



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**ALYSSON VILAS BOAS DOS SANTOS MATOS**

**ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E O PROCESSO ESTRUTURAL:  
INSTRUMENTOS PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.**

Salvador, BA  
2021

**ALYSSON VILAS BOAS DOS SANTOS MATOS**

**ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E O PROCESSO ESTRUTURAL:  
INSTRUMENTOS PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito final de avaliação do componente curricular "Trabalho de Conclusão de Curso II" do curso de graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Miguel Calmon Dantas

Salvador, BA  
2021

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

**ALYSSON VILAS BOAS DOS SANTOS MATOS**

**ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E O PROCESSO ESTRUTURAL:  
INSTRUMENTOS PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.**

Monografia apresentada ao curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Defesa apresentada e aprovada em \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_

---

Prof. Doutor Miguel Calmon Dantas (Orientador/UFBA)

---

Prof. Geovane de Mori Peixoto

---

Prof. Doutor Fábio Periandro de Almeida Hirsch

## AGRADECIMENTOS

Aproveito esse espaço para registrar o contexto apocalítico em que esse trabalho foi produzido. Nem os mais criativos escritores de tragédias seriam capazes de imaginar a narrativa que envolve a pandemia de COVID-19, que já vitimou mais de 470 mil pessoas no país e afetou profundamente a vida de tantos outros milhares.

Nessa oportunidade, expresso meu agradecimento a todos os direta ou indiretamente envolvidos na realização dos meus objetivos, em especial a conclusão da presente pesquisa. Tenho claro em mente a função essencial que cada amigo, colega, familiar e professor exerceu nessa jornada, agradeço imensamente pelos laços firmados ao longo desses anos.

Agradeço especialmente a meus pais, Marlita e Ailton, por me ajudarem a realizar a presente caminhada; incansáveis apoiadores, vibrando com as vitórias e acalentando-me nas angústias. De vocês recebi os valores da honestidade e perseverança, os quais guiarão sempre meus passos.

Estendo meus agradecimentos a minhas tias, Marilene, Derivalda, Ita e Jocilene, por terem sido minhas principais líderes de torcidas, um verdadeiro porto seguro, repleto de amor e carinho. Agradeço a Keila, Bella e Aílly por também representarem a importância da família no enfrentamento aos percalços da vida.

Não posso deixar de agradecer às minhas duas grandes companheiras de curso por terem demonstrado o verdadeiro valor da amizade; Isabella, fiel escudeira e confidente, obrigado pelos conselhos, sugestões e por sempre ser a voz da razão; Maria Joana, com a incrível capacidade de produzir os melhores sorrisos, ainda que nos momentos de maior ansiedade.

Agradeço, por fim, ao meu orientador, Prof. Miguel Calmon, pelas valorosas lições e sugestões na realização da presente pesquisa.

[...]

Tudo no mundo começou com um sim. Uma molécula disse sim a outra molécula e nasceu a vida. Mas antes da pré-história havia a pré-história da pré-história e havia o nunca e havia o sim. Sempre houve. Não sei o quê, mas sei que o universo jamais começou.

Clarice Lispector (1977).

## RESUMO

A efetivação das normas definidoras das garantias e direitos fundamentais ainda é um desafio para o constitucionalismo contemporâneo e para a jurisdição constitucional. Apesar de o art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988 determinar a aplicabilidade imediata dessas normas, são numerosos os exemplos de ausência e/ou inefetividade das políticas públicas destinadas à efetivação dos direitos fundamentais. Nessa seara, a jurisprudência da Corte Constitucional Colombiana, ao analisar a síndrome de inefetividade dos direitos fundamentais naquele país, construiu o conceito de Estado de Coisas Inconstitucional, fenômeno sociojurídico que tem como plano de fundo a violação massiva e reiterada a direitos previstos na Constituição, provocada por falhas estruturais do Poder Público. A presente monografia analisa a matriz histórico-doutrinária da referida teoria e a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro, considerando que o Estado de Coisas Inconstitucional já foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 347/DF. Ademais, aventa-se a aptidão do processo estrutural como instrumento de superação do ECI, uma vez que a correção das falhas constatadas perpassa pela reorganização das estruturas burocráticas que inviabilizam o exercício dos direitos fundamentais. Em seguida, busca-se enfrentar as críticas formuladas à atuação ativista da jurisdição constitucional ao declarar o ECI, concluindo pela constitucionalidade da atuação expansiva do Supremo Tribunal Federal na implementação coordenada de políticas públicas, desde que seja estabelecido um diálogo institucional entre as autoridades envolvidas.

Palavras-chave: Estado de Coisa Inconstitucional. Direitos fundamentais. Processo Estrutural. Ativismo Judicial. Jurisdição Constitucional.

## ABSTRACT

The effectiveness of the norms that define fundamental guarantees and rights is still a challenge for contemporary constitutionalism and for constitutional jurisdiction. Despite the “art. 5º, § 1º, of the Constitution” to determine the immediate applicability of these norms, there are numerous examples of the absence and ineffectiveness of policies aimed at the realization of fundamental rights. In this area, the jurisprudence of the Colombian Constitutional Court, when analyzing the syndrome of ineffectiveness of fundamental rights in that country, constructed the concept of an Unconstitutional State of Affairs, a socio-legal phenomenon that has as its background the massive and repeated violation of rights in the Constitution, provoked for failures arise from the Public Power. This monograph analyzes the historical-doctrinal matrix of theory and his compatibility with the Brazilian legal system, considering that the Unconstitutional State of Affairs has already been recognized by the Supreme Federal Court in “ADPF nº 347/DF”. Furthermore, the suitability of the structural process as an instrument for overcoming the ECI is enhanced, because the correction of the shortcomings found goes through the reorganization of bureaucratic structures that make the exercise of fundamental rights unfeasible. Then, it seeks to face the criticisms formulated to the activist performance of the constitutional jurisdiction when declaring the ECI, concluding by the constitutionality of the expansive performance of the Supreme Federal Court in the coordinated implementation of public policies, as long as an institutional dialogue between the authorities involved is established.

**Keywords:** Unconstitutional State of Affairs. Fundamental rights. Structural Injunction. Judicial Activism. Constitutional Jurisdiction

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2</b>	<b>CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E A RELEVÂNCIA DAS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS .....</b>	<b>13</b>
2.1	DO ESTADO LEGISLATIVO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO .....	13
2.2	DA SUPREMACIA E DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO .....	17
2.3	A EFICÁCIA EXPANSIVA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO .....	20
2.4	DA APLICABILIDADE IMEDIATA DAS NORMAS DEFINIDORAS DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS – ART. 5º, § 1º, CRFB/88 .....	24
2.5	A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO	27
<b>2.5.1</b>	<b>Semelhanças e distinções entre a judicialização da política e o ativismo judicial ...</b>	<b>29</b>
2.6	A RELEVÂNCIA DAS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO.	30
<b>2.6.1</b>	<b>O conceito de omissão inconstitucional .....</b>	<b>33</b>
<b>2.6.2</b>	<b>Instrumentos processuais de controle das omissões inconstitucionais .....</b>	<b>34</b>
<b>3</b>	<b>O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL.....</b>	<b>38</b>
3.1	CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL .....	38
<b>3.1.1</b>	<b>Sentença de Unificação (SU) – 559/1997.....</b>	<b>39</b>
<b>3.1.2</b>	<b>Sentença de Tutela (T) – 153/1998 .....</b>	<b>40</b>
<b>3.1.3</b>	<b>Sentença de Tutela (T) – 025/2004 .....</b>	<b>40</b>
3.2	A TEORIA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL .....	43
<b>3.2.1</b>	<b>Conceito, função e excepcionalidade do ECI .....</b>	<b>43</b>
<b>3.2.2</b>	<b>Pressupostos, fundamentos e objeto do ECI .....</b>	<b>45</b>
<b>3.2.3</b>	<b>Os efeitos da decisão que declara o Estado de Coisas Inconstitucional.....</b>	<b>47</b>
3.3	ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL.....	49
<b>3.3.1</b>	<b>ECI no sistema penitenciário brasileiro – ADPF nº 347/DF.....</b>	<b>50</b>
<b>3.3.2</b>	<b>Do cabimento da ADPF para a declaração do ECI.....</b>	<b>52</b>
3.3.2.1	Aspectos processuais da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ....	53
3.3.2.2	Lesão à preceito fundamental. ....	54
3.3.2.3	Atos do poder público .....	55
3.3.2.4	Inexistência de outro meio idôneo a sanar a lesividade (subsidiariedade).....	56
3.4	DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO ECI.....	58



<b>4</b>	<b>PROCESSOS ESTRUTURAIS COMO INSTRUMENTOS PARA A SUPERAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL.....</b>	<b>59</b>
4.1	AS REFORMAS ESTRUTURAIS ESTADUNIDENSES: “LEADING CASE” BROWN V. BORD OF EDUCATION - 347 U.S. 483 (1954).....	61
4.2	CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS .....	62
<b>4.2.1</b>	<b>Decisão estrutural.....</b>	<b>65</b>
<b>4.2.2</b>	<b>Execução estrutural.....</b>	<b>67</b>
4.3	DAS DECISÕES ESTRUTURAIS AO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL 68	
4.4	AS DECISÕES ESTRUTURAIS NA JURISDIÇÃO BRASILEIRA .....	70
4.5	PROPOSTA DE SUPERAÇÃO DO ECI NO SISTEMA PENITENCIÁRIO À LUZ DO PROCESSO ESTRUTURAL.....	73
<b>5</b>	<b>O ATIVISMO JUDICIAL NO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL.....</b>	<b>78</b>
5.1	DAS CRÍTICAS GERAIS À TEORIA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL .....	78
5.2	O ATIVISMO JUDICIAL NO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL .....	81
<b>5.2.1</b>	<b>Das objeções ao ativismo judicial no ECI.....</b>	<b>84</b>
5.2.1.1	Objeções democráticas .....	84
5.2.1.2	Objeções institucionais .....	85
5.3	A CONSTITUCIONALIDADE DO PROCESSO ESTRUTURAL NA SUPERAÇÃO DO ECI: RESPOSTAS ÀS OBJEÇÕES AO ATIVISMO JUDICIAL. ....	85
<b>6</b>	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>90</b>
	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>93</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso aventura-se na análise de instituto desenvolvido no bojo do constitucionalismo contemporâneo, paradigma no qual as normas constitucionais que estabelecem direito e as garantias fundamentais adquirem dimensão objetiva, corporificando um conjunto de princípios diretivos das ações do Poder Público. Também emerge desse contexto a ampliação dos instrumentos de controle judicial de constitucionalidade das ações e omissões estatais.

Nesse panorama, ao analisar uma série de ações destinadas a resguardar as dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, a Corte Constitucional da Colômbia identificou a existência de violações massivas e generalizadas a esses direitos. Surgiu, então, a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional objetivando a correção de falhas estruturais do Poder Público no cumprimento de seu papel de garantir e efetivar os direitos fundamentais.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal declarou a existência de Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF nº 347/DF. Na ocasião, a Corte Constitucional reconheceu a ocorrência de falhas estruturais na administração do sistema penitenciário nacional e identificou violações massivas e reiteradas a direitos fundamentais. Restou consignado que a atuação insuficiente da União, dos Estados e do Distrito Federal é responsável pelas condições degradantes das prisões brasileiras.

Com efeito, a hipótese central do presente trabalho circunda o questionamento sobre a adequação dos processos estruturais, técnica de tutela de direitos fundamentais desenvolvida na jurisdição constitucional norte-americana, como instrumentos legítimos à superação do estado de falha sistêmica na efetivação desses direitos, através da implementação ou reformulação de políticas públicas. Ademais, examina-se a possibilidade de superação do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário brasileiro à luz dos processos estruturais.

A relevância social do tema justifica-se na proliferação de demandas individuais e coletivas nas quais se busca garantir o exercício de direitos constitucionais inviabilizados por falhas estruturais do Poder Público. O trabalho também adquire relevância sociojurídica em vista do papel reservado à jurisdição constitucional no aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito, garantindo a efetivação dos direitos fundamentais de minorias representativas e setores sociais historicamente negligenciados.

A discussão ora apresentada, qual seja, a legitimidade dos processos estruturais para a superação do Estado de Coisas Inconstitucional, demanda a utilização dos métodos jurídico-interpretativo e argumentativo, a fim de que se possa extrair as conclusões consonantes com o ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, para alcançar a conclusão argumentativa, faz-se necessário análise da teoria do ECI e da técnica dos processos estruturais, à luz do paradigma do constitucionalismo contemporâneo e em confronto com as críticas ao ativismo judicial, sob a égide da Constituição de República de 1988

A discussão será fundamentada em pesquisa bibliográfica, através de pressupostos teóricos que apresentam significativa importância na definição e construção dos conceitos discutidos na análise do objeto desse trabalho, através do estudo de fontes secundárias, como publicações periódicas, artigos científicos, trabalhos acadêmicos, livros, textos relativos ao assunto publicados em sítios da internet e afins. Utilizar-se-á também pesquisa documental, através da análise de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e demais tribunais constitucionais.

O método de pesquisa escolhido favorece uma liberdade na análise de diversas fontes do conhecimento jurídico, diretas e indiretas, possibilitando uma observação ampla do objeto da pesquisa, em busca de alcançar a conclusão que mais se adegue às necessidades sociais, ao quadro político e ao ordenamento jurídico brasileiro. O trabalho abrange uma interdisciplinaridade jurídica, uma vez que o objeto será analisado sob a perspectiva da ciência política, do direito constitucional e processual, bem como do direito comparado.

O objetivo geral desse trabalho é perscrutar a indispensabilidade da adoção de um processo estrutural para a superação do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de medida cautelar da ADPF 347/DF. Nessa perspectiva, quatro objetivos específicos foram traçados para o desenvolvimento deste trabalho.

Primeiramente, objetiva-se analisar as características do constitucionalismo contemporâneo, para melhor compreender a possibilidade de o Poder Judiciário intervir na implementação de políticas públicas com o desiderato de efetivar direitos fundamentais. O segundo objetivo específico compreende a exposição da conjuntura doutrinário-jurisprudencial acerca do Estado de Coisas Inconstitucional.

O terceiro objetivo visa apresentar a evolução histórico-dogmática do processo estrutural como técnica de tutela jurisdicional para a efetivação de direitos fundamentais, por

meio da intervenção em estruturas burocráticas que estejam a inviabilizar a concretização de Políticas Públicas. Por fim, o quarto objetivo específico refere-se ao enfrentamento das objeções ao ECI e das críticas ao ativismo judicial adotado na condução dos processos estruturais.

Com o desiderato de alcançar os objetivos propostos nessa monografia, organizou-se a sua estrutura em quatro capítulos. No primeiro capítulo, delinear-se-á um breve panorama teórico do constitucionalismo contemporâneo, cuja abordagem envolve os princípios da supremacia e da força normativa da constituição, a cláusula de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais na Constituição de 1988 e a constitucionalização do direito. Por fim, nesse capítulo também será discutida a relevância das omissões normativas do Poder Público e os seus mecanismos de controle.

No segundo capítulo, examinar-se-á a construção jurisprudencial do Estado de Coisas Inconstitucional na Corte Constitucional da Colômbia, seu conceito, função, pressupostos, fundamentos e objeto, bem como os efeitos da decisão que declara a sua existência. No mesmo capítulo, será apresentado os contornos do julgamento da medida cautelar na ADPF nº 347/DF, que reconheceu o ECI no sistema carcerário nacional, considerando que a admissibilidade da teoria do ECI no ordenamento jurídico pátrio decorre das características inerentes ao constitucionalismo contemporâneo presentes na Constituição de 1988.

O terceiro capítulo destina-se a investigar se os processos estruturais são técnicas de tutela legítimas à superação do ECI. Nesse sentido, discorre-se sobre a origem dos processos estruturais na jurisprudência constitucional estadunidense, o seu conceito, principais características e os aspectos essenciais da decisão e execução estrutural. Será também abordada a evolução histórico-dogmática havida entre a origem dos processos estruturais e a inauguração da teoria do ECI. Por fim, propõe-se a superação do ECI no sistema penitenciário brasileiro à luz do processo estrutural, considerando a insuficiência do modelo tradicional de processo para solucionar as múltiplas violações a direitos fundamentais identificadas.

O último capítulo enfrenta as críticas gerais formuladas à teoria do ECI e as objeções de ordens democráticas e institucionais ao ativismo judicial, salientando a responsabilidade da jurisdição constitucional pela concretização das normas constitucionais, mormente quando as instâncias majoritárias falham em suas responsabilidades. Aduz-se, por fim, pela constitucionalidade do processo estrutural na superação do ECI.

## 2 CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E A RELEVÂNCIA DAS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS

O constitucionalismo contemporâneo emerge de um processo histórico que projetou a Constituição de um documento político de baixa densidade normativa, a fundamento último de validade do ordenamento jurídico, dando ensejo a discussões sobre sua eficácia, à possibilidade de controle das omissões inconstitucionais e ao surgimento de uma jurisdição constitucional com o papel de defesa e interpretação do texto constitucional (BARCELLOS, 2005).

