interpretação das leis e acaba por criar normas decorrentes de seus julgados. É dizer, nas lições de Bonavides (2000), que se trata de uma atividade perigosa, e que beira o atentado à separação dos poderes, devendo-se ter cuidado no afã de solucionar os problemas que lhe são postos. A atividade jurisdicional, embora não delineada com precisão, é mais produtiva quando praticada dialogicamente, com compromissos recíprocos entre os poderes, pois deve-se considerar o entrelaçamento inevitável que existe entre eles dentro da sociedade. Bonavides (2000, p. 177) explica, à luz da teoria de Montesquieu:

Se se trata do poder judiciário, duas conseqüências deriva o mesmo pensador da nociva conjugação dos poderes numa só pessoa ou órgão. Ambas as conseqüências importam na destruição da liberdade política. O poder judiciário mais o poder legislativo são iguais ao arbítrio, porque tal soma de poderes faz do juiz legislador, emprestando-lhe poder arbitrário sobre a vida

e a liberdade dos cidadãos. O poder judiciário ao lado do poder legislativo, em mãos de um titular exclusivo, confere ao juiz a força de um opressor. A opressão se manifesta pela ausência ou privação da liberdade política.

Adiante, se verá que há diversos tipos de ativismo judicial, cujo enfoque dessa pesquisa se assenta na modalidade dialógica, na qual as partes responsáveis e interessadas são convocadas ao diálogo, ao debate, e a partir daí são tomadas as medidas necessárias ao deslinde da causa. Pelo princípio da inércia, o Judiciário não pode, em regra, iniciar uma ação, apenas manifestar-se quando for provocado. As atribuições são bem divididas entre litigantes, órgão da acusação ou Ministério Público (nos termos definidos em lei), e o juiz, imparcial, e os dois últimos órgãos, por serem representantes do Estado, não podem deixar de se manifestar. É preciso considerar o fato de que não se trata tarefa fácil transferir os conflitos externados por meio de demandas judiciais a outros órgãos/entidades/pessoas. Albuquerque (2013, p. 107) entende que “o grande número de ações/conflitos é decorrência de uma infinidade de motivos que demonstram, sobretudo, doença do Estado. São problemas de educação que se ramificam para os âmbitos criminal, civil, tributário [...]”.

Essa visão será bastante relevante quando se tratar do processo de declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, o qual, nas lições de Paixão (2017, p. 51) “[...] a construção dos atos de poder é dialógico entre os Poderes constituídos, a Administração Pública e a própria sociedade civil.”. A autora ainda sustenta que “é o diálogo social da tutela coletiva na superação do fato inconstitucional que envolve todo o sistema jurídico policêntrico.” (PAIXÃO, 2017, p. 51).

Outro ponto que deve ser destacado é que a judicialização da política, que gera o ativismo judicial, “[...] também pode encontrar freio na morosidade judicial.”, uma vez que, “levar uma discussão política ao Judiciário não é necessariamente sinônimo de resolução de conflito ou justiça.”. A criação da expectativa de ser dada tutela ou que o direito seja reparado, “[...] resolve o problema da inefetividade constitucional resulta num novo problema estatal, criando um círculo vicioso de responsabilidades dos ‘poderes’ do Estado.” (ALBUQUERQUE, 2013, p. 107).

O que se quer dizer com essas informações é que, a causa de críticas negativas ao ativismo judicial se dá em face de uma provocação, que deve ser avaliada, conforme o princípio da inafastabilidade, e sopesada, de acordo com o princípio da proporcionalidade. Assim, nesse feixe de princípios coordenados entre si, quando há excessos, em qualquer deles, enseja o apontamento do ativismo como um ato deletério ou até inconstitucional, mas isso ocorrerá em qualquer ato que for exacerbado. Se há uma iniciativa judicial ferrenha, deve

haver, no mínimo, uma demanda que exprima graves e perenes violações de direitos fundamentais. Streck, Tassinari e Lepper (2015, p. 58) advertem que o ativismo judicial “[...] figura como um problema, carregado de um pragmatismo que torna a interferência judicial, nos moldes de um ativismo judicial à brasileira, perigosa, porque vinculada a um ato de vontade do julgador.”.

Assim, Oliveira (2015) esclarece que a preocupação em torno do ativismo protagonizado pelo Judiciário se dá em face da defesa da Constituição que é necessário ser feita. Essa função, apesar de investida em todos os poderes, não poderia ter sido atribuída senão ao Judiciário, órgão responsável também pelo controle de constitucionalidade das leis, atividade que gera riscos mais que possui como núcleo essencial a preservação dos anseios populares. Pelas palavras do referido autor, “[...] embora não exista fórmula, é evidente que a interpretação constitucional não deve ter o cunho de criar um direito que não decorra diretamente e automaticamente da leitura do dispositivo constitucional [...]”. Por isso, e acima de tudo, não pode imiscuir-se na função legislativa e deixar de praticar o que realmente demanda aplicação da razoabilidade e proporcionalidade na fundamentação de suas decisões.

Campos (2016, p. 21) adverte que embora haja benefícios na busca das propostas levadas ao conhecimento do Judiciário, “[...] devo reconhecer que a ampliação do campo de incidência e de tutela judicial da omissão inconstitucional, até chegar ao reconhecimento do ECI, levanta inequívocas suspeitas de favorecimento ao ativismo judicial.”. O autor indica que se deve afastar a ideia de supremacia judicial, e um das formas de tentar conter essa possibilidade é fazer cortes, no contexto da intervenção estrutural, ajam sob um viés dialógico (CAMPOS, 2016).

Todo esse contexto deixou claro que a politização tem duas faces, que de acordo com Albuquerque (2013, p. 109) são:

[...] a) a intervenção judicial ampla não é sinônimo de resolução de conflitos;  
b) a politização retrata uma nova orientação estatal, pela qual o Judiciário, resolvendo conflitos, se insere cada vez mais na sociedade, podendo resultar, de algum modo, numa aproximação clara do povo ao Estado.

Assim, de que modo os demais poderes podem incomodar-se com as medidas determinadas pelo Judiciário, embora possa tomar decisões que não se amoldem ao contexto fiscal? As providências devem ser tomadas quando se tem conhecimento do problema, ou antes que ele aconteça, de forma preventiva. Num país como o Brasil, que possui muitas desigualdades sociais e poucas iniciativas no sentido de amenizá-la, as demandas judiciais para tutela de direitos fundamentais violados são inevitáveis.

### 3.2 ATIVISMO JUDICIAL DIALÓGICO

À vista da impossibilidade do legislador disciplina todos os atos decorrentes das relações sociais tornou-se salutar a atividade jurisdicional, uma vez que a interpretação legal se dá por meio da avaliação equitativa e proporcional do juiz. Tendo por prerrogativa a atuação de mediação entre as partes, o juiz, ao lançar-se na esteira do ativismo judicial, deve comprometer-se, antes de tudo, com o fiel cumprimento da Constituição Federal. Um dos grandes questionamentos encontrados no tema relativo ao ativismo judicial é a possibilidade, ainda que despreziosa, de invadir a esfera de competência precípua dos demais poderes.

Entretanto, diante de massivas e graves violações de direitos fundamentais no Brasil, o Judiciário atua como intérprete das normas constitucionais, por meio da jurisdição constitucional, onde muitas vezes acaba por alterar a realidade social ao proferir decisões que demandam ações efetivas de outros poderes. Pelos ensinamentos de Campos (2016, p. 277), acerca do o ativismo judicial estrutural dialógico conduzido pelo STF, o autor entende que “o Supremo deve proferir ordem flexíveis, que deixem espaço próprio ao aparato político e administrativo dos Poderes Executivo e Legislativo [...]”, porque, segundo ele, “[...] a complexidade das ordens será inevitável, proporcional ao tamanho do problema.”.

É importante mencionar, à luz dos ensinamentos de Oliveira e Dias (2017, p. 159) que:

Antes de se preocupar com um Judiciário ativista, é necessário lembrar que alguém precisa defender a Constituição acima de todo o ordenamento jurídico. E que tal função, embora a todos caiba, não poderia ter seu controle atribuído a nenhum outro Poder que não fosse o Judiciário. [...]. E, a despeito de uma fórmula lógica para o problema do ativismo, é evidente que a interpretação constitucional não deve ter o condão de criar um direito que não decorra direta e automaticamente da leitura do dispositivo, sob pena, aí sim, de se imiscuir na função legislativa.

O alcance que se objetiva no pedido contido na ação reverbera pela competência de outros poderes, e é aí que há a modulação do ativismo judicial, quando eles são chamados ao diálogo. A atividade judicante na interpretação das normas constitucionais se mostra como uma alternativa para suprir os anseios que emergem da sociedade. Cabe ressaltar, no entanto, que essa atividade não tem por objetivo anular os demais poderes nas suas funções típicas, deve ressaltar e convocar os demais poderes ao diálogo para que as ações necessárias à resolução daquele problema sejam discutidas. Para Nobre Júnior: (2011, p. 97)

Nesse cenário, não se pode obscurecer que a Constituição, qualquer que seja a natureza de suas disposições, possui inegável componente normativo, com eficácia diretiva e informadora das demais funções estatais. Restou abandonada a concepção de que se trataria de mero documento contendo vagas intenções políticas.

O ativismo jurídico no Brasil surgiu, portanto, em meio a alguns fatores como o acesso da população a justiça, à cobertura integral e irrestrita do Estado, aos acordos internacionais sobre direitos humanos nos quais o Brasil é signatário, além, é claro, dos abismos sociais enfrentados, aliados ao fato das políticas públicas serem ineficientes ou mesmo inexistentes. Estes, dentre outros fatores, são responsáveis por demandas que se renovam dentro de situações de risco e de questões que nos acompanham há muito tempo. A questão que permeia o ativismo judicial é se ele existe de fato no Brasil e se o Judiciário, mediante as decisões que profere, de algum modo, extrapola sua competência e adentra a esfera de outros poderes, desequilibrando o princípio da separação dos poderes.

Não obstante, a busca de soluções para problemas que implicam um grande número de pessoas, de forma grave, permanente e generalizada, o Judiciário efetua uma papel importante na concretização desses ditames constitucionais, chamando os demais poderes ao diálogo e a investida em soluções mais eficazes que aquelas que estão sendo apresentadas à população. O objetivo, do ativismo dialógico, é chamar ao diálogo – e por isso o termo – os demais poderes com o intuito de tentar solucionar, sem a coerção que algumas decisões alcançam, mas com o fim precípua de dar efetividade ao que foi levado a conhecimento do Judiciário.

Importa mencionar que existem críticas a esse tipo de ativismo, que se contrapõe ao ativismo patológico, e que se limitam, em geral, a mencionar a ausência de legitimidade democrática e a falta de capacidade técnica para a atuação do Poder Judiciário no que tange aos seus limites institucionais. Somada às duas mencionadas, existe um terceiro hiato no ativismo dialógico que é a incapacidade do Judiciário de, em particular, promover as alterações pretendidas. As decisões judiciais muitas vezes são vistas pelos demais poderes como uma prepotência desmedida e infundada. Nas lições de Oliveira (2015, p. 167), “o Judiciário de Montesquieu, dentro da ideia de atribuição de funções típicas, houve por bem herdar a ‘aplicação da lei’, como num processo industrial em que se etiquetam frascos.”, e acrescenta, adiante, que “aos ouvidos dessa doutrina, o Judiciário jamais criaria o Direito. O tempo mostrou, [...], que o processo de ‘aplicação’ do Direito envolve, ao mesmo tempo, em maior ou menor grau, a ‘criação’ do mesmo.” (OLIVEIRA, 2015, p. 167).

Na crença popular a prolação desse mandamento judicial por si é capaz de efetivar uma Constituição dirigente como é a nossa, muito embora a opinião confluyente seja aquela em

que dá importância ao Poder Judiciário para sua implementação. O Judiciário peca, ao colocar-se como único capaz de interpretar a Constituição e sobre os demais poderes lançar medidas coercitivas sem chamá-los ao diálogo. Acerca do ativismo dialógico, veja-se o que dizem César Rodríguez Garavito e Diana Rodríguez Franco:

Los fallos representativos del activismo dialógico comparten tres rasgos. Primero, las sentencias dialógicas tienden a dictar ordenes más abiertas que las del activismo clásico. En términos de los criterios de Tushnet (2008) para distinguir los remedios judiciales ‘fuertes’ de los ‘débiles’ —esto es, la amplitud, la obligatoriedad y la perentoriedad de las órdenes del fallo—, sus remedios tienden a ser más débiles. Las sentencias de la jurisprudencia dialógica tienden a abrir un proceso de seguimiento que alienta la discusión de alternativas de políticas públicas para solucionar el problema estructural detectado en el fallo. Los detalles de las políticas, por tanto, tienden a surgir en el transcurso del proceso de seguimiento, no en la sentencia misma.

Nos mais diversos setores, os anseios da sociedade têm sido levados a conhecimento do judiciário, e sobre essa questão, não é demais lembrar que referido órgão só atua quando é provocado. As inquietações ante a violação de direitos fundamentais é tamanha que as demandas judiciais só tendem a aumentar, e ante a incapacidade de resolvê-las, todas em tempo razoável, o Judiciário se lança a solucionar questões que podem, muitas vezes, remediar outras, ao praticar o ativismo judicial dialógico e convocar os demais poderes a efetivar ou implementar políticas públicas. Com acertado apontamento, Oliveira (2015, p. 177) aduz que “[...] o Judiciário possui papel fundamental, não apenas porque exercendo o Poder tem a obrigação de seguir os preceitos constitucionais, mas, além disso, [...] irá exercer o controle acerca do exercício da Constituição pelos demais.”.

Desse modo, judicializar um problema não implica, necessariamente, que por meio dele haverá um ativismo judicial. Vale lembrar, diante das nomenclaturas consignadas, que, de acordo com Barroso (2009), são primos, mas não frequentam os mesmos lugares. Nessa esteira, segundo o mesmo autor, “a judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política.” (BARROSO, 2009, p. 06), contudo, “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.”.

