



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE LAVRAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

JOHN FOSTER ADENAUER ARAÚJO JÚNIOR

**O ATIVISMO JUDICIAL COMO CONSECTÁRIO DO ESTADO DE COISAS
INCOSTITUCIONAL NO JULGAMENTO DA ADPF 347**

LAVRAS – MG

2022

JOHN FOSTER ADENAUER ARAÚJO JÚNIOR

**O ATIVISMO JUDICIAL COMO CONSECTÁRIO DO ESTADO DE COISAS
INCONSTITUCIONAL NO JULGAMENTO DA ADPF 347**

Monografia apresentada ao Centro Universitário de Lavras, como parte das exigências do curso de graduação em Direito.

Orientador: Prof. Me. Guilherme Scodeler de Souza Barreiro

Lavras/MG
2022

Ficha Catalográfica preparada pelo Setor de Processamento Técnico da
Biblioteca Central do UNILAVRAS

Araújo Júnior, John Foster Adenauer.
A663a O ativismo judicial como consectário do estado de coisas
inconstitucional no julgamento da ADPF 347/ John Foster
Adenauer Araújo Júnior. – Lavras: Unilavras, 2022.

57 f.

Monografia (Graduação em Direito) – Unilavras, Lavras,
2022.

Orientador: Prof.^a Guilherme Scodeler de Souza Barreiro.

1. ADPF 347. 2. Ativismo judicial. 3. Estado de Coisa
Inconstitucional. I. Barreiro, Guilherme Scodeler de Souza
(Orient.). II. Título.

JOHN FOSTER ADENAUER ARAÚJO JÚNIOR

**O ATIVISMO JUDICIAL COMO CONSECTÁRIO DO ESTADO DE COISAS
INCONSTITUCIONAL NO JULGAMENTO DA ADPF 347**

Monografia apresentada ao Centro
Universitário de Lavras como parte das
exigências do curso de graduação em
Direito.

APROVADO EM: 25/10/2022

ORIENTADOR(A)

Prof. Me. Guilherme Scodeler de Souza Barreiro / UNILAVRAS

MEMBRO DA BANCA

Prof. Pós-D.r Denilson Victor Machado Teixeira / UNILAVRAS

LAVRAS – MG

2022

RESUMO

Introdução: Em que pese o princípio da separação de poderes, há situações em que o Poder Judiciário tem assumido uma postura proativa, típica do Poder Legislativo, para fins de implementação de políticas públicas. Nesse cenário, destaca-se que o estado de coisas inconstitucional (ECI) traduz a ideia de um quadro generalizado de violação de direitos fundamentais decorrente de omissão legislativa, sendo que, por esse motivo, a não atuação dos poderes constituídos, perpetuando lacuna em determinada matéria, faz com que o Poder Judiciário, se valendo do ativismo judicial, profira sentenças estruturais que alcançam um número amplo de pessoas, objetivando, assim, modificar a situação de deficiência operacional vigente em determinadas instituições públicas, através de políticas que visam tutelar os direitos lesados envolvidos. **Objetivo:** Sob essa perspectiva, ressalta-se que a presente pesquisa tem como objetivo o estudo do ativismo judicial como consectário do estado de coisas inconstitucional reconhecido no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347. **Metodologia:** Para esse fim, utilizou-se o método dedutivo, através de pesquisa bibliográfica exploratória, que se baseou em revisão de literatura e análise doutrinária e jurisprudencial. **Conclusão:** Nesse sentido, concluiu-se que o ativismo judicial pode se revelar uma importante técnica para, no reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, buscar soluções que afastem a inércia do Estado em algumas situações, impondo-lhe a adoção de uma conduta positiva para a proteção dos direitos fundamentais, devendo, no entanto, haver limites, sob pena de manifesta violação à tripartição dos poderes.

Palavras-chave: ADPF 347. Ativismo judicial. Estado de coisas inconstitucional.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

ECI – Estado de coisas inconstitucional

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	08
2 REVISÃO DA LITERATURA.....	10
2.1 O PODER JUDICIÁRIO E O ATIVISMO JUDICIAL.....	10
2.1.1 O poder judiciário.....	10
2.1.2 Teorias procedimentalistas e substancialistas.....	13
2.1.3 Ativismo judicial.....	18
2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E ECI.....	22
2.2.1 Direitos fundamentais.....	22
2.2.2 Omissão e tutela deficiente de direitos.....	26
2.2.3 O estado de coisas inconstitucional.....	30
2.3 ECI E ATIVISMO JUDICIAL.....	34
2.3.1 ECI e as sentenças estruturais.....	34
2.3.2 Políticas públicas.....	36
2.3.3 O ECI como ativismo judicial estruturante.....	39
2.3.4 O ECI no julgamento da ADPF 347.....	42
3 CONSIDERAÇÕES GERAIS.....	50
4 CONCLUSÃO.....	52
REFERÊNCIAS.....	54

1 INTRODUÇÃO

Por vezes, a inércia dos poderes estabelecidos no cumprimento de suas funções constitucionais permite a continuidade de violação generalizada dos mais básicos direitos assegurados à pessoa humana.

Nesse sentido, foi formulado o que se passou a denominar de estado de coisas inconstitucional (ECI), teoria que representa situações em que a omissão legislativa na criação de políticas públicas contribui para o agravamento ao desrespeito de determinados direitos fundamentais.

Sob essa perspectiva, ressalta-se que a presente pesquisa tem como objetivo o estudo do ativismo judicial como consectário do estado de coisas inconstitucional reconhecido no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347.

A problemática da pesquisa baseia-se na associação estado de coisas inconstitucional, reconhecido na ADPF 347, como situação que enseja a elaboração de sentenças judiciais estruturante, para fins de determinar aos poderes constituídos a elaboração de políticas públicas voltadas à reversão de um reconhecido cenário de inconstitucionalidades.

Para a consecução do objetivo proposto, discorrer-se-á acerca de variadas questões que abarcam a temática do estado de coisas inconstitucional. Para tanto, estruturar-se-á o estudo em três capítulos, de modo que, em cada um deles, serão desenvolvidas três subseções.

O primeiro capítulo, intitulado “O Poder Judiciário e o ativismo judicial”, será responsável por apresentar, inicialmente, os aspectos básicos pertinentes ao Poder Judiciário. Serão verificadas, em seguida, as teorias procedimentalistas e substancialistas, a fim de se compreender a forma como cada uma concebe o papel da Constituição. Ainda, encerrar-se-á o capítulo com a análise do ativismo judicial e, altivez, analisando, assim, esse mecanismo do judiciário na interpretação constitucional.

O segundo capítulo, intitulado “Direitos fundamentais e estado de coisas inconstitucional”, fará, numa primeira análise, um estudo sobre o histórico e conceito dos direitos fundamentais. Na subseção seguinte, será abordado o tema da omissão inconstitucional e a tutela deficiente dos direitos fundamentais, sendo que o capítulo será finalizado com o destaque ao estado de coisas inconstitucional.

O terceiro e último capítulo, intitulado “Estado de coisas inconstitucional e ativismo judicial”, discorrerá, a princípio, sobre o estado de coisas inconstitucional e as sentenças estruturais. Posteriormente, discorrer-se-á sobre as políticas públicas,

correlacionando-as nas situações de judicialização e ativismo judicial. Após, será apresentada a temática do estado de coisas inconstitucional como ativismo judicial estruturante e, por fim, estudar-se-á o estado de coisas inconstitucional no julgamento da ADPF 347.

Insta esclarecer que a pesquisa será desenvolvida através do método de abordagem dedutivo e do procedimento bibliográfico, por meio dos quais serão verificados os entendimentos legais, doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema.

2 REVISÃO LITERÁRIA

2.1 O PODER JUDICIÁRIO E O ATIVISMO JUDICIAL

O estudo do Poder Judiciário, bem como do ativismo judicial, revela-se imprescindível para este trabalho monográfico, tendo em vista que a aplicação da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional se dá no âmbito de decisões judiciais estruturantes, marcadas, pois, pelo ativismo.

2.1.1 O poder judiciário

O presente capítulo discorrerá acerca do Poder Judiciário, sendo que, para a análise do assunto, revela-se necessário proceder a uma breve abordagem preliminar sobre temáticas correlatas, tais como a evolução e o conceito de Estado e o princípio da separação dos poderes.

Isto consignado, cabe registrar que, no momento anterior à formação da sociedade civil, vigorava o que se denominava de Estado da Natureza. Nesse período, os homens eram livres e vivam desprovidos de regras, pois não havia governo para estabelecer uma ordem (BITTAR; ALMEIDA, 2008).

O ser humano primitivo não possui moradia fixa, vivia de forma nômade, sempre em busca de melhores condições para a sua sobrevivência. Morava em cavernas e construía seus próprios instrumentos de caça (SPAGNOL, 2013).

Ocorre que, com o tempo, a espécie humana passou a entender pela necessidade de agrupamento social, de modo que, através da divisão de tarefas e convivência harmônica entre os integrantes, pudessem maximizar as suas possibilidades de sobrevivência (PAULINO, 2011).

Nasce, desse modo, a sociedade. A formação de um corpo social pressupõe a cessão de parcela da liberdade entre os indivíduos dele integrantes. Isso porque, são estabelecidas regras de convivência, sendo que, assim, o homem não mais desfrutará do livre arbítrio que antes possuía. Não obstante, a perda de parcela da sua liberdade é feita em prol do bem da coletividade (MONTESQUIEU, 2010).

Nesse sentido, Rousseau (2000, p. 35) tece os seguintes comentários:

Os homens chegam àquele ponto em que os obstáculos prejudiciais à sua conservação no estado de natureza sobrepujam, por sua resistência, as forças que cada indivíduo pode empregar para se manter nesse estado. Então, esse estado primitivo não mais pode subsistir e o gênero humano pereceria se não alterasse seu modo de ser. Ora, como os seres humanos não podem engendrar novas forças, mas somente combinar e dirigir as existentes não lhe resta outro meio para se conservarem senão formar, mediante agregação, uma soma de forças que possa vencer a resistência, impulsionando-as para um só móvel e fazendo-as atuar em conjunto.

Assim, a formação da sociedade se afigura como uma soma de esforço, uma combinação de forças através das quais os indivíduos encontram uma forma de maximizar a sobrevivência (LENZA, 2022).

Entende-se que a origem do Estado se confunde com a própria formação da sociedade. Isso porque, o desenvolvimento da sociedade passou pela criação de instituições que seriam responsáveis pelo controle e administração das relações existentes entre os indivíduos.

Isso mencionado, cabe apresentar o que se entende por Estado. Dallari (2011, p. 119) adianta que não se trata de fácil tarefa, sobretudo em razão de o conceito de Estado não ser algo objetivamente formado:

Encontrar um conceito de Estado que satisfaça a todas as correntes doutrinárias é absolutamente impossível, pois sendo o Estado um ente complexo, que pode ser abordado sob diversos pontos de vista e, além disso, sendo extremamente variável quanto à forma por sua própria natureza, haverá tantos pontos de partida quanto forem os ângulos de preferência dos observadores.

Em todo caso, Sidou (2006, p. 358), ao conceituar o Estado, apresenta o entendimento de que se trata de “unidade política integral destinada a manter a estrutura política de um povo, ou nação, visando o seu bem comum, por meio do monopólio da coerção e da jurisdição no respectivo território.”

No que diz respeito ao princípio da separação dos poderes, Mendes e Branco (2021) indicam que o termo separação dos poderes não se mostra adequado, haja vista o poder que fundamenta a soberania ser uno, indivisível. Sob essa perspectiva, os autores mencionam que são as funções que se separam, conforme determinado na Constituição de cada país.

Em continuidade ao assunto, Fernandes (2021, p. 303-304) menciona a origem do princípio da separação dos poderes, e salienta:

Podemos encontrar as primeiras bases de uma teoria da separação dos poderes no pensamento de Aristóteles, que vislumbrava a necessidade de fragmentar as funções administrativas da *pólis*, principalmente a necessária separação entre administração do governo e solução de litígios existentes na comunidade. Com Montesquieu, sob inspiração de Locke, vislumbrou-se a necessidade de interconectar as funções estatais, a fim de manter a autonomia e independência que lhes são típicas, nascendo daí a famosa teoria dos freios e contrapesos (*'Checks and balances'*).

Quando Montesquieu se dedicou ao desenvolvimento da teoria da separação dos poderes, assim o fez objetivando a formulação de um princípio de oposição ao absolutismo (em que o poder estava concentrado na figura do monarca), que ignorava a democracia e os direitos fundamentais.

Montesquieu consignava que a repartição de funções era uma forma de limitar o exercício do poder do soberano. Tratava-se de uma limitação do poder pelo poder, sendo atribuída uma função a cada órgão, sem que houvesse hierarquia entre eles (PAULO; ALEXANDRINO, 2017).