A guinada do Estado Legislativo para o Estado Constitucional de Direito, consolida a translação da Constituição para o centro do sistema jurídico, inaugurando os institutos e fenômenos a seguir abordados, com o fito de analisar a íntima relação entre o constitucionalismo contemporâneo e a possibilidade de controle judicial das omissões inconstitucionais.

### 2.1 DO ESTADO LEGISLATIVO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Diante da ascensão das diferentes correntes filosóficas forjadas no período iluminista, dentre os quais se destacam os autores Thomas Hobbes, John Locke, Jean Jacques Rousseau e Kant, houve uma paulatina racionalização da legitimidade e do exercício do poder. Nesse ambiente, eclodiu o processo que levou ao surgimento das primeiras constituições modernas<sup>1</sup>; constituições formais, no sentido jurídico-normativo, como expressão de um poder constituinte formal (SARLET, 2017, p. 43).

Com a Revolução Francesa (1789-1799), difundiu-se no pensamento moderno o chamado positivismo jurídico, cuja característica principal é o primado da lei como fonte do direito, inaugurando o denominado período legislativo. Além disso, a concepção de soberania deixou de ser centrada no monarca, e passou a ser idealizada como soberania popular, concentrando na lei a expressão maior da vontade geral.

Nesse contexto, desponta o princípio da onipotência do legislador, que reconhecia à lei, em sentido formal, supremacia praticamente absoluta, de modo que à atividade judiciária restava um papel mecanicista e secundário; “aos juízes e aos demais operadores do Direito não era reconhecida qualquer legitimidade em eventual atuação normativa: apenas a lei poderia desempenhar essa função.” (TAVARES, 2020, p. 101).

---

<sup>1</sup> Nesse sentido, Canotilho (2003, p. 52) define a constituição moderna como “ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político [...]”.

Diferentemente do modelo francês, no constitucionalismo americano a Constituição é entendida como uma lei superior capaz de ensejar a nulidade de qualquer lei infraconstitucional, caso infrinja os preceitos nela dispostos. Afirma-se, então, o Judiciário como defensor da Constituição e guardião dos direitos e liberdades, através da fiscalização da constitucionalidade (*judicial review*)<sup>2</sup>. Nesse sentido, Canotilho (2003, p. 59-60) sintetiza que “os juízes são competentes para medir as leis segundo a medida da constituição. Eles são os “juízes” entre o povo e o legislador”.

Por sua vez, as transformações geopolíticas provocadas pela Primeira Guerra Mundial (1914-1918), assinalaram profundas alterações no constitucionalismo europeu; o modelo de Estado “legalista” declina, perdendo a lei a sua exclusividade como fonte normativa do direito. Nessa perspectiva, André Ramos Tavares (2020, p. 107) assevera que “opera-se, com isso, uma alteração substancial também na relação entre os clássicos “poderes”, na medida em que o legislador deixa de ser apresentado como onipotente e soberano”.

De igual modo, há uma gradativa desassociação entre o liberalismo e o constitucionalismo, ao passo que partidos socialistas e cristãos impõem às novas Constituições formais uma preocupação de viés socioeconômico. Emerge, assim, um novo modelo de Estado, social e intervencionista, cujas Constituições conferem-lhe “tarefas, diretivas, programas e fins a serem executados através de prestações positivas oferecidas à sociedade” (CUNHA JUNIOR, 2017, p. 34).

Observa-se, então, a passagem do Estado Liberal para o Estado Social. O fracasso político do positivismo jurídico abriu caminho para o pós-positivismo, acarretando, nas palavras de Barroso (2018a, p. 159) três grandes transformações na aplicação do direito constitucional: “a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional”.

Assim, inaugurou-se um novo paradigma no pensamento constitucional europeu, fundado no reconhecimento da supremacia material e axiológica da Constituição, em cujo panteão de ideias incluem-se:

---

<sup>2</sup> Considera-se inaugurado o *judicial review* no constitucionalismo americano com o célebre caso *Marbury vs. Madison*, julgado em 1803, por obra do Chief Justice John Marshall. Nesse sentido, explica Dirley da Cunha Jr.: *A decisão de Marshall representou a consagração não só da supremacia da Constituição em face de todas as demais normas jurídicas, como também do poder e dever dos juízes de negar aplicação às leis contrárias à Constituição. Considerou-se que a interpretação das leis era uma atividade específica dos juízes, e que entre essas figurava a lei constitucional, como a lei suprema, de tal modo que, em caso de conflito entre duas leis a aplicar a um caso concreto, o juiz deve aplicar a lei constitucional e rejeitar, não a aplicando, a lei inferior.* (CUNHA JUNIOR, 2010, p. 66)

[...] a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia. (BARROSO, 2017a)

Fixadas as referidas premissas, emerge o Estado Democrático de Direito, com maior intensidade no período Pós-Segunda Guerra Mundial (1945), assentado em dois ideais básicos fundamentais: “o Estado limitado pelo direito e o poder político estatual legitimado pelo povo” (CONOTILHO, 2003, p. 231).

Nesse sentido, Ferrajoli (2003, p. 13) postula as seguintes observações sobre o Estado de Direito:

En sentido lato, débil o formal, “Estado de Derecho” designa cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos [...] son Estados de derecho todos los ordenamientos jurídicos modernos, incluso los más antiliberales, en los que los poderes públicos tienen una fuente y una forma legal. En un segundo sentido, fuerte y sustancial, “Estado de Derecho” designa, en cambio, sólo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, sujetos a la ley, no sólo en lo relativo a las formas, sino también en los contenidos [...]<sup>3</sup>

No Brasil, a Constituição de 1934, influenciada pela Constituição mexicana de 1917 e pela Constituição Alemã de Weimar de 1919, foi pioneira na implementação do Estado intervencionista, na persecução do bem-estar social. A Constituição de 1937 retrocedeu na matéria, uma vez que, marcada por acentuado caráter autoritário, estabeleceu restrições ao exercício de direitos fundamentais, determinou o fechamento do Congresso e concentrou os Poderes nas mãos do Presidente.

De seu turno, a Constituição de 1946 reestabeleceu a ordem democrática, reintroduzindo o constitucionalismo brasileiro no paradigma do Estado-social, inaugurado na

---

<sup>3</sup> Em sentido amplo, frágil ou formal, “Estado de Direito”, designa qualquer ordenamento no qual os poderes públicos são conferidos pela lei e exercitados na forma e de acordo com procedimentos legalmente estabelecidos [...] são estados de direitos todos os ordenamentos jurídicos modernos, inclusive os mais antiliberais, nos quais os poderes públicos possuem uma fonte e uma forma legal. Em sentido estrito, forte e material, “Estado de Direito”, designa, contudo, apenas aqueles ordenamentos em que os poderes públicos estão sujeitos à lei, não apenas na forma, mas também em seu conteúdo [...] (Tradução nossa).

Constituição de 1934. Porém, a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 01/69<sup>4</sup>, outorgadas no contexto do Golpe Militar de 1964, retrocederam novamente na implementação dos direitos sociais no país. Nesse período estabeleceu-se um regime ostensivamente autoritário e repressivo, cujo ambiente não permitia o florescimento das características de um Estado de Direito (CUNHA JR., 2017).

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, expandiu a jurisdição constitucional brasileira, ampliando o rol de direitos fundamentais e dos mecanismos de controle de constitucionalidade, de modo a admitir, inclusive, o controle judicial das omissões inconstitucionais.

Nesse passo, o professor Humberto Ávila (2009) elenca as mudanças frequentemente identificadas pela doutrina constitucional contemporânea a partir do movimento denominado “neoconstitucionalismo”:

princípios em vez de regras (ou mais princípios do que regras); ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação do que subsunção); justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que geral e abstrata); Poder Judiciário em vez dos Poderes Legislativo ou Executivo (ou mais Poder Judiciário e menos Poderes Legislativo e Executivo); Constituição em substituição à lei (ou maior, ou direta, aplicação da Constituição em vez da lei). (ÁVILA, 2009, p. 2)

Essas características não são, contudo, imune a críticas. O indigitado autor afirma que a Constituição de 1988 é um complexo de regras e princípios com funções e eficácias diferentes e complementares, por isso, não considera correta a afirmação de que nela teria ocorrido uma passagem das regras para os princípios. De igual modo, Ávila (2009), não partilha da conclusão de que a subsunção cede lugar à ponderação como método exclusivo ou prevalente de aplicação do ordenamento, segundo o autor, as regras legais devem ser aplicadas ao caso concreto, admitindo-se o seu afastamento apenas diante de um caso efetivamente extraordinário.

Critica-se, ainda, a ideia de que o Poder Judiciário deva preponderar sobre os Poderes Legislativos e Executivo; para Ávila (2009) é o Poder Legislativo que deve conduzir o debate sobre matérias para as quais não há uma pluralidade de soluções justas. No mesmo sentido, Daniel Sarmiento (2009, p. 108) alerta para o risco de uma “*judiciocracia*”, na medida em que

---

<sup>4</sup> Segundo José Afonso da Silva (1999, p. 89), “teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que se lhe deu: Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto a de 1967 se chamava apenas Constituição do Brasil”.



“uma ênfase excessiva no espaço judicial pode levar ao esquecimento de outras arenas importantes para a concretização da Constituição e realização de direitos, gerando um resfriamento da mobilização cívica do cidadão.”

Por essas razões, Humberto Ávila (2009, p. 19) concluir que a teoria do neoconstitucionalismo não encontra amparo no ordenamento jurídico brasileiro, sob o fundamento de que “[...] defendê-lo, direta ou indiretamente, é cair numa invencível contradição performática: é defender a primazia da Constituição, violando-a”.

Sob outra perspectiva, Daniel Sarmento (2009) defende que a admissibilidade do neoconstitucionalismo depende da compreensão que se tem do fenômeno. Caso se entenda que o neoconstitucionalismo abarca a onipotência da Constituição e do Poder Judiciário, a teoria não se adequará ao ordenamento brasileiro. Contudo, o autor declara aquiescência ao neoconstitucionalismo, desde que:

[...] pensado como uma teoria constitucional que, sem descartar a importância das regras e da subsunção, abra também espaço para os princípios e para a ponderação, tentando racionalizar o seu uso. Se for visto como uma concepção que, sem desprezar o papel protagonista das instâncias democráticas na definição do Direito, reconheça e valorize a irradiação dos valores constitucionais pelo ordenamento, bem como a atuação firme e construtiva do Judiciário para proteção e promoção dos direitos fundamentais e dos pressupostos da democracia. E, acima de tudo, se for concebido como uma visão que conecte o Direito com exigências de justiça e moralidade crítica, sem enveredar pelas categorias metafísicas do jusnaturalismo (SARMENTO, 2009, p. 114)

Em suma, a despeito das respeitáveis críticas, o constitucionalismo contemporâneo ou “neoconstitucionalismo” baliza um novo modelo de Constituição, correspondente a um Estado Constitucional de Direito, marcado pelo reconhecimento da supremacia e da força normativa da Constituição, pela constitucionalização dos direitos fundamentais e o estabelecimento dos deveres de prestações do Estado. Nesse contexto, as instituições aptas a proteger e garantir a efetividade das normas constitucionais assumem, gradativamente, protagonismo jurídico-político, por meio do controle de ações e omissões inconstitucionais.

## 2.2 DA SUPREMACIA E DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

A supremacia da constituição é princípio sobre o qual se assenta o próprio direito constitucional contemporâneo (BARROSO, 2018a, p. 181). O referido princípio de interpretação constitucional foi assegurado no constitucionalismo americano, pelo controle de

constitucionalidade das leis (*judicial review*). Nessa perspectiva, a Constituição, por se tratar de um documento jurídico resultante da vontade geral (*we the people*)<sup>5</sup>, adquire um status hierárquico superior, como parâmetro de validade das normas infraconstitucionais (TAVARES, 2020).

O princípio da supremacia da Constituição é reiteradamente consubstanciado na posição de hierarquia superior que as normas constitucionais possuem em relação às demais normas oriundas dos poderes constituídos (SARLET, 2017). Essa preeminência guarda natural relação com a sua fonte, qual seja, o poder constituinte. Deve-se salientar também que supremacia da Constituição decorre do conteúdo de suas normas que versa, principalmente, sobre a estrutura e a organização do Poder Político (CUNHA JUNIOR, 2017).

No mais, tomando por base a teoria escalonada do ordenamento jurídico, proposta por Hans Kelsen (1998), a Constituição assume o ápice da pirâmide normativa, uma vez que é dela que as demais normas retiram o seu fundamento de validade. Nessa linha, o referido autor desenvolve que:

A norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável [...]. (KELSEN, 1998, p. 147)

Forçoso concluir, portanto, que a Constituição representa o escalão do direito positivo mais elevado; o fundamento último de validade da ordem jurídica nacional. Sendo assim, a Constituição assume posição de superioridade em relação a todas as normas do sistema jurídico e, em vista disso, nenhum ato infraconstitucional pode com ela ser incompatível, formal ou materialmente (CUNHA JR., 2017).

Na Constituição de 1988, há inúmeros dispositivos que evidenciam essa superioridade das normas constitucionais, dentre os quais; o art. 60, que versa sobre o rito para o exercício do poder constituinte derivado; o art. 102 e 103, que dispõem, respectivamente, sobre a competência do STF para a guarda da Constituição e sobre os legitimados para propor as ações de controle concentrado de constitucionalidade.

No constitucionalismo contemporâneo também está consagrado o princípio da força normativa da constituição, cujo reconhecimento implica que “na solução dos problemas

---

<sup>5</sup> Nós, o povo dos Estados Unidos, a fim de formar uma União mais perfeita, estabelecer a justiça, assegurar a tranquilidade interna, prover a defesa comum, promover o bem-estar geral, e garantir para nós e para os nossos descendentes os benefícios da Liberdade, promulgamos e estabelecemos esta Constituição para o Estados Unidos da América (1787).

jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia óptima da lei fundamental” (CANOTILHO, 2003, p. 1226).

Em outros termos, segundo o princípio da força normativa da constituição, as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, atributo comum a todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado. (BARROSO, 2017a).

Nesse sentido, Konrad Hesse (1991) leciona que, por meio de sua pretensão de eficácia<sup>6</sup>, a Constituição busca imprimir ordem e conformação à realidade política e social, não constituindo apenas a expressão de um *ser*, mas também de um *dever ser*. O autor argumenta, ainda, que “a Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*).” (HESSE, 1991, p. 7).

A força normativa da constituição está, ademais, condicionada à denominada “vontade de constituição”, a qual pressupõe a percepção da necessidade de uma ordem normativa superior que resguarde o poder político do arbítrio, a compreensão de que a ordem constitucional não se legitima apenas na realidade fática, e, por fim, que a Constituição não obtém eficácia, sem que haja a adesão e o concurso da vontade humana (DANTAS, p. 300, 2008).

Desse modo, é possível explicar a força normativa da constituição por meio de metáfora alusiva à teoria da gravidade<sup>7</sup>; por conta da força gravitacional (NEWTON, 2010), a Terra e a Lua realizam interações uma sobre a outra; a força exercida pela Lua sobre a Terra dá causa ao fenômeno das marés, enquanto a força exercida pela Terra sobre a Lua mantém nosso satélite natural em órbita. Tal qual a Lua, a Constituição exerce força (normativa) sobre a realidade, através da orientação e direção dos elementos fáticos. Por sua vez, compete à “vontade de Constituição”<sup>8</sup> manter o texto constitucional “em órbita” no sistema jurídico,

<sup>6</sup> Sobre a teoria de Hesse, Miguel Calmon (2008, p. 299) explica que há uma relação de recíproca alimentação e influência na medida em que, se a constituição é parcialmente determinada pela realidade, ela própria tem força determinante, não sendo pertinente conferir preponderância apenas à norma ou apenas ao fato, nem separar ou confundir a força condicionante da realidade e a capacidade ordenadora da constituição (o ser e o dever-ser).

<sup>7</sup> Segundo a teoria da gravidade, dois corpos atraem-se com força proporcional às suas massas e inversamente proporcional ao quadrado da distância que separa seus centros de gravidade. (NEWTON, I. Princípios Matemáticos da Filosofia Natural. Tradução de J. Resina Rodrigues. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2010).

<sup>8</sup> Nesse sentido, “[...] pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).” (HESSE, p. 7, 1991)

convertendo-o em força normativa, de modo a possibilitar a realização da Constituição no plano técnico, social, econômico e político.

Por fim, considerando que a interpretação<sup>9</sup> das normas constitucionais deve levar em conta as especificidades que as singularizam – superioridade jurídica, adoção de conceitos abertos e proeminente caráter político –, há a necessidade da adoção de princípios instrumentais de interpretação constitucional, dentre os quais se inserem a supremacia e a força normativa da Constituição. Nesse passo, os referidos princípios constituem premissas do processo intelectual do intérprete da Constituição, na busca pela solução concreta das questões postas (BARROSO, 2018a).