Mas essas incursões do judiciário, mesmo sob o prisma do diálogo, comportam muitas armadilhas, uma vez que a própria ideia de constitucionalismo, e da decorrente discussão política dentro dos tribunais, acaba por tornar todas as questões judiciais em questões políticas, dado o seu viés constitucional. A este ponto, a teoria colombiana do estado de coisas

inconstitucional, ou estado de coisas inconvençional, que poderia, a princípio, ser declarada em face da violação massiva de direitos fundamentais e a completa inércia dos poderes em resolvê-las, causando, assim, uma inconstitucionalidade estrutural e sistêmica, que ensejaria a decisão judicial sob a forma de ativismo. Oliveira (2015, p. 181) aponta que o Legislativo “[...] trata daquilo que realmente quer, conforme as orientações políticas predominantes. Não foi diferente, por exemplo, com a regulamentação da greve do servidor público.”.

Portanto, o ativismo está centrado em resolver questões políticas, em que necessariamente deve haver uma postura proativa de um ou dos demais poderes da República. Não há receio em imprimir essa afirmação pelo fato de que, consoante Oliveira e Dias (2017, p. 149) “[...] quando se imagina que o Judiciário não deve ultrapassar a barreira interpretativa que o recoloca na esfera criativa, há de se questionar, o que, afinal, é uma ‘questão política’, além dos limites hermenêuticos? E o que, a propósito, não é?”. Portanto, em resposta a essa indagação, fica difícil definir o que não é questão política, já que o que se vê é uma intenção de separar hermenêuticamente o que seja questão política e questão eleitoral, deixando de lado o fato de que questão política é “[...] tudo aquilo que envolve um aspecto decisório para além dos textos legislativos.” (OLIVEIRA; DIAS, 2017, p. 149).

Desse modo, antes de afirmar que poderá haver ativismo em qualquer questão política, é necessário defini-la. A doutrina, com certa redundância, tem se posicionado no sentido de reconhecer que questão política é aquela que não é nem jurídica e nem judicial. Ou seja, que nem se trata de questão pessoal ou privada, nem se trata de demanda que requeira reconhecimento ou reafirmação de um direito, claro, além de outras interpretações. Streck, Tassinari e Lepper (2015, p. 56) explicam que:

Não se pode discordar da leitura do fenômeno da judicialização da política como produto das transformações ocorridas no Direito com o advento de um novo texto constitucional. Em outras palavras, é sabido que uma das marcas da passagem da concepção de Estado Social para a de Estado Democrático de Direito justamente se caracteriza pelo deslocamento do polo de tensão do Executivo para o Judiciário.

Oliveira e Dias (2017, p. 151), em salutar lição, ensinam que “em *hard cases*, é improvável não extrair das votações uma diretriz nitidamente política.”. Em julgamentos difíceis, em que há televisionamento das sessões, sobram farpas entre os membros da mais alta corte brasileira e o enfadado número de teses e discussões desnecessárias, malgrado seja indispensável que a sociedade acompanhe o julgamento de interesses que estão postos a apreciação. No entanto, esse circo midiático prejudica o julgamento dos feitos, uma vez que

acabam por inflar discussões que acabam por se localizar estritamente na esfera política. É uma questão tormentosa, pois, como se viu, delimitar a fronteira entre questões políticas e eleitorais (ou ideológicas) principalmente quando há acirramento dos ânimos, exaltados pelo televisionamento deixa praticamente impossível a aplicação do princípio da autolimitação judicial, no qual, de acordo com Oliveira e Dias (2017, p. 151) permite que não se furtem à necessidade de se impor limites aos próprios limites.

Nas esferas de poder em que há, em determinados momentos, poderes acumulados diante de questões sérias e difíceis, é indispensável que seus membros sejam o máximo possível, imparciais. Não significa dizer que se deva impedir a existência de juízos políticos-valorativos na interpretação da Constituição, o que seria humanamente impossível, já que somos seres sociais cujos entendimentos e opiniões de formam ao longo da vida, resultado de toda experiência familiar, social e cognitiva. Mas o que se quer dizer é que esse pensamento deve guiar as decisões, e não controla-las, dentro de balizas de compreensão social que tenha como objetivo o bem estar social.

Do mesmo modo, não se vale à eleição a defesa de que os direitos individuais estariam “[...] excluídos da seara política, não apenas porque a efetivação depende de políticas públicas, mas também porque, não raro, tais direitos são associados a outros, eminentemente políticos.” (OLIVEIRA; DIAS, 2017, p. 155). O fato é que qualquer dessas interpretações poderia levar ao entendimento que o conceito de política remete a metas coletivas, cujos objetos sociais demandam programas ou políticas públicas, típicas de um estado democrático de direito. Com efeito, de acordo com Barboza e Kozicki (2012, p. 72):

Também não se pode descurar que é por meio de políticas públicas coletivas que a Constituição brasileira pretende que sejam realizados e garantidos os direitos fundamentais sociais. Por óbvio, são direitos que dizem respeito a toda a sociedade, considerada em sua forma coletiva e não apenas de garantias de direitos individuais, e por isso a necessidade de políticas macro para sua realização, dando-se conta das necessidades do povo, bem como, da capacidade do Estado.

O ativismo judicial tem cruciais barreiras, uma vez que, a despeito da ausência de recursos orçamentários suficientes, o Estado estaria desobrigado a promover políticas públicas garantidoras e promotoras de direitos fundamentais sociais. Contudo, para Barboza e Kozicki (2012, p. 73), e com a devida razão, “a partir do momento em que a Constituição estabelece que as políticas públicas são os instrumentos adequados de realização dos direitos fundamentais, por certo que se trata de matéria constitucional sujeita ao controle do

Judiciário.”. Entendem as autoras que “pensar o contrário seria o mesmo que o retorno ao pensamento de que a Constituição é apenas um documento político desprovido de normatividade, algo inaceitável num Estado que se pretende Constitucional e Democrático de Direito.”.

Malgrado se reconheça essa fragilidade, algumas situações chegam a ser aviltrantes, assim como ocorre com os demais poderes, a função de manter o equilíbrio entre os poderes decorre do sistema de freios e contrapesos. Essa teoria, também chamada de “*checks and balances*”, nesses termos oriunda do Direito Constitucional Americano, refere-se a forma como foram dispostas as competências de cada poder, de acordo com a distribuição de atribuições que resultaram em um mecanismo de limitações recíprocas.

Na Constituição Francesa de 1791, como filosofia constitucional, representou a conquista do povo diante do estado, assim como assegurou um clima de liberdade, como princípio conservador dos direitos dos cidadãos. Desse modo, por influência francesa, referido sistema foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Carta Imperial e posteriormente repisada na Constituição Republicana de 1891. As demais constituições, em termos expressos ou não, ao estilo americano ou francês, mantiveram a consagração da separação dos poderes e, com maior ou menor intensidade, o sistema de freios e contrapesos, ou, de forma constitucionalista, o princípio do equilíbrio dos poderes.

Em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal se manifestou, em evidente ativismo judicial, acerca da limitação de veiculação de propaganda comercial no âmbito dos canais de TV por assinatura, uma vez que “promovem a cultura brasileira e estimulam a produção independente, dando concretude ao art. 221 da Constituição e ao art. 6º da Convenção Internacional sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais (Decreto nº 6.177/2007)”. No acórdão, a STF se pronunciou para declarar a inconstitucionalidade do art. 25 da Lei 12.485/2011, que dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado.

Entre tantos posicionamentos, alguns contrário, outros favoráveis, o que realmente importa é a finalidade que ambos almejam. Considerando todas as variáveis entre apoiadores e críticos do ECI, Campos (2016, p. 256) acredita que “[...] a técnica do ECI é uma boa oportunidade para o Supremo enfrentar casos de violação de direitos fundamentais decorrentes de falhas estruturais.”. De outro lado, defende que “[...] as objeções ao seu uso podem ser respondidas pelo desenvolvimento mais concreto das condições de legitimidade afirmadas.” (CAMPOS, 2016, p. 256). Discordar por discordar, ou concordar por maioria não promovem nenhum tipo de benefício para solução de problemas estruturais. Engajamentos em

temas de menor relevância deveriam ser direcionados para questões que, de fato, representassem avanços no seio das políticas públicas.

Há, portanto, um receio que haja uma supremacia judicial, que possa sufragar evidência ilegítima acima dos demais poderes. Entretanto, consoante aponta Campos (2016, p. 255):

[...] resta evidenciado que o ativismo judicial estrutural, levado a efeito de maneira dialógica por meio de remédios estruturais flexíveis e da deliberação periódica quando do monitoramento da implementação das decisões, responde satisfatoriamente às objeções que apontam riscos da supremacia judicial. Juízes e corte ativistas – e dialógicos – declaram o ECI, apontam a violação massiva de direitos fundamentais decorrentes de omissões estruturais, máxime as deficiências de políticas públicas, mas reservam aos poderes políticos a escolha dos detalhes e especificidades para superar esse estado.

É o alegado estado inconstitucional que preocupa toda a sociedade, e ao invés de se pensar que o Judiciário se lança a uma corrida pela supremacia, dá-se espaço para que seja praticado o ativismo judicial dialógico, a fim de promover desbloqueios políticos e institucionais e maior deliberação democrática (CAMPOS, 2016). Impedir que o judiciário exerça o papel fiscalizador perante os demais poderes, no sentido de dialogar com eles sobre os problemas da sociedade é atitude antidemocrática, ao mesmo tempo que ensejar demandas desnecessárias sob o espeque dos direitos difusos envoltos em questões políticas é atitude contrária ao desejo que se tem de ter um país mais igualitário e mais preocupado com seu povo. Consideradas as premissas apresentadas, passa-se ao estudo da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional.

#### 4 A TEORIA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Concebido como uma nova forma de análise diante de possíveis fatos de natureza inconstitucional, a teoria que passará a ser analisada imergiu no ordenamento jurídico brasileiro por meio do reflexo jurisprudencial da Corte Constitucional Colombiana, cujo aplicação se deu em fatos muito próximos de problemas estruturais que são vivenciados aqui no Brasil. Por esta razão, e dadas as proporções que tomaram as manifestações doutrinárias decorrentes de diversos entendimentos, alguns contrários e outros entusiastas, o estudo do Estado de Coisas Inconstitucional ultrapassa a esfera do ativismo judicial.

A fim de proteger a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, “a Corte Constitucional colombiana acabou tomando da medida extrema: reconhecer a vigência do **ECI**.” (CAMPOS, 2016, p. 96) (grifos do autor). Tratou-se essa decisão de conduzir o Estado a observar a dignidade humana e as garantias dos direitos fundamentais “[...] uma vez que esteja em curso graves violações a esses direitos por omissão dos poderes públicos. O juiz constitucional depara-se com a realidade social necessitada de transformação urgente [...]”, aduz o mesmo autor. Assenta-se, portanto, o compromisso das cortes constitucionais em não perpetuar a inércia face a tantos problemas estruturais, que vão como uma avalanche encher de litígios o Judiciário.

Desse modo, aponta Campos (2016, p. 97), que o juiz vai além de resolver problemas particulares. Ele se imiscui na missão de um verdadeiro estadista, um agente de transformação. Talvez seja essa a expressão que mais assusta os demais poderes, cujos membros são invariavelmente eleitos por voto popular. Entretanto, à luz do que ocorreu genuinamente na Colômbia acerca do Estado de Coisas Inconstitucional (CAMPOS, 2016, P. 97):

A Corte Constitucional colombiana atua para defender não um direito fundamental individual, mas o sistema de direitos fundamentais, a dimensão objetiva desses, decorrente não de um enunciado constitucional específico e expressivo de uma ordem de legislar, e sim da Constituição como um todo.

Alimentado por uma gama de entendimentos que se alicerçam nos ditames constitucionais, o Estado de Coisas Inconstitucional possui uma amplitude que alcança os mais diversos tipos de violações de direitos, principalmente aqueles em que o Estado está constitucionalmente obrigado a atuar. Esse instrumento poderoso, que levanta tantos questionamentos e possui um alcance inimaginável, quando utilizado pela Corte deixa de ater-se à função garantidora de direitos individuais levados a conhecimento do Judiciário para

assumir um papel proativo com o objetivo de contribuir para formulação de políticas públicas de modo a assegurar a sua implementação.

Naturalmente, diante de tais violações, ou omissões, é possível, portanto, que sejam vislumbrados diversos tipos de estados inconstitucionais, cujo termo “coisa” pode ser tanto desvirtuado como preservado na sua essência. É o que preconiza Pereira (2017, p. 177), ao descrever que o ECI está relacionado:

[...] à constatação e declaração de um quadro de violações generalizadas, contínuas e sistemáticas de direitos humanos fundamentais que, para ser superado, requer a ocorrência de transformações na estrutura e na atuação dos poderes constituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário), que importem na construção de soluções estruturais aptas a extirpar a situação de inconstitucionalidades declaradas.

De fato, a teoria sintetiza um mecanismo através do qual o Poder Judiciário se lança à possibilidade de estabelecer políticas públicas e alocar recursos públicos, e, desse modo, assumir funções omissas por parte dos demais poderes. Daí decorre a insurgência dos Poderes Legislativo e Executivo no que tange a independência fixada pela separação dos poderes, muito embora seja possível que haja fiscalização mútua entre eles.