Isto dito, Novelino (2020, p. 258) explana que a ideia de separação dos poderes baseia-se na teoria de freio e contrapesos, significando que “a repartição equilibrada dos poderes entre os diferentes órgãos é feita de modo que nenhum deles possa ultrapassar os limites estabelecidos pela constituição sem ser contido pelos demais.”

Os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, além do exercício de funções típicas, tradicionais, exercem, conforme o estabelecido na Constituição de cada Estado, funções atípicas, de modo a fiscalizar e limitar a ação dos demais poderes (BULOS, 2014).

Sob essa perspectiva, não se tem uma separação rígida entre os poderes. Em que pese serem independentes, prevalece a harmonia entre os eles, de modo que um poder poderá exercer funções típicas de outro poder.

No que diz respeito ao Poder Judiciário como um dos Poderes integrantes da República Federativa do Brasil, Fernandes (2021, p. 1157) apresenta a sua função:

A função típica do Poder Judiciário é a jurisdicional (prestação jurisdicional), que se traduz justamente na interpretação e aplicação das normas para a resolução dos casos concretos resolvendo lides com caráter de definitividade e, com isso, realizando a pacificação social [...] as funções atípicas do Poder Judiciário são explicitadas por dicção constitucional. Sem dúvida, estas são aquelas que seriam, em tese, típicas do Poder Executivo e Poder Legislativo, mas, será o Poder Judiciário que irá realizá-las, à luz de dispositivos constitucionais.

Os órgãos do Poder Judiciário brasileiro estão previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), e são eles: Supremo Tribunal Federal (STF); Superior Tribunal de Justiça (STJ); Tribunal Superior do Trabalho, bem como os tribunais e juízes do Trabalho; Tribunais Regionais Federais e juízes federais; Tribunais e juízes eleitorais; Tribunais e juízes militares; Tribunais e juízes dos Estados e do Distrito Federal e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (BRASIL, 1988).

Assunto importante a se destacar, no que concerne ao Poder Judiciário, e tendo em vista a temática desse trabalho, é os precedentes, assim tratados por Fernandes (2021, p. 1250):

Precedente é o elemento normativo (*razão de decidir* ou *ratio decidendi*) proveniente de decisão judicial que pode servir de diretriz para o julgamento de casos análogos posteriores. Dessa forma, o precedente é composto por três elementos, sendo eles: 1) as circunstâncias fáticas relacionadas à controvérsia, necessária para a definição de quais casos serão considerados semelhantes e, portanto, necessário para a existência da possibilidade de aplicação do precedente; 2) a argumentação jurídica em torno da questão, isto é, a argumentação acerca do uso do precedente; 3) a tese ou o princípio jurídico utilizado na exposição da motivação da decisão (*ratio decidendi*), que não obstante seja elemento do precedente em sendo lato, é, por outro lado, o próprio precedente em sentido estrito.

Na visão de Novellino (2020), a existência de precedentes remete à busca por segurança jurídica e estabilidade do Direito. O precedente pode apresentar eficácia vinculativa, manifesta quando os demais órgãos do Judiciário, bem como a Administração Pública, estarão obrigados a segui-lo.

É nesse sentido que o Supremo Tribunal Federal, órgão guardião da Constituição e que ocupa o topo do Poder Judiciário, pode editar precedentes com vinculação obrigatória quando proferidos no bojo de ações do controle concentrado de constitucionalidade.

Isto discorrido, ressalta-se que a próxima subseção será responsável por tratar sobre a teoria procedimentalista, confrontando-a com o substancialismo. Tal assunto será importante para, posteriormente, melhor se compreender o papel do STF na busca pela concretização da máxima efetividade da Constituição.

2.1.2 Teorias procedimentalistas e substancialistas

A presente subseção discorrerá acerca das teorias procedimentalistas e substancialistas, buscando, para tanto, compreender a distinção observada entre essas

correntes, no que diz respeito à função normativa da Constituição e seus reflexos na contemporaneidade.

Streck (2011, p. 80-81) introduz o assunto apresentando a seguinte consideração:

Contemporaneamente, o papel da Constituição, sua força normativa e o seu grau de dirigismo vão depender da assunção de uma das teses (eixos temáticos) que balizam a discussão: de um lado, as teorias procedimentais, e, do outro, as teorias materiais-substanciais. Parece não haver dúvidas de que esse debate é de fundamental importância para a definição do papel a ser exercido pela jurisdição constitucional.

O autor acima menciona, portanto, que para melhor compreensão das teorias procedimentalistas e substancialistas, é imprescindível discorrer, de forma preliminar, acerca do papel da Constituição no ordenamento jurídico. Assim, discorrer-se-á sobre o assunto, neste tópico, relacionando-o com o cenário constitucional brasileiro.

Insta consignar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), que vige atualmente, foi fruto de um movimento de redemocratização do país, através de eleições diretas para Presidente da República, dando fim ao regime anterior (MORAES, 2018).

Com o declínio da ditadura militar, era necessário que fosse elaborada uma Carta Política que seria responsável pela inauguração de uma nova ordem jurídica, o que foi feito com a convocação de um Poder Constituinte, manifesto através de uma Assembleia Nacional Constituinte.

Segundo Fernandes (2021), a Assembleia Nacional Constituinte ficou por dois anos a debater, no Congresso Nacional, acerca da estrutura do texto da Constituição, até que finalmente fosse aprovado o texto.

Desse modo, em 1988 foi promulgada a CRFB/88 que, nas palavras de Agra (2018, p. 77), “foi a melhor Constituição até agora elaborada, que somente não obteve a concretização da totalidade de suas disposições porque as forças populares, que foram o seu maior sustentáculo, desmobilizaram-se diante da ofensiva das elites econômicas.”

O fato de a CRFB/88 inaugurar nova ordem jurídica no Brasil é basicamente, e em primeiro lugar, em razão de a Constituição ser um texto jurídico que contém os princípios que orientarão a própria estrutura do Estado (BERNARDES; FERREIRA, 2015).

A propósito, Moraes (2018, p. 63), ao discorrer acerca do conceito de Constituição, afirma:

Constituição, *lato sensu*, é o ato de constituir, de estabelecer, de firmar; ou, ainda, o modo pelo qual se constitui uma coisa, um ser vivo, um grupo de pessoas; organização, formação. Juridicamente, porém, *Constituição* deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos. Além disso, é a Constituição que individualiza os órgãos competentes para a edição de normas jurídicas, legislativas ou administrativas.

No caso da CRFB/88, especificamente, a sua promulgação representou um significativo avanço na história do direito brasileiro. Não apenas porque foi fruto do fim da ditadura militar, mas, também, em razão de o seu texto normativo ter buscado se atentar para os anseios, que se fortaleciam no plano internacional, em torno da proteção dos direitos humanos.

Na esteira do entendimento apresentado por Agra (2018), a CRFB/88, também conhecida como Constituição Cidadã, buscou trazer mecanismos para a efetivação de seus dispositivos, ou seja, objetivou a transposição do seu conteúdo teórico para o plano fático, pois a sociedade não mais admitia a previsão de direitos fundamentais apenas na seara da validade jurídica.

Sob essa mesma perspectiva, Paulo e Alexandrino (2017, p. 34) tecem o seguinte comentário acerca das feições da CRFB/88:

Embora boa parte do trabalho de nosso constituinte originário de 1988 tenha sido desfigurada pela enorme quantidade de emendas que a Constituição atual sofreu, pode-se, em uma grande síntese, afirmar que a Constituição de 1988 pretendeu dar ao Brasil a feição de uma social-democracia, de criar um verdadeiro Estado Democrático-Social de Direito, com a previsão de uma imensa quantidade de obrigações para o Estado, traduzidas em prestações positivas, passíveis, em tese, de serem exigidas pela população em geral, muitas como verdadeiros direitos subjetivos. Essa a razão da Carta de 1988 ter recebido o epíteto de Constituição Cidadã.

A CRFB/88 ampliou o rol de direitos e garantias fundamentais, alçando-os ao *status* de cláusulas pétreas, o que significam que constituem o núcleo intangível do texto constitucional, não podendo ser suprimido pelo legislador constituinte derivado (MENDES; BRANCO, 2021).

Enfim, com a CRFB/88 “avigorou-se sobremaneira o Estado-comunidade, mediante o alargamento dos direitos fundamentais de todas as dimensões e o robustecimento dos mecanismos de controle, populares e institucionais, do Poder Público”, é o que afirmam Paulo e Alexandrino (2017, p. 32).

Diante desses apontamentos, insta ponderar a despeito das teorias procedimentalista e substancialista, no que tange à discursão da legitimidade e atuação do judiciário, tendo em vista a posição que a Constituição ocupa no ordenamento, visto que dentro de cada teoria há vertentes distintas para ser abordadas.

Em uma perspectiva procedimental, tem-se que a atuação do judiciário não pode ir além do que lhe é conferido pela Constituição, pois, se assim for, essa forma de atuação acabaria por violar o princípio do Estado Democrático de direito, bem como a tripartição dos poderes (BULOS 2014).

Conforme Streck (2011, p. 85):

No Estado Democrático de Direito, *os Tribunais Constitucionais devem adotar uma compreensão procedimental da Constituição*. Habermas propõe, pois, que o Tribunal Constitucional deve ficar *limitado* à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, isto é, limitando-se a proteger um processo de criação democrática do direito. O Tribunal Constitucional não deve ser um guardião de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais. Deve, sim, zelar pela garantia de que a cidadania disponha de meios para estabelecer um entendimento sobre a natureza dos seus problemas e a forma de sua solução (grifos do autor).

Compreende-se do raciocínio acima exposto que a Constituição não deve ser vista como um documento que legitime ao Tribunal Constitucional alegar a aplicação de suas disposições ao alvedrio de valores fundamentais que regem a sociedade.

Nessa linha de pensamento, os procedimentalistas partem do pressuposto de que o intervencionismo do judiciário enfraquece a força que a Constituição tem enquanto norma maior do ordenamento jurídico, pois, assim sendo, o protagonista do Estado de Direito passa a ser o judiciário (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018).

Em complementação, e ainda sobre a teoria procedimentalista, Streck (2011, p. 81) aduz que:

[...] as teses procedimentais ganham corpo a cada dia, pela acusação que fazem da judicialização da política (ativismo judicial) pregada pelos setores mais identificados com as teorias materiais. Algumas teses procedimentais, como as advogadas por Juan Carlos Bayón, chegam a apontar para um constitucionalismo débil, pelo qual a Constituição tem a função de somente limitar o poder existente, sem prever especificamente uma defesa material dos direitos fundamentais.

A vertente substancialista, por sua vez, entende pela razoabilidade de que no ordenamento jurídico se manifeste uma postura mais ativa do poder judiciário, assegurando,

porém, a necessidade de cautela para que não haja uma interferência desmedida do judiciário em questões afetas a outros poderes (GALDINO, 2016).

Com base na concepção substancialista, portanto, tem-se que “o direito avança em esferas outrora afetas à liberdade política e o Judiciário assume um papel relevante na efetivação da Constituição” (VALENTIM, 2010, p. 1). Discorrendo acerca de qual teoria se afigura como mais adequada, Galdino (2016, p. 9) pondera que:

A distinção entre teorias/autores substancialistas e teorias/autores procedimentalistas não pode ser feita aprioristicamente, pois a teoria adequada deve variar conforme as necessidades e as possibilidades dos intérpretes, no sentido háberliano da palavra. Assim, em alguns casos será mais adequada uma atuação da Jurisdição Constitucional mais substancialista e em outros casos será mais adequada uma atuação mais procedimentalista. Compreende-se assim que a discussão não deve ser qual teoria (ou qual autor) é a melhor. Tanto uma como outra pode ser mais adequada, conforme as necessidades/possibilidades dos intérpretes.

Por outro lado, Streck (2011, p.82-83) salienta que, na sua visão, revela-se dificultosa a prevalência da teoria procedimentalista no ordenamento constitucional, pois esta não se coadunaria com a busca pela efetivação dos direitos e garantias fundamentais:

Entendo difícil sustentar as teses processuais-procedimentais em países como o Brasil, em que parte considerável dos direitos fundamentais-sociais continua incumprida, passadas mais de duas décadas da promulgação da Constituição. Dito de outro modo: parece muito pouco – mormente se levarmos em conta a pretensão de se construir as bases de um Estado Social no Brasil – destinar ao Poder Judiciário tão somente a função de *zelar pelo respeito aos procedimentos democráticos para a formação da opinião e da vontade política, a partir da própria cidadania*, como quer, por exemplo, o paradigma procedimental (grifos do autor).

Assim, tendo-se como base a teoria substancialista, o Judiciário teria um significativo papel na concretização de direitos fundamentais, quando manifestas situações de inércia dos demais poderes (LENZA, 2022).