Em suma, embora não se encontrem expressos no texto constitucional, ambos os princípios possibilitaram o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, fundada na irradiação das normas constitucionais no sistema jurídico, fenômeno denominado de constitucionalização do direito. Enquanto o princípio da supremacia da Constituição conduz à interpretação que reconheça a superioridade das normas constitucionais em relações às demais normas do sistema jurídico, o princípio da força normativa da Constituição demanda interpretação que atribua eficácia e a efetividade às normas constitucionais.

### 2.3 A EFICÁCIA EXPANSIVA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Na esteira das transformações paradigmáticas no direito constitucional ocorridas no século XX, a constitucionalização do direito é a maior expressão da supremacia e da força normativa da Constituição. Nesta perspectiva, é cediço que a constitucionalização do sistema jurídico se caracteriza pela irradiação dos efeitos das normas constitucionais aos demais ramos do direito, de modo que toda a ordem jurídica deve ser lida (e construída) à luz da Constituição. (SILVA, 2008, p. 18).

A constitucionalização é proveniente do efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia – dotado de força normativa – por todo o sistema

---

<sup>9</sup> “A interpretação envolve duas atividades – uma voltada a desvendar/construir o sentido do enunciado normativo e outra destinada a concretizar o enunciado – e, nesse sentido, apresenta-se também como uma técnica de redução da natural distância que existe entre a generalidade dos textos normativos e a singularidade do caso concreto. Assim, interpretar é também concretizar; e concretizar é aplicar o enunciado normativo, abstrato e geral, a situações da vida, particulares e concretas” (CUNHA JR., 2017, p. 176). No mesmo sentido: ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 221; GADAMER, Hans-Georg. Verdad y Método. Salamanca, Sígueme, 1993, v I, p. 380.

jurídico. A partir de então, os valores e fins dispostos nos princípios e regras da Constituição passam a conformar a validade, o sentido e o alcance de todas as normas do direito infraconstitucional (BARROSO, 2018a, p. 211-212).

Ademais, dentre os fatores que substanciam a constitucionalização do direito incluem-se o caráter analítico da Constituição de 1988 e o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Uma constituição analítica, leciona Miguel Calmon Dantas (2008, p. 297), é aquela que se estende sobre os demais ramos do direito e sobre a política, de caráter dirigente<sup>10</sup> e dotada de normas programáticas.

Por sua vez, é assente o entendimento de que normas programáticas e os deveres que resultam dos direitos os direitos fundamentais não se restringem a pretensões subjetivas individuais; há nesses direitos um aspecto objetivo que se projeta por todo o ordenamento jurídico. Nesse sentido, salienta Sarlet (2017, p. 349-350):

**[...] os direitos fundamentais passaram a apresentar-se, no âmbito da ordem constitucional, como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas (e positivas) dos interesses individuais.** Em termos gerais, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais significa que às normas que preveem direitos subjetivos é outorgada função autônoma, que transcende a perspectiva subjetiva, implicando, além disso, o reconhecimento de conteúdos normativos e, portanto, de funções distintas aos direitos fundamentais. (Grifos nossos)

Como consequência desse aspecto objetivo, tem-se a denominada eficácia irradiante ou efeitos de irradiação dos direitos fundamentais “no sentido de que estes, na sua condição de direito objetivo, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional [...]” (SARLET, 2017, p. 350).

Outro fator que impulsiona a constitucionalização do direito é a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, que decorre diretamente do efeito irradiador desses direitos. Em reflexões sobre o tema, Virgílio Afonso da Silva (2008, p. 86) aduz que:

“quando se fala em aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, quer-se dizer que, da mesma forma como são aplicados nas relações entre o Estado e o cidadão, não é necessária

---

<sup>10</sup> Nesse sentido, Dantas (2008) explica que o caráter dirigente da Constituição brasileira consubstancia em uma dimensão de resistência e outra de projeção de utopias jurídicas. A resistência refere-se à preservação do Estado Social como elemento existencial do Estado Democrático de Direito. A dimensão projetiva de utopias perpassa pelos objetivos e finalidades vinculantes positivados no texto constitucional.

nenhuma ação intermediária para que sejam também aplicáveis nas relações interprivados.”

O caso Luth<sup>11</sup>, julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão (TCA), inaugurou essa concepção de irradiação das normas Constitucionais aos demais ramos do direito, através da aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas. Segundo Silva (2008, p. 42), na referida decisão, o TCA compreende a Constituição como uma ordem objetiva de valores, fundada no livre desenvolvimento da personalidade e na dignidade humana, que vale para todos os ramos do direito.

Ao discorrer sobre o tema, Riccardo Guastini (2003, p. 49) postula que:

Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (pervasiva, invadente), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales<sup>12</sup>.

Nesse sentido, o autor elenca sete condições necessárias para que um ordenamento jurídico seja considerado como constitucionalizado, dentre os quais: a) a existência de uma Constituição rígida; b) a garantia judicial da Constituição; c) a força normativa da Constituição; d) a sobreinterpretação<sup>13</sup> da Constituição; e) a aplicação direta das normas constitucionais; f) a interpretação das leis conforme a Constituição, e g) a influência da Constituição sobre as relações políticas (GUASTINI, 2003, p. 50-57).

A Constituição de 1988 satisfaz às condições propostas por Guastini para a constitucionalização do Direito, uma vez que se trata de Constituição rígida (art. 60), tutelada por uma jurisdição constitucional (art. 102), imbuída do papel de resguardar a sua força normativa, através da aplicação direta das normas constitucionais (art. 5º, § 1º) e da interpretação das leis à luz dos seus preceitos.

Outrossim, a constitucionalização repercute diretamente sobre a atuação dos três Poderes; ao Poder Legislativo impõe-se deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais, bem como, resta limitada a sua discricionariedade na elaboração das

<sup>11</sup> Cf. BVerfGE 7, 198 (205)

<sup>12</sup> Um ordenamento jurídico constitucionalizado se caracteriza por uma Constituição extremamente invasora, intrometida (invasiva), capaz de condicionar tanto a legislação, como a jurisprudência, a doutrina, a ação dos atores político e as relações sociais. (Tradução livre).

<sup>13</sup> Sobreinterpretação no raciocínio por Guastini (2003, p. 54) implica na interpretação extensiva da Constituição, de maneira a extrair do texto constitucional normas implícitas idóneas a regular qualquer aspecto da vida social e política.

leis, que devem atender aos imperativos da Constituição. No que tange à Administração Pública, a constitucionalização do direito, além de limitar sua discricionariedade, impõe deveres de atuação no desiderato da aplicação direta e imediata da Constituição (BARROSO, 2018a, p. 211).

Compete ao Poder Judiciário o controle de constitucionalidade e a interpretação de todas as normas do sistema à luz da Constituição. Dessa forma, o Judiciário assume um papel de protagonismo na constitucionalização do direito, uma vez que a Jurisdição Constitucional é o principal agente de permeabilização do Direito às normas da Constituição (SILVA, 2008, p. 44).

Em suma, a constitucionalização do Direito respalda-se na atribuição de eficácia expansiva das normas constitucionais e a irradiação de suas normas sobre o direito infraconstitucional. Como consequências principais desse fenômeno jurídico, Canotilho (2003, p. 378) aponta o estabelecimento do controle jurisdicional da constitucionalidade dos atos normativos reguladores de direitos e a compreensão dos direitos fundamentais como normais jurídicas vinculativas.

Para além das consequências acima elencadas, Favoreu apud Silva (2008, p. 48-49) aponta como efeitos da constitucionalização do direito: (a) a unificação da ordem jurídica, de modo a tornar as normas constitucionais fundamento comum dos diversos ramos do direito; (b) a simplificação da ordem jurídica, tornando a Constituição o eixo essencial do ordenamento e constituindo um regulador, na figura da Jurisdição Constitucional, que unifica e simplifica o direito; e (c) modernização do direito, expresso nas mudanças nas práticas jurisdicionais administrativas, penal, trabalhista e fiscal.

Nessa perspectiva, a Constituição representa o Sol do sistema jurídico, fulminando energia constitucional às demais espécies normativas (Leis Ordinárias e Delegadas, Decretos, Atos Administrativos etc.), nutrindo-as dos valores incutidos em suas regras e princípios e regendo formal e material a existência dessas normas. Com razão, Tavares (2020, p. 185) afirma que “o Direito Constitucional alimenta os demais “Direitos”, que só podem prosperar e florescer validamente dentro desse sistema de alimentação.”

Na práxis constitucional brasileira, o processo de constitucionalização foi acompanhado da (1) incorporação de direito infraconstitucional ao texto da Constituição de 1988, bem como, da (2) gradual absorção dos preceitos constitucionais ao direito infraconstitucional. No que tange ao primeiro ponto, é prontamente constatável que os principais ramos do direito infraconstitucional foram abordados na Constituição de 1988, dentre

os quais, o direito administrativo (art. 37), civil (art. 5º, XXIII), penal (art. 5º, XLVII), do trabalho (art. 7º), financeiro, orçamentário e tributário (art. 145 e seguintes).

O caminho inverso é também observado; o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), o Código Civil (Lei nº 10.406/2002), o Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015)<sup>14</sup> e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015)<sup>15</sup>, revelam o ingresso da Constituição na conformação jurídica do país e nos discursos doutrinários e jurisprudencial (BARROSO, 2018a, p. 215).

O processo de constitucionalização do Direito brasileiro, iniciou-se com a promulgação da Constituição de 1988, cujas disposições estabelecem mecanismos para a efetivação e defesa de suas normas – sobretudo por meio da Jurisdição Constitucional. A tutela judicial da Constituição é, portanto, consectário lógico da constitucionalização do direito, uma vez que, conforme aponta Barroso (2017b, p. 6), “constitucionalizar é, em última análise, retirar um tema do debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis.”

Com efeito, a irradiação das normas e princípios constitucionais no sistema jurídico pátrio tem sido acompanhada de um exponencial crescimento na judicialização dos direitos, impulsionada pela cláusula de aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 1º, da CRFB/88), que atribui efetividade não somente aos deveres de abstenção do Estado, mas, principalmente, aos deveres prestacionais, característicos de um Estado Social de Direito.

#### 2.4 DA APLICABILIDADE IMEDIATA DAS NORMAS DEFINIDORAS DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS – ART. 5º, § 1º, CRFB/88

A Constituição de 1988 inaugurou, em seu art. 5º, § 1º, a cláusula de aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Esse dispositivo desperta discussões na doutrina a respeito de seu alcance e sentido, uma vez que constitui um dos principais instrumentos de enfrentamento às omissões inconstitucionais, autorizando ao Poder Judiciário implementar direitos fundamentais independentemente da atuação do Poder Legislativo.

---

<sup>14</sup> Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

<sup>15</sup> Art. 1º. Parágrafo único. Esta Lei tem como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, em conformidade com o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008, e promulgados pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, data de início de sua vigência no plano interno.



A afirmação de que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata implica que essas normas têm eficácia plena, prescindindo da interposição do legislador para lograrem a efetividade ou eficácia social. Nesse sentido, a cláusula materializada no art. 5º, § 1º, da CRFB/88 impede que a ausência de lei se imponha como obstáculo absoluto à aplicação da norma de direito fundamental, cuja extensão depende de sua confrontação com caso concreto (SARLET, 2017).

Impende registrar que o mandamento constitucional em comento alcança todas as normas definidoras de direitos fundamentais, independentemente de sua topografia no texto constitucional. Ora, nesse ponto, importante esclarecer que, a partir da análise literal do dispositivo<sup>16</sup>, constata-se que a Constituição de 1988 não estabeleceu distinção entre direitos de liberdade (garantias fundamentais) e os direitos sociais<sup>17</sup>. Sendo assim, todas as normas de direitos fundamentais, mesmo as que não compõem o rol do art. 5ª, estão sujeitas ao regime jurídico da aplicabilidade imediata (SARLET, 2017).

No mesmo sentido, Cunha (2015) reforça a abrangência ampla da norma insculpida no art. 5º, § 1º, da CRFB/88:

Para nós, o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais abrange todos os direitos fundamentais, até mesmo os não previstos no catálogo (Título II) e os não previstos na própria Constituição, desde que, quanto a estes, ostentem a nota distintiva da fundamentalidade material (como os decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja signatário).

O autor sinaliza, contudo, que a discussão sobre o significado e o conteúdo do princípio da imediata aplicação dos direitos fundamentais não está imune de controvérsias (CUNHA, 2017, p. 564).

Com efeito, há posição no sentido de que os direitos fundamentais só terão aplicação imediata quando as normas definidoras são completas na sua hipótese e no seu dispositivo. Esse posicionamento entende que a Constituição pode obstar a aplicabilidade imediata de um direito quando estabelecer hipótese de incidência ou estrutura dependente de integração posterior por meio de lei ou ato administrativo (TAVARES, 2020).

---

16 Art. 5º § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

17 Dirley da Cunha Jr. (2015) explica que os direitos fundamentais sociais são posições jurídicas que credenciam o indivíduo a exigir do Estado uma postura ativa, no sentido de que este coloque à disposição daquele, prestações de natureza jurídica ou material, consideradas necessárias para implementar as condições fáticas que permitam o efetivo exercício das liberdades fundamentais e que possibilitam realizar a igualização de situações sociais desiguais, proporcionando melhores condições de vida aos desprovidos de recursos materiais.

A interpretação restritiva do § 1º, art. 5º da CRFB/88 também encontra fundamento nas lições de Gonçalves (2012, p. 266):

A aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais tem por limite a natureza das coisas. Isto é, não pode ter aplicação imediata, diga o que disser a Constituição, uma norma incompleta [...] em conclusão, somente podem ter aplicação imediata normas completas, suficientemente precisas na sua hipótese e no seu dispositivo, para que possam ter a plenitude da eficácia.

Esse não é, contudo, o posicionamento prevalente na doutrina constitucional brasileira. Nas palavras de Cunha (2015) “essa concepção, além de simplista e pessimista, não está alinhada aos melhores, e digno de encômios, posicionamentos da doutrina nacional e estrangeira acerca do tema, não podendo, portanto, prosperar”. O autor segue sua linha argumentativa recobrando que o princípio hermenêutico da máxima efetividade privilegia a interpretação que extraia do texto constitucional seu alcance ótimo. Por fim, marcha para a conclusão de que a interpretação restritiva da norma constitucional avilta a utilidade e a normatividade do preceito insculpido § 1º, art. 5º, da CRFB/88.

A doutrina majoritária, então, converge no entendimento de que o art. 5º, § 1º, CRFB/88, determina a aplicação imediata de todos os direitos fundamentais, dispensada qualquer intermediação concretizadora, assegurando exigibilidade em juízo (judicialização), quando qualquer autoridade pública incorrer em omissão de providência voltada à sua efetivação (CUNHA, 2015).

Nas palavras de Eros Grau (2010, p. 325), “[...] isso significa que tais normas (definidoras de direitos fundamentais) devem ser imediatamente cumpridas pelos particulares, independentemente da produção de qualquer ato legislativo ou administrativo”. Por conta disso, o Estado-Juiz tem o poder-dever de prontamente aplicá-las, independentemente da produção de qualquer ato legislativo ou administrativo.

Nesse sentido, os inúmeros institutos constitucionais que visam a guarda e defesa da Constituição<sup>18</sup> manifestam a intenção do legislador constituinte de evitar que os direitos fundamentais fiquem à mercê do direito infraconstitucional. Por essa razão, não se pode reconhecer caráter meramente programático ao preceito incerto no art. 5º, § 1º, da CRFB/88, uma vez que este integra um sistema de normas destinadas a garantir efetividade à Constituição.

---

<sup>18</sup> Dentre os institutos constitucionais para a guarda e defesa da constituição pode-se mencionar: o Mandado de Injunção (Art. 5º, LXXI), Mandado de Segurança (art. 5º LXIX), o Recurso Extraordinário (Art. 102, III), o controle difuso de constitucionalidade (art. 52, X), as Ações do Controle Concentrado de Constitucionalidade (Art. 103, *caput*; art. 103, § 1º), a Reclamação Constitucional (Art. 103-A, § 3º).

Assim, o mero argumento da inexistência de norma regulamentadora não tem aptidão de afastar a proteção e fruição de um direito fundamental. Isso porque, além de ter a sua aplicabilidade imediata garantida no texto constitucional, o ordenamento jurídico autoriza a atuação do Poder Judiciário na remoção de lacunas e colmatação das omissões inconstitucionais, por meio de uma interpretação criativa e concretizante do direito, sem caracterizar qualquer ofensa ao princípio da separação dos Poderes (CUNHA, 2015).