Não obstante, o ponto de partida para verificação do Estado de Coisas Inconstitucional – o que doravante será tratado apenas como ECI – é, sem dúvida, a verificação de violações massivas e generalizadas de direitos fundamentais decorrentes de deficiências nos arranjos institucionais do Estado. Nesse ponto, cabe mencionar que esse é um reflexo de um estado de inércia, que culmina com a ineficiência de políticas públicas e a má gestão de recursos públicos, cujo resultado se dá no seio da sociedade por meio do ECI. A não declaração desse fato, não significa que ele não exista. A teoria fecunda o campo cultivado de problemas graves e perenes que assolam a população, o seu reconhecimento se dá como mera liberalidade. Campos (2016, p. 264) aponta:

Há uma desilusão da sociedade com a classe política, que transfere parte dessa desconfiança no Judiciário, principalmente em se tratando de direitos fundamentais. Organizações, movimentos e grupos sociais, antes alijados de muitos processos decisórios fundamentais, que tinham muitas reivindicações amplamente ignoradas no debate parlamentar, ganharam nova forma de representação no Supremo e têm efeito amplo uso desses instrumentos.

Isso porque o Judiciário não é diretamente responsável por tomar medidas no âmbito do reconhecimento do ECI. Pelas pesquisas engendradas para o deslinde desse estudo foi

possível verificar que a declaração do ECI impunha sanha contra o ativismo judicial, apontado como principal responsável pelas investidas por meio de decisões judiciais. Não é possível averiguar, de plano, a real intenção de uma declaração de ECI e quais serão seus alcanças. O que se pode saber, de plano, é que a teoria em si não aborda e nem defende nenhum tema contrário aos anseios da sociedade. Entretanto, a forma como ela vai ser colocada em prática diante de medidas necessárias à sua efetivação é que pode resvalar em entendimentos contraditórios e impopulares, na maioria das vezes. Para Paixão (2017, p. 46), o ECI:

[...] ocorre quando há cumulação de um contexto fático de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais agravado pelo fracasso absoluto das políticas públicas e causado pelo bloqueio de todos os processos institucionais, políticos, deliberativos previstos pela Constituição para solução da questão.

Sem adentrar ainda especificamente no conceito de ECI, mas buscando traçar um panorama mais próximo para compreensão dos demais tópicos, a autora citada aponta que é a inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em transformar a realidade buscando solucionar o problema deve ocorrer por meio de ação conjunta, pois geralmente fatos denominados como inconstitucionais envolvem diversos setores da Administração Pública (PAIXÃO, 2017). Entretanto, aponta que a busca por reparação de direitos violados por meio do Judiciário pode ser uma armadilha, já que o ajuizamento em massa dessas ações poderia provocar um congestionamento da justiça e ao invés de ser uma forma mais célere e eficaz de reparação dos direitos fundamentais, acabe se tornar o caminho mais longo e moroso a ser percorrido.

Não se pretende desencorajar as pessoas a não buscarem o Judiciário em caso de omissões do poder público, mas apenas que essa busca seja feita com responsabilidade. Assim, a delimitação de parâmetros razoáveis de violações é necessária para que não haja a banalização da teoria do ECI e enseje a má utilização da máquina pública judiciária. Alguns elementos devem estar presentes e os efeitos deletérios devem ser visíveis e não somente prováveis, cuja constância provoque cada vez mais demandas sem que se tenha previsão de solucionamento das questões. Nas lições de Dantas (2019, p. 182), o autor aponta que uma das principais questões “[...] é a garantia do acesso aos tribunais, uma vez que a existência de entraves no ajuizamento das ações, [...] possuem influência direta sobre a utilização do sistema judicial e o sucesso das ações estruturais.”

De outro lado, vê-se a oportunidade que se valem os demais poderes para defesa de suas atividades, a fim de minimizar a questão da inércia diante do eleitorado. Membros dos

Poderes Executivo e Legislativo se valem de críticas contra a atuação do Judiciário como meio de desacreditá-lo e de minimizar as ações positivas que porventura sejam proferidas. Consoante assevera Campos (2016, p. 57), a atuação judicial diante da inércia normativa “[...] não mais se limitaria à determinada espécie de preceito constitucional, mas se justificaria ante um quadro real e atual de tutela estatal deficiente de direitos fundamentais.”. Consoante aponta Campos (2016, p. 273) “é certo que não se trata da inércia de uma única autoridade pública, nem de uma única unidade federativa, e sim do funcionamento deficiente do Estado como um todo que tem resultado na violação desses direitos.”. E adiante, contextualiza a situação:

Os poderes, órgãos e entidades federais e estaduais em conjunto, mantêm-se incapazes e manifestam verdadeira falta de vontade política em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade. [...] Trata-se, em suma, de mau funcionamento estrutural e histórico do Estado como fator do primeiro pressuposto, o da violação massiva de direitos.

Diante disso, eleva-se possível ilegalidade à beira da inconstitucionalidade no que tange à maneira como o Judiciário se posiciona diante dessas omissões, custando assim a dúvida na sociedade acerca ingerência ou não de um poder na esfera de competência do outro. Ou seja, o Judiciário engendra uma série de medidas, que se pode entender como semente do ativismo judicial dialógico. Para ilustrar, são as lições de Pereira (2017, p. 179):

[...] o Judiciário atribui responsabilidade a um conjunto de órgãos componentes dos poderes públicos para que possam, de forma coordenada, encontrar as soluções e medidas aptas a sanar os problemas e fazer cessar as violações de direitos que importam em inconstitucionalidades. Esta forma de “responsabilização coletiva” tem como objetivo incentivar os órgãos e poderes públicos a mudarem suas estruturas, visando a correção das falhas estruturais, a revisão e a implantação de novas políticas, a alocação devida, estratégica e necessária de recursos orçamentários, dentre outras posturas e procedimentos.

Contudo, em outros momentos, faz-se a opção pelo apoio ao ativismo judicial, dando créditos ao reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional. Na realidade é de conhecimento geral e irrestrito que existem graves e massivas violações de direitos fundamentais, o que, vez a outra, toca a sensibilidade dos mais céticos e estadistas. Entretanto, não há como não reconhecer as mazelas que assolam a sociedade brasileira, e dentro desse aspecto se dá a possibilidade de cobrar do Estado ações necessárias para pelo menos diminuir esses problemas estruturais.

Num contexto em que se leva em consideração elementos filosóficos, Campos (2016, p. 157) aponta que “a doutrina do ECI não surge em um vácuo filosófico ou jurídico, e sim possui raízes em importantes transformações culturais contemporâneas.”. Dentro dos campos filosóficos, o mesmo autor indica que “[...] a doutrina encontra fundamento na filosofia político-igualitária, [...] na teoria da justiça de Jhon Rawl, mais precisamente em sua noção de mínimo social (*social minimum*).”.

Pelo pensamento de Rawls, negar liberdades básicas, “[...] incluída a circunstância de uma determinada sociedade democrática recusar qualquer mínimo social adequado a determinados grupos, pode ser controlado pelas cortes no âmbito da *judicial review*.” (CAMPOS, 2016, p. 158).

Na esfera do comprometimento que o poder público deve ter, o que se observa é o conflito de diversos interesses que tangenciam as possibilidades de que haja ações efetivas para promoção de uma sociedade mais justa. A mescla de liberalismo e manutenção de estado de bem estar social, como dito ao longo dessa pesquisa, faz com que muitas vezes privilegiem a aplicação de recursos em outras áreas que não tem possibilidade de fazer com que a sociedade como um todo seja beneficiadas. O bloqueio de recursos públicos de maneira direta pelo Judiciário, para custeio de ação afirmativa em benefício de um único indivíduo ou de um grupo restrito é um exemplo que provoca uma avalanche de críticas ao considerarem à destinação universal do orçamento público. Desse modo, apesar do que foi explicitado, é o entendimento de Armas (2010, p. 130):

Se puede apreciar entonces que la identificación de un problema estructural de fondo es el punto de partida para la creación de una respuesta jurídica que tienda a lograr la efectividad de la tutela a otorgar, pues de lo contrario la falta de efectividad redundará en una interposición masiva de acciones de tutela que tampoco podrá ser atendida adecuadamente. Esta respuesta jurídica es en realidad un mecanismo procesal que tiene por finalidad erradicar el problema de fondo: un estado de cosas abiertamente inconstitucional.

Sustenta-se que ao destinar uma elevada quantia em dinheiro em benefício de uma única pessoa, o Judiciário inviabiliza que outras pessoas em igual situação sejam beneficiadas de modo coletivo, o que diminuiria os custos operacionais e efetivos em detrimento da modalidade privadas. É dizer que essa perspectiva seria completamente acertada caso a destinação dos recursos foi feita de maneira correta, se as políticas públicas fossem efetivas e se os problemas estruturais fossem enfrentados. Não se exige do Estado, face aos recursos sabidamente limitados, que se dê cobertura adequada e tratamento de ponta para todos os

cidadãos, apesar de ser esse o ponto de partida da universalidade que decorre do texto constitucional.

É preciso reconhecer o perigo que existe ao se importar teorias aplicadas em outros países, embora os objetos se mostrem semelhantes. Problemas comuns de violação massiva de direitos fundamentais “[...] ocorrem no Brasil como na Colômbia, embora não se possa recusar que há diferenças institucionais importantes entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Constitucional colombiana.” (CAMPOS, 2016, p. 258). Embora a Constituição Federal possua mecanismos para tutela objetiva de direitos fundamentais e a tomada de ordens estruturais voltadas à superação do Estado, o que falta, segundo Campos (2016), é que sejam vinculadas mais de perto à omissão inconstitucional, como forma de traçar um nexo entre esses problemas e a ideia de proteção deficiente desses direitos.

Como numa metáfora absorvível, existe a capacidade do Estado em promover o mínimo, e dentro desse mínimo, entender o que ele representa de fato. Porém, o que se observa é a ausência, a falta, o descaso, que não é conhecido nem lembrado por quem nunca precisou. É necessário que se conheça para então tomar partido, de luta ou de crítica, de concordância ou não com o modelo que está posto para sociedade. Nas palavras de Campos (2015, p. 21):

Para que se possa reconhecer o valor e a possibilidade normativa do estado de coisas inconstitucional, é necessário ampliar os horizontes de identificação e avaliação da omissão legislativa inconstitucional para além de concepções puramente formais, atreladas à eficácia formal dos dispositivos constitucionais, e as condições de possibilidade da omissão inconstitucional como decorrência de falhas estruturais. Em suma, é necessário vincular a configuração da omissão inconstitucional à falta de realização concreta dos direitos fundamentais.

Essa citada omissão, segundo Campos (2016, p. 20) “[...] não seria tanto por conta da falta de lei, mas da ausência de estrutura apta a tornar realidade os comandos legais. Tal situação, em muitos casos, torna-se persistente [...]”, e demonstra que nem Legislativo nem Executivo possuem capacidades institucionais e vontade política para revertê-la. Arremata adiante o mesmo autor asseverando que “a omissão, implicando proteção deficiente de direitos, caracteriza-se como um quadro permanente de **falhas estruturais**.” (CAMPOS, 2016, p. 20) – grifos do autor.

A partir da análise do fato consoante os termos e ditames constitucionais que se dará a verificação do Estado de Coisas Inconstitucional, de caráter não necessariamente inovador, mas sobre o qual ainda prosperará muitas dúvidas e questionamentos. O que há de novo, de

acordo com Paixão (2017, p. 48) “[...] é a revelação do controle de constitucionalidade da Corte Constitucional diante de uma realidade fática.”. O fato, portanto, é julgado inconstitucional ou não “[...] em razão dos pressupostos de verificação do Estado de Coisas Inconstitucional.”. Essa verificação, como dito anteriormente, se dará diante de certos pressupostos, que deverão se entendimentos diante do controle de constitucionalidade como instrumento de tutela coletiva, ou individual. Coletiva no sentido de que gera precedentes, e individual porque o ECI pode ser aplicado unicamente a uma situação específica.

Num contexto bem específico, de acordo com Armas (2010, p. 134):

De igual forma, el poder público a través de los tribunales ordinarios y a través del Tribunal Constitucional, cumple su obligación de promover el pleno ejercicio de los derechos fundamentales, cuando en los casos concretos que tiene por resolver y que involucran derechos fundamentales, los resuelve intentando una seria y efectiva defensa y garantía del derecho fundamental implicado.

Em relação ao direito comparado, as intervenções estruturais das cortes são tímidas. Discussões acerca de litígios estruturais, de origem americana em vanguarda, se mostraram também presentes Argentina, Índia e, claro, na Colômbia. A declaração do ECI, no entanto, é prática de importação, tanto pelo Peru quanto pelo STF, no caso dos presídios brasileiros. Sob apontamento de Campos (2016, p. 169) tem-se o “*Expediente n° 2579-2003HD/TC*, caso ‘Arellano Serquén’, de 6 de abril de 2004, o Tribunal Constitucional do Peru, pela primeira vez, declarou o ECI.” (grifos do autor).

O caso se deu em torno de um pedido de cópias documentais formulado por Eleyza Arellano Serquén, acerca da conduta e idoneidade de seu cargo como Vocal Superior del Distrito Judicial de Lambayeque, de sua entrevista pessoal e da Ata do Pleno do Conselho Nacional de Magistratura. Esses documentos continham o indeferimento de sua ratificação no cargo decisão, e a demandante buscava obtê-los por meio do Judiciário. Nas instâncias ordinárias o pedido foi negado, porém, assentado no direito à informação vertido no art. 2º, V da Constituição peruana:

[...] o Tribunal entendeu que deveria formular uma decisão que não aproveitasse apenas a Julia Eleyza Arellano Serquén, mas que estendesse, em eficácia, a todos aqueles que estivessem sofrendo o mesmo tipo de violação de direito fundamental.

Em outras oportunidades, o Tribunal Constitucional peruano teve a sensibilidade de declarar o ECI ante a constatação de violação de direitos fundamentais, cujas decisões foram

proferidas no intuito de que fossem aproveitados a todos aqueles que tivessem ou viessem a sofrer essas violações. Na maioria delas, referida Corte pôs em prática o ativismo judicial dialógico, no qual “[...] assentou tratar-se, inequivocadamente, de problema de natureza estrutural, sendo imperiosa a intervenção e atuação coordenada de diversas autoridades públicas, Ministérios da Justiça, da Saúde, [...] os Poderes Legislativo e Judiciário.” (CAMPOS, 2016, p. 173). Diante do inequívoco e autêntico litígio estrutural, “[...] o Tribunal ordenou fossem adotadas medidas administrativas, legislativas e judiciais voltadas à superação do quadro de inconstitucionalidades.” (CAMPOS, 2016, p. 173).