Isso porque, o acesso à justiça e a satisfação do direito poderiam ser alcançados por meio de uma decisão judicial estruturante que buscaria dar efetividade a uma norma constitucional.

Apresentadas essas considerações, insta consignar que a próxima subseção dará continuidade ao assunto abordando a temática do ativismo judicial e altivez, tópico também relacionado à atuação do Poder Judiciário no ordenamento jurídico.

2.1.3 Ativismo judicial

A presente subseção será responsável por discorrer acerca do ativismo judicial, tema de pertinente análise para este trabalho monográfico, haja vista a aplicação concreta da Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, por parte do STF, no âmbito da ADPF 347, refletir situação típica de ativismo judicial.

Demonstra-se necessário mencionar, para tanto, o que seja neoconstitucionalismo. Após apresentar as bases desta vertente teórica, será possível melhor compreender o assunto do ativismo judicial.

Sobre o neoconstitucionalismo, Fernandes (2021, p. 60) apresenta o seguinte entendimento:

O neoconstitucionalismo perpassa pela chamada constitucionalização do direito e sua força normativa (força normativa da constituição), com a devida centralidade das normas constitucionais (constituição como o centro do ordenamento), bem como pela reaproximação entre o direito e a ética, o direito e a moral e, sobretudo, o direito e a justiça, numa busca pela superação da velha e esgotada dicotomia jusnaturalismo *versus* positivismo, sob a base do pós-positivismo.

O neoconstitucionalismo tem sido um dos fundamentos teóricos legitimadores da própria atuação proativa do Poder Judiciário, no que diz respeito à implementação de políticas públicas.

Nessa perspectiva, insta consignar que o neoconstitucionalismo tem como principais características a busca pela efetivação das prestações materiais que foram prometidas à sociedade, quando da implantação do Estado Democrático de Direito (MENDES; BRANCO, 2021).

Por meio do neoconstitucionalismo, entende-se que há uma onipresença de princípios e regras no ordenamento, sendo que também as inovações hermenêuticas buscam o desenvolvimento da justiça distributiva, bem como a densificação da forma normativa do Estado (MORAES, 2018).

É nesse sentido que se apresenta a relação do neoconstitucionalismo com o ativismo judicial. Não obstante, Agra (2018, p. 60) pondera:

Na seara de discricionariedade encontrada, na maioria dos casos, na subsunção, pode o operador socorrer-se de elementos metajurídicos, mormente da densidade suficiente na concretização dos direitos fundamentais. O neoconstitucionalismo não postula o surgimento de um

judicial power; os marcos normativos devem ser obedecidos pelos poderes estatais. Entretanto, em países periféricos como o nosso, o ativismo judicial pode ser admitido quando houver a premência da realização de direitos fundamentais, assegurando a ‘densidade suficiente’, estabelecida de forma conjunta pela seara política e pela seara jurídica.

À vista dessa disposição, cumpre apresentar o conceito de ativismo judicial, destacando primeiramente a sua origem.

Para Barroso (2015, p. 440-441), “[...] ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969.”

No período mencionado, a jurisprudência da Suprema Corte norte americana adotou práticas jurisprudenciais progressistas que não se baseavam em atos legislativos do Congresso nem mesmo em Decretos presidenciais. Essas condutas deram origem ao termo ativismo judicial, que foi visto de forma negativa, pois se entendia que a atuação do órgão máximo da justiça americana extrapolava as suas competências (HANONES, 2012).

Desse modo, Bulos (2014, p. 442) afirma que o “[...] ativismo judicial é o ato em que os juízes criam pautas legislativas de comportamento, como se fossem os próprios membros do Poder Legislativo.”

Para Masson (2016), o ativismo judicial se mostra importante quando as decisões são tomadas com o objetivo de suprir injustificáveis omissões por parte do Congresso Nacional, de modo que, assim, acaba por assumir uma função do Poder Legislativo, ainda que indiretamente.

Não se pode olvidar que a CRFB/88, em seu artigo 2.º, trata sobre a tripartição do Poderes, quando menciona que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 1988).

Mesmo o texto constitucional destacando a harmonia existente entre os Poderes, Bahia (2017) menciona que não deve haver ingerência de um poder nas funções típicas que deveriam ser desenvolvidas por outro poder.

Dessa forma, Bulos (2014, p. 441) compreende que o ativismo judicial desrespeita a tripartição dos Poderes, pois “[...] 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 arripio da cláusula da separação de Poderes (CF, art. 2º).”

Para Barroso (2015, p. 441-442), porém, o ativismo judicial é o reflexo de uma busca ativa do Judiciário pela concretização de objetivos constitucionais, sendo que nem sempre reflete em uma interferência de um Poder em outro:

Depurada dessa crítica ideológica - até porque pode ser progressista ou conservadora -, 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. Em muitas situações, nem sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios. No Brasil, há diversos precedentes de postura ativista do STF, manifestada por diferentes linhas de decisão.

Na mesma linha, Lenza (2022) aduz que o ativismo judicial por vezes é utilizado pelo Poder Judiciário com vistas a assegurar prestações positivas, que dizem respeito ao mínimo existencial, termo que compreende aquilo que é considerado como essencial à sobrevivência do ser humano. Além disso, a postura ativa do Judiciário refletiria até mesmo a necessidade de se conformar a ordem jurídica à evolução social.

Por outro lado, Bernardes e Ferreira (2016) afiançam que nem sempre a utilização do ativismo judicial tem refletivo em uma evidente concretização de direitos por parte do Poder Judiciário. Ao contrário, muitas vezes questiona-se que as decisões com essas características de ativismo tem sido responsáveis pela violação da CRFB/88, bem como ocasionadoras de supressão de garantias fundamentais.

Esse entendimento é endossado por Bulos (2014, p. 443) quando afirma que o ativismo judicial é responsável por manipulações constitucionais muitas vezes baseadas em interpretações desarrazoadas:

Por meio do ativismo judicial, o Poder Judiciário passa a ser um órgão incontrolável, cujos membros podem até invocar a ‘doutrina das questões políticas’, para, de modo descomensurado, desbordarem as raias da função jurisdicional, proferindo sentenças estapafúrdias, baseadas em interpretações desarrazoadas, construções e manipulações contrárias ao dever ser das normas constitucionais. O ativismo judicial, portanto, abusa da interpretação, da construção e da manipulação, propiciando fraudes constitucionais, e, não raro, mutações inconstitucionais. Tais fraudes subvertem as técnicas de vivência das constituições, alijando as normas supremas do Estado, porque minam-lhes as potencialidades e as virtudes. Ora, a interpretação, a construção e a manipulação constitucionais, quando usadas nos lindes da lógica e do bom senso, são meios idôneos para se atualizar a obra constituinte, pondo as normas supremas do Estado em consonância com o pulsar do fato social cambiante.

Sob essa perspectiva, Leal (2008, p. 144) menciona que, por vezes, se entende que o papel do STF estaria mais a revelar uma altivez do que um ativismo, pois acaba se afigurando uma atuação que “corre o risco de avançar rumo à construção de um Governo dos Juízes.”

Diante do exposto, foi possível apresentar as bases conceituais e as características do ativismo judicial. Buscou-se discorrer sobre tema a partir de uma explanação do neoconstitucionalismo, pois ambos os assuntos se aproximam em razão de nas suas vertentes teóricas estar presente, dentre outros aspectos, a incidência de inovação hermenêutica no ordenamento jurídico.

Conforme se discorreu, o ativismo judicial se caracteriza por uma postura mais ativa do Judiciário na busca pela concretização de direitos, o que é feito comumente através de interferência na seara de outros Poderes.

2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

No presente capítulo, será feita uma abordagem acerca dos direitos fundamentais, o que se mostra importante em vista de a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, que também será discutida nessa parte do trabalho, envolver a violação massiva dessa categoria de direitos.

2.2.1 Direitos fundamentais

A presente subseção terá por incumbência abordar acerca dos direitos fundamentais, analisando, para tanto, o seu conceito e dimensões, sendo que esta última se revela importante para compreender o próprio sentido e evolução dos direitos fundamentais.

Na esteira do entendimento apresentado por Novelino (2020, p. 277), “a expressão direitos fundamentais surgiu na França durante o movimento político e cultural que originou a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.”

Em seguida, a expressão foi disseminada no pensamento jurídico alemão, no século XIX, tendo sido cunhado o termo *Grundrechte* para se referir a um conjunto de direitos humanos incorporados pelo ordenamento jurídico (FERNANDES, 2021).

Vale destacar que os direitos fundamentais não se confundem com os direitos humanos, em que pese a semelhança ontológica entre eles. No plano de positivação, é escorreito afirmar que os direitos fundamentais se relacionam àqueles postos na ordem jurídica interna do Estado, ao passo que os direitos humanos correspondem aos direitos positivados no prisma internacional.

A importância dos direitos fundamentais em um ordenamento pode ser ilustrada na exposição de Mendes e Branco (2021, p. 127), quando consignam que o progresso do direito constitucional “é resultado, em boa medida, da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa e da visão de que a Constituição é o local adequado para positivar as normas asseguradoras dessas pretensões.”

Justamente por essa razão que os direitos fundamentais, no que diz respeito ao ordenamento jurídico brasileiro, encontram o seu fundamento de validade na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), considerada a norma suprema do Estado (BARROSO, 2015).

Conceituando os direitos fundamentais, Fernandes (2021, p. 321-322) entende que:

Os direitos fundamentais são produtos de um processo de constitucionalização dos direitos humanos, entendidos estes últimos como elementos de discursos morais justificados ao longo da História. Assim, os direitos fundamentais não podem ser tomados como verdades morais dadas previamente, mas como elementos em constante processo de (re) construção, haja vista que sua justificação e normatividade decorrem de uma Constituição positiva, igualmente mutável. Por isso mesmo, falar em direitos fundamentais é falar em condições para a construção e o exercício de todos os demais direitos previstos no Ordenamento Jurídico (interno), e não apenas em uma leitura reducionista, como direitos oponíveis contra o Estado.

Sintetizando o entendimento acima apresentado, Paulo e Alexandrino (2017, p. 95) endossam que os direitos fundamentais “designam os direitos relacionados à pessoa, inscritos em textos normativos de cada Estado [...] sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo, pois são assegurados na medida em que cada Estado os estabelece.”

Os direitos fundamentais podem ser concebidos nas dimensões subjetiva e objetiva. A sua definição como direitos subjetivos significa a possibilidade de exercício de uma conduta, concedida pela norma ao seu titular. Do mesmo modo, os direitos fundamentais são compreendidos como elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva, haja vista formarem a base de um ordenamento jurídico.

Ao discorrer acerca das dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, Fernandes (2021, p. 322) salienta:

Temos as intituladas dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais. A primeira (subjetiva), importa na faculdade de impor uma atuação negativa ou positiva aos titulares do Poder Público. A segunda (objetiva) vai além da perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais como garantias do indivíduo frente ao Estado e coloca os direitos fundamentais como verdadeiro ‘norte’ de ‘eficácia irradiante’ que fundamenta todo o ordenamento jurídico.

No que concerne à classificação, a doutrina majoritária aponta a existência de uma primeira, segunda e terceira gerações de direitos fundamentais. Insta esclarecer que alguns autores usam o termo dimensões, ao invés de gerações, para se referir a essa ordem cronológica de reconhecimento dos direitos fundamentais (MORAES, 2018).

Para esta situação, portanto, o termo dimensões não deve ser confundido com as já analisadas dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais. Cabe apresentar a teoria dos quatro *status*, proposta por Jeorg Jellinek.

A teoria dos quatro *status*, proposta por Jeorg Jellinek no final do século XIX, serve de fundamento para a classificação das dimensões dos direitos fundamentais, e ela é responsável por analisar a posição do indivíduo perante o Estado (AGRA, 2018).

Lenza (2022, p. 1163) aponta a ideia trazida em cada um dos *status* na referida teoria:

Status passivo ou *subjectionis*: o indivíduo se encontra em posição de subordinação aos poderes públicos, vinculando-se ao Estado por mandamentos e proibições. O indivíduo aparece como detentor de deveres perante o Estado; *status* negativo: o indivíduo, por possuir personalidade, goza de um espaço de liberdade diante das ingerências dos Poderes Públicos. Nesse sentido, podemos dizer que a autoridade do Estado se exerce sobre homens livres; *status* positivo ou *status civitatis*: o indivíduo tem o direito de exigir que o Estado atue positivamente, realizando uma prestação a seu favor; *status* ativo: o indivíduo possui competências para influenciar a formação da vontade do Estado, por exemplo, pelo exercício do direito do voto (exercício de direitos políticos).

Daí se pode ter as bases da teoria relativa às gerações (ou dimensões) dos direitos fundamentais. Nesse sentido, Fernandes (2021, p. 325) expõe que “os direitos de primeira geração (ou dimensão para alguns) seriam chamados também de direitos de liberdade: direitos civis e políticos, que inaugurariam o Constitucionalismo do Ocidente.”