Inequívoca a filiação desse trabalho ao posicionamento que emprega ao dispositivo constitucional máxima efetividade, autorizando a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, independentemente da interposição legislativa. Afinal, na esteira paradigmática do constitucionalismo contemporâneo, a atuação do Judiciário na colmatação de omissões institucionais provocadas pela inércia do Poder Legislativo ou da Administração Pública na efetivação de direitos fundamentais, cuja aplicação imediata é determinada pela Constituição.

Assim, fundada na premissa contida no art. 5º, § 1º, da CRFB/88, a Jurisdição Constitucional brasileira tem atribuído eficácia e efetividade aos direitos fundamentais. A jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal (STF), não apenas justifica, como também explica o crescimento exponencial do fenômeno da judicialização do direito. Nos últimos anos, conforme será abordado, os mais variados temas atinentes a direitos fundamentais foram objeto de discussão na Corte Constitucional, o que desperta na consciência coletiva o interesse pela efetivação judicial de direitos fundamentais, violados por reiteradas omissões institucionais das autoridades públicas.

## 2.5 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

Nos últimos anos, o constitucionalismo brasileiro, na esteira de uma tendência mundial, passou por um processo de abrangente judicialização dos mais diversos aspectos da vida pública e privada. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, que cumula as funções de cúpula do Poder Judiciário e de Jurisdição Constitucional no país, tem decidido cada vez mais questões políticas importantes.

A judicialização da política (e do direito) compreende um processo no qual os Tribunais e juízes assumem progressivamente a produção de políticas públicas e de normas, antes de competência dos outros Poderes Estatais. Em outros termos, “cuida-se, portanto, de processo de transferência do poder de tomar decisões sobre questões de alta conotação política dos detentores de mandatos eletivos para juízes.” (BRANDÃO, 2013, P. 177).

Por seu turno, Eisenberg (2002) compreende a judicialização como um processo de expansão das funções normativas e executivas do Judiciário, acarretando a transferência do poder decisório dos Poderes Executivo e Legislativo para os juízes e tribunais. Em outros termos, o autor entende a judicialização como uma politização do Poder Judiciário.

Diante do fenômeno acima descrito, a teoria montesquiana de separação dos poderes (MONTESQUIEU, 1996, P. 175), segundo a qual o Judiciário seria um Poder limitado à aplicação da lei, representando a boca que pronuncia a norma produzida pelo legislador, foi mitigada no constitucionalismo contemporâneo; o Poder Judiciário assumiu novas competências, dentre as quais, o controle de constitucionalidades da lei e a proteção dos direitos fundamentais.

Deste modo, há diversas causas que suscitam a expansão do Poder Judiciário no constitucionalismo contemporâneo. A primeira e mais essencial delas é a ascensão institucional dos Tribunais e Juízes, impulsionada pelo reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente para a democracia moderna. A segunda causa da judicialização é a desilusão popular com a política majoritária, fomentada pela crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos<sup>19</sup>. Há, ainda, a conivência dos atores políticos, que preferem delegar ao Judiciário a decisão de questões sociais polêmicas, sobre as quais recai desacordo moral razoável (BARROSO, 2018a, p. 233).

Nesse sentido, a progressiva transferência de poderes decisórios das instituições representativas para o Judiciário, denominada por Ran Hirschl de “juristocracia”, alicerça-se em uma mudança de paradigma jurídico; há uma crescente crítica das elites políticas, jurídicas e econômicas à democracia popular. Dessa forma, interesses distintos convergem na defesa da democracia constitucional, em detrimento do processo decisório majoritário (HIRSCHL, 2004).

Ademais, considerando a multicausalidade do fenômeno, necessário mencionar que a expansão do Judiciário decorre também da positivação de direitos fundamentais nas Constituições a partir da Segunda Guerra Mundial. Assim, os juízes, imunes do processo majoritário, tornam-se os guardiões da Constituição, resguardando os direitos das minorias. (BRANDÃO, 2013, p. 182).

Esse contexto de avanço dos direitos fundamentais e expansão do Poder Judiciário reproduziu-se com maior intensidade nos países vitimados por regimes totalitários, como

---

19 Leciona Garapon (199, p. 48), que “o sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A posição de um terceiro imparcial compensa o “déficit democrático” de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos.”

Alemanha, Itália e Espanha. No caso do Brasil, a Judicialização da política intensificou-se após 1988, com a promulgação da Constituição Federal, que sucedeu um regime de exceção estabelecido durante mais de 20 anos, entre 1964 e 1985 (LEAL, 2007, p. 52).

Nesse sentido, a Constituição de 1988 expurgou os elementos autoritários daquele período e configurou uma democracia política. Além disso, ampliou-se o acesso à Justiça, por meio da previsão Ações Cíveis Públicas, Ações Populares, Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção Coletivo, bem como, admitiu-se a sociedade civil organizada na comunidade dos intérpretes da Constituição (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007, p. 42).

Some-se isso à adoção do sistema de controle de constitucionalidade misto, abrangendo o modelo difuso/incidental, de raiz norte-americana, que autoriza a todos os juízes, no caso concreto, afastarem a aplicação de leis consideradas inconstitucionais; e o modelo concentrado, de raiz austríaca, que reúne em um Tribunal Constitucional a competência para analisar abstratamente a constitucionalidade dos atos normativos do Poder Público.

A partir de então, ocorre um claro processo de substituição dos recursos institucionais classicamente republicanos pelo Judiciário, visando a dar cobertura e regulação aos setores mais vulneráveis, em um claro processo de substituição dos recursos institucionais classicamente republicanos pelo Judiciário, de modo que o crescimento da atuação judicial torna-se inevitável. (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007, p. 47).

Ademais, o processo de judicialização do direito é também inadiável, tendo em vista que decorre do desenho institucional vigente, e não de uma opção política do Judiciário. Uma vez provocados pela via processual adequada, os Juízes e tribunais não podem deixar de se pronunciarem sobre determinada questão, mormente diante do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, inciso XXXV (BARROSO, 2017b).

### **2.5.1 Semelhanças e distinções entre a judicialização da política e o ativismo judicial**

A despeito de se tratar de uma consequência lógica do quadro político e institucional estabelecido pela Constituição de 1988, a atuação expansiva do Judiciário não está imune de críticas, as quais versam, sobretudo, a respeito da legitimidade da atuação ativista dos Juízes e Tribunais, e sobre os efeitos sistêmicos advindos das decisões sobre políticas públicas. Importante demarcar, portanto, as semelhanças e distinções entre o fenômeno da judicialização da política e o ativismo judicial.

Quanto à origem, é cediço que a judicialização da política decorre do amplo contexto histórico-jurídico acima delineado, enquanto o ativismo judicial<sup>20</sup> é uma expressão originalmente cunhada nos EUA para designar a atuação da Suprema Corte durante os anos de 1954 a 1969. Conforme explica Barroso (2018a, p. 234), durante esse período ocorreram profundas transformações sociais nos EUA, conduzidas pela jurisprudência progressista da Corte Suprema, de modo que, por força de uma reação conservadora, a expressão “ativismo judicial” assumiu uma conotação depreciativa, associada ao exercício inadequado do poder judicial

Quanto ao conteúdo, embora ambos estejam associados a maior interferência do Judiciário no espaço de atuação dos demais Poderes, o ativismo significa a adoção de um modo proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance; a judicialização é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro, marcado pela crise do regime representativo, a condescendência dos atores políticos e a multiplicação de litígios (BARROSO, 2018a, p. 235).

Em síntese, a judicialização da política decorre do dever-pode do Judiciário de resguardar os princípios democráticos, difundir as regras e princípios constitucionais e assegurar a estabilidade institucional. Não é sem motivos, portanto, que inúmeras questões de relevância política ou social têm sido discutidas em sede judicial no Brasil, desde as tradicionais garantias fundamentais à efetivação de direitos sociais como a saúde e educação.

Nada obstante, esse fenômeno deve ser compreendido com a devida parcimônia, uma vez que a atuação ativista, quase sempre adotada no enfrentamento dessas matérias, encontra limites no próprio texto constitucional. Em outros termos, valendo-se de formulação proferida por Lewandowski (2017), deve-se ter em mente que fora da Constituição não há salvação.

É, portanto, dentro dos limites delineados pela Carta Política que deve se situar a atuação do Judiciário na efetivação dos direitos e valores nela estabelecidos quando estes forem violados ou negligenciados pelos atores políticos originalmente competentes, seja através da ação ou da inação inconstitucional.

## 2.6 A RELEVÂNCIA DAS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO

---

20 A locução “ativismo judicial” foi utilizada, pela primeira vez em um artigo de Arthur V. Schlesinger sobre a Suprema Corte americana no período do New Deal, publicado em revista de circulação ampla. In V. SCHLESINGER, Arthur M., Jr. *The Supreme Court: 1947*. Fortune, jan. 1947, v. 35.

Conforme demonstrado até então, o paradigma inaugurado no constitucionalismo contemporâneo é fortemente marcado pela supremacia das normas constitucionais, cujo conteúdo abarca intensa preocupação com a efetivação dos direitos sociais. Há, ainda, uma tendência de constitucionalização do direito, consubstanciada na irradiação das normas constitucionais sobre o ordenamento jurídico. Assim, emerge um Estado voltado ao bem-estar social, imbuído de programas e diretrizes econômicos-sócio-culturais.

A Constituição de 1988 demonstra acentuada preocupação em garantir a efetividade de seus preceitos. Nesse contexto, os direitos sociais ganharam supremacia normativa, embora a sua realização prática ainda permaneça distante das pretensões constitucionais; é cediço que no Brasil ainda não é garantido o acesso de grande parcela da população a direitos sociais básicos, como educação, saúde e alimentação, uma vez que estes são prestados de forma precária pelo Estado (TAVARES, 2018).

O cenário de inefetividade das normas constitucionais decorre de fenômeno causado por fatores históricos, políticos e sociais, bem como da ausência de uma cultura constitucional nos Estados pós-modernos. Em âmbito nacional, o professor Manoel Jorge e Silva Neto (2016, p. 19) denominou esse fenômeno de “Constitucionalismo Brasileiro Tardio”.

Dentre as causas históricas responsáveis pelo retardo do constitucionalismo no Brasil, aponta-se: a) a ausência de pertencimento, uma vez que os povos nativos e os cativos africanos – maior parcela da população brasileira – repeliam a forma de organização do Estado, restando afastada a construção de uma “vontade de Constituição”; b) a aversão ao formalismo e à ritualística do âmbito público, privilegiando os interesses privados em detrimento do interesse público; c) o personalismo, caracterizado pela ausência de solidariedade, o que entra em rota de colisão com um sistema constitucional fundado em um ideal solidarista (SILVA NETO, 2016).

No que se refere às causas políticas do fenômeno, Silva Neto (2016) pondera sobre a debilidade da ideia de democracia e república na consciência coletiva do povo brasileiro. Em análise cronológica, o autor conclui que a vivência democrática no Brasil corresponde a pouco mais de 20% de toda a história da civilização do país<sup>21</sup>, de modo que resta insípida a consciência democrática e o sentimento republicano tanto na população quanto na classe política.

---

<sup>21</sup> Nesse sentido, Silva Neto (2016, p. 39) elucubra que no Brasil “experimentamos formalmente a democracia tão-só de 1891 a 1937, de 1946 a 1964 e de 1988 em diante, temos, no placar da democracia versus tirania, uma goleada dos sistemas despóticos de governar, ao menos se contabilizados os anos de vivência democrática: Democracia – 91; Tirania – 422.

Por fim, em relação à causa jurídica do retardamento do constitucionalismo no Brasil, é cediço que durante muito tempo “a Constituição a deixou de habitar o discurso jurídico como instrumento dotado de normatividade e apto a realizar a conformação de comportamentos, públicos ou privados” (SILVA NETO, 2016, p. 46). Esse abandono à Constituição é prontamente constatável no período correspondente ao Regime Militar brasileiro (1964-1985), durante o qual a Constituição assumiu funções *pro forma*, enquanto o país era governado por meio de Atos Institucionais.

Outrossim, ao analisar a crise da inefetividade dos preceitos constitucionais sob a perspectiva dos direitos sociais, algumas outras causas somam-se às acima elencadas, dentre as quais, André Ramos Tavares (2018) destaca: a) constantes crises econômicas; b) incapacidade e desinteresse políticos em estabelecer planejamento governamental em longo prazo, cooptados pelo populismo imediatista; c) corrupção sistêmica e estrutural nos Poderes eleitos.

Com isso, instaura-se o que Flávia C. Piovesan (1995, p. 92-93) denomina de “momento de reavaliação da discricionariedade dos Poderes Constituídos”. Segundo a autora, não é admissível exigir que o cidadão aguarde indefinidamente pela efetivação do direito, sob o fundamento da ausência de norma regulamentadora ou da inexistência de política pública.

Ademais, ao privilegiar a discricionariedade do Poder Público nos casos de omissões paralisantes dos preceitos constitucionais:

[...] Configurar-se-ia verdadeira subversão da ordem jurídica, apresentando-se a omissão do legislador infraconstitucional mais eficaz que a atuação do constituinte, a inexistência de norma regulamentadora mais vinculante que a existência de norma constitucional. É neste contexto que a Constituição de 1988 cria instrumentos jurídicos inéditos que, efetuando o controle da omissão inconstitucional, apresentam potencialidade capaz de contribuir significativamente com a concretização da ordem constitucional, realizando o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidores dos direitos e garantias fundamentais. (PIOVESAN, 1995, p. 93)

Essa incapacidade do Estado em implementar os direitos constitucionais enseja uma preocupação teórico-normativa a respeito do controle das omissões inconstitucionais, o qual se funda na premissa de que, a despeito de as normas constitucionais diversificam-se quanto ao seu grau de eficácia, não há norma na Constituição de valor meramente moral. Nas palavras de José Afonso da Silva (1982, p. 73), “todo princípio inserto numa Constituição rígida adquire dimensão jurídica, mesmo aqueles de caráter mais acentuadamente ideológico-programático”.



Dessa forma, a efetivação das denominadas normas programáticas constitui um dos maiores desafios do constitucionalismo contemporâneo, uma vez que elas “condicionam a atividade dos órgãos do poder público, estabelecendo verdadeiros programas constitucionais de ação social, a serem desenvolvidos mediante atuação integrativa da vontade constituinte” (PIOVESAN, 1995, p. 59). Com efeito, seus comandos vinculam – ou deveriam vincular – a atuação do Poder Legislativo, da Administração Pública e dos demais intérpretes da constituição.

Nesse passo, a análise das omissões inconstitucionais deve partir do pressuposto de que o não-exercício do poder, o deixar de agir preordenado, não pode servir de argumento para despir de juridicidade as normas constitucionais pendentes de regulamentação legislativa ou atuação administrativa para a sua plena efetivação. É, portanto, papel da jurisdição constitucional garantir a supremacia e a força normativa da Lei Maior quando os demais Poderes restarem inertes em sua função institucional de realizar o texto da Constituição.

Em suma, o constitucionalismo contemporâneo adquire uma nova feição; para além de obstar o exercício arbitrário do poder e assegurar um extenso rol de direitos sociais que demandam a implementação estatal, a Constituição de 1988 positivou institutos jurídicos destinados à superação do estado de avançada letargia do poder público na efetivação de seus preceitos.

### **2.6.1 O conceito de omissão inconstitucional**

No que se refere à origem, há dois tipos de inconstitucionalidade. O primeiro denomina-se inconstitucionalidade por ação e decorre de um comportamento ativo (*facere*) contrário à Constituição. O segundo tipo de inconstitucionalidade resulta do silêncio transgressor da Constituição<sup>22</sup>, e recebe a denominação de inconstitucionalidade por omissão. Com efeito, afirmam Canotilho e Moreira (1991, p. 263):

A Constituição não é somente um conjunto de normas proibitivas e de normas de organização e competência (limite negativo da actividade do Estado): é também um conjunto de normas positivas que exigem do Estado e dos seus órgãos uma actividade, uma acção (limite positivo da actividade do Estado). O incumprimento dessas normas, por inércia do Estado, ou seja, por falta total de medidas (legislativas ou outras) ou pela sua insuficiência, deficiência ou inadequação, traduz-se igualmente numa infracção da Constituição: inconstitucionalidade por omissão.

---

22 Cf. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 344

Fixadas essas premissas, é possível afirmar que a omissão inconstitucional se trata de uma ofensa à Constituição proveniente de uma abstenção, inércia ou silêncio do poder político, que deixa agir quando provocado pelas normas e princípios da Constituição (PIOVESAN, 1995). Isto é, a noção de omissão constitucional pressupõe que se esteja diante de um dever de legislar, não abarcando as hipóteses em que a Constituição estabeleça mera faculdade à atividade legiferante.