Passa-se adiante ao próximo subtópico, no qual será melhor deslindadas as características referentes à constitucionalidade.

#### 4.1 ORIGEM, CONCEITO E DESDOBRAMENTOS

Multidimensionalidade é o ponto chave para a constatação do Estado de Coisas Inconstitucional. É dizer que ele só ocorre quando as violações atentam as diversas faces dos direitos fundamentais, de tal modo que não deixam escolha senão a busca da reparação por meio do Poder Judiciário. Os apontamentos para essas múltiplas dimensões são portados do artifício mais concreto possível do que sejam as violações massivas e perenes de direitos fundamentais, e partem do pressuposto de que o indivíduo sofreu tão grave violação que, sozinho, não possui armas fortes suficientes para buscar reparação.

Diante das violações estruturais de direitos fundamentais surgem as ações estruturais, as quais, posteriormente, dão ensejo à declaração do Estado de Coisas Inconstitucional. Dirigido a superar omissões estatais, o ativismo judicial estrutural condensa o anseio da sociedade e a possibilidade de diálogo com a interveniência do Poder Judiciário, dada a implementação deficiente de políticas públicas. O ECI, nessa atmosfera, reclama requisitos próprios que não impliquem supremacia judicial e se mostrem como uma postura judicial legítima. Campos (2016, p. 257) aponta que “a preocupação é com a efetividade dos direitos fundamentais, com a proteção deficiente dos direitos independentemente da tipologia normativa dos dispositivos constitucionais envolvidos.”.

Nesse ponto, defende Campos (2016) que a declaração do ECI é uma importante porque pode ser um passo valioso para omissão estatal, uma vez que essa teoria desenvolvida na Colômbia é “[...] tanto uma possibilidade quanto uma necessidade em diferentes setores da vida social brasileira, particularmente no caso do sistema carcerário.”. Em termos conceituais, aponta Paixão (2017, p. 46) que o Estado de Coisas Inconstitucional:

[...] ocorre quando há cumulação de um contexto fático de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais agravado pelo fracasso absoluto das políticas públicas e causado pelo bloqueio de todos os processos institucionais, políticos, deliberativos previstos pela Constituição para a solução da questão. Logo, deve haver a inércia reiterada e persistente das autoridades públicas em transformar a realidade de modo (que) a solução só pode ser encontrada através da ação conjunta e coordenada de diversos setores da administração pública.

A teoria do ECI foi desenvolvida pela jurisprudência oriunda da Corte Constitucional Colombiana, cuja costura se deu em face de diversos acontecimentos de graves e massivas violações de direitos fundamentais naquele país. Observa-se que ele, em sua essência, não foi inicialmente cunhado para atingir situações individuais, porém, não foi encontrado em nenhuma fonte dessa pesquisa algo que apontasse à restrição ou proibição dessa possibilidade. Naturalmente, a proximidade das realidades entre países latino-americanos com tantas características em comum foi bastante e suficiente para que o Supremo Tribunal Federal se sentisse a vontade para declarar o Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil. Em caso específico, é certo, mas ainda assim com a finalidade de promoção de justiça social. Ainda sobre a origem do ECI, destaca Perez (2012, p. 245):

[...] el ECI parece tener su origen formal en las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia, de donde pasó a otros tribunales constitucionales en Hispanoamérica, como Perú y Argentina, su origen teórico y sus fundamentos iusconstitucionales pueden ubicarse en los años posteriores a la segunda posguerra, específicamente en la llamada teoría de la dimensión objetiva de los derechos humanos, y con algunas influencias de los structural remedies del Derecho anglosajón.

Dentre os casos em que se deu o reconhecimento do ECI pela Corte Constitucional Colombiana, de acordo com Dantas (2019, p. 54):

[...] a situação de absoluta ausência de cobertura previdenciária de professores públicos municipais, a violação massiva ao direito de petição dos segurados da Previdência Social pela não apreciação de requerimentos administrativos ou apresentação de respostas-padrão sem análises dos pedidos, lesões aos direitos à saúde, integridade física e psíquica, vida e dignidade dos detentos recolhidos em prisões superlotadas e negação dos direitos à moradia, ao trabalho, saúde, alimentação e educação da população vítima de deslocamento forçado em virtude de conflitos armados.

Dentre as definições, ainda se destaca a de Lyons, Monterroza e Meza (2011, p. 71-72), os quais aduzem que “La figura del Estado de cosas inconstitucionales puede ser definida

como um mecanismo ou técnica jurídica criada por la Corte Constitucional, mediante la cual declara que ciertos hechos resultan abiertamente contrarios a la Constitución [...]”. Referidos autores entendem ainda que por violar de forma massiva os direitos e princípios nele consagrados, convoca as autoridades competentes para, dentro do quadro das suas funções e dentro de um prazo razoável, adotem as medidas necessárias para corrigir esses ultrajes.

Perez (2012) explica que talvez o ECI se assente na necessidade de proteger os direitos fundamentais violados repetidamente de forma sistemática, que afetam um número considerável de cidadãos ou um grupo social, o que exigia uma espécie de fórmula na doutrina para proteger os direitos não só dos judicantes como também de todas as pessoas que estivessem presumidamente nessa situação. Estaria aí a verdadeira racionalidade de se declarar o ECI. Ao resumir o pensamento, Perez (2012, p. 249) sustenta:

En apretada síntesis la doctrina del ECI permite que ante una multitud de solicitudes tendientes a lograr típicamente la misma protección iusfundamental y dada la constatación de que esas pretensiones son procedentes desde una perspectiva “iusproteccionista”, con el fin de evitar un volumen inmanejable de acciones de tutela, la Corte Constitucional determina una extensión o cubrimiento general (inter comunis) del amparo de derechos fundamentales a todos los que se hallan en el mismo supuesto fáctico, necesaria para solucionar de manera “estructural” las causas de las violaciones.

Percebe-se o elevado grau de instabilidade social e de efetivação de direitos fundamentais ao qual a Colômbia estava mergulhada, sendo necessário um posicionamento por parte da Corte Constitucional daquele país, a fim de tomar, por meio de suas decisões, medidas que pudessem tentar trazer a normalidade. O Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de “[...] a excepcionalidade político-institucional em razão da atuação da força normativa dos fatos exige o tratamento diferenciado do Poder Judiciário para que haja ao retorno do estado de normalidade.” (PAIXÃO, 2017, p. 49). No contexto dessas graves violações foi que a Corte colombiana entendeu por bem declarar o ECI, pois, uma vez verificada a presença de massiva e sistemática violação de direitos fundamentais, haja vista que decorrente “[...] da deficiência institucional e estrutural do Estado e de insuperáveis bloqueios políticos, a Corte vai além de afirmar uma “**inconstitucionalidade por omissão**” para assentar a vigência de um “**estado de coisas inconstitucional**” (ECI).” (CAMPOS, 2016, p. 20) - grifos do autor.

É importante destacar, nesse contexto, que “[...] tais declarações ocorreram no julgamento de ações de tutela que apreciaram casos individuais.” (DANTAS, 2019, p. 55), ao contrário do que ocorreu no Brasil. A partir da constatação genérica “[...] da violação massiva

de direitos fundamentais, a Corte colombiana conferiu eficácia geral e *erga omnes* às decisões, que passaram a aproveitar todos os demais indivíduos que se encontrassem em idêntica situação.” (DANTAS, 2019, p. 55).

Dentre esses julgamentos, o mais famoso ficou por conta da declaração de ECI no julgamento da sentença T-025/2004, acerca das vítimas dos confrontos armados na Colômbia, de acordo com Dantas (2019, p. 55) “[...] submetidas a deslocamentos forçados de suas residências habituais, com a violação dos direitos a vida, integridade, saúde, moradia, educação, alimentação, dentre outros.”. A situação de guerra civil na Colômbia traz diversas consequências e essa foi apenas uma delas. Quando se trata de violação de uma gama de direitos fundamentais, ao quais, entrelaçam-se e provocam paralisação na vida das pessoas, de modo perene, massivo e generalizado, está configurado o Estado de Coisas Inconstitucional. Desse modo, consoante Paixão (2017, p. 48) “[...] a omissão estatal se torna qualificada pelo reconhecimento da declaração.”. Consoante explica Perez (2012, p. 244):

La doctrina del ECI se instituyó como una solución que adopta el juez constitucional ante la constatación de que las causas de una desprotección generalizada de derechos fundamentales obedece a causas estructurales del Estado, frente a lo cual dicta órdenes a las autoridades administrativas tendientes a dar remedio a la situación inconstitucional y que obedecerán al entendimiento que el tribunal tenga sobre las fallidas o inexistentes políticas públicas que debería aplicarse para garantizar los derechos fundamentales violados.

Não obstante, “tanto o conceito como o conjunto de pressupostos do ECI evoluíram conforme os ciclos das decisões da Corte Constitucional colombiana.”, que teve como ponto alto da construção dos pressupostos do ECI o caso das pessoas deslocadas na Sentencia T – 125, de 2004 (CAMPOS, 2016). Essa decisão fez referência a decisões anteriores e consignou por definição o apontamento de seis fatores necessários para que seja verificado o estado inconstitucional no caso concreto. Assim, o primeiro deles diz respeito, consoante ensina Campos (2016, p. 180):

[...] é o da constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva e continua de diferentes direitos fundamentais, que afeta a um número amplo de pessoas. Além de verificar a transgressão ao direito individual do demandante ou dos demandantes em determinado processo, e investigação da Corte revela quadro de violação sistemática, grave e contínua de direitos fundamentais que alcança um número elevado e indeterminado de pessoas.

Veja-se que a violação não se apresenta apenas como um grave problema jurídico, mas se irradia por outros setores da sociedade, por isso é tão importante que haja olhares sensíveis ao projeto constitucional de garantia e gozo dos direitos fundamentais. Campos (2016) adverte que para a constatação e identificação desse primeiro requisito, é necessário ainda que estejam presentes outros três aspectos relevantes: “[...] violação massiva e contínua de direitos; variedade de direitos fundamentais violados; e o número amplo e expressivo de pessoas e grupos afetados.” (CAMPOS, 2016, p. 180).

Estima-se que em 2009, a Colômbia possuía o maior número de pessoas refugiadas e deslocadas de suas residências das Américas (Brasil, 2010, p. 20). Tentando superar essa situação, foi criado na Colômbia um programa de atendimento às vítimas de deslocamento forçado, que se refugiavam principalmente no Equador, país responsável por auxiliar o Alto Comissariado das Nações Unidas sobre os Refugiados (ACNUR) no levantamento desses dados. Contudo, consoante delinea Dantas (2019, p. 55) que o programa implementado pela Colômbia não chegou a funcionar satisfatoriamente, pois estava limitado ao atendimento emergencial de apenas parte dos refugiados, “[...] sem manter uma continuidade e regularidade de atendimento e com absoluta ineficiência no que toca a prestação dos serviços de saúde, moradia, educação, trabalho e realocação” (DANTAS, 2019, p. 55).

Para enfrentar tamanhos problemas é necessário utilizar armas à altura, pois acredita-se que os tradicionais instrumentos e meios de tutela jurisdicional por anulação de atos administrativos ou de leis não seriam capazes de superar a violação sistêmica de direitos fundamentais. Em determinados momentos, pergunta-se: como se chegou a esse ponto? Bem, anos de descasos, de ausência da atenção devida para os setores mais necessitados da sociedade são pontos que devem ser considerados. Países periféricos, de maioria populacional pobre, cuja ascensão social e econômica é um alcance quase inestimável necessita de constante transformação e absorção de demandas sociais pelas instituições estatais.

Dentro do parâmetro inicial das sentenças estruturais de origem americana, seja por meio do que se entende seja ativismo judicial dialógico, seja pelo que se conceba ser simplesmente o legítimo exercício do acesso à justiça, “a promover a maior interação entre os Poderes constituídos por pressão popular por maior efetividade dos direitos fundamentais, a sentença estrutural oferece variadas soluções constitucionais para a falha estrutural [...]” (PAIXÃO, 2017, p. 51). A exemplo, na sentença T-25/2004 proferida pela Corte Constitucional Colombiana, foram enumerados vários fatores que devem ser levados em conta para existência de uma situação inconstitucional, os quais, consoante Lyons, Monterroza e Meza (2011, p. 72), à luz da predita sentença, constituem:

1) La vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas. 2) La prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos. 3) La adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado. 4) La no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. 5) La existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante. 6) El hecho de que si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.

Ao que parece, apenas após a declaração do ECI é possível que medidas conjuntas sejam tomadas por parte dos poderes constituídos, chamados a dialogar e a traçar diretrizes para superar a violação sistemática de direitos humanos. Acostumou-se a ver a dor do outro e a considerar que omissões, por mais incisivas que sejam não representam problemas que devem ser de plano resolvidos, ou pelo menos amenizados. As chagas estruturais da latino-américa permitiram ao longo da história uma herança de dominação e exploração que parece fazer parte do cotidiano, e, dessa forma, tornou-se comum a muitos olhos. Entretanto, é preciso reconhecer que parcela considerável dessa população continental sofre graves violações em uma série de direitos fundamentais a ponto de ser necessário que se profiram decisões judiciais de natureza coercitiva.

Acerca do assunto, interessante colacionar o entendimento de Armas (2010, p. 135):

En tanto el ser humano es digno en su esencia, este valor se traduce en derecho humano y desde allí irradia todos los demás derechos a fin de no desvirtuar la esencia del ente. El efecto de irradiación que la doctrina reconoce a este principio se justifica entonces en la esencia del ente, en su naturaleza humana. No es un logro del Derecho, éste sólo se limita a reconocerlo; por lo mismo no puede ser tampoco el logro de ningún juez, quien está más bien obligado a observarlo a fin de no pervertir el ente vulnerando su esencia, lo cual ocurriría si se afectan los demás derechos humanos que conforman el ente, o si se protegen de manera imperfecta, prefiriendo por ejemplo su valor subjetivo antes que el objetivo, o viceversa.