Ainda sobre os direitos de primeira geração (ou dimensão), Agra (2018, p. 146) explana que:

Eles marcam a afirmação do indivíduo frente à prepotência do absolutismo estatal, preservando a esfera de autonomia privada do cidadão. Por isso é que são direitos essencialmente burgueses: apenas a burguesia podia usufruir deles. Sem as condições materiais necessárias, as demais classes sociais não tinham acesso a essas prerrogativas. O individualismo é a tônica constante dessa dimensão. Como exemplos de direitos de primeira dimensão podem ser citados: o direito de liberdade de expressão, de imprensa, de reunião, de associação, de propriedade, de igualdade formal perante a lei, de participação política, o devido processo legal, o *habeas corpus*, o direito de petição etc.

Os direitos de primeira geração, portanto, acabam por representar um contexto que exige uma atuação negativa do Estado, a fim de, desse modo, possibilitar o exercício de direitos pelo indivíduo.

Os direitos de segunda geração, por sua vez, relacionam-se à ideia de igualdade material, razão pela qual são compreendidos como direitos sociais, econômicos e culturais.

Apesar de a sua difusão ter se iniciado nos séculos XVII, somente no século XX é que eles passaram a ser amplamente garantidos (NOVELINO, 2020).

Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018), ao tratarem sobre a segunda geração de direitos fundamentais, apontam que o impacto da industrialização, aliado aos graves problemas econômicos e sociais, foram responsáveis pelos movimentos de reivindicação de direitos que ensejaram um comportamento ativo do Estado na realização da justiça social.

Quanto à terceira geração de direitos fundamentais, Fernandes (2021, p. 326) indica que:

No final do século XX, um resgate do teor humanístico oriundo da tomada de consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas teria sido um elemento importante para o pensar de uma nova geração de direitos fundamentais, uma terceira geração de direitos (dimensão). Em uma leitura ainda mais expandida, enxerga como destinatário todo o gênero humano (presente e futuro), como um todo conectado, de modo que se fundamentaria no princípio da fraternidade.

Assim, Mendes e Branco (2021, p. 129) sustentam que os direitos de terceira geração estão ligados à ideia de direitos transindividuais, destinados à tutela do gênero humano, e “são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas de coletividades, de grupos. Tem-se, aqui, o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural.”

Por fim, é importante mencionar que alguns autores ainda apontam a existência de uma quarta e quinta gerações de direitos fundamentais. A quarta geração estaria relacionada a direitos como a democracia, à informação e ao pluralismo. Na concepção de Fernandes (2021), estes direitos representam a base da cidadania e da liberdade, funcionando, pois, como um mecanismo de proteção face à sociedade globalizada.

Ainda sobre a quarta geração de direitos fundamentais, Bonavides (2004, p. 571) entende que de tais direitos “depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.”

Novelino (2020) expõe que a quinta geração, por sua vez, compreenderia o direito à paz, alçando-o, portanto, da terceira geração para uma quinta geração de direitos fundamentais. Trata-se, pois, de aspiração a um espírito humanista em geral, buscando com que a globalização político-econômica não gere uma paradoxal divisão na comunidade internacional.

Em sentido semelhante, afirma Bonavides (2004) que a relação de transposição da terceira geração para uma quinta geração pode ser inferida, por exemplo, na ideia de fraternidade (terceira geração) como consequência da busca pelo direito à paz (quinta geração).

Diante do exposto na presente subseção, foi possível compreender que os direitos fundamentais representam a positivação dos direitos humanos em um ordenamento jurídico, e são inerentes à ideia de tutela da dignidade. Tais direitos têm passado por uma evolução que pode ser entendida com resultado de cada momento histórico que fomentou a sua disseminação.

2.2.2 Omissão e tutela deficiente de direitos

A presente subseção será responsável por discorrer acerca da omissão inconstitucional, assunto que servirá de base para a posterior análise da proteção deficiente dos direitos fundamentais, tema que também se estudará neste tópico.

O estudo do conceito de omissão inconstitucional pode ser iniciado com a apresentação do seu termo antagônico: ação inconstitucional. Isso porque, enquanto a ação inconstitucional diz respeito a uma conduta ativa, e em desconformidade com a Constituição, a omissão inconstitucional representa o comportamento violador da Constituição em virtude de um não atuar por parte dos poderes constituídos.

Introduzindo o assunto da omissão inconstitucional, Mendes e Branco (2021, p. 1094) indicam o papel do Estado na edição de leis que possam dar concretude à realidade e anseios sociais:

Não parece subsistir dúvida de que a concretização da Constituição há de ser efetivada, fundamentalmente, mediante a promulgação de lei. Os princípios da democracia e do Estado de Direito (art. 1º) têm na lei instrumento essencial. Não se trata aqui apenas de editar normas reguladoras das mais diversas relações, mas de assegurar a sua legitimidade mediante a aprovação por órgãos democraticamente eleitos [...] Compete às instâncias políticas e, precipuamente, ao legislador, a tarefa de construção do Estado constitucional. Como a Constituição não basta em si mesma, têm os órgãos legislativos o poder e o dever de emprestar conformação à realidade social.

O princípio da supremacia da Constituição trata-se de um postulado a reforçar a imposição de que o Estado materialize os seus comandos, sendo que as situações de omissão de revelam-se, sobretudo, quando o direito a ser concretizado tem fundamento em normas de

eficácia limitada (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018).

A omissão inconstitucional trata-se de um dos temas de maior relevância no estudo da Constituição, pois a necessidade de que sejam preenchidas as lacunas normativas que se prolongam no texto constitucional, em virtude de inércia dos agentes públicos, retrata a passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional (TAVARES, 2017).

Na esteira do entendimento apresentado por Paulo e Alexandrino (2017, p. 839), a “omissão inconstitucional ocorre quando uma norma constitucional deixa de ser efetivamente aplicada pela falta de atuação normativa dos órgãos dos poderes constituídos.”

Sob essa perspectiva, a omissão inconstitucional faz com que o texto da Constituição deixe de ter plena aplicação, ocasionada pela inação do poder competente que deveria dar concretude à norma.

Ao discorrer acerca da omissão inconstitucional e sua relação com a ideia de supremacia da Constituição, Campos (2016, p. 26) apresenta o seguinte entendimento:

Substituída a ideia de supremacia do Parlamento pela de supremacia constitucional, se o legislador omitir-se em disciplinar matéria imposta pela constituição, tal omissão estará negando a qualidade superior dessa norma. O ‘não fazer’ não pertencerá à esfera de discricionariedade do legislador, e sim padecerá do vício da inconstitucionalidade. A absoluta discricionariedade do legislador, tanto do ponto de vista temporal como do conteudista, deu lugar a uma liberdade de conformação condicionada aos mandamentos constitucionais.

Por essa razão é que a omissão constitucional se manifesta quando da inobservância de “normas constitucionais de eficácia limitada de caráter mandatório, em que a sua plena aplicabilidade está condicionada à ulterior edição dos atos requeridos pela Constituição” (PAULO; ALEXANDRINO, 2017, p. 886).

Nesse sentido, é válido recordar as normas de eficácia limitada são aquelas que, para produzirem seus efeitos, dependem da atuação do legislador infraconstitucional, necessitando, pois, de regulamentação (BULOS, 2014).

Tais normas possuem aplicabilidade postergada, haja vista a sua dependência de que seja editada norma regulamentadora para que, somente assim, produza efeitos no mundo jurídico (MENDES; BRANCO, 2021).

Sobre as normas de eficácia limitada, complementa Novelino (2021, p. 114) que “as normas de eficácia limitada, embora nem sempre dotadas de eficácia positiva, possuem eficácia negativa, no sentido de não recepcionar a legislação anterior incompatível e de impedir a edição de normas em sentido oposto aos seus comandos.”

Busca-se, assim, evitar o retrocesso de direitos. A propósito, tem-se que, no que diz respeito à tutela deficiente dos direitos fundamentais, cabe observar que o Estado, por meio dos seus Poderes instituídos, está vinculado aos ditames impostos pelo texto constitucional, de modo que a proteção dos direitos básicos individuais não deve ser negligenciada (BARROSO, 2015).

O constitucionalismo afigura-se como uma forma de limitação estatal, gerando proteções aos indivíduos por meio dos direitos fundamentais, razão pela qual os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário devem regular suas atividades em conformidade aos parâmetros pré-estabelecidos pelo texto constitucional.

Na esteira do entendimento apresentado por Mendes e Branco (2021, p. 137) acerca da vinculação do Legislativo, Executivo e Judiciário aos direitos fundamentais, “nenhum desses Poderes se confunde com o Poder que consagra o direito fundamental, que lhes é superior. Os atos dos poderes constituídos devem conformidade aos direitos fundamentais e se expõem à invalidade se o desprezarem.”

Quanto à vinculação do Poder Legislativo, Paulo e Alexandrino (2017) afirmam que tal limitação representa uma forma de obstar a edição de atos legislativos que contrariem os direitos fundamentais assegurados pela CRFB/88, bem como aprovar leis que preencham lacunas do texto constitucional.

Fernandes (2021, p. 348) complementa:

É de se levar em consideração, ainda, que o legislador também deve, por estar vinculado aos direitos fundamentais, elaborar normas que visem regular os direitos fundamentais que dependem de concretização legislativa. Certo é que a adequação do Poder Legislativo aos direitos e garantias fundamentais passa não só pela ação (em consonância com os direitos), mas, também, pela não omissão na concretização de direitos.

No que concerne à vinculação do Poder Executivo, há de se ressaltar que a Administração Pública também deve obediência aos direitos fundamentais, sob pena de seus atos serem invalidados se seus atos comissivos ou omissivos afrontarem ao que estabelece a CRFB/88 (TAVARES, 2017).

De acordo com o que expõem Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018), mesmo nas situações em que a lei reconheça à Administração Pública a possibilidade de agir com discricionariedade, deve-se observar as limitações impostas pelos direitos fundamentais.

Apontam Mendes e Branco (2021, p. 138) que há, porém, discussão doutrinária “se, diante da vinculação da Administração aos direitos fundamentais, pode o administrador

realizar, ele próprio, juízo de inconstitucionalidade de uma lei e recusar a lhe dar aplicação, por entendê-la discordante de um direito fundamental.”

Já no que diz respeito à vinculação do Poder Judiciário aos direitos fundamentais, Fernandes (2021, p. 349) tece os seguintes comentários:

O Judiciário conhecerá sempre de situações que envolvam lesões ou ameaça de lesões a direitos, sendo a defesa dos direitos fundamentais a sua atividade mais basilar. Com o desenvolvimento histórico, coube ao Judiciário a tarefa de controle dos atos dos demais Poderes Públicos a fim de fiscalizar se estão em consonância com as normas constitucionais. Por isso mesmo, diversos doutrinadores apresentam teses no sentido de que devem os órgãos judicantes agir sempre na persecução da máxima efetividade possível dos direitos fundamentais.

É sob essa perspectiva também que a CRFB/88, em seu artigo 5.º, inciso XXXV, dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988).

Manifesta-se, assim, no âmbito da própria administração pública, a busca pela máxima efetividade da Constituição, evitando-se a lesão a direitos fundamentais de indivíduos que possam ser atingidos por determinado ato.

Discorrem Mendes e Branco (2021, p. 141) que:

Cabe ao Judiciário a tarefa clássica de defender os direitos violados ou ameaçados de violência (art. 5.º, XXXV, da CF). A defesa dos direitos fundamentais é da essência de sua função constitucional. Os tribunais detêm a prerrogativa de controlar os atos dos demais Poderes, com o que definem o conteúdo dos direitos fundamentais proclamados pelo constituinte. A vinculação das cortes aos direitos fundamentais leva a doutrina a entender que estão elas no dever de conferir a tais direitos máxima eficácia possível. Sob um ângulo negativo, a vinculação do Judiciário gera o poder-dever de recusar aplicação a preceitos que não respeitem os direitos fundamentais.

Na esteira do entendimento firmado por Campos (2016), o estudo da tutela deficiente dos direitos fundamentais também impõe a análise do tema à luz do princípio da proporcionalidade.

De acordo com a explanação apresentada por Novellino (2020, p. 302), a proporcionalidade “[...] deve ser compreendida como um ‘postulado’, isto é, como uma metanorma que prescreve o modo do raciocínio e de argumentação relacionado às normas restritivas de direitos fundamentais.”

Barroso (2015) afirma que o princípio da proporcionalidade trata-se de um postulado implícito na CRFB/88, sendo que o seu desenvolvimento se deu a partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha.

Conforme Fernandes (2021, p. 242), o princípio da proporcionalidade “[...] se divide em três sub-regras que devem sempre ser analisadas em sequencia: (1) adequação, (2) necessidade e (3) proporcionalidade em sentido estrito.”