Ocorre a omissão inconstitucional quando há uma renúncia ilícita do dever de legislar, de regulamentar determina matéria, ou, ainda, de elaborar políticas públicas, quando necessário para tornar efetivas normas constitucionais dependentes de atos formais ou materiais, de modo a impor aos destinatários dessas normas a espera indefinida pela concretização dos seus direitos. Assim, há também omissão quando a abstenção ultrapassa tempo razoável, que denota a voluntária resistência do Poder Público em legislar.

Com isso, é possível concluir pela existência de ao menos dois tipos de omissões inconstitucionais: a) *omissões legislativas*, as quais se caracterizam pela falta ou insuficiência de atuação do Poder Legislativo; b) *omissões administrativas*, caracterizadas pela falta de adoção de políticas de governo e pela falta de implementação de medidas administrativas ou de outros atos da Administração Pública. (PIOVESAN, 1995).

Para além das duas espécies de omissões inconstitucionais apresentadas acima, Carlos Alexandre Azevedo Campos (2019) ressalta a existência de omissões inconstitucionais decorrente de condutas descoordenadas dos poderes políticos, as quais possuem aptidão de comprometer a efetividade dos direitos fundamentais. Nesses casos “a omissão inconstitucional não é só legislativa, nem tampouco apenas administrativa – é sempre normativa” (CAMPOS, 2019, p. 98).

Em síntese, a omissão é inconstitucional porque, conforme apregoa Celso Antônio Bandeira de Mello (2017 p, 66), “não faria sentido que o constituinte enunciasse certas disposições apenas por desfastio ou por não sopitar seus sonhos, devaneios ou anelos políticos [...]”. Seria ilógico, portanto, supor constitucional comportamento do Poder Público que oblitera a “vontade de Constituição”, mencionada por Hesse (1991), e impede a plena realização dos desígnios constitucionais.

## **2.6.2 Instrumentos processuais de controle das omissões inconstitucionais**

O controle das omissões inconstitucionais no ordenamento brasileiro inspira-se na Constituição de Portugal<sup>23</sup>, embora a Constituição de 1988 seja mais abrangente ao considerar como omissão toda e qualquer inércia dos órgãos políticos e administrativos, apta a obstar a efetividade da norma constitucional. É nesse sentido a lição de Dirley da Cunha Jr. (2010, p. 245) ao afirmar que:

[...] a Constituição brasileira, além de reconhecer a categoria operativa da inconstitucionalidade por omissão, instituindo os meios jurídico-processuais de seu controle, admite que o comportamento omissivo inconstitucional pode estar ligado a atos de natureza normativa ou não, podendo existir em face de quaisquer funções do Estado, seja a legislativa, a administrativa e mesmo a judiciária.

Nesse passo, a concretização das normas constitucionais, mormente as que versam sobre direitos sociais, demanda a existência de instrumentos de controle das omissões inconstitucionais. Com isso em vista, o constituinte de 1988 instituiu os meios jurídico-processuais para reforçar a juridicidade das normas constitucionais e realizar o princípio da imediata aplicabilidade das normas definidores de garantias e direitos fundamentais (PIOVESAN, 1995).

Topograficamente, o mandado de injunção (art. 5º, LXXI, da CRFB)<sup>24</sup> é o primeiro instrumento processual destinado a controlar as omissões inconstitucionais, uma vez que se presta a viabilizar o exercício de direitos fundamentais. O remédio constitucional pode ser impetrado por qualquer pessoa cujo exercício de direito fundamental tenha sido inviabilizado por ausência de norma regulamentadora. A Lei nº 13.300/06, por sua vez, disciplina também o processo e julgamento do mandado de injunção coletivo, que poderá ser impetrado pelos legitimados do art. 12 da referida lei. Trata-se de um mecanismo de fiscalização concreta de inconstitucionalidade por omissão, uma vez que exige liame entre a impossibilidade do exercício de um direito fundamental e a ausência de instrumento normativo exigido pela Constituição.

Nesse sentido, Flávia C. Piovesan (1995, p. 124) destaca que “[...] a função do mandado de injunção é possibilitar seja a norma constitucional aplicada, independentemente de

---

23 Art. 283º, n 1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.

<sup>24</sup> Art. 5º, LXXI, CRFB: conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

regulamentação e exatamente porque não foi regulada”. Assim, pela via do mandado de injunção autoriza-se ao Judiciário declarar a existência de omissão inconstitucional, integrar a norma Constituição pendente de regulamentação, ou, ainda, ordenar providência ao Poder Público para a efetivação do direito (SILVEIRA, 2016).

O segundo instrumento processual que objetiva controlar as omissões inconstitucionais é a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), prevista no art. 103, § 2º, da CRFB/88 e regulamentada pela Lei nº 9.868/99. Aqui, a fiscalização da inconstitucionalidade é realizada pelo STF, abstratamente, voltada para a efetividade da norma constitucional em sua dimensão objetiva. Não há, portanto, conflito entre as partes (SILVEIRA, 2016).

Julgada procedente a ADO, a Corte científica ao Congresso Nacional de seu estado de mora legislativa e edita norma provisória ou aplica, por analogia, norma já existente com vistas a colmatar a omissão inconstitucional, até que a medida legislativa seja produzida. Em se tratando de omissão administrativa, o STF determinará prazo de 30 (trinta) dias para que seja solucionada a omissão inconstitucional, embora, defenda-se aqui, na esteira do apregoado por Dirley da Cunha Jr. (2010), a possibilidade de o Judiciário integrar imediatamente a ordem jurídica e suprir a omissão. A título de exemplificação, no julgamento da ADO nº 26 e do MI nº 7433, o STF reconheceu mora do Congresso Nacional em criminalizar a homo/transfobia e determinou que as referidas condutas se enquadrem nos crimes previstos na Lei nº 7.716/89 (crimes de racismo) até que o Congresso Nacional edite lei específica.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), por sua vez, é instrumento processual previsto no art. 102, § 1º, da CRFB/88 e regulamentada Lei nº 9.882/99. A ação objetiva evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público, o que inclui controle das omissões inconstitucionais<sup>25</sup>. Nesse passo, Silveira (2016) explica que o STF reconheceu o cabimento da referida ação nos casos de omissão legislativa por conta do seu caráter subsidiário<sup>26</sup>, uma vez que à época o entendimento na Corte era de que ADO não era meio eficaz a sanar a omissão, pois limitada à declaração da inconstitucionalidade.

Ademais, para além dos instrumentos processuais previstos constitucionalmente como aptos a controlar as omissões inconstitucionais, Silveira (2016, p. 141) sustenta a necessidade de o STF reconhecer a inconstitucionalidade por omissão por meio dos recursos ordinário e

---

25 Cf. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 4/ADPF. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, DJ 22.09.2006.

26 Art. 4º, § 1º. Lei nº 9882/99. Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

extraordinário. Assim, sob o fundamento de que, enquanto guardião da Constituição, o STF deve zelar pela efetividade das normas constitucionais, defende que:

[...] ao se deparar, no julgamento de recurso extraordinário, com omissão legislativa (inexistência ou insuficiência de lei) que leve à inefetividade de direito fundamental, entendemos ser dever da Corte não só declarar a omissão inconstitucional e comunicá-la ao órgão legislativo competente, mas também suprir a omissão no caso concreto, promovendo a efetividade do direito fundamental (SILVEIRA, 2016, p. 141)

Em sentido próximo, porém mais abrangente, Marinoni (2019), sustenta a possibilidade do controle das omissões inconstitucionais por qualquer juiz ou tribunal, através do controle difuso de constitucionalidade. Argui o autor não existir razão para entender “que o juiz tem poder para controlar a constitucionalidade da lei, quando esta é prejudicial à solução do litígio, e não tem poder para controlar a falta de lei quando esta é imprescindível à tutela de um direito fundamental” (MARINONI, 2019, p. 1410).

Reitera-se que as omissões inconstitucionais podem ser legislativas ou administrativas, em ambos os casos são sempre normativas, uma vez que decorrem da ausência de ato normativo exigido pela Constituição. Por essa razão, o controle judicial das omissões inconstitucionais não recai apenas sobre a inércia legislativa, a omissão administrativa em efetivar os comandos constitucionais pode também ser objeto de controle por meio do Mandado de Segurança, Ação Civil Pública e Ação Popular.

Por fim, questiona-se a possibilidade do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional como instrumento de controle das ações e omissões inconstitucionais do Poder Público que acarretam falhas estruturais na efetivação dos direitos fundamentais. Investiga-se, ainda, se a superação desse mau uso das atribuições públicas dar-se-á através do processo estrutural, cuja característica basilar é a formação do diálogo institucional, conforme desenvolver-se-á nos próximos capítulos.

Em síntese, são diversos os instrumentos de controle das omissões inconstitucionais estabelecidos na Constituição de 1988 e reconhecidos pela jurisprudência e doutrina. Todos eles estampam mecanismos de efetivação das normas constitucionais e reforço da supremacia e da força normativa da Constituição. Isso porque, o constitucionalismo contemporâneo não mais comporta Cartas Políticas despidas de juridicidade, fundadas em promessas frívolas de um futuro melhor. Há que se garantir os meios de exigência ao Poder Público da realização das normas constitucionais no campo fático.

### 3 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Diante do paradigma acima delineado, resta assente que na teoria neoconstitucionalista, difundida na maior parte do mundo ocidental, a Constituição assumiu supremacia no ordenamento jurídico e as suas normas passaram a encampar força normativa. Nesse contexto, a Corte Constitucional desponta como entidade de defesa e garantia da Constituição, apta a realizar o controle das ações e omissões inconstitucionais do Poder Público. A partir de então, inúmeras formas e técnicas de controle de constitucionalidade foram criados, com o fito de otimizar a atuação da jurisdição constitucional em face da multiplicação de demandas pela efetivação de textos constitucionais complexos e dirigentes.

Dentre as formas de controle de constitucionalidade, pode-se citar o controle por ação e por omissão, o preventivo e o repressivo, o incidental e o principal, o difuso e o concentrado. No que se refere às técnicas de controle, há a inconstitucionalidade por arrastamento, a pronúncia de inconstitucionalidade sem declaração de nulidade, a interpretação conforme a constituição, a declaração parcial de nulidade sem redução de texto, a declaração de mora legislativa, a determinação de prazo para edição de norma ou ato administrativo e o reconhecimento da ocorrência de mutação constitucional.

No atual capítulo propõe-se análise da técnica de controle de inconstitucionalidade sistematizada na jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia (CCC). Desse modo, passa-se a investigar o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), o seu conceito, pressupostos, alcance e objeto, bem como os efeitos da decisão que reconhece a sua existência. Além disso, o processo estrutural será enquadrado como instrumento apto a ensejar as transformações sistemáticas imprescindíveis à superação do Estado de Coisas Inconstitucional.

#### 3.1 CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Embora a expressão “Estado de Coisas Inconstitucional” tenha sido denominada pela Corte Constitucional da Colômbia, os institutos processuais para a superação desse estado de inconstitucionalidade já eram amplamente adotados na jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, conforme será desenvolvido em capítulo atinente aos processos estruturais. Importa mencionar, entretanto, que a CCC foi a responsável pela conformação teórica do controle de constitucionalidade por meio da técnica de reconhecimento do ECI.

Por oportuno, cumpre salientar que a denominada Constituição Política da República da Colômbia, à semelhança da Constituição Federal da República do Brasil, estabelece extenso

rol de direitos, garantias e deveres fundamentais em seu Título II, ressaltando-se os direitos sociais, econômicos e culturais no Capítulo 2. De igual modo, em seu art. 86<sup>27</sup>, a Constituição colombiana estabelece mecanismo de proteção dos direitos fundamentais em sede de jurisdição constitucional, a qual é exercida pela Corte Constitucional da Colômbia, composta por número ímpar de magistrados eleitos pelo Senado da República para mandatos fixos de oito anos, sem possibilidade de recondução<sup>28</sup>.

Nesse contexto, a Corte Constitucional da Colômbia, no constitucionalismo latino-americano, é responsável por construir os contornos prático-teóricos para o enfrentamento dos desarranjos institucionais, provocados por reiteradas omissões do Poder Público, ensejadores de violações massivas a direitos constitucionais. Faz-se necessário, então, realizar uma breve análise dos principais precedentes da referida Corte, responsáveis pela consolidação do instituto na doutrina constitucionalista.

### 3.1.1 Sentença de Unificação (SU) – 559/1997

A sentença de unificação (SU) – 599 (1997) foi o primeiro precedente no qual houve menção expressa ao ECI. No referido caso, 45 docentes do município de María la Baja e Zambrano ajuizaram ações por conta da negativa de seus direitos previdenciários pelas autoridades locais. Em análise detida, a CCC constatou que a violação atingia inúmeros outros profissionais da educação para além dos demandantes, de modo que verificou a omissão de diversos órgãos e agentes estatais na efetivação dos comandos constitucionais.

Não bastaria, então, exarar decisão com uma obrigação de fazer direcionado a determinada repartição ou agente público. Era necessário, para superar o estado de coisas, um plano de ação coordenado para os diversos níveis do poder. Isso porque a violação massiva e generalizada aos direitos fundamentais previdenciários decorria de omissões dos diversos poderes constituídos, consubstanciando uma falha estrutural da organização político-jurídica (COLÔMBIA, 1997).

---

<sup>27</sup> Artículo 86. *Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.*

<sup>28</sup> De acordo com o artigo 239 da Constituição, o Tribunal Constitucional terá o número ímpar de membros determinado por lei. De acordo com o artigo 44 da Lei 270 de 1996 (Lei Estatutária sobre a Administração da Justiça), o Tribunal será composto por nove (9) juízes. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/>. Acesso em: 6 jun. 2021

Assim, a Corte Constitucional da Colômbia, com vistas a evitar o uso excessivo da ação de tutela – já que litígio atinge número exacerbado de pessoas –, e fundada no dever de colaboração harmoniosa entre os órgãos do Estado e da efetiva proteção dos direitos fundamentais, declarou a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional. Ademais, determinou a supressão da inconstitucionalidade em um prazo razoável, emitiu ordens diversas autoridades políticas para a adoção das medidas necessárias ao desate dos imbróglios institucionais (COLÔMBIA, 1997).

### **3.1.2 Sentença de Tutela (T) – 153/1998**

Trata-se do caso emblemático do sistema carcerário colombiano, semelhante ao tema enfrentado pelo STF na ADPF nº 347/DF. Na Sentença de Tutela (T) nº 153/1998, após estudos empíricos em dois presídios do país, a CCC concluiu pela existência de uma situação de violação generalizada de direitos fundamentais. Contatou-se, ainda, que as condições absolutamente desumanas de reclusão repetiam-se na maior parte dos estabelecimentos prisionais colombianos.

Em conclusão, o Órgão reconheceu a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional, ante a evidente ausência de políticas públicas destinadas a melhoria das condições de cárcere desumanas. Com isso, a CCC ordenou ao governo nacional a elaboração, no prazo de três meses, de um plano nacional de construção e reparação de estabelecimentos prisionais, determinou a alocação dos recursos orçamentários necessários à execução dos projetos, exarou ordem para que os governadores e prefeitos criem e mantenham centros de reclusões próprios, entre outras medidas estruturais (COLÔMBIA, 1998).

A despeito de toda a sorte de comandos dirigidos à superação do estado de violações massivas a reiteradas a direitos fundamentais no sistema prisional colombiano, as ordens estruturais da CCC não alcançaram êxito. Isso porque, conforme explica Campos (2015), a Corte não realizou monitoramento na fase de implementação de suas ordens, restando à Sentença de Tutela (T) nº 153/1998 o papel de chamar a atenção para o tema.

### **3.1.3 Sentença de Tutela (T) – 025/2004**

A Sentença de Tutela (T) – 025/2004 foi referida por Campos (2015) como um dos mais espetaculares casos de declaração do ECI. O plano de fundo da referida decisão foi o ajuizamento de 108 ações de tutela por 1.150 família deslocadas em razão da guerra do



narcotráfico<sup>29</sup>. As ações reclamavam a adoção de providências por parte dos diversos órgãos e agentes políticos, sob o fundamento de que os direitos à moradia, saúde, educação e trabalho inexistiam para essas famílias, carecendo as vítimas do mínimo vital.

Nesse sentido, Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2019, p. 149) elucida que o deslocamento (*desplazamiento*) forçado de pessoas trata-se de fenômeno característico de países com elevado índice de violência. Nesses casos, pessoas são levadas a desistirem de suas habitações e atividades, em busca de lugares mais seguros à sobrevivência, por sofrerem ameaças de grupos paramilitares.