Entretanto, consoante assevera Zambrano (2016) que os direitos fundamentais, estipulados na Constituição, são justamente uma limitação ao princípio das maiorias, com a garantia mínima dos direitos das minorias e dos indivíduos em condições de fragilidade ou vulnerabilidade. Em outras palavras, o juiz constitucional é obrigado a tomar as vozes de minorias, grupos esquecidos e grupos que têm dificuldade em acessar órgãos políticos e que

na maioria das vezes são pessoas esquecidas pelo Estado. Naturalmente, quando se impõe a limitação a certos privilégios das majorias é que ocorrem as maiores pressões, ao passo em que as minorias acabam sendo deixadas de lado. A força política e econômica das classes mais favorecidas acaba empurrando os investimentos para áreas de pouca abrangência, e deixando aquelas que necessitam de olhares mais sensíveis, à margem.

Essas premissas apontadas pelo aludido autor, trafegam por diversas constituições, inclusive a brasileira. Aqui, o texto constitucional ao prever a garantia de direitos fundamentais, individuais e sociais o fez com a intenção de proteger o indivíduo contra o Estado e contra ele mesmo, ao ponto de privilegiar as minorias quando dita que todos serão iguais perante a lei, sem as diferenças ali apontadas. Essas naturais diferenças encontradas na sociedade dizem respeito ao poderio econômico que afasta as situações de injustiça social das classes menos favorecidas e que paralelamente as aproxima da maioria da população. É exatamente essa dicotomia que exige do Estado ações afirmativas a fim de que as desigualdades não se tornem perenes, massivas e inconstitucionais.

O fracasso de políticas públicas, aliados à inércia em relação aos problemas sociais, relegados à própria sorte, constitui um dos principais problemas estruturais que assolam a sociedade. Em alguns casos, até existe a possibilidade de haver investimentos em áreas ditas de primeira necessidade, ou que constituem o que se denomina núcleo do mínimo existencial, tão proclamado em tom defensivo pelo Estado. Mas é preciso analisar de onde surgiram as ações estruturais, fagulha responsável pelo fomento de toda agitação que culmina com a declaração do ECI. Nesse sentido, essas tais ações estruturais, consoante Dantas (2019, p. 33) “[...] surgiram ai contexto do movimento dos direitos civis nos Estados Unidos, enquanto instrumento de atuação estratégica para o reconhecimento do direito à igualdade e à não discriminação.”. A vanguarda norte-americana, no início do arrojado da evolução das teorias da efetivação dos direitos fundamentais, o que, num primeiro momento:

[...] Alegava-se, como uma presumível dose de sinceridade e outra de desfaçatez, que direitos como a igualdade não estavam submetidos à coerção legal, somente podendo ser efetivados através da educação, mediação e diálogo. Afinal, a lei não poderia mudar o coração dos homens. (DANTAS, 2019, p. 33)

Não obstante a essa visão romântica da época, os horrores promovidos pela Segunda Guerra Mundial foram suficientes para que se compreendesse que havia a necessidade de mudar não o coração dos homens, mas seu comportamento, de modo que a coerção legal ficou entendida como um meio educativo, que poderia servir de meio para atingir os objetivos de

maior apreço às necessidades humanas. As questões estruturais já foram objeto de julgamento do STF, cujos objetos envolviam graves violações de direitos fundamentais, a exemplo do Recurso Extraordinário (RE) 580.252, o RE 592.581, a já citada ADPF 347 E O *Habeas corpus* coletivo 143.641.

As matérias enfrentadas são variadas. O Recurso Extraordinário 580.252 enfrentou a questão da superlotação dos presídios do Estado de Mato Grosso do Sul, que objetiva a condenação do referido estado em dano moral em face da superlotação em presídios e proibição da tortura e tratamento desumano ou degradante (BRASIL, 2013). Dentre outras propostas de denominação, existe ainda aquela formulada por Vieira e Bezerra (2016, p. 203), chamada de “estado de coisas fora do lugar” para definir o ECI. Referidos autores, analisando o caso brasileiro, apontam que:

Referido diagnóstico se justifica pela constatação da contumaz perspectiva deliberativa do STF: mandatória e monológica, em frontal contraste com o comportamento institucional da CCC, refletindo uma postura de excessiva centralidade institucional do STF, enquanto que aos demais atores institucionais caberia um papel coadjuvante, bem como, um profundo alheamento em relação a pontos cruciais para um devido “aprendizado constitucional” [...]

Ressalta-se, consoante o entendimento de Messias, Silva e Carmo (2018, p. 216) que “o julgamento da ADPF nº 347, com o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, já gerou efeitos positivos no que se refere à observação dos Direitos Humanos previstos [...] na Convenção Interamericana de Direitos Humanos [...]”, pois, de acordo com os mesmo autores, foi possível evoluir no sentido de haver a apresentação do preso à autoridade judiciária em 24 horas do momento da prisão.

Ferreira e Araújo (2016, p. 67), apontam como nomenclatura “o Estado de Coisas Inconvencional”, com a observação que o conceito apontado com essa expressão não existe com esses termos na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, apoiando assim a proposta autoral dos doutrinadores. A proposta deles “[...] a criação do conceito de um “Estado de Coisas Inconvencional”, investigando em que medida existe também uma violação massiva da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) [...]”, mais conhecido na comunidade jurídica como Pacto de São José da Costa Rica. Desse modo, é apontada a omissão do Estado Brasileiro, “[...] somada a uma proposta que integre à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) nesse litígio estrutural.” (FERREIRA; ARAÚJO, 2016, p. 69).

No Brasil, consoante Ferreira e Araújo (2016, p. 69):

As condenações do Brasil na Corte, notadamente nos casos dos Presídios de Urso Branco, Pedrinhas e de Curado, entre outros, fornecem lastro empírico suficiente para embasar o conceito paralelo ao de ECI. Os elementos substantivos dos casos da Corte IDH são suficientemente análogos às T-25 da CCC, T-153 da CCC e ADPF 347 do STF.

A proposta do Estado de Coisas Inconvencional, portanto, alarga o conceito de ECI para englobar as violações de direitos humanos e permitir uma maior visibilidade das violações da CADH, “[...] bem como à possibilidade pensar um “controle de convencionalidade por omissão construtivo” de soluções para as violações de direitos à vida, integridade física, saúde etc. [...]”, afim de que sejam “[...] garantidos não só como direitos fundamentais pela Constituição de 1988, mas também como direitos humanos pela CADH.” (FERREIRA; ARAÚJO, 2016, p. 69-70).

Importa mencionar que há quem defenda que a origem da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional se deu na Alemanha, e:

[...] se materializou por meio de um caso julgado pelo Tribunal Constitucional Federal, oportunidade na qual um cidadão pleiteou uma vaga no Ensino Superior público, sem se submeter a processo seletivo, alegando que, nos termos da lei, era detentor de direito de escolha de sua profissão, motivo pelo qual não poderia o Estado lhe restringir acesso ao curso superior. (ROSA; CARMO, 2019, p. 19).

Com a evolução dos entendimentos ali esposados, originou-se o princípio da reserva do possível, hoje bastante evidenciada em casos envolvendo violação de direitos fundamentais. À época do julgamento pelo Tribunal alemão, acabou determinado que a “[...] disponibilidade de determinados serviços públicos deve ser condicionada à disponibilidade de recursos e de meios do Estado, de forma que não se mostra sensato exigir prestações que fogem do juízo de razoabilidade.”. Portanto, nesse sentido, concluem os mesmo autores que “[...] nesse julgamento pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, a tese da reserva do possível foi inserida como um limitador ao cumprimento dos direitos sociais em função da própria escassez financeira estatal.”. (ROSA; CARMO, 2019, p. 193).

Para todas essas teorias propostas, evolutivas ou não, há somente uma finalidade, que é a possibilidade de que, constatadas as violações e preenchidos os requisitos afetos à constatação do estado de coisas inconstitucional, e uma vez provocado o Poder Judiciário por meio do exercício do direito de ação, deve haver a declaração imediata do ECI. Sabe-se,

entretanto, que a referida teoria ainda encontra muitos obstáculos, embora o STF tenha se manifestado favoravelmente à declaração, proferindo-a no seio do deferimento da liminar na ADPF n. 347 de 2015. Acerca dessa manifestação da Supremo, à luz da teoria colombiana, e lastreada nos argumentos que levaram a Corte Constitucional da Colômbia a reconhecerem a presença do ECI, será tratado no próximo tópico a análise feita diante desse pronunciamento no Brasil, como meio de introduzi-lo no ordenamento jurídico nacional.

#### 4.2 O STF E A TEORIA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Tratando-se da manifestação do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil, não há como dissociá-lo do que foi intensamente discutido no STF no julgamento de liminar em ADPF 347, quando por meio da avaliação dos ministros foi possível reconhecer que naquele momento se estava diante do ECI. A importação da teoria em caso bastante semelhante ao que foi vivenciado na Colômbia fez com que surgissem diversos questionamentos acerca da legitimidade de sua adoção, principalmente em face de sua abrangência e que pode provocar instabilidade na relação com os demais poderes constituídos.

Por esses meios, de acordo com Armas (2010, p. 132):

Precisamente por todo esto, se entiende que el procedimiento consista en declarar el ECI y, simultáneamente, dictar uno o varios mandatos dirigidos a los organismos y/o autoridades llamadas a resolver el problema estructural identificado, a fin de que actúen dentro de un marco de colaboración interinstitucional.

Essas premissas são objeto de discussão e de diversos questionamentos até os dias atuais, não obstante tenha sido julgada em 2015. De lá para cá, viu-se de tudo: ânimos acirrados em manifestações contra e a favor do reconhecimento. Em verdade, é natural que haja debate, o que vem a ser, de certo modo, construtivo, pois instiga ao pensamento mais amplo e a discussão de efeitos futuros, além de observar, no tempo, quais foram os benefícios trazidos pela declaração do ECI na Colômbia, genuinamente. Aguarda-se o deslinde da questão, com posicionamento definitivo acerca do tema, já que o processo ainda não obteve julgamento do mérito, o que, pelo quadro que se observa, não ocorrerá tão cedo. Entretanto, consoante assevera Dantas (2019, p. 56)

Uma das razões para que esse tema não tenha entrado na pauta do dia decorre da utilização de ações individuais e das normas do processo civil

individual para o ajuizamento de demandas que buscam suprir falhas estruturais e sistêmicas das políticas públicas estatais, tal como ocorre com as demandas de saúde.

Conhecidos por todos, os problemas no sistema único de saúde revela a face escura no âmbito das políticas públicas, uma vez que a desestruturação que vem se agravando ano após ano faz com que as demandas judiciais se avolumem e causem desconforto no Judiciário, ante a necessidade de solucionar os casos e a limitação encontrada para julgar o feito. No entanto, é salutar entender que de acordo com Dantas (2019, p. 58) “[...] essas espécies de ações escondem o verdadeiro conflito existente: as falhas estruturais sistêmicas nas políticas públicas de saúde, em todos os níveis (municipal, estadual, federal e nacional.)”. Por meio do entendimento de Armas (2010, p. 132):

[...] si la finalidad de la declaratoria del ECI es erradicar la causa de la afectación masiva de derechos fundamentales, erradicada ésta, el ECI desaparece; ergo, los mandatos deben constituir en realidad “cauces idóneos y adecuados” para lograr la colaboración interinstitucional entre los diversos poderes y autoridades con miras a levantar el ECI en un plazo razonable.

O deferimento dos pedidos em ações de saúde esconde um panorama verificado através de pesquisas na área, que apontam que os gastos com saúde na aquisição de medicamentos e procedimentos médicos em detrimento de outras prioridades cresceu bastante. De acordo com informações colhidas no site do Tribunal de Contas da União - TCU (BRASIL, 2017) “na União, de 2008 a 2015, os gastos com o cumprimento de decisões judiciais para a aquisição de medicamentos e insumos saltaram de R\$ 70 milhões para R\$ 1 bilhão, um aumento de mais de 1.300%.”. Esse percentual é visto com bastante preocupação, pois “No período de 2010 a 2015, mais de 53% desses gastos se concentraram em três medicamentos que não fazem parte da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename), [...]”, e o que se considera mais grave é que “[...] um deles não possui registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).” (BRASIL, 2017).

O próprio TCU reconhece que essas ações são curativas, e não preventivas, como deveriam ser, o que aponta que “as disputas judiciais são predominantemente individuais e a taxa de sucesso é alta, pois algumas se referem a itens que deveriam ser fornecidos regularmente pelo SUS.” (BRASIL, 2017). A preocupação, em verdade, é que essas ações possuem efeitos sistêmicos indesejados, “sobre desenho e a eficiência da política pública em termos gerais, que passa a ser ainda mais injusta, confusa e deficiente.” (DANTAS, 2019, p. 59).

Mesmo com toda essa dita preocupação na redução dos custos e impactos da judicialização das questões na área da saúde, não se tem verificado medidas efetivas para que essas demandas diminuam e com elas também seus efeitos deletérios. Desse modo, a auditoria realizada pelo TCU em 2017 “[...] também avaliou as ações tomadas pelos entes públicos para reduzir o impacto da judicialização em seus orçamentos e constatou que elas são insuficientes, tanto no Ministério da Saúde quanto na maioria das secretarias de saúde analisadas.” (BRASIL, 2017). Portanto, não existe a real preocupação em tornar efetivas as políticas públicas nem tampouco coibir práticas ilegais muito comuns na judicialização da saúde, que é o engodo em relação aos destinatários de medicamentos de alto custo e a real necessidade de tratamento com essas drogas. Pontualmente, as informações indicam que:

Não há, por exemplo, rotinas de coleta, processamento e análise de dados que permitam o dimensionamento da judicialização da saúde para subsidiar a tomada de decisão. Inexistem, ainda, mecanismos de detecção de fraudes por cruzamento de dados para identificação de padrões e inconsistências. A falta desses mecanismos é particularmente importante, visto que há indícios de fraudes no âmbito da judicialização da saúde. Estudos apontam haver uma rede entre pacientes, associações, médicos e advogados, com ações articuladas para obtenção de benefícios indevidos, a exemplo da repetição sistemática de prescrições pelos mesmos profissionais de saúde. (BRASIL, 2017).