A adequação relaciona-se ao meio empregado, bem como ao objetivo a ser alcançado. Assim, impõe-se que as medidas submetidas ao princípio da proporcionalidade sejam legítimas e aptas para produzir fins igualmente legítimos (NOVELINO, 2020).

Paulo e Alexandrino (2017, p. 175) explanam que a necessidade, por sua vez, “[...] significa que a adoção de uma medida restritiva de direito só é válida se ela for indispensável para a manutenção do próprio ou de outro direito, e somente se não puder ser substituída por outra providência também eficaz.”

Já a proporcionalidade em sentido estrito representaria a efetiva ponderação a ser empreendida entre os benefícios e os malefícios que poderão ser causados com o ato. Ou seja, está relacionada à ideia de sopesamento.

Barroso (2015) salienta que o princípio da proporcionalidade não deve ser visto apenas como uma forma de vedação de excesso, mas, também, como um instrumento hermenêutico relacionado à proibição da proteção deficiente dos direitos fundamentais.

Tem-se assim a ideia de proporcionalidade como proibição de proteção deficiente dos direitos fundamentais: o Estado só atuará legitimamente se oferecer, em favor dos direitos fundamentais dos cidadãos, uma proteção que observe as exigências do princípio da proporcionalidade. A finalidade é coibir a inação ou a atuação deficiente do Estado, exigindo-lhe a adoção de medidas normativas suficientes para alcançar uma proteção adequada e eficaz dos direitos fundamentais (CAMPOS, p. 85).

Diante do exposto, foi possível apresentar as considerações acerca da omissão inconstitucional, bem como sobre a proteção deficiente dos direitos fundamentais, o que impõe uma vinculação dos poderes instituídos aos mesmos.

2.2.3 O estado de coisas inconstitucional

A presente subseção dará início ao estudo da temática central deste trabalho monográfico, o estado de coisas inconstitucional, teoria que tem sido reconhecida recentemente na doutrina e jurisprudência brasileira.

Desde o início, cabe apontar que o estado de coisas inconstitucional está intimamente ligado à omissão legislativa, no que diz respeito a não atuação dos poderes constituídos acerca de matéria lacunosa que reclama regulamentação (PAULO; ALEXANDRINO, 2017).

É de se notar que, conforme explanação feita por Mendes e Branco (2021, p. 1011), “os estudos contemporaneamente produzidos, no Brasil, sobre a problemática da omissão legislativa denotam preocupação marcante com os instrumentos utilizados no direito comparado para lidar com a relevante questão.”

Justamente nesse sentido que o estado de coisas inconstitucional se afigura como uma teoria cujos fundamentos se encontram na inércia do Estado em adotar uma conduta positiva na proteção de direitos fundamentais (VASCONCELOS, 2017).

Segundo Fernandes (2021), o estado de coisas inconstitucional trata-se de uma categoria surgida na Corte Constitucional Colombiana, sendo que, no Brasil, tem sido estudada assiduamente pelo professor Carlos Alexandre de Azevedo Campos.

Quanto à aplicação da referida teoria na jurisprudência, a mesma foi objeto de debate quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347, de relatoria do ministro Marco Aurélio (TAVARES, 2017).

Discorrendo acerca do Estado de Coisas Inconstitucional, Fernandes (2021, p. 1590) afirma:

A tese seria a de que o Poder Judiciário teria a possibilidade de declarar um ‘estado de coisas’ como inconstitucional, indo, portanto, além de sua competência tradicional de invalidar lei ou ato normativo pela via da inconstitucionalidade. Certo é que o estado de coisas inconstitucional pode ser observado quando se verifica a existência de um quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, causado pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar determinadas conjunturas, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público, bem como a atuação de uma pluralidade de autoridades podem modificar a situação inconstitucional.

Nessa perspectiva, o estado de coisas inconstitucional se afiguraria como um instrumento no qual o magistrado buscaria soluções para problemas estruturais através de uma atuação judicial comprometida com a realidade social (NOVELINO, 2020).

Na visão de Campos (2016, p. 98):

O reconhecimento do ECI, do ponto de vista empírico, prova a grande distância que há entre prescrever a existência de direitos fundamentais em textos constitucionais solenes e o efetivo gozo desses direitos no plano da

realidade social. Além disso, demonstra que a omissão estatal nada tem a ver com enunciados constitucionais específicos, e sim com as condições precárias de fruições desses direitos, em relação às quais o legislador, o administrador ou ambos nada fizeram ou fazem para remediar.

Por essa razão, o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, por uma Suprema Corte, indica a existência de violações constantes de direitos fundamentais, sendo que, nessa circunstância, apenas uma transformação estrutural seria capaz de mudar tal cenário.

Discorre Fernandes (2021, p. 1590) que:

Ante a gravidade excepcional do quadro, a corte se afirma legitimada a interferir na formulação e implementação de políticas públicas e em alocações de recursos orçamentários e a coordenar as medidas concretas necessárias para superação do estado de inconstitucionalidades. Nesse sentido, a Corte Constitucional se encontra diante da figura do ‘litígio estrutural’, que é caracterizado pelo alcance a número amplo de pessoas, a várias entidades e por implicar ordens de execução complexa. E para enfrentar litígios dessa magnitude, juízes constitucionais devem fixar ‘remédios estruturais’ voltados ao redimensionamento dos ciclos de formulação e execução de políticas públicas, o que não seria possível por meio de decisões ortodoxas (tradicionais).

De acordo com Campos (2016), são três os pressupostos do estado de coisas inconstitucional: I) plano de fatos (constatação do quadro de violação massiva de direitos fundamentais); II) plano de fatores (inércia dos poderes constituídos quanto à proteção deficiente dos direitos fundamentais); III) plano dos remédios (superação das violações generalizadas por meio de mudanças estruturais).

Em que pese o estado de coisas inconstitucional funcionar como uma vertente teórica que apresenta uma alternativa à omissão estatais quanto ao quadro generalizado de violações a direitos fundamentais, é necessário analisá-lo com cuidado (MENDES; BRANCO, 2021).

É o que também entende Campos (2016, p. 157) quando assim complementa acerca do estado de coisas inconstitucional (ECI):

Ao defender que o ECI é uma boa ideia, não o faço acriticamente, sobretudo no que se refere aos riscos de flexibilidade em sua configuração e identificação em casos concretos, e ao seu potencial para possibilitar decisões arbitrárias. As declarações do ECI precisam ser compreendidas, avaliadas e desafiadas. As boas ideias e práticas devem ser aproveitadas e mais bem desenvolvidas; as ruins criticadas, rejeitadas ou, se possível, corrigidas. Isso é próprio de uma doutrina crítica.

Apresentadas essas considerações, insta consignar que o próximo capítulo será responsável por aprofundar o estudo do estado de coisas inconstitucional, sobretudo no que diz respeito à atuação da corte constitucional quando da aplicação dessa teoria.

2.3 ECI E ATIVISMO JUDICIAL

No presente capítulo, apresentar-se-á a delimitação deste trabalho e, para tanto, serão analisados aspectos como a introdução do estado de coisas inconstitucional no julgamento da ADPF 347, bem como a relação de tal teoria com as sentenças estruturantes e com o ativismo judicial.

2.3.1 O ECI e as sentenças estruturais

Na presente subseção, analisar-se-á o estado coisas inconstitucional e as sentenças estruturais, a fim de compreender de que modo o reconhecimento do quadro de violação massiva pode se dar nos provimentos jurisdicionais. Antes, porém, revela-se pertinente fazer uma abordagem introdutória acerca do tema sentença.

A definição de sentença pode ser extraída do próprio texto legal, no Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), em seu artigo 203, §1.º, que dispõe se tratar de um pronunciamento através do qual o magistrado encerra a fase cognitiva do procedimento comum, bem como põe fim à execução (BRASIL, 2015).

Analisando a disposição legislativa acerca do que vem a ser sentença, Mouzalas, Terceiro Neto e Madruga (2017, p. 660) assim aduzem:

A sentença não necessariamente põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução. Ela assim o fará se não for interposto recurso. Se interposto, não será colocado fim à fase de conhecimento, nem extinto o processo de execução. Tem a sentença, pois, apenas a aptidão de por fim à fase cognitiva e extinguir a execução. Além do mais, faz-se necessário especificar que, nem sempre, haverá execução aparelhada em título executivo judicial, seja porque, quando possível, é, em muitas vezes, apenas facultativa, além do que, em algumas outras situações, a sentença não reconhece direito à prestação, o que torna impossível sua execução.

Na esteira do entendimento apresentado por Montenegro Filho (2018), a sentença deve conter relatório, fundamentos e dispositivo para que possa ter validade. Inclusive, a ausência de relatório ou fundamentação enseja nulidade da sentença.

As principais ocorrências do processo representam o relatório da sentença, ao passo que a fundamentação diz respeito à análise e decisão das questões fáticas e jurídicas da demanda. Já o dispositivo se trata da conclusão da sentença, constituindo, pois, o momento em que o magistrado indica a decisão tomada.

No que diz respeito à classificação das sentenças, tem-se que, quanto à solução do mérito, se dividem em sentenças terminativas e sentenças definitivas, assim tratadas por Mouzalas, Terceiro Neto e Madruga (2017, p. 666):

Sentença terminativa é aquela que põe fim ao procedimento em primeiro grau sem resolver o mérito, por falta de pressupostos processuais e pela verificada carência do direito de ação [...]. Sentença definitiva é aquela que resolve o mérito, podendo acolher ou rejeitar, em todo ou em parte, os pedidos formulados, considerar prejudicada a ação ou pretensão.

Quanto à carga de eficácia predominante, a sentença definitiva pode ser predominantemente declaratória, predominantemente constitutiva, predominantemente condenatória, predominantemente mandamental ou predominantemente executiva (THEODORO JUNIOR, 2018).

A temática deste tópico aborda outra classificação de sentença denominada de sentença estrutural. Sobre essa espécie de decisão, afirma Arenhart (2017, p. 2):

Talvez um dos mais importantes instrumentos nessa direção sejam as chamadas *structural injunctions*, concebidas pela doutrina norte-americana. Percebeu-se que muitas decisões sobre questões coletivas exigem soluções que vão além de decisões simples a respeito de relações lineares entre as partes. Exigem respostas difusas, com várias imposições ou medidas que se imponham gradativamente. São decisões que se orientam para uma perspectiva futura, tendo em conta a mais perfeita resolução da controvérsia como um todo, evitando que a decisão judicial se converta em problema maior do que o litígio que foi examinado. As questões típicas de litígios estruturais envolvem valores amplos da sociedade, no sentido não apenas de que há vários interesses concorrentes em jogo, mas também de que a esfera jurídica de vários terceiros pode ser afetada pela decisão judicial.

As sentenças estruturais dizem respeito a litígios que alcançam um número amplo de indivíduos, através de decisões complexas que visam modificar instituições públicas que se encontram em deficiência operacional.

Através das decisões estruturais, “o foco não seria a execução tradicional de direito particulares, e sim a melhoria da perspectiva das políticas públicas em favor de um conjunto de grupos e indivíduos interessados, para o futuro dos direitos envolvidos” (CAMPOS, 2016, p. 188).

Sob essa perspectiva, compreende-se haver uma relação intrínseca entre as sentenças estruturais e o estado de coisas inconstitucional, posto que a postura proativa do

Poder Judiciário ao identificar um quadro de violação massiva de direitos fundamentais se materializa justamente por meio de decisões dessa espécie.

Campos (2016, p. 189) salienta que as sentenças estruturais vão além da imposição de condutas comissivas ao agente estatal:

Não se trata apenas de determinar obrigações de fazer dirigidas às autoridades públicas para o cumprimento de prestações específicas. As *structural injunctions* voltam-se à reestruturação de instituições de governo, às alterações sistêmicas necessárias a assegurar a tutela dos direitos fundamentais, que podem alcançar medidas legislativas, administrativas, regulatórias e orçamentárias. São remédios transformativos: buscam ‘reformas estruturais’.

Nesse viés, as sentenças estruturais representam instrumentos judiciais importantes para se evitar o reconhecimento de direitos sem remédios, sendo que a sua efetivação representa um marco do constitucionalismo atual.

Conforme finalizado por Campos (2016, p. 204), as sentenças estruturais se justificam porque “para superar bloqueios políticos e institucionais, surge a necessidade de interferência na própria confecção e implementação de políticas públicas.”

Diante do exposto, foi possível apresentar o que vem a ser as sentenças estruturais, indicando que se trata de um conceito intimamente ligado ao estado de coisas inconstitucional, podendo-se dizer que é através delas que o Poder Judiciário reconhece violações a direitos fundamentais e toma medidas para a solução de tais problemas.

2.3.2 Políticas públicas

Tendo em vista que as sentenças estruturantes podem ter como finalidade a implementação de políticas públicas cuja confecção esteja sendo omitida pelos poderes constituídos, cumpre apresentar neste tópico algumas considerações sobre o termo.