A Corte Constitucional da Colômbia constatou que o debate político nacional quedava-se alheio às precárias condições existenciais dos deslocados, tampouco existiam programas governamentais operantes direcionados à sua assistência. Diante desse contexto fático, os juízes da Corte estabeleceram rígidos pressupostos autorizativos ao reconhecimento do ECA, dentre os quais se destacam:

(i) a violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais que afeta um número significativo de pessoas; (ii) a omissão prolongada das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantir tais direitos; (iii) a adoção de práticas inconstitucionais, como a incorporação da via judicial como parte do procedimento para garantir o direito violado; (iv) a não expedição de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias necessárias para evitar a violação dos direitos; (v) a existência de um problema social cuja solução reclama a intervenção de vários órgãos e agentes públicos, requer a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações e exige um nível de recursos que demanda um esforço orçamentário adicional relevante; (vi) se todas as pessoas afetadas pelo mesmo problema recorressem à justiça para obter a proteção de seus direitos, isso produziria um abarrotamento de processos no Poder judiciário (COLÔMBIA, 2004).

Ao analisar a presença dos pressupostos definidos pela própria Corte, os juízes entenderam pela existência de violação maciça de múltiplos direitos da população deslocada; elevado volume de ações movidas por pessoas afetadas, com potencial de inviabilizar o exercício da atividade jurisdicional; omissões e falhas de vários órgãos estatais na adoção das medidas necessárias para a correção da falha estrutural que desencadeava o fenômeno (COLÔMBIA, 2004).

---

29 Garavito e Franco (2021, p. 55) apontam, em especial, a atuação das Forças Armadas Revolucionárias Colômbia (FARC).

Ao fim, a Corte declarou a existência de um ECI, exarando ordens a inúmeros órgãos e agentes públicos, sem, contudo, detalhar o mérito das medidas que deveriam ser adotadas, preservando a competências das autoridades legislativas e administrativas, em deferência ao Princípio da Separação dos Poderes.

Nessa perspectiva, Garavito (2009) elucida que na primeira fase da jurisprudência sobre o ECI, compreendida entre 1997 a 2003, a CCC aplicou a técnica sem realizar uma sistematização dos pressupostos de verificação e dos requisitos para a superação do ECI.

Foi com a Sentença de Tutela T - 025/04 que, diferentemente da declaração de ECI no sistema prisional colombiano, os provimentos da CCC surtiram bons efeitos práticos, isso porque, a Corte implantou o instituto da retenção de jurisdição<sup>30</sup>; um programa de monitoramento dos efeitos da decisão, realizando audiências públicas periódicas com o fito de verificar a execução da sentença. Resguardou, ainda, a possibilidade de impor penalidades ou determinar novas medidas, em caso de descumprimento do decisum (CAMPOS, 2015).

É possível concluir que a Sentença de Tutela (T) – 025/2004 representa a fase de consolidação<sup>31</sup> da teoria do ECI na jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia, uma vez que solidificou os pressupostos necessários à sua configuração e aprimorou a técnica decisória, adotando provimentos flexíveis com vista a garantir o âmbito de discricionariedade do Poder Público. Por fim, a Corte previu mecanismos para monitorar a execução de suas determinações, precavendo-se da possibilidade de os agentes políticos utilizarem a discricionariedade para instalar novo quadro de bloqueios institucionais à efetivação dos direitos tutelados.

Assim, marcante o sucesso da Sentença de Tutela (T) – 025/2004 no desiderato de envidar medidas estruturais destinadas à superar o ECI no deslocamento forçado da população colombiana, uma vez que se multiplicou em quase dez vezes a dotação orçamentária voltada à tutela das pessoas deslocadas, a promoção de políticas públicas dissipou-se pelas diversas agências administrativas, ampliando o rol de responsáveis pela efetivação dos direitos. Por fim,

---

<sup>30</sup> “A retenção de jurisdição ocorre quando o juiz, apesar de decidir uma questão ou homologar um acordo, mantém a jurisdição para decidir novamente sobre ela, no futuro, à luz de novos fatos [...] cabe anotar que a Corte Constitucional colombiana adotou uma técnica de retenção de jurisdição em seu caso estrutural mais conhecido, relacionado aos deslocamentos forçados de pessoas pela guerrilha. Após a decisão, tomada pelo órgão pleno do tribunal (“*sala plena*”), foi designada uma “*sala de seguimiento*”, um órgão jurisdicional da própria corte, que teria o papel de receber informações da execução e ajustar a decisão [...]”. Cf. VITORELLI, Edilson. Processo Civil Estrutural: teoria e prática. e 2. rev. atual. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 438-441.

<sup>31</sup> Cárdenas *apud* Couto (2018, p. 42) aponta a existência de três fases do ECI na jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia: “*a fase inicial que compreende o grupo de sentenças proferidas entre 1997 a 2004, antes da sentença T-025 [...]; a fase de consolidação que se logrou aprimorar a técnica de verificação de existência de ECI, assim como pelo desenvolvimento do tipo de ordens judiciais em que se agia em ativismo; uma fase de reiteração que se estende de 2004, após o proferimento da sentença T-025/2014, até os dias atuais*”

alcançou-se melhorias efetivas no gozo de diversos direitos pelas pessoas deslocadas, dentre os quais, saúde, educação, alimentação, moradia, subsistência mínima, atenção humanitária (BARROS, 2021, p. 199).

### 3.2 A TEORIA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Fixado um breve panorama evolutivo da jurisprudência da Corte Constitucional colombiana, cumpre abordar os contornos teóricos desenvolvidos na doutrina constitucional latino-americana acerca da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional. Nesse subtópico serão abordados o conceito, pressupostos e natureza jurídica do ECI, bem como as divergências doutrinárias em derredor do tema.

#### 3.2.1 Conceito, função e excepcionalidade do ECI

Há, na doutrina, diversas e robustas conceituações do Estado de Coisas Inconstitucional, das quais algumas serão abortadas a seguir com o fito de demonstrar a lógica que embasa o conceito de ECI adotado por esse trabalho.

Em Lyons, Monterroza e Meza (2011) o ECI é compreendido como um mecanismo ou técnica, por meio da qual a Corte Constitucional declara que certos fatos são abertamente contrários à Constituição, infringindo maciçamente direitos e princípios nela consagrados, de modo que insta às autoridades competentes tomar as medidas necessárias para corrigir ou superar tal estado de coisas.

Por sua vez, Campos (2019) postula que o ECI se trata de uma ferramenta por meio da qual as Cortes produzem norma declaratória da contradição entre a realidade social e a Constituição. Em termos mais precisos, o autor discorre que o ECI se trata de uma:

Técnica de decisão por meio da qual cortes e juízes constitucionais, quando rigorosamente identificam um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais do Estado, declaram a absoluta contradição entre os comandos normativos constitucionais e a realidade social, e expedem ordens estruturais dirigidas a instar um amplo conjunto de órgãos e autoridades a formularem e implementarem políticas públicas voltadas à superação dessa realidade inconstitucional (CAMPOS, 2019, p. 193-194).

Sob outra perspectiva, Couto (2018) postula que o ECI corresponde a um fenômeno social decorrente de uma série de fatores agressivos a uma gama de direitos fundamentais

titularizados por inúmeras pessoas. O autor conclui que a existência do ECI não depende de uma declaração judicial, uma vez que este advém do mau uso das atribuições públicas e das omissões inconstitucionais dos Poderes Públicos.

Embora aparentemente divergentes, os conceitos acima apresentados complementam-se, conduzindo à conclusão de que o Estado de Coisas Inconstitucional corresponde a situações de fato caracterizadas pela violação massiva e reiterada de direitos fundamentais devido à recalcitrância do Poder Público em efetivá-los. A decisão que o reconhece em sede de jurisdição constitucional tem natureza declaratória, configurando técnica de controle de constitucionalidade, cujo objeto são falhas estruturais na efetivação das normas da Constituição.

Enquanto técnica de controle de violações massivas e reiteradas a direitos fundamentais, a declaração de Estado de Coisas Inconstitucional tem a função jurídica de constranger o aparato estatal a projetar, implementar, financiar e avaliar as políticas públicas necessárias para cessar a violação maciça de direitos que levou a tal declaração. O ECI encampa também a função política de conferir visibilidade a situações de violações graves a direitos fundamentais (GARAVITO, 2009).

Ademais, César Rodríguez Garavito (2009) sustenta que a declaração do ECI pela Corte Constitucional é medida excepcional de controle de constitucionalidade. Isso porque, a) o princípio da separação e do equilíbrio de poderes, aconselham prudência no uso dessa técnica; b) a Corte Constitucional tem capacidades institucionais limitadas, as quais são pressionadas pela complexidade do processo adequado à superação do ECI; c) a aplicação da figura do ECI implica um custo para o Tribunal, uma vez que corresponde à declaração explícita de falha das políticas governamentais, além disso, o mecanismo de monitoramento pode se estender por anos, de modo que parte do capital político da Corte acaba sendo consumido no processo.

Por essas razões, para que cumpra o papel de promover a solução de violações massivas e reiteradas de direitos fundamentais, a declaração do ECI deve ser compreendida como técnica excepcional de controle de constitucionalidade<sup>32</sup>. Essa compreensão assegura que a atuação da Corte Constitucional nesses casos esteja de acordo com o desenho institucional do Estado Constitucional de Direito.

---

<sup>32</sup> Nesse sentido, Garavito (2009, p. 439) sustenta que “[...] *el ECI es una figura análoga, pero de signo opuesto, a la figura excepcional clásica del constitucionalismo moderno: el estado de excepción, mediante el cual el Ejecutivo concentra temporalmente poderes y suspende algunos derechos constitucionales por razones de orden público o emergencia económica.*” Esse trabalho, embora reconheça o seu caráter excepcional, não adere à tese de que o ECI é figura análoga ao estado de emergência, uma vez que não parece razoável admitir que o Poder Judiciário, ainda que no exercício da jurisdição constitucional, tenha legitimidade para manejar técnica símile aos institutos do Direito Constitucional de Emergência, caracterizados pela autorização circunstancial de restrição ou suspensão de direitos fundamentais.

### 3.2.2 Pressupostos, fundamentos e objeto do ECI

Considerando que ao declarar o ECI a Corte Constitucional realiza uma censura à omissão estatal e adota uma postura ativa na transformação da realidade social, por meio de remédios processuais que fogem ao esquema tradicional de controle de constitucionalidade, é de extrema relevância o estabelecimento de uma sistematização rígida dos pressupostos autorizadores de reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional. Na doutrina constitucional brasileira, Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2019) sistematizou os seis pressupostos apresentados pela Corte Constitucional da Colômbia em quatro pressupostos essenciais para a configuração do Estado de Coisas Inconstitucional.

O primeiro pressuposto é a constatação de um quadro de violação massiva e contínua de distintos direitos fundamentais que atinge um número amplo e indeterminado de pessoas. Aduz o autor que para a configuração desse pressuposto não basta a violação de qualquer direito fundamental ou de um direito específico, deve existir um quadro de violação sistemática, difundida na realidade social. A violação deve alcançar também um número elevado de pessoas e grupos, mormente aqueles vulneráveis para que esse pressuposto esteja preenchido (CAMPOS, 2019).

O segundo pressuposto materializa-se na omissão reiterada e persistente do Poder Público no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais. Esse pressuposto exige que o funcionamento deficiente do Estado como um todo seja o responsável pela violação desses direitos, e não a inércia de uma única autoridade pública (CAMPOS, 2019).

O terceiro pressuposto é a necessidade de mudanças estruturais para alcançar a superação das violações mencionadas. Sendo assim, a declaração do ECI pressupõe que a correção das falhas ensejadoras de violações a direitos exija a expedição de remédios e ordens dirigidas não somente a um órgão ou autoridade, mas a uma pluralidade destes. O terceiro pressuposto do ECI é, portanto, a necessidade de um processo estrutural para a sua superação<sup>33</sup>.

Por fim, o quarto pressuposto do ECI refere-se à potencialidade de multiplicação de demandas judiciais nas quais se busca a concretização dos direitos violados. Nas palavras de

---

<sup>33</sup> Os processos estruturais como instrumento para a superação do ECI serão pormenorizados em tópico oportuno. Por hora, importa estabelecer que todas as vezes em que for constatada a existência de um estado de violação massiva, reiterada e grave de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais do Poder Público na implementação ou execução de políticas públicas, far-se-á necessário o manejo de um processo estrutural afinado à superação desse estado de coisas.

Campos (2019, p. 191) “preocupada com a sua funcionalidade, a Corte busca resolver a situação de uma única vez, alcançando o maior número de afetados possível”. Sobre o quarto pressuposto, são dignas de nota as seguintes observações do referido autor:

Por certo que utilizar essa situação (multiplicação de demandas judiciais) como critério para configuração do ECI só faz sentido em sistemas de amplo e fácil acesso à jurisdição constitucional, como o é o colombiano. Em contextos como o brasileiro, no qual a Constituição criou obstáculos aprofundados pelo próprio Supremo para o acesso de organizações e movimentos de defesa de direitos fundamentais à jurisdição constitucional concentrada, erigir esse dado quantitativo à categoria de pressuposto serviria como mais um fator de manutenção do *status quo* (CAMPOS, 2019, p. 191-192).

Dessa forma, o quarto pressuposto do ECI (proliferação de demandas) perde relevância no modelo de controle concentrado de constitucionalidade brasileiro, uma vez que o rol de legitimados para o acesso à jurisdição constitucional já é restrito às hipóteses estabelecidas no art. 103, I a IX, da Constituição.

No mais, considerando o seu caráter excepcional, em regra, faz-se necessário que todos os pressupostos estejam presentes para a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional. Nesse passo, Garavito (2009, p. 446) postula que “*siempre que concurran esas situaciones, la Corte, por razones de coherencia argumentativa y de garantía de los derechos, debe aplicar esta figura*<sup>34</sup>”.

Com relação aos fundamentos, o ECI encontra alicerce filosófico na noção de garantia do mínimo social<sup>35</sup>, haja vista que parte da premissa de que a jurisdição constitucional deve compelir os órgãos competentes a atender às necessidades básicas dos seres humanos, quando as instâncias majoritárias não o fizerem.

Oportuno destacar, contudo, que segundo Miguel Calmon Dantas (2011) a teoria do mínimo social confere ao Estado absoluta independência quanto à definição de como e em que medida implementar os direitos fundamentais. Em contraposição, o autor defende o direito fundamental ao máximo existencial, o qual impõe ao Estado que satisfaça, na medida do

<sup>34</sup> “Sempre que concorram essas situações, a Corte, por razões de coerência argumentativa e de garantia dos direitos, deve aplicar a figura [do Estado de Coisas Inconstitucional]” (Tradução nossa).

<sup>35</sup> Cf. Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2019), a noção de mínimo social foi desenvolvida na teoria da justiça de John Rawls. Na obra intitulada “*Political Liberalism* (1993)”, Rawls sustenta que o mínimo social abarca questões de justiça básica consistentes em preocupações com a desigualdades socioeconômicas e de oportunidades. A recusa, em uma sociedade democrática, da garantia de qualquer mínimo social adequado a determinados grupos minoritários deve ser controlada pelas cortes em sede de *judicial review*, com o desiderato de resguardar os elementos constitucionais essenciais (RAWLS *apud* CAMPOS, 2019, p. 164).

possível, suficientemente as necessidades existenciais e de autonomia, assegurado “o juízo político sobre como proceder para a consecução deste desiderato”. Desse modo, o ECI fundamenta-se também na exigência de um máximo existencial.

Por seu turno, o embasamento teórico do ECI reside nos princípios do Estado social de direito, para os quais os direitos fundamentais tornam-se condição de legitimidade da atuação do Poder Público. A teoria do ECI funda-se, por fim, nos elementos essenciais do constitucionalismo contemporâneo (CAMPOS, 2019).

No que se refere ao objeto do Estado de Coisas Inconstitucional, é assente que a sua declaração se opera principalmente no âmbito da efetivação de direitos socioeconômicos, quando ameaçados por falhas estruturais do Poder Público. Nesse sentido, podem ser objeto do ECI direitos referentes ao “acesso à comida, água, moradia, saúde preventiva e curativa, seguridade social, educação, trabalho, saneamento básico.” (CAMPOS, 2019, p. 168). Não obstante, o objeto do ECI não se restringe aos direitos sociais, podendo abarcar a defesa das garantias e liberdades fundamentais e a construção ou aprimoramento de políticas.

### **3.2.3 Os efeitos da decisão que declara o Estado de Coisas Inconstitucional**

Da decisão que declara a existência do ECI é possível extrair alguns efeitos sociopolíticos que a seguir passam a ser esquematizados para uma melhor compreensão dos seus alcances.

Inicialmente, cumpre demarcar que as decisões judiciais projetam transformações sociais não somente quando provocam mudanças na conduta dos indivíduos ou grupos diretamente integrantes do litígio. A atividade jurisdicional também induz transformações indiretas nas relações sociais. Isso ocorre, por exemplo, quando um processo ou provimento judicial modifica as percepções dos atores sociais sobre o tema objeto da demanda (GARAVITO; FRANCO, 2010).

Essa duplicidade de influência dos provimentos judiciais no campo prático é perfeitamente deduzível das decisões que declaram a existência do ECI. Com isso, pode-se delas extrair dois efeitos imediatos: efeitos diretos e efeitos indiretos.