Apesar das demandas judiciais se terem bastante concentração da área da saúde, o apelo social judicializado não se restringe a essa área, e essa é uma das razões pelas quais se sustenta que a aplicação do ECI não pode ser feita de forma indiscriminada e para todas as situações, sob o risco tanto da banalização do instituto quanto da má utilização dele. Lembrando também que não se pode considerar que qualquer situação de inércia ou de inefetividade por parte do poder público deva ser reconhecida como ECI, dada a excepcionalidade da medida, ainda que as violações não sejam. Diga-se, inclusive, que as demandas judiciais não são totalmente rechaçadas, uma vez que decorrem do princípio do acesso ao judiciário, dentre outros; nem tampouco são incentivadas, por mascararem efeitos deletérios em alguns aspectos.

Além do direcionamento de recursos em detrimento de outras áreas, o que não faz com que o direito buscado nas demandas seja menos importante, faz com que o coletivo seja indefinidamente individualizado. É bem verdade que em face de casos individuais concretos, o STF também precisa se posicionar, pois demandas individuais e coletivas não possuem hierarquia. Entretanto, no âmbito dos princípios da administração pública, é natural que se lance olhares para que o coletivo se sobreponha ao particular (ou individual) em termos processuais, pois parte-se da premissa de que a cobertura de saúde é coletiva e não individual.

#### 4.3 CONSIDERAÇÕES À APLICAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL

A teoria do Estado de Coisas Inconstitucional traz consigo uma atmosfera de vivacidade, no que diz respeito à oportunidade do indivíduo de ter reconhecido o direito à reparação pelos danos causados ante a ineficiência de um serviço público. Não obstante, também possui uma carga dogmática que pela natureza genérica e abrangente, provoca manifestações aguerridas, tanto contrárias quanto favoráveis. A aplicação do ECI no Brasil toma mais ou menos esse viés, ainda mais quando há um certo consenso em relação à possibilidade de sua aplicação. Discorda a maioria, entretanto, em relação ao modo como deve ser posto em prática.

As decisões decorrentes do ECI geralmente ou são fruto do ativismo judicial dialógico ou possuem muitas de suas características. Convocados ao diálogo, aos Poderes Executivo e Legislativo é oportunizada a chance de manifestar-se, propondo demandas ou justificando agendas, cujas implementações possam ou não estar em prática. Esse momento é o adequado para que o Poder Público em si esteja ciente do problema e de seu alcance, como também possa refletir a respeito do que está sendo ou não feito para prestar um serviço de qualidade.

No Brasil, nomes importantes na doutrina filiam-se à compreensão de que:

[...] as decisões estruturais e o estado de coisas inconstitucional seriam uma senha para decisões maximalistas por parte das cortes constitucionais, que poderiam intervir e se intrometer nos mais diversos assuntos relativos às atribuições dos demais poderes, às políticas públicas estatais e às demandas e anseios da sociedade civil.

Com tantas alternativas, premissa básica de qualquer *start* para solução de problemas é reconhecer que eles existem. Por mais absurdo que possa parecer, em determinados casos, nega-se que haja qualquer problema em relação à demanda ajuizada, ainda que seja caso sabido por toda a sociedade. Esse posicionamento prejudica o diálogo, uma vez que impede que sejam pontuadas as possíveis saídas da crise. A declaração do ECI, pressupõe um estado de crise estrutural, de violação massiva, perene, que não estejam ou estejam insuficientemente inseridos como assunto na agenda política nacional.

É precário o acompanhamento feito no que diz respeito às políticas públicas, sendo interessante considerar que as ações estruturais e o ECI constituem novas modalidades de tutela constitucional, e por meio da compreensão do que elas representam, é possível evitar

incompreensões ou aplicações equivocadas da teoria, em casos ou situações inadequadas. Dantas (2019, p. 27) aponta que:

Em relação à possibilidade de intervenção judicial, diversos autores defendem que falta capacidade institucional para que os tribunais passem a intervir em questões que envolvem políticas públicas estatais, tendo em vista a ausência de *expertise* dos juízes sobre assuntos que tratam de questões técnicas que exigem conhecimento em áreas diversas.

No entanto, o mesmo autor aponta posicionamento divergente, no que tange à “[...] ausência de vocação democrática do Judiciário para decidir sobre políticas estabelecidas pelos agentes públicos eleitos pelo povo.” (DANTAS, 2019, p. 28). Se há um problema em relação à concepção do que sejam ações estruturais e do ECI é necessário que seja definido um conceito, que reclama invariavelmente a observância do direito comparado acerca dos referidos temas, uma vez que a vanguarda da declaração proferida pelo STF foi dada à luz da teoria colombiana. Pelas lições de Vieira e Bezerra (2016, p. 203):

[...] apesar de reconhecer os limites e desafios político-institucionais da devida incorporação da iniciativa judicial de efetivar direitos fundamentais a partir do reconhecimento do “Estado de Coisas Inconstitucional” pelo STF, em face do atual arranjo institucional brasileiro, ressalta-se a validade da aposta neste experimentalismo judicial, assistindo razão a doutrina e jurisprudência colombianas, ao reforçar que o referido instituto contribui para o necessário fortalecimento da democracia deliberativa na práxis do Sistema Justiça, assim como para a implementação efetiva de direitos fundamentais historicamente sonogados pela inércia estatal.

Além dessas questões iniciais, alguns casos são de conhecimento geral, e a constatação de um estado de coisas inconstitucional apenas reafirma a necessidade de se tomar medidas emergenciais a fim de conter a situação alarmante. É o caso, por exemplo, do quadro que evidencia “[...] a transgressão a diversos dispositivos constitucionais, normas nucleares do nosso sistema objetivo de direitos fundamentais, a começar pelo princípio da dignidade humana (artigo 1º, inciso III), tornado letra morta pelo sistema carcerário brasileiro.” (CAMPOS, 2016, p. 271).

A aplicação do ECI percorre, invariavelmente, um caminho de desconfiança, uma vez que o ativismo judicial recebe duras críticas, principalmente no que tange a uma possível tentativa de supremacia judicial. No entanto, entende-se que as várias manifestações ativistas, embora haja inegáveis excessos, são em sua maioria com objetivos dialógicos, o que permite

dizer que almejam objetivos frutíferos para garantia do direito fundamental ao mínimo existencial.

O quadro de omissão reiterada e persistente das autoridades públicas também é algo que pode ser facilmente constatado em diversos setores da sociedade. Aqueles que necessitam que sejam prestados serviços minimamente essenciais padecem todos os dias em filas intermináveis, seja para uma simples consulta ou para uma cirurgia que algumas das vezes a longa espera lhe custará a própria vida. Portanto, consoante assevera Campos (2016, p. 275):

[...] a intervenção judicial, necessária para superação do ECI, deve dirigir-se a um conjunto de órgãos e entidades, dos três poderes e de diferentes níveis federativos, exigindo uma pluralidade de medidas de naturezas diversas. Contra falhas estruturais, remédios estruturais.

A doutrina aponta ainda que existem diversas técnicas decisórias e de implementação de julgados, como a negociação de medidas de implementação, “[...] a realização de audiências públicas e de seguimento, a elaboração de planos de implementação e a criação de órgãos ou comissões específicas carregadas do acompanhamento de execução das decisões.” (DANTAS, 2019, p. 29). Essas podem ser possíveis alternativas para tentar solucionar problemas estruturais no caso brasileiro, mas que não anulam a possibilidade de que sejam aplicados os ditames decorrentes da declaração do ECI.

A excepcionalidade da teoria colombiana é alcançada “[...] por meio do rigor na afirmação dos pressupostos necessários à sua declaração. Os contornos fáticos e jurídicos desses pressupostos formam a *ratio decidendi* do ECI e vinculam suas aplicações futuras.” (CAMPOS, 2016, p. 295). Há, portanto, o entendimento de que assuntos que constam em agendas, com disposição política e social não devem ser alvo de declaração de ECI, pois não reúnem os requisitos próprios a ponto de autorizar uma intervenção estrutural do STF.

Veja-se que quando há o afunilamento do tema e este é pontuado, dada a dimensão que pode tomar a declaração do ECI pela corte constitucional de um país, é necessário que haja delineamentos, a fim de evitar ubiquidade do instituto, e sim excepcionalidade da afirmação. Após o reconhecimento do ECI pelo STF com o deferimento da liminar na ADPF n. 347, o Senador Federal, por meio do Projeto de Lei n. 736, de 2015, propôs que a figura do ECI fosse incluída na Lei 9.882/99, que trata da ADPF.

Nesse sentido, de acordo com Andréa (2018, p. 03):

A questão que surge é a possível banalização do conceito de ECI no Brasil, assim como ocorreu quando importado pelo Tribunal Constitucional do Peru.

Para que isso não ocorra, sugere-se a observância de dois passos: o primeiro é observar se os requisitos/pressupostos do ECI cunhados pelo direito estrangeiro estão preenchidos, sendo eles: a) violação generalizada de direitos fundamentais de grupos vulneráveis; b) inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação (falhas estruturais); e c) a superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades, com o monitoramento judicial pós-providência (remédios estruturais).

O autor aponta ainda que é necessário, como segundo passo, que esses requisitos sejam também vislumbrados em decisões que decorram do STF, uma vez que, “[...] a partir da importação da figura para o Brasil, avaliando-se o cabimento dessa técnica decisória [...]” (ANDRÉA, 2018, p. 03), já representa uma possibilidade clara aliada ao objeto (problema estrutural) e legislação constitucional que embasam essas decisões. A regulamentação da teoria, entretanto, não é necessária. As bases que apoiam a declaração do ECI estão bem delineadas na própria Constituição Federal de 1988. A transgressão das normas constitucionais nos termos delineados no ECI podem ser de imediato, declaradas. Aponta Andréa (2018, p. 01) que “[...] existem omissões ou deficiências estatais que não consistem na mera ausência de legislação para efetivação de políticas públicas. São denominadas inconstitucionais ‘não normativas’, que decorrem da falta de coordenação da atuação de diversos órgãos públicos [...]”.

No Brasil, diante do contexto apresentado e o atual cenário de descasos perenes, culminando com a violação massiva de direitos fundamentais, entende-se que seja possível a aplicação do ECI, tanto que existe, como dito alhures, um projeto de lei nesse sentido. Entretanto, é de conhecimento geral que há muitos entraves para aplicação das medidas decorrentes do ECI, e a maior delas é que o próprio Poder Público não reconhece sua inércia e nem tampouco enxerga o problema como tal. Em outros casos, entende que existe o problema mas que com as políticas públicas existentes, haverá possibilidade de que a situação seja modificada. Quando muito, reconhecem o problema, porém, não aceitam que o Judiciário seja interveniente ou que o Estado já aplica o que está ao seu alcance sob a égide do princípio da reserva do possível.

Essas questões, complexas e de certa forma dependentes entre si, dificultariam a declaração do ECI no âmbito do Poder Judiciário, apesar das decisões nesse sentido conterem ditames múltiplos e dialogais. Muitas das sentenças proferidas em meio ao ativismo judicial dialógico só são consolidadas quando há o chamamento dos Poderes e instituições envolvidas, a oitiva de expertises na área, a fim de que o magistrado esteja suficientemente seguro para determinar as ações. É inegável que podem ocorrer – e de fato ocorrem – o abuso ao ativismo

judicial, cujas decisões são colocadas em determinado patamar impositivo e de providências impossíveis de serem cumpridas. A razoabilidade e proporcionalidade, que deve permear as decisões judiciais de um modo geral, quando adequadamente aplicadas, são responsáveis por bons resultados, mais efetivos e mais duradouros.

Procura-se, nesse sentido, exaltar as decisões que tiveram êxito, a fim de embasar as questões relativas tanto ao ativismo judicial dialógico quanto à declaração do ECI. Pela maioria da doutrina, vê-se que a grande crítica se assenta na possibilidade de que a teoria seja banalizada ou que perca sua essência e finalidade. O ECI em si, não é apontado como uma teoria ruim, porém, a forma como é aplicada que levanta muitas suspeitas em relação aos objetivos e finalidades das decisões. O abuso, seja qual for, em relação à problemas sérios, que envolvem a vida das pessoas numa escala abrangente, pode provocar situações deletérias muito piores.

Além disso, a administração pública como um todo se mostra desfavorável às demandas que deferem bloqueios de valores ou obrigações de fornecer ou de fazer, tendo em vista que, segundo ela, desequilibra as finanças públicas e onera o orçamento já limitado por questões também estruturais. Veja-se que, se em determinadas áreas como a saúde, em que há recorrentes decisões nesse sentido, caso houvesse a declaração de estado de coisas inconstitucional, poderia representar uma forma de resolução ou minimização do problema, pois seria possível detectar que naquele estado ou município há uma grande incidência de pessoas que necessitam de determinado medicamento ou tratamento.

Diante disso, a declaração seria uma boa ferramenta de identificar problemas sociais que nem sempre são percebidos pelas administrações no âmbito de um determinado estado ou município. Antes de apontar o ECI como uma forma de desequilibrar a separação e independência dos poderes, no sentido de impor a famigerada supremacia judicial, poderia ser visto como uma espécie de auxílio mútuo, uma vez que, infelizmente, decorre de uma falha estrutural omissiva e inconstitucional.