As políticas públicas surgiram entre as décadas de 70 e 80, durante o processo de democratização do Brasil, com a descentralização dos poderes e a atuação da sociedade civil na criação e realização das políticas públicas (MENDES; BRANCO, 2021).

Essa democratização possibilitou que passasse a existir equidade dos resultados e o acesso de todos nas tomadas de decisões. Nesse momento, houve uma mudança não só política, mas, também, na forma de intervenção do Estado dentro da área social, apontando assim, para um Estado que busca instituir uma proteção social. Esse processo de democratização estabeleceu-se com a CRFB/88 (FERNANDES, 2021).

Complementando a ideia acima, Paulo e Alexandrino (2017, p.921) atestam que:

O Estado refundado pela Carta de 1988 é um Estado Social Democrático, vale dizer, devem seus órgãos atuar efetivamente – mediante o desenvolvimento de políticas públicas ativas e prestações positivas – no intuito de se obter uma sociedade em que prevaleça a igualdade material, assegurando a todos, no mínimo, o necessário a uma existência digna [...].

Nessa perspectiva, Agra (2018) expõe que o Estado Democrático de Direito apresentado pela CRFB/88 busca a Justiça Social, uma vez que, em seu texto, dentre os seus fundamentos-base, encontram-se os direitos fundamentais já nos primeiros artigos, mostrando, portanto, o Estado social e as suas necessidades.

Sobre a formulação de políticas públicas Souza (2006, p. 5), compreende que “[...] constitui-se no estágio em que os governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real”.

Teixeira (2002, p. 34), diz que:

‘Políticas Públicas’ são diretrizes, princípios norteadores de ação do poder público; regras e procedimentos para as relações entre poder público e sociedade, mediações entre atores da sociedade e do Estado. São, nesse caso, políticas explicitadas, sistematizadas ou formuladas em documentos (leis, programas, linhas de financiamentos) que orientam ações que normalmente envolvem aplicações de recursos públicos.

Apresentando um entendimento lato a respeito do conceito de políticas públicas, Lenza (2022) assinala que é essencial enxergar a totalidade, e não apenas os elementos (política, Estado, economia, indivíduo) presentes, apesar de que cada um desses fatores tem a sua parcela de influência dentro desse instituto.

Nesse sentido, Teixeira (2002, p. 6) afirma que:

As políticas públicas são um processo dinâmico, com negociações, pressões, mobilizações, alianças ou coalizações de interesses. Compreende a formação de uma agenda que pode refletir ou não os interesses dos setores majoritários da população, a depender do grau de mobilização da sociedade civil para se fazer ouvir e do grau de institucionalização de mecanismos que viabilizem sua participação.

As políticas públicas são formuladas através da observação da sociedade, das áreas que se encontram abandonadas e marginalizadas, ou até mesmo a partir da atitude da

própria sociedade, por meio de manifestações e movimentos sociais que requerem alguma mudança (LENZA, 2022).

Portanto, a função das políticas públicas é buscar sanar e resolver as principais demandas e carências que a sociedade apresenta, através da ação do Poder Público. Ressaltando ainda que as políticas públicas necessitam como orientação para a sua criação e organização dos requisitos da democratização, sustentabilidade, participação, transparência, eficácia e qualidade de vida (AGRA, 2018).

Infere-se que, para compreender as políticas públicas, deve-se primeiro entender que estas decorrem do Estado Democrático de Direito, visto que foi a partir da CRFB/88 que o Estado passou a assegurar os direitos sociais, tornando-se, portanto, um Estado que busca uma justiça social.

Saliente-se que o debate relacionado à judicialização para fins de implementação das políticas públicas ocorre justamente quando os poderes constituintes, a quem incumbe a criação e execução das políticas públicas se tornam inertes a esse respeito.

Nesse contexto, há de se ressaltar a notável proximidade entre a judicialização e o ativismo judicial, visto que, ao se necessitar da garantia de um direito fundamental e este não ser alcançado, busca-se a justiça. Conseqüentemente, a judicialização atrai o ativismo judicial, no qual o judiciário detém a competência dos poderes legislativo e executivo (TAVARES, 2020).

Porém, a judicialização no Brasil se refere a “uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política”. Já o ativismo judicial se caracteriza pela “escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”. (BARROSO, 2009, p. 6)

Nesse prisma, pode-se dizer que o ativismo surge dentro de um quadro imóvel dos demais poderes (legislativo e executivo) aos clamores sociais; ou seja, ele nasce das demandas democráticas do povo (LENZA, 2022).

No entanto, Barroso (2009, p. 16-17) adverte:

O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça. Ele nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. Tampouco é passível de responsabilização política por escolhas desastradas. Exemplo emblemático nessa matéria tem sido o setor de saúde. Ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e

terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos. Em suma: o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em autolimitação espontânea, antes eleva do que diminui.

Logo, a relação das ideias apresentadas torna evidente que o Estado sofre com mais intensidade os efeitos do ativismo judicial na efetivação de direitos mais específicos, e, no que àqueles que violam a dignidade humana, os efeitos são diretos e constantes, pois muitas são as demandas com este objeto em tramitação no judiciário (NOVELINO, 2020).

É certo que o direito fundamental pode ser exigido judicialmente, não podendo ser restringido pelos outros poderes constituídos. Isso significa que em caso de ofensa a direito fundamental, a discricionariedade legislativa e administrativa é reduzida e passa a se submeter ao controle judicial.

2.3.3 O ECI como ativismo judicial estruturante

Passada a análise das políticas públicas e judicialização, cabe dar continuidade ao assunto abordando o estado de coisas inconstitucional e sua relação com o ativismo judicial estruturante.

Conforme já discorrido, a sentença estruturante representa um meio através do qual o Poder Judiciário busca dar concretude a medidas que visem afastar lesão generalizada a direitos fundamentais em determinadas situações.

No entanto, uma das primeiras indagações que surge sobre as sentenças estruturantes é se a sua aplicação não representaria, na verdade, uma evidente violação de direito fundamental que se justifica como meio de proteger direito fundamental (FERNANDES, 2021).

Isso porque há quem entenda que as sentenças estruturantes afiguram-se como manifestação de um indesejado ativismo judicial, sob a perspectiva de violação, sobretudo, do princípio da separação dos poderes (LENZA, 2022).

Não é o que compreendem Alberto e Alberto (2015, p. 20), que, para sustentarem seu posicionamento, indicam a:

[...] a tríade lógica/argumentação/impactos, de sorte a sugerir, como tese, que o Magistrado observe parâmetros lógicos – que, por meio da teoria da quase verdade explicitada no texto, ultimaria por congregar elementos da

lógica tradicional e moderna –, argumentativos – com a necessária utilização da justificativa interna/externa e a utilização de módulo decisório que racionalize e clarifique o raciocínio adotado pelo juiz para a elaboração do provimento decisório – e descritivos dos impactos que decisão engendrará, ao menos sob os enfoques sociais e econômicos. Adotando-se este itinerário, acredita-se que a decisão estrutural poderá ser lançada sem qualquer comprometimento aos direitos fundamentais previstos na Carta Magna, ou, ainda, violação à independência dos Poderes constituídos. Antes de malferir a democracia, a consagrará, inculcando à decisão legitimidade argumentativa.

Carvalho (2017) aponta que o ativismo judicial estruturante produz efeito na própria percepção social acerca do problema, de modo que possibilita a visualização de alternativas de solução ao problema.

Assim, esses efeitos simbólicos das decisões estruturantes se alinham à própria ideia de máxima efetividade da Constituição, não sendo admissível que se recorra ao conteúdo axiológico de um princípio como forma negar a possibilidade de se dar concretude às disposições constitucionais (LENZA, 2022).

Não obstante, mesmo que se reconheça, à luz do neoconstitucionalismo, a importância e validade da atuação proativa do Poder Judiciário, tem-se a discussão acerca dos “limites da atuação judicial ativista em problemas sociais estruturais, e, de outro, quanto à capacidade dialógica dessa atuação e se essa perspectiva pode incrementar legitimidade ao ativismo judicial estrutural” (CAMPOS, 2016, p. 208).

A discussão acima apontada se dá em razão de a declaração do estado de coisas inconstitucional fazer com que o Poder Judiciário, destacadamente o STF, se assuma como agente de transformação social, assim o fazendo por meio do estabelecimento de políticas públicas que acabam por coordenar a atuação do Poder Executivo.

Complementa Campos (2016, p. 208) que:

Apesar de ser uma realidade do ponto de vista descritivo, o avanço do poder pelas cortes não é unanimidade sob a perspectiva normativa. Na verdade, a ascensão política de juízes e cortes sempre foi alvo de muitas críticas. A prática é acusada de afrontar o princípio democrático e o valor do autogoverno popular. Fala-se em mutação do ‘Estado legislativo parlamentar em um Estado Jurisdicional governado pelo Tribunal Constitucional’, e que esse Tribunal se torna, em sentido peculiar, o soberano da Constituição, em clara violação ao princípio da separação dos poderes.

Apesar de o estado de coisas inconstitucional ser uma situação manifesta de ativismo judicial, não se pode afirmar, apenas por essa razão, que se trata de uma atuação judicial ilegítima (CARVALHO, 2017).

Em reforço a esse entendimento, não se pode olvidar que o ativismo judicial apresenta dimensões variadas, razão pela qual a discussão acerca da sua viabilidade deve ser sempre precedida da análise do caso concreto em que há a sua incidência (LENZA, 2022).

Em todo caso, a incidência do ativismo judicial no estado de coisas inconstitucional não pode ser efetivada em desconsideração absoluta aos limites constitucionais pertinentes ao funcionamento e competências dos Poderes integrantes da República.

Ou seja, mesmo que se reconheça a importância do ativismo judicial estruturante quando da identificação do estado de coisas inconstitucional, deve-se ter cautela para que as decisões proferidas não transforme o ativismo judicial em uma supremacia judicial (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018).

Na visão de Campos (2016, p. 221):

O ativismo judicial não pode ser tido como aprioristicamente ilegítimo. Isso é particularmente relevante ao estado de coisas inconstitucional. Deve-se rejeitar afirmações apriorísticas de ilegitimidade do ativismo judicial, para compreender que essa relação é de contingência: a legitimidade das medidas judiciais ativistas dependerá, em cada caso concreto, da conformidade do exercício do poder judicial aos limites institucionais mais ou menos claros impostos pela respectiva constituição de regência e pelas diferentes variáveis políticas e sociais presentes. Considerando todas as variáveis normativas e fáticas em jogo, o ativismo judicial pode ser legítimo ou ilegítimo e isso será sempre contingente. O estado de coisas inconstitucional é um exemplo.

É preciso considerar que nem toda violação a direitos fundamentais pressupõe a existência de um estado de coisas inconstitucionais apto a legitimar o ativismo judicial estruturante. Exige-se que se manifeste massiva, isto é, generalizada violação de direitos fundamentais, sendo este um limite para o reconhecimento desse quadro e adoção das medidas que o configuram (FERNANDES, 2021).

Necessário também se faz a demonstração de que o quadro de violação sistêmica de direitos fundamentais se prolonga a ponto de configurar um panorama de inconstitucionalidade insuperável, ocasionada pela ação ou omissão das instituições públicas responsáveis (FAGUNDES, 2016).

Carvalho (2017, p. 48) salienta que, além disso, “a superação do quadro de inconstitucionalidade deve exigir a elaboração e execução de medidas de não apenas um órgão, mas sim de uma pluralidade desses.”

O ativismo judicial estruturante, quando efetivado em decorrência do estado de coisas inconstitucional, deve ter como freio a superioridade democrática, o que, em termos

práticos, deve impedir uma atuação ilimitada do Judiciário na implementação de políticas públicas.

Assim, Carvalho (2017, p. 48) nota que:

A verificação e conseguinte aplicação decisória do estado de coisas inconstitucional exige o preenchimento de uma série de requisitos, a serem cumulativamente comprovados pelos proponentes da ação. Não procede, portanto, o argumento segundo o qual a tese em comento representaria um vazio semântico e de que qualquer pretensão seria subsumível a ela. Com efeito, o intérprete deve satisfazer inúmeros e gravosos ônus argumentativos para que a técnica decisória examinada seja observada. O caráter extremo e a excepcionalidade que orientam sua aplicação traduzem-se em um extremo rigor na apreciação do preenchimento dos requisitos acima estabelecidos.

Diante do exposto, observa-se que o ativismo judicial estruturante tem o estado de coisas inconstitucional como um dos seus fundamentos de aplicação, devendo-se considerar, no entanto, que a atuação judicial na aplicação dessa técnica não deve ser feita de forma desmedida, sob pena de se tornar ilegítima.