Segundo Garavito e Franco (2010), os efeitos diretos decorrem da conduta ordenada aos litigantes, sejam destinatários ou beneficiários das ordens. Esses efeitos diretos podem ser instrumentais, os quais decorrem da emissão de uma norma, criação ou correção de uma política ou serviço público ordenado pelo juiz. As decisões podem, ainda, produzir efeitos diretos simbólicos, consubstanciados na mudança de percepção das partes a respeito do objeto do

litígio, uma vez que a atuação jurisdicional demarca o problema de direito através da declaração de um estado de coisas inconstitucional.

Os efeitos indiretos abarcam todos os tipos de consequências que, embora não estipuladas expressamente nas ordens judiciais, derivam do julgamento do litígio. Esses efeitos ultrapassam os limites das partes, projetando-se sobre todas as pessoas da sociedade. Os efeitos indiretos também podem ser classificados em instrumentais e simbólicos; os primeiros caracterizam-se pelo ingresso no debate constitucional de novos atores sociais, como ONGs, entidades públicas, órgãos de representação etc. Os efeitos indiretos simbólicos são os que impulsionam a discussão sobre o problema social, ensejando transformações na opinião pública acerca da gravidade e urgência do imbróglio (GARAVITO; FRANCO, 2010).

Esses efeitos indiretos assumem singular importância no constitucionalismo contemporâneo, uma vez que ampliam a atuação da comunidade de intérpretes da Constituição<sup>36</sup>, garantindo a participação de minorias sociais, que, no contexto do processo democrático-majoritário, restariam sub-representadas. Com isso, impulsiona-se a consagração dos princípios da supremacia e da força normativa da Constituição na consciência popular.

Sob uma perspectiva jurídica, os efeitos da decisão que declara o ECI podem ser sistematizados em: a) efeito criador: refere-se à definição do problema jurídico debatido como uma questão de direito e a fixação de processo judicial como mecanismo adequado para superá-lo; b) efeito desbloqueador: diz respeito à pressão exercida sobre o Poder Público no intento de desestabilizar uma estrutura burocrática inerte frente as violações constatadas; c) efeito coordenador: desnuda uma tentativa da Corte Constitucional de “agilizar” a administração pública, através da coordenação judicial das medidas a serem adotadas; d) efeito deliberativo: materializa-se por meio do diálogo público sobre o tema versado nos processos estruturais, abrangendo a realização de audiências contando com a participação de autoridades públicas, da sociedade civil organizada e demais atores sociais; e) efeito de política pública: compreende o processo de implementação e aprimoramento de políticas públicas destinadas à superação do ECI (GARAVITO; FRANCO, 2010).

Em síntese, a decisão que declara a existência do ECI, produz efeitos diretos na delimitação das falhas estruturais na efetivação de direitos, no desbloqueio de entraves burocráticos e na coordenação da atividade estatal para implementar e aperfeiçoar políticas públicas. Os efeitos indiretos fomentam um amplo debate público sobre os temas em

---

<sup>36</sup> Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: safe, 1997.



apreciação, através de audiências públicas, discussões acadêmicas e cobertura midiática. Por essa razão, Dirley da Cunha Jr. (2017, p. 593), identifica nos efeitos indiretos da decisão em ECI um caráter pedagógico, o qual proporciona “a construção de soluções estruturais dialogadas e concertadas entre os poderes públicos, a sociedade e as comunidades atingidas”.

### 3.3 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL

A Constituição de 1988 estabeleceu desenho institucional propício à incorporação do Estado de Coisas Inconstitucional ao ordenamento brasileiro. Nesta toada, a Carta Política possui um amplo rol de direitos fundamentais de aplicabilidade imediata e dispõe de mecanismos processuais aptos à construção de soluções estruturais com vistas a tutelar objetivamente os referidos direitos (CAMPOS, 2019).

Por seu turno, a democracia doméstica é marcada pela desilusão popular na classe política, motivada pela sucessão de escândalos de corrupção como “Mensalão” e “Operação Lava Jato” e pelos constantes bloqueios e entraves das esferas majoritárias do Poder (Legislativo e Executivo) na efetivação dos direitos fundamentais (CAMPOS, 2019).

Outrossim, a Constituição de 1988 atribuiu ao Supremo Tribunal Federal competência para a guarda, defesa e interpretação da Constituição (art. 102, *caput*). Partindo dessa premissa, o STF é legítima Corte Constitucional, não havendo como negar a sua competência para declarar o Estado de Coisas Inconstitucional e, conseqüentemente, adotar o mecanismo processual apto a suplantiar as falhas estruturais eventualmente constatadas.

Embora a declaração ECI se adeque às conformações do ordenamento jurídico brasileiro, não é comum que o STF adote a referida técnica de controle de constitucionalidade. Em verdade, a única vez em que o plenário da Corte Constitucional brasileira adotou expressamente a declaração de ECI foi em sede de medida cautelar em ADPF, com base em juízo de cognição sumária. A decisão pode, portanto, a qualquer tempo, sofrer modificação ou revogação, mormente quando voltar a ser enfrentada em cognição exauriente pelo STF (COUTO, 2018, p. 47).

Ainda que de natureza precária, a decisão produziu os seus efeitos simbólicos; a partir da concessão parcial da ADPF nº 347/DF, multiplicaram-se os debates acadêmicos a respeito do Estado de Coisas Inconstitucional e dos limites da jurisdição constitucional na implementação das medidas estruturais com o fito de contornar as omissões geradoras de falhas em políticas públicas. De igual modo, a situação do sistema penitenciário brasileiro, tema objeto

da ADPF, ganhou a atenção da imprensa e passou a ser discutido nos principais meios de comunicação.

Por essas razões, faz-se necessária uma breve abordagem acerca das premissas fáticas e da *ratio decidendi* adotada pelo STF para a única decisão que versa sobre o ECI na jurisdição constitucional pátria. Após, a partir dos conceitos e pressupostos apreendidos na análise da ADPF nº 347/DF, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental será analisada enquanto ação objetiva cabível para o manejo da técnica de controle de constitucionalidade denominada Estado de Coisas Inconstitucional.

### **3.3.1 ECI no sistema penitenciário brasileiro – ADPF nº 347/DF**

Conforme mencionado, a primeira vez em que o Brasil declarou a existência do ECI ocorreu na medida cautelar na ADPF nº 347/DF, no ano de 2015. A ação foi ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Na oportunidade, buscou-se o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional em relação ao sistema penitenciário brasileiro, bem como a adoção de providências estruturais em face de violação massiva de direitos fundamentais dos indivíduos albergados nos presídios brasileiro (BRASIL, 2016).

Na inicial, o Partido assevera que a superlotação e as condições degradantes do sistema prisional configuram cenário fático incompatível com a Constituição Federal, presente a ofensa de diversos preceitos fundamentais, dentre os quais, a dignidade da pessoa humana, a vedação de tortura e de tratamento desumano, o direito de acesso à Justiça e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos. Aduziu-se, ademais, que as lesões decorrem de falhas estruturais derivadas de recorrentes omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, incluídos os de natureza normativa, administrativa e judicial. (BRASIL, 2016).

Argui que os órgãos administrativos ignoram preceitos constitucionais e legais ao não criarem o número de vagas prisionais suficiente ao tamanho da população carcerária, tornando inviável o desenvolvimento de condições adequadas ao encarceramento. Essa inoperância dos Poderes Públicos dá causa à existência de celas superlotadas, imundas e insalubres; proliferação de doenças infectocontagiosas; exposição a temperaturas extremas; falta de água potável e de produtos higiênicos básicos; homicídios, espancamentos, tortura e violência sexual frequentes (BRASIL, 2016)

Denuncia, por fim, entre outras inconstitucionalidades, que a União estaria contingenciando recursos do Fundo Penitenciário (FUNPEN), deixando de repassá-los aos

Estados; que o Poder Judiciário não observa o direito à audiência de custódia, previstos nos art. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e art. 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos; que as penas são aplicadas sem considerar as condições degradantes das penitenciárias brasileiras (BRASIL, 2016).

Na apreciação da tutela antecipada, o Min. Relator reconheceu a existência de uma zona cinzenta na qual não seria possível indicar, com segurança, entre os muitos problemas de direitos enfrentados no Brasil, como saneamento básico, saúde pública, violência urbana, todos que se encaixariam no conceito de ECI. Sem prejuízo disso, o Min. Marco Aurélio realizou uma “importação” do conceito e dos pressupostos construídos na jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia com o fito de amoldar a narrativa fática ao Estado de Coisas Inconstitucional (BRASIL, 2016)

Com isso, o Relator identificou uma situação de violação generalizada de direitos fundamentais, a inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificá-la e a indispensabilidade da atuação de uma pluralidade de agentes e órgãos estatais para superá-la. Reconheceu-se, então, a incidência dos pressupostos necessários e cumulativos à declaração do ECI. Doravante, impende à Corte Constitucional brasileira o dever de afastar o estado de inércia do Poder Público, incluindo o próprio Poder Judiciário.

O STF entendeu que a incapacidade demonstrada pelas instituições legislativas e administrativas não o autoriza a substituir-se na consecução de suas funções típicas. Nesse passo, as ordens emitidas devem coordenar de forma flexível a construção de políticas públicas, com vistas a resguardar o princípio da separação e equilíbrio entre poderes em face da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Em suma, tem-se que o STF, ao declarar a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, concluiu que o objeto da ADPF nº 347/DF versa sobre litígio estrutural<sup>37</sup>, na medida em que reconhece:

[...] são necessárias outras políticas públicas ou correção daquelas que não alcançam os objetivos desejados, alocação de recursos orçamentários, ajustes nos arranjos institucionais e nas próprias instituições, novas interpretações e aplicações das leis penais, enfim, um amplo conjunto de mudanças estruturais, envolvida uma pluralidade de autoridades pública. (BRASIL, 2016).

---

<sup>37</sup> Na obra “Processo Civil Estrutural: teoria e prática” de Edilson Vitorelli (2021, p. 56), o autor define litígios estruturais como “litígios coletivos decorrentes do modo como uma estrutura burocrática, usualmente de natureza pública, opera [...] estrutura, nesse conceito, pode ser uma instituição, um conjunto de instituições, uma política ou um programa público.”

Assim, o Pleno da Suprema Corte julgou parcialmente procedente a medida cautelar para: a) determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária, no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; b) determinar que a União procedesse ao desbloqueio do saldo acumulado no Fundo Penitenciário Nacional e impedir novos contingenciamentos do referido Fundo e d) determinar à União e ao Estados, em especial ao Estado de São Paulo, o encaminhamento ao STF, no prazo de um ano, de um diagnóstico da situação do sistema penitenciário, com o fito de subsidiar o julgamento em cognição exauriente do processo estrutural destinado à elaboração de uma política pública carcerária, sob monitoramento do Poder Judiciário (BRASIL, 2016).

Da análise do primeiro julgamento do STF cujo objeto versa sobre o ECI depreende-se que a Corte proferiu ordens voltadas a quebra da inércia dos outros Poderes em relação às falhas estruturais responsáveis pelo ECI. Nessa lógica, Couto (2018) explica que a Corte Constitucional não assumiu a responsabilidade de criar e executar políticas públicas, deixando essa tarefa a cargo dos demais Poderes, de acordo com suas funções.

É natural que o STF tenha adotado uma postura de autocontenção, pois, conforme mencionado, a decisão que declarou o ECI no sistema penitenciário brasileiro foi proferida com base em juízo de cognição sumária, em sede de medida cautelar, diversamente do que ocorreu na Colômbia, onde a Corte Constitucional impôs ordens judiciais de implementação de políticas públicas em sentenças definitivas, com base em cognição exauriente.

Alfim, importa destacar o caráter inovador da decisão em comento, ante a importação de técnica de controle de constitucionalidade sistematizado pela Corte Constitucional da Colômbia. O precedente firmado na ADPF nº 347/DF, inaugura, na jurisdição constitucional brasileira, a possibilidade de o Poder Judiciário, por meio de um processo estrutural, coordenar a superação do ECI provocado pela inércia do Poder Público na garantia dos direitos fundamentais.

### **3.3.2 Do cabimento da ADPF para a declaração do ECI**

Ao apreciar o cabimento da ADPF nº 347/DF, os Ministros reconheceram que os direitos apontados como ofendidos consubstanciam preceitos fundamentais, bem como demarcou o nexo de causalidade entre os atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos e

o quadro de transgressão constitucional. Ato contínuo, sob a premissa de que o afastamento do estado de inconstitucionalidades só seria possível mediante mudança significativa do comportamento do Poder Público, admitiu como preenchido o caráter subsidiário da ADPF, previsto no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99.

Nesta senda, a Corte consagrou a ADPF como a ação do controle concentrado de constitucionalidade cabível para aplicar a técnica do Estado de Coisas Inconstitucional e instaurar processo estrutural apto a expurgar falhas estruturais do Poder Público na efetivação de direitos fundamentais. Fixada essa premissa, passa-se a analisar os aspectos processuais da referida ação constitucional, em busca de melhor compreender o porquê de a ADPF – e não as demais 4 ações do controle concentrado de inconstitucionalidade<sup>38</sup> – adequar-se à declaração do ECI.

### 3.3.2.1 Aspectos processuais da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é ação integrante do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, prevista no art. 102, § 1º<sup>39</sup>, da Constituição de 1988 e regulamentada pela Lei nº 9.882/99. Os legitimados para o ajuizamento da arguição são os mesmos legitimados para a ADI<sup>40</sup> e a ação produz efeitos *erga omnes*. A referida legislação instituiu, ainda, duas espécies de ADPF, doutrinariamente denominadas de autônoma e incidental.

No caso da arguição autônoma, disposta no art. 1º, da Lei nº 9.882/99, o controle de constitucionalidade se opera em caráter principal, direta e imediatamente em relação à lei ou a ato normativo federal, estadual ou municipal. Na arguição incidental, prevista no parágrafo único, inciso I, do referido artigo, questiona-se a legitimidade da lei tendo em vista a sua aplicação em uma dada situação concreta (MENDES, 2009, p. 1198).

---

<sup>38</sup> Ações de controle concentrado de constitucionalidade previstas na Constituição de 1988 são: Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI (art. 102, I, “a”); Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO (art. 103, § 2º); Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (art. 36, III); Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC (art. 102, I, “a”) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF (art. 102, parágrafo único).

<sup>39</sup> Art. 102, § 1º, CRFB/88. A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

<sup>40</sup> Art. 103, CRFB/88. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa; V - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; VI - o Governador de Estado; VII - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VIII - o Procurador-Geral da República; IX - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; X - partido político com representação no Congresso Nacional; XI - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Imperioso demarcar que a ADPF nº 347/DF, ora analisada, ostenta natureza autônoma, uma vez que seus autores suscitaram a jurisdição constitucional de forma abstrata e concentrada para impugnar atos dos Poderes da União e dos Estados. Assim, o presente subtópico tem por finalidade demonstrar a viabilidade da arguição autônoma como ação constitucional adequada para a aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional na jurisdição constitucional brasileira.

Nesta toada, a legislação pertinente dispõe que o cabimento da ADPF depende da presença de três pressupostos: a) lesão à preceito fundamental; b) ato do poder público e c) subsidiariedade. Constatada a ausência de qualquer deles, a ação não será admitida pelo Supremo Tribunal Federal.

### 3.3.2.2 Lesão à preceito fundamental.

A Constituição de 1988 e a Lei nº 9.882/99 não fixaram o sentido e alcance da expressão “preceito fundamental” de modo que cumpre a jurisprudência e doutrina essa tarefa. No que tange ao conceito da locução, Cruz (2011) elucida que “preceituar” significa empregar valor obrigatório a alguma concepção. Barroso e Barcellos (2007, p. 252) lecionam que “a expressão *preceito fundamental* importa o reconhecimento de que a violação de determinadas normas [...] traz consequências mais graves para o sistema jurídico como um todo”.

No julgamento da ADPF nº 33/DF, o Relator Min. Gilmar Mendes, apontou as dificuldades em indicar, *a priori*, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de serem tutelados por ADPF em caso de lesão grave. O Min. aponta, contudo, a existência de um relativo consenso sobre quais normas constitucionais possuem a inegável qualidade de preceitos fundamentais (BRASIL, 2004):

[...] assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos **direitos e garantias individuais** (art. 5º, dentre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais **princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da Constituição**, quais sejam, a **forma federativa de Estado, a separação de Poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico**. Por outro lado, a própria Constituição explicita os chamados “**princípios sensíveis**”, cuja violação pode dar ensejo à **decretação de intervenção federal nos Estados-Membros** (art. 34, VII). (Grifos nossos)

Considerando o rol exemplificativo de preceitos fundamentais destacado, conclui-se que o primeiro pressuposto para a aplicação do ECI, qual seja, a existência de um quadro de

violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, configura manifesta lesão a preceito fundamental da Constituição (CURSINO, 2017).