No Brasil, existem remédios e ações constitucionais que tem o condão de remediar determinados assuntos que envolvem violações de direitos fundamentais, alguns alcançam as falhas estruturais, outras não. Mas o que realmente importa, diante desse cenário de inconstitucionalidades, sem adentrar especificamente em cada um deles, é que a mera declaração do ECI não impõe ao ordenamento jurídico nenhum meio mais gravoso de aplicação da lei existente, nem tampouco a modificação dos atos processuais já praticados. Entretanto, é importante reconhecer que sua declaração pode ensejar uma mudança de

paradigmas no seio da implementação e formação de agenda de políticas públicas, sendo necessário que os atos sejam praticados com cautela.

Aguarda-se ainda, até o desfecho dessa pesquisa, o julgamento do mérito da ADPF n. 347 de 2015 pelo STF, que deverá posicionar-se definitivamente a respeito da possibilidade ou não de utilização da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil, ante a avaliação das medidas postas no deferimento da liminar e os efeitos jurídicos e sociais decorrentes. Outrossim, como não se pretende esgotar o assunto, este trabalho e outras nuances relacionadas às possíveis inconstitucionalidades atreladas ao ECI servirão doravante de base para engendrar outras novas pesquisas.

## 5 CONCLUSÃO

Viu-se ao longo dessa pesquisa que, em termos de direitos constitucionais, a evolução da jurisprudência ao julgar casos que envolvam violação massiva de direitos fundamentais necessita de constante reavaliação e adequação, dada sua multiplicidade e dinamicidade. Essas duas características praticamente ditam os rumos que devem ser traçados diante de cada caso concreto, seja por meio de reparação de direitos individuais ou coletivos.

Por muito tempo se pensou que não haveria possibilidade de alcançar resultados satisfatórios no julgamento de ações individuais uma vez que seu espectro de incidência poderia comprometer a coletividade. No entanto, embora possa haver manipulação de recursos públicos de maneira direta em alguns casos, o que se vê é que há um aspecto também de fundamental importância quando o Judiciário se lança a remediar possíveis inércias ou mesmo descasos por parte do Poder público, que é a natureza punitivo-pedagógica dessas decisões.

Embora não se tenha verificado a redução do número de ações ajuizadas em face dessas violações, mas o Poder público, ao ser convocado ao diálogo, teve a oportunidade de manifestar-se de maneira menos arredia, e mostrado o verdadeiro sentido do que possa configurar a inércia em relação aos direitos fundamentais constitucionais, que atingem uma parcela considerável da população. Assim, quando antes se pensava que determinadas políticas públicas simplesmente não teria efetividade alguma, e havia apenas a resposta processual muitas vezes de forma padrão para o grande número de ações semelhantes, a conclusão que se tinha era que, de fato, havia um descaso absurdo em detrimento da população.

Entretanto, com a chamada das partes ao diálogo, a fim de lançar olhares mais sensíveis às ações ajuizadas, os Poderes constituídos puderam traçar um enfrentamento mais efetivo em relação aos agentes causadores dessas crises. A proposta de dialogar foi até bem aceita pelos interessados, mas como se trata de questão tormentosa pelo fato de envolver orçamentos públicos e destinação de verbas, e sabendo que não há fundos suficientes para que todos aqueles que precisam de serviços públicos em diversos setores sejam contemplados. A grande verdade, como se viu, está assentada na prestação mais efetiva possível, para que quando haja distorções ou digressões, estas possam ser avaliadas e tratadas caso a caso.

Acontece que as demandas em face de violações massivas de direitos fundamentais, tanto individuais como coletivas não sofreram retrocesso. Essa insígnia de serviços permanentemente deficientes deixa a situação sempre emergencial, não havendo escolha para

o Judiciário senão intervir como cumpridor da Constituição, e daí surge o mal-estar. A possibilidade de que esses Poderes atuem de forma harmoniosa está cada vez mais longe de ser alcançada, uma vez que existe entre eles uma competição de excelência que permeia o apontamento de incapacidade de gerir recursos públicos e a supremacia judicial.

Além dessas questões, estão em alta aquelas que dizem respeito ao fato de que os membros do Poder Judiciário não têm seus membros eleitos pelo povo, e, por esta razão, não têm nos seus membros o mesmo valor ou fator de impacto para os representarem. Daí decorre a constante alegação de turbação ao princípio da separação dos Poderes tão apontado, cujo sentido está no fato de que há um desequilíbrio democrático diante das incursões do Poder Judiciário. Mas a pesquisa revelou que essas ditas distorções, na verdade são adequações do texto constitucional ao prevê o *check and balance*, ou seja, os freios e contrapesos, que se entende como sendo o dever fiscalizador de um Poder sobre o outro.

Isso não implica dizer que deve haver uma competição entre eles, mas que, ao verificar a configuração de excessos, estes devem ser apurados a fim de que se mantenha a harmonia entre eles. Não é uma tarefa fácil, verificou-se. Mas a tarefa mais difícil, na verdade, é aliar os interesses do Estado na busca pelo crescimento econômico e a alocação de recursos e a manutenção do Estado de bem estar social, tão enrustado na Constituição federal de 1988. Esse viés social em que está intimamente ligada constitucionalmente, não permite que o Estado faça as concessões sociais ao seu alvedrio.

Nessas condições, consideradas as vinculações orçamentárias obrigatórias, o Estado muitas vezes destina recursos sem que haja uma gestão efetiva dentro do contexto das políticas públicas, e por esta e outras tantas razões, não é prestado um serviço adequado à população. No entanto, a inefetividade das políticas públicas envolve inúmeros outros motivos de ordem estrutural que juntos causam problemas enormes e difíceis de serem resolvidos.

Embora o ponto de partida seja realmente começar, a pesquisa revelou que esse início é o grande desafio. Por onde começar? Essa é a questão que costuma ser levantada, e acredita-se que por meio de ações conjuntas seja menos complicado chegar ao ponto inicial para resolução ou, pelo menos, diminuição dos problemas. O fato é que há problemas estruturais nos setores mais importantes e emergenciais para população, como saúde, educação e segurança, áreas estas que se mostram cada dia mais deficitárias, cujas políticas públicas não conseguem alcançar objetivos satisfatórios.

Em meio a toda essa questão, constatou-se que o ativismo judicial surgiu como uma forma de auxílio eficaz contra as mazelas ora apresentadas. E, claro, houveram bastante

manifestações contrárias, por alguns dos motivos já apresentados, mas que deram força para que surgisse, à luz da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional colombiana, a possibilidade de que fosse implementado no Brasil da mesma forma que foi idealizada na Colômbia. Diante disso, surgiram outras tantas manifestações contundentes, umas favoráveis, outras contrárias ao ECI. A verdade é que, conforme restou apurado, nenhuma delas condena essa teoria por ser maléfica à população, mas a forma como deve ser conduzida sua implementação.

A teoria do ECI em si, costuma ser vista com bons olhos. Contudo, ao ser inevitavelmente associada ao ativismo judicial, constantemente concebido como algo que impõe efeitos deletérios a médio e longo prazo, levanta novamente a questão de que possa transformar o Judiciário num superpoder, capaz de imiscuir-se ilimitadamente nas funções genuínas dos Poderes Executivo e Legislativo. Em máxima acepção, não se nega a possibilidade de que essa hipótese possa se concretizar, mas dependerá decisivamente de como os demais Poderes se portarão diante da demonstração de violações massivas de direitos fundamentais.

É importante que se diga que não restou evidenciado que todo esse cenário tenha surgido como forma de que os Poderes duelassem pela supremacia de um deles. Ao contrário, o que se verificou foi que a grande força veio do povo, impulsionado pelo conhecimento dos direitos fundamentais constitucionais de acesso à justiça e do direito de petição em órgãos públicos. Diante disso, um povo mais consciente de seus direitos tende a buscá-los com mais acuidade, além do auxílio importante de órgãos de defesa como os Ministérios Públicos e as Defensorias Públicas.

A questão permeou as dificuldades de se atingir bons índices de cobertura satisfatória de serviços públicos oferecidos à população, e o momento em que diversos desses direitos são violados ao mesmo tempo, ante a insatisfatória efetividade das políticas públicas nesse sentido. Por este motivo é que ocorrem as tais violações massivas, não apenas quando atingem um número grande ou indeterminado de pessoas, mas quando esses direitos se condensam e acabam por se tornar pluri problemas estruturais. Estruturais porque atingem a base, a estrutura dos direitos, e cujos problemas recebem o mesmo adjetivo. Percebeu-se que quando se tratam desses problemas estruturais, a base está comprometida de tal modo que se não houver a conjunção de forças para tentar solucioná-la não haverá resultados satisfatórios.

Pelos dados que foram avaliados, o Judiciário já vinha preocupado com as violações que ocorriam, lançando-se como ativistas em determinados casos a fim de tomar a decisão mais acertada no sentido de aniquilar as adversidades apresentadas. Notou-se, entretanto, que esse ativismo, inicialmente observado nos Estados Unidos, seguiu confiante nos seus

propósitos de modo que julgou diversos casos de desrespeitos aos direitos fundamentais. Anos depois, e em posição mais alinhada à realidade social do Brasil, a Colômbia por meio de sua Corte Constitucional proferiu uma série de sentenças com o fito de sanar problemas que foram desde objeções previdenciárias a grupo de professores àquelas referentes a lotação carcerária e direitos humanos dos detentos.

Mas veja-se que essas não foram soluções para os obstáculos apresentados. Foi verificado que de todo modo buscou-se desacreditar o Judiciário, repise-se, tanto sob a legação de atentado contra a separação dos poderes e sua independência entre si, quanto o fato de lançar-se como um superpoder, conforme já mencionado. Os argumentos não foram apenas de ataque, como também de defesa lastreada, segundo o Poder Público inerte, em argumentos constitucionais como o princípio da reserva do possível e do mínimo existencial.

Acerca de ambos mais uma vez viu-se a celeuma ser formada novamente, com argumentos favoráveis e contrários. Os favoráveis estão apoiados na tese de que o Poder Público age de acordo com suas possibilidades e que não há orçamento suficiente, ou seja, dinheiro *per capita* para cobrir integralmente todos os serviços sociais alocados na Constituição Federal de 1988. No mesmo passo, a invocação de que haja um mínimo existencial que suplanta a expectativa de ter serviços sociais de alta qualidade desobriga o Poder Público a oferta-los integral e imediatamente aos seus usuários.

Dentro de toda a discussão entre ambos um ponto é convergente: o Poder Público, por meio dos Poderes Executivo e Legislativo de algum modo afirma desconhecer a sua obrigação de cumprir integralmente o texto Constitucional no que diz respeito à prestação de serviços ditos de primeira necessidade. Essa convicção, de que não há obrigação de aparelhar-se para prestar os serviços adequados à população, conforme restou evidenciado, impede que se possa engendrar um mínimo diálogo, afastando a possibilidade de que esses Poderes possam reconhecer que algo está muito errado no final das contas.

A atuação do Judiciário, portanto, representa uma ameaça ao estado de inércia, mesmo quando se atua por meio do ativismo judicial dialógico, no qual a discussão poderia ser utilizada como ferramenta eficaz de solução de conflitos. Viu-se que, na era da conciliação, ainda há por parte do Poder Público, a incapacidade de reconhecer a oportunidade de resolução de conflitos por meio do diálogo, num momento em que as instituições deveriam atentar aos princípios constitucionais mais sensíveis.

Não obstante, é muito forte a tendência de aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional em outros casos que ocorram doravante, ante a experiência do Supremo Tribunal Federal ao julgar a liminar requerida por meio da ADPF n. 347, na qual foram

determinadas uma série de providências que deveriam ser cumpridas para solucionar o grave problema de violações massivas de direitos fundamentais em relação à crise da segurança pública e a superlotação nos presídios brasileiros. Dentre eles, foi determinado que o Poder Executivo se abstinhasse de promover o contingenciamento de recurso do Fundo Penitenciário Nacional, que estava sendo utilizado para mascarar um eventual superávit frente a investidores internacionais.

Entretanto, como se pôde observar, o grande risco de ausência de investimento nesse setor fez com que eclodissem, em períodos curtos de tempo, diversas rebeliões dentro dos presídios e com elas inúmeras reações de facções rivais nas ruas por todo o Brasil. Restou evidenciado que há muito tempo não haviam políticas públicas voltadas para esse setor, no sentido de desenvolver novas ações para sanar antigos problemas. As políticas públicas apresentadas não atingiam efetividade suficiente para que fossem continuadas, o que demandaria uma canalização de esforços. A população carcerária, como se viu, não é pauta de palanques e nem de planos de governo, por sua inegável impopularidade.

Por esta e por outras razões, quase nunca figura como destinatária de investimentos, por mais que haja recursos específicos destinados ao FUNPEN e, mais ainda, que toda a situação de risco acaba por atingir diretamente a população como um todo, a maioria da sociedade não se mostra favorável à ampliação dos investimentos voltados para população carcerária. A Lei de Execuções Penais, por mais que preveja uma série de obrigações estatais em relação aos presídios e casas de detenção, e conseqüentemente em relação aos acautelados, não é suficiente para almejar um mínimo de equilíbrio nesse setor.

A declaração do ECI pelo Supremo, portanto, foi fruto da constatação de que, por anos a fio, ações efetivas no sentido de modificar a situação de violação extrema que se constata em todo o território nacional dentro dos presídios, principalmente em relação à superlotação e atentado à dignidade humana, não foram nem mesmo pensadas. Como dito, a impopularidade da pauta aliada a falta de vontade do Poder Público evidencia o óbvio: total descaso das autoridades do setor. E isso não descarta a responsabilidade do Poder Judiciário, diante do juiz corregedor de presídios e das varas de execuções penais, responsáveis pela fiscalização da execução das penas e do cumprimento tanto dos ditames constitucionais quanto da Lei de Execuções Penais.