2.3.4 O ECI no julgamento da ADPF 347

Considerando que a presente subseção irá abordar o tema do estado de coisas inconstitucional no julgamento da ADPF 347, revela-se pertinente abordar, inicialmente, o que vem a ser Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, possibilitando, assim, melhor compreensão do assunto a ser tratado.

Inicialmente, cabe apresentar o fundamento e conceito de controle de constitucionalidade, bem como fazer a diferenciação do controle difuso e controle concentrado.

A CRFB/88 goza de supremacia material e formal no ordenamento jurídico brasileiro, servindo de fundamento de validade para todas as demais espécies normativas, que não devem apresentar contrariedade com o seu texto (BARROSO, 2015).

No entanto, não se pode olvidar que a CRFB/88 possui uma pluralidade de acepções, o que significa a possibilidade de interpretações diversas acerca de um mesmo dispositivo do seu texto normativo.

Por essa razão, muitas vezes se faz necessário que os atos nos que incidam alguma disposição constitucional sejam examinados para fins de se verificar a sua compatibilidade

com a CRFB/88. Tem-se, assim, as bases de fundamentação do controle de constitucionalidade.

Moraes (2018, p. 518) endossa que “a ideia de controle de constitucionalidade está ligada à Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à de rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais.”

No direito brasileiro, o controle de constitucionalidade pode ser difuso ou concentrado. No que diz respeito ao controle difuso, Novelino (2020, p. 181) explana o seguinte:

Consagrado no Brasil desde a primeira Constituição Republicana de 1891, o controle difuso (ou aberto) pode ser exercido por qualquer juiz ou tribunal dentro do âmbito de sua competência. A finalidade principal do controle difuso-concreto é a proteção de direitos subjetivos. Por ser apenas uma questão incidental analisada na fundamentação da decisão, a inconstitucionalidade pode ser reconhecida inclusive de ofício, ou seja, sem provocação das partes.

Já o controle concentrado é aquele que objetiva o reconhecimento de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em tese, sendo que essa declaração não depende da existência de um caso concreto. Desse modo, visa-se à obtenção de invalidade da lei ou ato questionado, a fim de que seja tutelada a segurança das relações jurídicas, que devem estar em consonância com as normas constitucionais.

Para Dutra (2017, p. 65), o “[...] Judiciário atuará no modelo concentrado quando somente o órgão de cúpula do Poder Judiciário – no Brasil, o Supremo Tribunal Federal – puder realizar o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos.”

Sob essa perspectiva, insta consignar que o STF atua no controle concentrado por meio das ações de constitucionalidade, que são: I) ação declaratória de constitucionalidade; II) ação direta de inconstitucionalidade genérica; III) ação direta de inconstitucionalidade por omissão; IV) ação direta de inconstitucionalidade interventiva e; V) arguição de descumprimento de preceito fundamental (LENZA, 2022).

No que diz respeito à ADPF, Barcellos (2018) reforça que se trata de uma ação constitucional de competência do STF, cuja previsão se encontra no artigo 102, §1.º, da CRFB/88, e na Lei n.º 9.882/99, sendo, portanto, integrante do controle concentrado de constitucionalidade.

Vale mencionar que a ADPF somente foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro por meio da CRFB/88 e, posteriormente, pela Emenda Constitucional n.º 3, editada em 1993 (DUTRA, 2017).

Conforme Macedo, Gomes e Barros (2010, p. 246):

Entre as ações de proteção à Constituição Federal (CF), como a ação direta de inconstitucionalidade (ADin) e a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), a ação de arguição de preceito fundamental (ADPF) se destaca por sua modernidade e pelo seu caráter de subsidiariedade. Nesse aspecto, é de se ressaltar que a ação, embora não possa ser ajuizada existindo outras formas de controle constitucional, no entanto sempre será possível, mesmo que superadas as outras formas de controle jurisdicional.

Bahia (2017) entende que a ADPF representa uma pertinente inovação no controle concentrado de constitucionalidade, seguindo a tendência de outros países como os Estados Unidos; a Alemanha e a Espanha, no que diz respeito ao controle de preceitos fundamentais.

Insta elucidar que, conforme Neves (2013, p. 72-73), “preceito constitucional é toda norma constitucional abrangente de regras e princípios, daí falar-se em norma-regra e norma-princípio ou preceito-regra e preceito-princípio.”

Na CRFB/88 não há hierarquia entre preceitos fundamentais. Ainda que algumas normas fundamentais, como as entendidas como cláusulas pétreas, tenham carga valorativa sobrelevada, não figuram como hierarquicamente superiores a outras normas constitucionais fundamentais (LENZA, 2022).

Quanto ao cabimento da ADPF, Moraes (2018, p. 559) ilustra:

A lei possibilita a arguição de descumprimento de preceito fundamental em três hipóteses – para evitar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público; para reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público e quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição; ressalte-se que a arguição de descumprimento de preceito fundamental deverá ser proposta em face de atos do poder público já concretizados, não se prestando para a realização de controle preventivo desses atos. Igualmente, a arguição de descumprimento de preceito fundamental não será cabível contra Súmulas do Supremo Tribunal Federal, que não podem ser concebidos como atos do Poder Público lesivos a preceito fundamental, pois os enunciados de Súmula são apenas expressões sintetizadas de orientações reiteradamente assentadas pela Corte, cuja revisão deve ocorrer de forma paulatina, assim como se formam os entendimentos jurisprudenciais que resultam na edição dos verbetes.

Em razão de fazer parte do controle concentrado de constitucionalidade, os efeitos da decisão proferida em ADPF são *erga omnes*, o que significa que se estende a todos, e vinculante, de modo que o Poder Judiciário e a Administração Pública não poderão decidir de forma contrária ao entendimento fixado na ação constitucional (MACHADO, 2018).

Isso discorrido, cumpre mencionar a ADPF 347, ação constitucional que representou o marco introdutório principal da teoria do estado de coisas inconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro (LENZA, 2022).

A ADPF 347 surgiu em virtude das inconstitucionais condições encontradas no sistema prisional brasileiro. “Observa-se o abismo crescente entre aquilo que estabelecem os textos normativos e a realidade prisional. Superamos rapidamente a marca de 600 mil presos, porém optamos por nunca investir seriamente na área da segurança pública” (TRINDADE, 2017, p. 5).

Tem-se verificado que as prisões estão dominadas pelas facções criminosas, sendo também comum que se encontrem drogas e armas nos estabelecimentos prisionais. As condições de higiene se revelam precárias no cárcere, aliada à infraestrutura deficiente, o que contribui para o surgimento de doenças. Além disso, os presos são alimentados, normalmente, com uma comida ruim, havendo também *déficit* na prestação de serviços jurídicos, médicos e de assistência social (FERNANDES, 2021).

Nesse sentido, o estado de coisas inconstitucional foi abordado pelo STF justamente em questão pertinente ao sistema prisional, conforme aponta Campos (2016, p. 285):

O tema do ECI do sistema carcerário chegou ao STF por meio da ADPF n.º 347/DF, da relatoria do ministro Marco Aurélio. A ação foi proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL que pediu seja reconhecido, expressamente, o ECI relativo ao sistema penitenciário brasileiro e a adoção de providências estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos detentos. Apontou que o quadro decorre de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal. Na inicial, defendeu estarem preenchidos os pressupostos do ECI: I) vigência de um quadro de violação massiva de diversos preceitos fundamentais [...] II) o quadro possuir origem na multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos [...] III) alcance da solução do problema por meio da adoção de medidas, voltadas à melhoria das condições carcerárias e à reversão do processo de hiperencarceramento.

Na apreciação da apontada ação constitucional, os ministros do STF, em sua maioria, reconheceram a manifestação de um estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro.

Por essa razão, os membros da Corte apontaram que a violação massiva a direitos fundamentais dos presos, decorrentes da má estrutura do cárcere no país, bem como da falência das políticas públicas pertinentes, eram fatores que apontavam a necessidade de que o STF adotasse medidas estruturais, por meio de decisões de caráter vinculante, visando à solução do problema.

Sob essa perspectiva, cabe ressaltar que, quando o Judiciário reconhece o estado de coisas inconstitucionais, como fez o STF, e determina medidas interventivas para a reversão do quadro de violações massivas a direitos fundamentais, sendo que tal decisão é tomada por meio do que se denomina de sentenças estruturantes. Uma das medidas determinadas pela Corte foi a realização de audiências custódias, assunto a ser abordado adiante.

No que diz respeito aos efetivos efeitos das medidas determinadas no âmbito do julgamento da ADPF 347, verifica-se que há críticas no sentido de que, mesmo havendo o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, não houve alteração do cenário de violação massiva de direitos fundamentais.

Uma das evidências disso seria a denominada “audiência de custódia”, que foi criada, pelo STF, por ocasião do julgamento da ADPF 347. Conforme já dito, a referida ação tratava sobre um quadro de violação generalizada de direitos fundamentais ocorrido no sistema prisional brasileiro, sendo constatado que uma das causas para esse cenário era justamente a superlotação dos presídios (MENDES; BRANCO, 2021).

Por essa razão, era necessário tomar medidas estruturais, isto é, o cenário exigia a adoção de políticas públicas que pudessem reverter a situação que se verificava no sistema prisional. Uma das medidas tomadas foi justamente a adoção das audiências de custódia (AGRA, 2018).

Sobre os motivos pelos quais foram criadas as audiências de custódia, como uma das medidas determinadas no julgamento da ADPF 347, Cruz (2018, p. 294) enumera dois objetivos:

Pode-se aferir que tal normativa foi editada com foco, principalmente, em dois objetivos principais, a saber: a) diminuir o número de pessoas presas provisoriamente no país, com a otimização do uso das medidas cautelares introduzidas por força da Lei n. 12.403/2011; b) combater e reduzir os casos de tortura de presos.

A partir da determinação dada na ADPF 347, a audiência de custódia passou a ser regulamentada em todo o território nacional através da Resolução n. 213, expedida pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (DEZEM, 2018).

Isto registrado, tem-se que a audiência de custódia consiste na condução do detento em flagrante, sem demora, à presença de uma autoridade judicial que deverá, a partir do prévio contraditório estabelecido pelo Ministério Público e a Defesa, exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão, assim como apreciar questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, observando se há indícios da prática de maus tratos ou tortura (PAIVA, 2015).

Com efeito, vê-se que a audiência de custódia representa uma importante medida para se evitar a decretação de prisões arbitrárias, além de funcionar como um instrumento que visa evitar a prática de maus tratos e tortura do infrator por ocasião de sua prisão (MENDES; BRANCO, 2021).

Afinal, a importância dessa ferramenta consiste no fato de se estabelecer que o preso seja apresentado à autoridade judicial em até 24 horas da sua prisão, evitando-se, assim, o prolongamento de uma prisão infundada.

Não obstante, também se verifica que a adoção da audiência de custódia, originada na ADPF 437, buscou, precipuamente, frear o aumento da população carcerária nas prisões brasileiras, evitando o encarceramento infundado (FERNANDES, 2021).

Nesse sentido, Moraes Neto e Galvão (2020, p. 12) apresenta a primeira crítica relacionada à audiência de custódia implementada pela ADPF 347:

As críticas mais severas a implementação das Audiências de custódia giram acerca da sua conjunta criação como possível solução da superlotação dos presídios brasileiros, no entanto, sempre foi garantido que o indivíduo preso tivesse uma célere apresentação ao juízo competente, sob pena de relaxamento de prisão por excesso de prazo, além do acarretamento excessivo ao ordenamento penal pátrio, o qual já se preocupa diariamente com as diversas varas criminais abarrotadas de processos infundáveis e audiências, levando a uma brusca mudança no seu dia a dia com a implantação de uma nova ocupação por parte do magistrado e de seus auxiliares.

Pelo entendimento acima apresentado pelos autores, sustenta-se que, mesmo antes de se inserir a audiência de custódia no ordenamento brasileiro, as normas atinentes à execução penal e à prisão provisória já possuíam como princípios a ideia de liberdade do preso, razão pela qual se tem a prioridade em processos envolvendo pessoas encarceradas.

Com isso, aponta-se que não seriam as audiências de custódias que resolveriam o problema de presos que já deveriam ter sua situação analisada pelo poder judiciário, no que diz respeito à concessão de liberdade.

Outrossim, Paulo e Alexandrino (2017) apontam que uma das críticas existentes em relação à audiência de custódia diz respeito à estrutura precária de muitos entes federativos para fins de dar concretude a essa determinação oriunda da ADPF 437.

Por essa razão, a propósito, observa-se que em muitas comarcas no interior dos estados não tem sido realizadas as audiências de custódias, procedimento que se mostra comum apenas nas capitais, onde a estrutura física e de pessoal se mostra mais adequada (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018).