Portanto, a vanguarda do STF em reconhecer o Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil envolveu um misto de responsabilidade ante a inércia dos demais Poderes e a sua própria incumbência. Viu-se que em diversos momentos o STF se mostra extremamente preocupado com o apontado descumprimento de preceito fundamental, algo bastante sério no

nosso ordenamento jurídico. É salutar compreender que a pesquisa foi desenvolvida como forma de parametrizar as responsabilidades dentro de situações de violação massiva de direitos estruturais fundamentais e tentar entender de que modo e em que medida cada um dos Poderes é responsável.

Nesse sentido, apontado o problema de graves violações de direitos fundamentais, a proximidade que o Brasil tem com os problemas estruturais da Colômbia demonstram íntima relação. A questão, ao longo do estudo, se mostrou tormentosa quando ficou constatado que a teoria do ECI é elogiosa, porém, ampla o suficiente para que seus reflexos irradiem por muitos campos, fora os do direito. Por esta razão, a discussão entre direito e política, o que seriam questões jurídicas e o que seriam questões políticas e em que momento elas se entrelaçam, ofereceu diversas dúvidas que vieram acarretar desequilíbrio quanto à visão formada em relação ao ECI.

Sua ampla generalidade pode levar à conclusão de que a respeito de todo e qualquer problema estrutural é possível que seja declarado o ECI, e, desse modo, possa desvirtuar ou banalizar o instituto. Não deixa de ter um fundo de verdade, ante outras experiências vivenciadas em termos jurisprudenciais, em que houve o abuso do ativismo judicial. Contudo, por ser uma teoria genuinamente constitucional, não apenas pela nomenclatura, como também pelas espécies constitucionais que protege, não deve ser desprezada nem tida como inconstitucional, como muitos defendem. Não pretende também a teoria, pelo que foi estudado, que ela tenha o objetivo de ser irresponsavelmente aplicada, sob pena de todos os serviços públicos mal prestados pelo Poder Público recebam deliberadamente a pecha de inconstitucionais.

Viu-se que se trata muito mais de um auxílio, uma ferramenta, ou simplesmente uma forma de entender e enfrentar determinados problemas que se mostram de difícil resolução. As estruturas desses problemas são muito fortes, e se tornam cada vez mais poderosos quando se perpetuam no tempo, ganham novos contornos e atingem um número cada vez maior de pessoas.

O que se quer dizer é que o ECI, na verdade, pretende reafirmar ditames constitucionais e não enfraquecê-los, pretende que os Poderes possam dialogar e não que estejam em guerra por uma supremacia que nunca irá existir. O próprio texto constitucional revela que não há hierarquia entre os Poderes, que devem ser independentes e harmônicos entre si. Na celeuma que envolve questões de cunho político e jurídico, a pergunta que foi levantada pela doutrina argui, o que não é político nos dias de hoje? A resposta está na problematização das questões de ordem social que se transformam em questões políticas.

Dessa forma, não havendo possibilidade de dissociar os problemas estruturais da busca pela reparação, assim como não há possibilidade de impedir esse acesso ao Judiciário, já que as questões sociais são comumente politizadas.

É preciso compreender, derradeiramente, a importância do Estado de Coisas Inconstitucional, principalmente para países com problemas estruturais como o Brasil e outros na América Latina. O reconhecimento de que essas situações acabam provocando um atraso no crescimento do país como um todo, agravadas pelo tempo em que se arrastam sem solucionamento, força os Poderes ao diálogo e ao enfrentamento deles. A inércia, o descaso, o atraso e a multiplicação de problemas em decorrência de outros dá ensejo a que se lancem olhares mais sensíveis para a violação de direitos fundamentais estruturais, que não comportam esperas sem prejuízo do sacrifício de muitas vidas.

## 6 REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Direito & Política: Pressupostos para a análise de questões políticas pelo judiciário à luz do princípio democrático.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2013. p. 83-134.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 31-52.

ANDRADE, Mariana Dionísio de; BRASIL, Clarissa. Delimitando o ativismo judicial: acepções, críticas e conceitos. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 04, p. 3279-3297, jul./dez. 2018.

ANDRÉA, Gianfranco Fagin Mastro. **Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil.** Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2018. p. 01-13.

ARENDT, Hannah. **Homens em tempos sombrios.** São Paulo: Companhia de Bolso, 2008. p. 90-129.

ARMAS, Renato Vásquez. La técnica de declaración del “Estado de cosas Inconstitucional” Fundamentos y análisis de su aplicación por el Tribunal Constitucional Peruano. **IUS ET VERITAS: Revista de la Asociación**, Lima, n. 41, p. 128-147, jul./dez. 2010.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 59-86, jan./jun. 2012, p. 73. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23970/22728>>. Acesso em: 30 out. 2018.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 140-172.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 232, n. 1, p. 141-176, jan./jun. 2003. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45690/45068>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 13, p. 17-32, jan./dez. 2009. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5124286.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2018.

BENEVIDES, Claudia do Valle. **Um Estado de Bem Estar Social no Brasil?** 2011. 97 f. Dissertação (mestrado em economia) – Universidade Federal Fluminense. Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <[https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/44142785/welfare\\_state.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1549659436&Signature=qMo0fOWGk41IL9tA1k1LQ9fgPRY%3D&response-content-](https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/44142785/welfare_state.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1549659436&Signature=qMo0fOWGk41IL9tA1k1LQ9fgPRY%3D&response-content-)

[disposition=inline%3B%20filename%3DUM\\_ESTADO\\_DE\\_BEM-ESTAR\\_SOCIAL\\_NO\\_BRASIL.pdf](#)>. Acesso em: 14 de nov. 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 177-234.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 93-132;

BONAVIDES, Paulo; PAES DE ANDRADE, Antônio. **História constitucional do Brasil**, São Paulo: Paz Terra, 1991. p. 08-37

BRASIL. Ministério Das Relações Exteriores. **Refúgio no Brasil**: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas. BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira (Org.). Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010. p. 20. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/estrangeiros/livrorefugiobrasil.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário (RE) 580.252**. Recorrente: Anderson Nunes da Silva. Recorrido: Estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=312692053&tipoApp=.pdf](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=312692053&tipoApp=.pdf)>. Acesso em: 17 maio 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Aumentam os gastos públicos com judicialização da saúde**. Secretaria de Comunicação do TCU – SECOM. Brasília, 23 ago. 2017. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>>. Acesso em: 19 maio 2019.

BULOS, Uadi Lâmega. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 201-248.

CAMARGO, Maria Auxiliadora Castro. **A influência estrangeira na construção da jurisdição constitucional brasileira**. Disponível em: <<https://www.agu.gov.br/page/download/index/id/521908>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Jus podivm, 2016. p. 15-23; 55-91; 155-214; 257-311.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da Inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”**. Tese de doutorado em Direito. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2015. 245p.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 59-83.

DANTAS, Eduardo Sousa. **Ações Estruturais e o Estado de Coisas Inconstitucional**. Curitiba: Juruá, 2019. p. 25-30; 33-67; 179-221.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 22-39.

DUARTE JÚNIOR, Dimas Pereira. Mínimo existencial e necessidades humanas na fundamentação dos direitos sociais. **Revista Argumentum**, Marília, v. 20, n. 1, p. 113-127, jan./abr. 2019. p. 135. Disponível em: <<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/623>>. Acesso em: 02 maio 2019.

DUTRA, Luciano. **Direito Constitucional Essencial**. São Paulo: Método, 2017. P. 58-86.

FARIA, Luzardo. A Saúde como Direito Fundamental Social: Regime Jurídico-Constitucional e Exigibilidade Judicial. **Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, v. 1, n. 5, p. 123-161, jan./dez. 2014. p. 130. Disponível em: <[http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista\\_PGE\\_2014/3\\_A\\_Saude\\_como\\_Direito\\_Fundamental\\_Social\\_Regime.pdf](http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2014/3_A_Saude_como_Direito_Fundamental_Social_Regime.pdf)>. Acesso em: 20 mar. 2019.

FERREIRA, Siddharta Legale; ARAÚJO, David Pereira de. O Estado de Coisas Inconvencional: trazendo a Corte Interamericana de Direitos Humanos para o debate sobre o sistema prisional brasileiro. **Revista Publicum**, Rio de Janeiro, v.2, n. 2, p. 67-82, jul./dez. 2016. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/26042>>. Acesso em: 31 maio 2019.

FIORI, José Luís. Estado de Bem-Estar Social: padrões e crises. **Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo**. 1997. Disponível em: <[http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/fioribemestarsocial.pdf/at\\_download/file](http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/fioribemestarsocial.pdf/at_download/file)>. Acesso em: 11 nov. 2018.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JHON, Jay. **O federalista**. Trad. Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003. Cap. 48, p. 305-310.

LUIZÃO, José Mauro. As reformas neoliberais da constituição federal e a conformação do estado brasileiro após as mudanças. **XXV Congresso Nacional do Conselho de Pesquisa e Pós-graduação em Direito**. Curitiba, 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7c6f8dba4a02404f>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

LYONS, Josefina Quintero; MONTERROZA, Angélica Matilde Navarro; MEZA, Malka Irina. La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia. **Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo**, Cartagena, v. 03, n. 01, p. 69-80, jan./jun. 2011. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4767667>>. Acesso em 17 maio 2019.

MACHADO, Joana de Sousa. **Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal**. Dissertação de mestrado em Direito. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2008, 120 p. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp077037.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 126-227.

MESSIAS, Ewerton Ricardo; SILVA, Vinicius de Oliveira da; CARMO, Valter Moura. O estado de coisas inconstitucional nos presídios superlotados do Brasil. In: RAMALHO NETO, Deodato José; MOTA, Marcelo; VASQUES, Roberta Duarte (Coord.); HOLANDA, Ana Paula Araújo de; CAÚLA, Bleine Queiroz; CARMO, Valter Moura (Org.). **Direitos humanos: histórico e contemporaneidade**. VII Conferência Internacional de Direitos Humanos da OAB. Edição Especial. Brasília: Conselho Federal da OAB, 2018. p. 199-222.

NEGRI, Antonio. **La fabrica de porcelana**. Una nueva gramática de la politica. Trad. Suzana Lauro. Barcelona: Paidós Iberica, 2008, p. 32-60.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Ativismo judicial: possibilidades e limites. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, p. 91-117, jan./mar. 2011. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/229/186>>. Acesso em: 30 out. 2018.

NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro. Estado de Bem-estar social: origens e desenvolvimento. **Revista Katálysis**, Florianópolis, n. 5, p. 89-103, jan./dez. 2001. p. 80. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/katalysis/article/view/5738/5260>>. Acesso em: 11 dez. 2018.

NOVO, Benigni Núñez. **As constituições brasileiras**. Rio de Janeiro: Le livros, 2017. p. 14-19.

OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. **Ativismo Judicial e Controle de Constitucionalidade**. Impactos e Efeitos na Evolução da Democracia. Curitiba: Juruá, 2015. p. 167-194; 117-157.

OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de; DIAS, Jefferson Aparecido. **Jurisdição civil, ativismo e ordem econômica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 81-97; 147-168

OUTEIRO, Gabriel Moraes de; OLIVEIRA, Maria Cristina Cesar de; NASCIMENTO, Durbens Martins do. A justiça como equidade de Rawls e a igualdade de Amartya Sen: uma releitura na construção de um sistema de proteção de direitos fundamentais. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 11, n. 2, p.47-81, mai./ago. 2016. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/25834>>. Acesso em 04 abr. 2019.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Forense, 2018. p. 363-408.

PAIXÃO, Juliana Patricio da. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Sob a perspectiva da Saúde Pública e da Metáfora da Árvore. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 37-86.

PEREIRA, Luciano Meneghetti. O Estado de Coisas Inconstitucional e a violação dos direitos humanos no sistema prisional brasileiro. **Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos**, Bauru, v. 5, n. 1, p. 167-190, jan./jun., 2017. Disponível em: <<https://www3.faac.unesp.br/ridh/index.php/ridh/article/view/472>>. Acesso em: 15 maio 2019.

PEREZ, Nicolás Augusto Romero. La doctrina del Estado de Cosas Inconstitucional en Colombia novedades del neoconstitucionalismo y “la inconstitucionalidad de la realidad”.

**Revista Derecho Público Iberoamericano**, n. 01, p. 243-264, out. 2012. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5640552>>. Acesso em: 17 maio 2019.

PINTO, Felipe Chiarello de Souza; DONADELLI, Antonio Paulo de Mattos. O papel do judiciário, o estado de direito e o chamado “ativismo judicial” na doutrina brasileira. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 19, n. 01, p. 42-76, jan./mar. 2014. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5542/>>. Acesso em: 07 jul. 2019.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3 ed. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ROSA, André Catelli; CARMO, Valter Moura do. A declaração do estado de coisas inconstitucional frente às consequentes externalidades negativas. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 17, n. 25, p. 177-202, jul./dez. 2019. Disponível em: <<https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2069>>. Acesso em: 07 jul. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva Jur, 2018. p. 30-61; 175-249; 250-277; 278-329; 330-442; 443-867.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**. Conteúdo, Trajetórias e Metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 25-67.

SEN, Amartya. **A ideia de Justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 192-264.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa ; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, n. 2, p. 51-61, maio/ago. 2015. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3139>>. Acesso em: 28 abr. 2019.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 222-246; 342-394.

TOMELIN, Georghio. **O Estado jurislador**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 23-40; 77-96.

VIEIRA, José Ribas; BEZERRA, Rafael. Estado de coisas fora do lugar: uma análise comparada entre a sentença T-025 e a ADPF 347/DF-MC. In: VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta (Coord.). **Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional** [recurso eletrônico]. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 198-212.

ZAMBRANO, Sonia Patricia Cortés. La dimensión Jurídica del Estado de Cosas Inconstitucional en el caso de las víctimas del desplazamiento forzado en Colombia. **Revista Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales**, Bogotá, n. 45, p. 89-106, jul./dez. 2016. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5965738>>. Acesso em: 17 maio 2019.