Ademais, Moraes Neto e Galvão (2020, p. 12) assim consignam que outro ponto controverso das audiências de custódia consiste na:

[...] ineficácia da realização das audiências como possível solução ao sistema carcerário brasileiro no momento em que analisamos os principais crimes cometidos em esfera nacional, os quais correspondem ao Tráfico de drogas, Roubo Qualificado, Roubos simples e Homicídio, crimes estes que em sua maioria é necessário que o Estado aplique a punição no caso concreto e, como os crimes expostos apresentam grave ameaça a sociedade, são ligados diretamente ao encarceramento do acusado e a sua consequente ressocialização para que somente após, retorne ao convívio social.

Malgrado o pensamento acima exposto, há de se salientar que a audiência de custódia não foi idealizada com o propósito de combater o problema da superpopulação carcerária através da concessão de liberdade àquele que se enquadra nos requisitos de uma prisão provisória ou prisão-pena. Ao contrário, o que se busca é evitar o encarceramento desmedido e ilegal.

Por fim, outro ponto a se mencionar é que, mesmo com as audiências de custódias, não se tem notada diminuição na população carcerária existente no Brasil, o que gera crítica no sentido de que o instituto se mostraria ineficaz nesse propósito (TAVARES, 2020).

Com efeito, veja-se dados do Anuário de Segurança Pública 2022, do Ministério da Justiça e Segurança Pública:

Segundo o Anuário, 28,5% da população carcerária era composta por detentos provisórios (233,8 mil) em 2021. As pessoas condenadas no sistema prisional totalizavam 586,9 mil — número 10,7% maior do que no anterior, quando havia quase 530 mil condenados. Em relação à quantidade de

pessoas sob custódia das polícias, houve um leve recuo, de 5.552 para 5.524. Este número vem caindo continuamente nos últimos anos. Além do aumento nacional absoluto, houve um crescimento de 7,3% na taxa da população prisional. A variação foi de 358,7 presos por 100 mil habitantes em 2020 para 384,7 em 2021. Este foi o maior aumento disparado desde 2017, quando o número era de 349,8.

Por essa razão, há críticas de que o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional pelo STF, na ADPF 347, deveria se voltar, com prioridade, não à melhoria de condições dos presídios para que os presos tivessem maior resguardo dos seus direitos sociais, e sim ao problema da liberdade dos encarcerados.

É o que também sustenta Magalhães (2019, p. 24): “a principal violação de direitos humanos dos encarcerados envolve sua liberdade e não, necessariamente, seus direitos sociais; portanto, respostas orçamentárias seriam insuficientes para saná-las.”

Nesse sentido, pode-se verificar que, mesmo o STF tendo reconhecido um cenário de violação massiva de direitos fundamentais no sistema prisional brasileiro, e, via de consequência, determinado medidas para tentar reverter a situação, estas ainda não tem se mostrado suficientes para a mudança dos problemas existentes, o que se dá até mesmo em razão do desinteresse político no investimento em políticas públicas que afetem direta ou indiretamente o setor carcerário.

3 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Visto tudo que fora aduzido na presente pesquisa, através da revisão literária, se faz necessário rever os principais tópicos, que abordaram conceitos de Direito Administrativo e Constitucional a fim de construir entendimento a respeito do ativismo judicial como conseqüência do estado de coisas inconstitucional no julgamento da ADPF 347.

Ademais, no intuito de compreender o ativismo judicial, se fez necessário a retomada de conceitos como o de Estado, tripartição dos poderes, função do poder judiciário, teorias procedimentalistas, teorias substancialistas e do próprio ativismo judicial. Assim, foi demonstrado divergência entre doutrinadores acerca do ativismo judicial, na qual adeptos das teorias procedimentalistas afirmam que o ativismo judicial tende a enfraquecer a própria constituição, já os adeptos da teoria substancialista defendem o ativismo judicial, desde que usado com cuidado e para a concretização dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, fora preciso construir entendimento quanto aos direitos fundamentais, omissão e tutela deficiente de direitos e o estado de coisas inconstitucional. A fim de reconhecer grave problema estrutural decorrentes da omissão do poder legislativo e executivo, o Supremo Tribunal Federal reconhece o Estado de Coisa Inconstitucional no sistema carcerário brasileiro através do julgamento da ADPF 347. É válido ressaltar que a população do sistema prisional brasileiro já sofre com o cerceamento do direito à liberdade, previsto em nosso ordenamento jurídico, a partir do momento em que for imposto a pena privativa de liberdade, o Estado coloca aquele indivíduo sobre sua tutela, sendo de sua obrigação garantir seus direitos fundamentais.

Ainda, após uma breve revisão de alguns conceitos necessários para a construção do entendimento, adentramos enfim ao assunto principal do trabalho, nesse momento se constrói uma correlação entre o estado de coisas inconstitucional, o ativismo judicial, as sentenças estruturantes e as políticas públicas. É através do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional na ADPF 347, que o poder judiciário utiliza do ativismo judicial para que com uma sentença estrutural, estabeleça políticas públicas como a liberação do fundo previdenciário e a necessidade de se fazer audiências de custódia.

Por fim, pode-se concluir que o ativismo judicial no caso em tela se faz necessário para atingir problemas estruturais e garantir direitos fundamentais à população carcerária, porém, apesar de um grande passo ter sido dado, a ADPF 347 foi julgada em 2015 e até hoje não é possível notar a diminuição da população carcerária, a melhora na garantia dos direitos fundamentais e muito menos maiores investimentos nas estruturas prisionais, portanto, é preciso combater a inércia do estado, para que utilize dos instrumentos à sua disposição no intuito de combater esses graves problemas estruturais.

4 CONCLUSÃO

Verifica-se que o Brasil adotou a teoria da tripartição dos poderes como forma de designar as funções a serem desempenhadas por cada um e, assim, assegurar a manutenção do Estado para fins de se atingir o bem comum.

Nesse sentido, o poder Executivo tem como finalidade precípua a execução de políticas e a administração da coisa pública; o Poder Legislativo se incumbem de discutir e aprovar os textos normativos e o Poder Judiciário se destaca pela sua função de julgar, dizendo o direito a ser aplicado ao caso concreto.

Excepcionalmente, porém, é possível que os poderes constituídos exerçam atividades atípicas, isto é, que o Poder Judiciário, por exemplo, desempenhe funções típicas do Poder Legislativo.

É justamente em tal perspectiva que o ativismo judicial é visto como uma prática jurisprudencial autônoma, posto que não se fundamenta em textos legislativos, propriamente, para a confecção de sentenças estruturantes, mas, sim, em hermenêutica constitucional que, em tese, visa dar máxima efetividade aos dispostos na CRFB/88.

A teoria substancialista apregoa, inclusive, que esse cenário de judicialização da política serve de instrumento de concretização dos direitos fundamentais, sendo que o ativismo judicial é importante em razão do próprio avanço do direito a outras esferas afetas à liberdade funcional dos poderes constituídos.

Nessa esteira, observa-se que o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, o qual foi reconhecido no julgamento da ADPF 347, tem se afigurado como uma dessas situações em que o Poder Judiciário assume uma postura proativa ao determinar a implementação de políticas públicas a entidades estatais.

De acordo com o que foi analisado na presente monografia, o estado de coisas inconstitucional se afigura como uma teoria cujos fundamentos se encontram na inércia do Estado em adotar uma conduta positiva na proteção de direitos fundamentais.

Assim, a jurisprudência, consubstanciada na ideia de ativismo judicial, afigurava-se como um importante mecanismo de controle das omissões do Poder Público, visando à preservação das liberdades públicas e garantias básicas a todos asseguradas.

Não obstante a importância do ativismo judicial no reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, para fins de se determinar aos poderes constituídos uma prestação positiva em relação às políticas públicas necessárias, consignou-se ser imprescindível que

haja ponderação nessa postura proativa do Poder Judiciário, de modo que não se estabeleça uma interferência desmedida nas funções do Poder Executivo.

Além disso, há de se reconhecer que, nem sempre, a interferência do judiciário, por meio da determinação de que os demais poderes implementem políticas públicas, efetivamente pode resultar na concretização de direitos que estejam sendo violados.

É o que se verifica no âmbito da própria ADPF 347, visto que uma das medidas determinadas pelo STF foi a criação das audiências de custódias, que, no entanto, não têm tido o efeito indireto de redução da população carcerária.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto; ALBERTO, Sabrina Santana Figueiredo Pinto. **Decisões estruturais e argumentação**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fa36dd3f38345315>>. Acesso em: 15 set. 2022.

ALENCAR, Nestor Távora Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil**. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.com.br/index.php/68-volume-6-numero-4-trimestre-01-10-2015-a-31-12-2015/1668-decisoes-estruturais-no-direito-processual-civil-brasileiro>>. Acesso em: 15 set. 2022.

ANDRADE, Mauro Fonseca, **Audiência de custódia no processo penal brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

BAHIA, Flávia. **Direito constitucional descomplicado**. 3. ed. Recife: Armador, 2017.

BARRETTO, Rafael. **Direito humanos**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Belo Horizonte. 2009. Disponível em: <<http://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/516/1/D3v1882009.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2022.

BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito Constitucional. Tomo I. Direito constitucional positivo**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 set. 2022.

_____. **Lei n.º 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 15 set. 2022.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Anuário de Segurança Pública 2022**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2022-jul-10/populacao-carceraria-volta-aumentar-deficit-vagas-cai#:~:text=Al%C3%A9m%20do%20aumento%20nacional%20absoluto,n%C3%BAmero%20era%20de%20349%2C8.>>. Acesso em: 15 set. 2022.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016.

CARVALHO, Guilherme Augusto Alves. **A aplicabilidade do estado de coisas inconstitucional à ordem jurídica brasileira**. Disponível em: < <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/18606/6/AplicabilidadeEstadoCoisas.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2022.

CRUZ, Rogerio Schietti. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DUTRA, Luciano. **Direito constitucional essencial**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017.

FAGUNDES, Ricardo Antônio Menezes Cabral. **O sistema prisional brasileiro frente à omissão estatal e ao estado de coisas inconstitucional**. Disponível em: < https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/21503/1/RicardoAntonioMenezesCabralFagundes_DISSERT.pdf>. Acesso em: 15 set. 2022.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

GALDINO, Matheus Souza. **Teorias substanciais e teorias procedimentais em uma jurisdição constitucional: uma proposta por uma resposta correta e democrática**. Disponível em: < <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,teorias-substanciais-e-teorias-procedimentais-em-uma-jurisdicao-constitucional-uma-proposta-por-uma-resposta-c,55284.html>>. Acesso em: 15 set. 2022.

HANONES, Renata Fernandes. **Ativismo judicial**. Disponível em: < http://bdm.unb.br/bitstream/10483/3992/1/2012_RenataFernandesHanones.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2018.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez: o outro lado do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: < <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/87>>. Acesso em: 15 set. 2022.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 26. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2022.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACEDO, Elaine Harzheim; GOMES, Roberto de Almeida Borges; BARROS, Wellington Pacheco. **Ações constitucionais**. 4. ed. Curitiba: IESDE, 2010.

MACHADO, Costa. **Constituição federal interpretada**. 9. ed. Barueri: Manole, 2018.

MAGALHÃES, Bruno Baía. **A incrível doutrina de um caso só: análise do estado de coisas inconstitucional na ADPF 347**. Disponível em: <
<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/32760>>. Acesso em: 15 set. 2022.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

MELO, Rúrion. **Manual de filosofia política**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Ganet. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2021.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil**. 14. ed. reform. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

MORAIS NETO, Abidias Castro de; GALVÃO, Hudson Palhano de Oliveira. **Audiência de custódia: críticas e impactos na segurança pública do estado do Rio Grande do Norte**. Disponível em: <
https://repositorio.ufersa.edu.br/bitstream/prefix/3457/2/AbidiasCMN_ART.pdf>. Acesso em: 22 set. 2022.

MOUZALAS, Rinaldo; TERCEIRO NETO, João Neto; MADRUGA, Eduardo. **Processo civil**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações constitucionais**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2013.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020.

PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

PAULINO, Gustavo Smizmaul. **Antropologia Jurídica**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**: princípios do direito político. Bauru, SP: Edipro, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Direito Constitucional**. 7. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2018.

SIDOU, J.M. Othon. **Dicionário jurídico**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SPAGNOL, Antônio Sérgio. **Sociologia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 53. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2018.

TRINDADE, André Karam. **A crise dos presídios e dos princípios sensíveis**: “bandido bom é...”. Disponível em:< <https://www.conjur.com.br/2017-jan-07/diario-classe-crise-presidios-principios-sensiveis-bandido-bom>>. Acesso em: 15 set. 2022.

VALENTIM, Raphael Matos. **Qual a diferença entre as teorias substancialistas e procedimentalistas?** Disponível em:< <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2046294/qual-a-diferenca-entre-as-teorias-substancialistas-e-procedimentalistas-da-constituicao-raphael-matos-valentim>>. Acesso em: 15 set. 2022.

VASCONCELOS, Clever. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.