Deveras, na ADPF nº 347/DF sustentou-se que o estado de coisas no sistema penitenciário brasileiro vai de encontro à inúmeros preceitos fundamentais estabelecidos na Constituição de 1988, dentre os quais: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); a proibição de tortura e de tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III); a vedação de penas cruéis (art. 5º, XLVII, e); o dever estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (art. 5º, XLVIII); o direito de acesso à justiça (art. 5º, XXXV); o respeito à integridade física e moral do apenado (art. 5º, XLIX), o devido processo legal (art. 5º, LIV e LV); a presunção de inocência (art. 5º, LVII); e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho, segurança, previdência e assistência social (artigo 6º) e à assistência judiciária (art. 5º, LXXIV) (BRASIL, 2016).

O voto do Relator, Min. Marco Aurélio, seguido pelos demais membros da Corte, reconheceu que os direitos apontados como ofendidos consubstanciam preceitos fundamentais. Sendo assim, a violação massiva, generalizada e sistemática de direitos estabelecidos na Constituição, amolda-se com maestria ao pressuposto do descumprimento de preceito fundamental.

### 3.3.2.3. Atos do poder público

O art. 1º da Lei nº 9.882/99 dispõe que cabe ADPF para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público. Depreende-se do dispositivo que o objeto do controle de constitucionalidade em sede de ação de descumprimento de preceito fundamental é substancialmente mais amplo. Nas lições de Dirley da Cunha Jr. (2017, p. 395):

Para além de desempenhar a função de garantia da supremacia dos preceitos constitucionais fundamentais, a arguição de descumprimento foi alçada a mecanismo de controle de *qualquer ato ou omissão do poder público*, seja normativo (incluindo os atos legislativos) ou não normativos, abstrato ou concreto, anterior ou posterior à Constituição, federal estadual ou municipal, e proveniente de qualquer órgão, ou entidade, do Legislativo, do Executivo e do Judiciário.

Assim, a omissão prolongada das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantir tais direitos, a adoção de práticas inconstitucionais e a não expedição de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias necessárias para evitar a violação dos direitos – pressupostos de configuração do ECI – estão abarcadas no objeto da ADPF autônoma, uma vez

que as políticas públicas necessárias à superação das falhas estruturais são instrumentalizadas por meio de atos do Poder Público.

O juízo de cabimento, explica Cursino (2017), foi devidamente realizado pelo STF na apreciação da ADPF nº 347/DF. Nesse sentido, o Min. Relator, ponderou que a falha estatal estrutural causada por atos comissivos e omissivos do Poder Público, da União e dos Estados, resultou em violação dos preceitos fundamentais da Constituição. O Min. Barroso, complementarmente, pontou que na referida ação, não há a indicação de um ato específico do Poder Público, mas sim um conjunto de ações e inações que resultam no ECI; é o tanto quanto basta para legitimar o manejo da ADPF (BRASIL, 2016).

### 3.3.2.4 Inexistência de outro meio idôneo a sanar a lesividade (subsidiariedade)

O art. 4º, §1º, da Lei nº 9.882/1999 prescreve que “não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver outro meio eficaz de sanar a lesividade”. O dispositivo baliza o caráter subsidiário da ADPF, em face do qual a arguição só pode ser admitida quando não existir, no ordenamento jurídico, outro meio eficaz de sanar, completa, eficaz e definitivamente a lesão de preceito fundamental (CUNHA JR., 2017).

Faz-se necessária, contudo, uma interpretação aberta e construtiva da regra da subsidiariedade, sob pena de tornar inoperante o manejo da arguição, renegando um papel marginal e inglório no sistema de controle concentrado de constitucionalidade. Nesta toada, Barroso e Barcellos (2007, p. 259) defendem que:

Não sendo cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou declaratória de constitucionalidade, por se tratar, por exemplo, de controle relativo a direito pré-constitucional, norma municipal em face da Constituição Federal, disposição regulamentar ou lei pós-constitucional já revogada, é admissível a ADPF. Inversamente, se couber uma daquelas ações, não será possível o ajuizamento da arguição. Por outro lado, a simples possibilidade de propositura de ações de natureza subjetiva ou o cabimento de recursos processuais não é, de per si, impedimento à arguição, se aquelas medidas não foram idôneas a produzir solução imediata e abrangente, nas hipóteses em que o interesse público relevante ou a segurança jurídica assim o exijam.

Assim, após uma detida análise das ações de controle concentrado de constitucionalidade dispostas no ordenamento jurídico pátrio, não é possível identificar, nesse sistema, outro instrumento apto a comportar a amplitude das violações características de um Estado de Coisas Inconstitucional, considerando que um dos pressupostos do ECI é a



“necessidade de mudanças estruturais (novas políticas públicas ou o ajuste das existentes, alocação de recursos etc.), que exigem a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão e sim a uma pluralidade destes” (CURSINO, 2017, p. 115).

Nesse sentido o voto do Min. Edson Facchin, ao apreciar a medida cautelar na ADPF nº 347/DF, entendeu como preenchido o pressuposto da subsidiariedade, sob o fundamento de que não estava naquela ação sendo impugnada a constitucionalidade de lei ou ato normativo para atrair o ajuizamento de ADI ou ADC, tampouco há discussão acerca de omissão do dever de legislar ou emitir ato administrativo que enseje tão somente a propositura de ADO. Nas palavras do eminente Ministro, o que se discute é uma situação em que “as normas existentes e as providências administrativas não se mostram adequadas e suficientes à proteção dos direitos fundamentais dos presos, sejam os condenados definitivamente, sejam os provisórios” (BRASIL, 2016).

Vê-se, portanto, que o requisito da subsidiariedade da ADPF está preenchido para a declaração do ECI, haja vista que este não decorre de uma simples inconstitucionalidade de norma ou omissão legislativa, mas sim de violações massivas, generalizadas e estruturais dos direitos fundamentais, configuradoras de uma realidade empírica contrária aos princípios nucleares da Constituição – também denominados preceitos fundamentais (CURSINO, 2017).

Por todo o exposto, resta consagrada a ADPF como a ação de controle concentrado de constitucionalidade cabível para a declaração do ECI<sup>41</sup>, devido ao fato que a ADI, a ADC e a ADO não comportam, por conta de limitações de objeto e efeito, a produção de soluções estruturais coordenadas pelo Poder Judiciário para pôr termo a graves e reiteradas violações a direitos fundamentais.

Além disso, a maior quantidade de requisitos processuais a serem comprovados para a admissibilidade da ADPF cristaliza a sua adequação à figura do Estado de Coisas Inconstitucional. Isso porque, a decisão que declara a existência de ECI desencadeia a atuação ativista da Corte, o que coloca a prova a sua credibilidade institucional e acarreta o consumo de parte do seu capital político, de modo que o processo estrutural, imprescindível à superação do ECI, deve ser submetido a rigorosos critérios de admissibilidade e controle.

É preciso ter em conta que o desenho institucional da Corte Constitucional da Colômbia difere do perfil dúplice conferido ao Supremo Tribunal Federal, uma vez que a Corte brasileira cumula as funções de cúpula do poder judiciário e de corte constitucional. Sendo

---

<sup>41</sup> No mesmo sentido, Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2019, p. 271) afirma que “a ADPF credencia-se como melhor remédio contra a violação massiva de direitos fundamentais decorrente de falhar estruturais, ou seja, para a firmção e controle do ECI.”

assim, a figura do ECI não pode ser “importada” para o direito pátrio sem que sejam realizadas as devidas adaptações instrumentais com o fito de adequá-la ao direito constitucional doméstico.

### 3.4 DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO ECI.

A legitimidade democrática do Poder Judiciário na superação do Estado de Coisas Inconstitucional reside em seu papel institucional na defesa e guarda da Constituição. Nesse sentido, Barroso (2017a, p. 51) leciona que o “papel do Judiciário [...] deve ser o de resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, assim como assegurar a estabilidade institucional, arbitrando conflitos entre Poderes ou entre estes e a sociedade civil”.

Ademais, os requisitos essenciais para a configuração do ECI versam sobre a constatação da inexistência ou insuficiência de medidas legislativas ou administrativas destinadas à efetivação dos direitos constitucionais violados. Em outros termos, a atuação da jurisdição constitucional se dará de forma complementar – quando inexistir medida do Poder Público – ou suplementar – quando as medidas forem manifestamente insuficientes para garantir o exercício de direitos fundamentais. Portanto, não há se falar em invasão de atribuições de outros Poderes, tendo em vista que só existirá ECI quando houver negligência no exercício de funções típicas do Legislativo e do Executivo.

Reitere-se que, ao declarar a existência do ECI, caberá ao juiz constitucional coordenar a construção e aprimoramento de políticas públicas a serem aplicadas, fixar prazo para o cumprimento de suas decisões e fiscalizar a execução das ordens exaradas. Essa atuação demanda um permanente diálogo institucional entre os Poderes envolvidos, de modo que cada um deles exerça suas atribuições, respeitados os limites constitucionais (COUTO, 2018, p. 82).

Nessa perspectiva, a teoria do Estado de Coisas Constitucional legitima-se na atuação de natureza dialógica que a Corte Constitucional deve adotar ao declarar a sua existência. Desse modo, a técnica de controle de constitucionalidade desenvolvida na Corte Constitucional da Colômbia clama por uma releitura do papel das instituições à luz do constitucionalismo contemporâneo.

Destarte, o processo estrutural que permeia a declaração do ECI deve se desenvolver através do aperfeiçoamento das relações entre instituições democráticas, construindo uma comunidade dialógica. Nesse sentido, Rosalind Dixon *apud* Araújo (2014, p. 31-32) sugere que haja “a transformação do discurso dos direitos constitucionais de um monólogo judicial em um rico e mais equilibrado diálogo interinstitucional, que reduz, se não elimina, a tensão entre a proteção judicial dos direitos fundamentais e a tomada de decisão democrática”.

Com isso, é inadiável a conclusão de que a superação do ECI perpassa pela construção de ambiente institucional fundado na cooperação entre os Poderes Públicos, por meio de um processo estrutural cujo objeto compreende a coordenação dialética do aprimoramento de políticas públicas concretizadoras de direitos fundamentais. Somente nesses termos será legítima a atuação da Corte Constitucional em sede de ECI.

#### **4 PROCESSOS ESTRUTURAIS COMO INSTRUMENTOS PARA A SUPERAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL.**

Conquanto a denominação e sistematização dos pressupostos para a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional tenha sido fruto da jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia, a partir de 1997; os elementos essenciais da técnica processual que instrumentaliza a superação do estado de violações massivas e estruturais a direitos fundamentais desenvolveu-se anteriormente, em meados do século XX, nos EUA.

Essa modalidade de solução de litígios inaugurou-se em 1951, com o julgamento do caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* pela Suprema Corte Norte-americana. Tratou-se de uma reação do sistema judiciário norte-americano contra ameaças a valores constitucionais, perpetrada pela atuação abusiva de entidades públicas, as quais exerciam forte influência sobre os rumos da sociedade. As ameaças denunciadas ao Poder Judiciário não poderiam, dessa forma, ser eficazmente eliminadas por meio de uma simples decisão, fazia-se necessária uma verdadeira reorganização em instituições e políticas públicas (MEDEIROS JR., 2018).

De igual modo, conforme se tem reiteradamente postulado ao longo do presente trabalho, a suplantação do Estado de Coisas Inconstitucional demanda o implemento de amplas reformas em instituições ou políticas públicas com o fito solucionar falhas estruturais e efetivar direitos fundamentais. Nessa perspectiva, o modelo de processo tradicional – marcado pela bipolaridade, tutela de interesses subjetivos e caráter retrospectivo – não coaduna com a solução da lide cujo objeto abarca a declaração do ECI.

Sendo assim, embora não se possa afirmar peremptoriamente que houve uma absoluta transposição do processo estrutural para a jurisdição constitucional colombiana, impende reconhecer que a figura do ECI guarda relação de equivalência procedimental com instituto desenvolvido no constitucionalismo norte-americano. A declaração do ECI, após a verificação da incidência cumulativa de seus pressupostos, funciona, por assim dizer, como um “gatilho” para o desencadeamento de um processo genuinamente estrutural<sup>42</sup>.

Por essa razão, cumpre analisar os contornos teóricos desenvolvidos na doutrina norte-americana acerca do processo estrutural, para, em seguida, abordar a imprescindibilidade da aplicação do instituto na superação do Estado de Coisas Inconstitucional. Inicia-se a explanação com uma análise do caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, considerado o *leading case* das reformas estruturais perpetradas nos EUA partir da década de 1950.

---

<sup>42</sup> No mesmo sentido, Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2019, p. 229) afirma que a declaração do ECI constitui verdadeira senha de acesso às tutelas estruturais.

#### 4.1 AS REFORMAS ESTRUTURAIS ESTADUNIDENSES: “LEADING CASE” BROWN V. BOARD OF EDUCATION - 347 U.S. 483 (1954)

O julgamento do caso *Brown v. Board of Education of Topeka* representou uma virada jurisprudencial na Suprema Corte dos EUA. Antes dessa emblemática decisão, a Corte enfrentou dois *mui* citados casos envolvendo o tema racismo. No caso *Dred Scott v. Sandford* (1857), Dred Scott, escravo da família Sandford, ingressou no sistema de justiça pleiteando a sua libertação, contudo, a sua demanda não foi apreciada sob o fundamento de que o autor não poderia ser considerado cidadão e, por isso, não teria direito de acesso à Corte.

Em *Plessy v. Ferguson* (1896), a Suprema Corte dos EUA encampou a doutrina do “*separate but equal*”, segundo a qual era permitida aos Estados a adoção de legislação segregacionista, como por exemplo a *Louisiana’s Separate Car Act*, que ordenava a todas as companhias ferroviárias que providenciassem acomodações separadas de acordo com a cor da pele dos usuários. Durante os seus 58 anos de vigência, a doutrina do “separado mas igual” não se restringiu às ferrovias, espalhando-se em outros seguimentos sociais, sobretudo no sistema educacional norte-americano (JOBIM; ROCHA, 2017).

Apenas em 1954 a Suprema Corte dos EUA encerrou a doutrina do “*separate but equal*”, através de uma interpretação ampla da igualdade conferida aos cidadãos americanos na Décima Quarta Emenda Constitucional. Dessa forma, o marco zero dos processos estruturais é comumente atribuído ao caso em que Linda Brown, criança negra que precisava atravessar toda a sua cidade a pé para chegar à escola pública destinada a pessoas negras, teve assegurado o seu direito de frequentar uma escola pública que aceitava apenas brancos (JOBIM; ROCHA, 2017).

Na apreciação do caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* constatou-se que as instalações educacionais segregadas eram manifestamente desiguais em estrutura e serviços, o que prejudicou a autoestima das crianças, gerando uma sensação de inferioridade. Com base nisso, a Corte invalidou todas as leis estaduais e locais que até então permitiam ou impunham a existência de escolas segregadas (PUGA, 2014).

Contudo, por conta da resistência de muitos Estados em cumprir a primeira decisão, o caso voltou a ser discutido na Suprema Corte sob a designação de *Brown II*. Nessa oportunidade a Corte pormenorizou o modelo de processo através do qual *Brown I* seria implementada; por meio de uma progressiva adoção de medidas que eliminassem os obstáculos criados pela discriminação, sob a supervisão das cortes locais

A decisão em análise demandava um grande esforço coordenado para que fosse efetivada. A sua implementação demandou investimentos públicos em escala nacional, a

elaboração de novos critérios para construção de escolas, substituição de corpo docente, modificação do currículo escolar e modernização do sistema de transporte público (MEDEIROS JR., 2018)

Nesse sentido, Ronald Dworkin (1999, p. 467) assevera que “durante algum tempo, os juízes federais promulgaram e supervisionaram decretos que os levaram a interferir na jurisdição normal de diretores de escolas e outras autoridades locais”. Conclui o autor que nunca antes as decisões jurisdicionais pareceram tão distintas do trabalho ordinário dos juízes ou acarretaram tamanha hostilidade do público e da imprensa.

Embora a segregação racial nos Estados Unidos não tenha sido eliminada diretamente por conta de *Brown vs. Board of Education* e das decisões estruturais que o sucederam, a partir de estudos sobre o caso, o processualista Owen Fiss (1978) desenvolveu as bases teóricas para a construção de um instrumento processual mais flexível e dialético, o qual denominou de *structural litigation*.

#### 4.2 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS

O processo estrutural consiste em uma técnica de tutela de direitos fundamentais por meio da qual se pretende, pela via jurisdicional, a reorganização de uma estrutura burocrática que causa, fomenta ou viabiliza a incidência de violações a estes direitos. Trata-se, por assim dizer, de um modelo de processo destinado a construir uma decisão estrutural apta a implantar uma série de reformas em um ente, objetivando concretizar direitos fundamentais (VITORELLI, 2021; MEDEIROS JR., 2018).

Esse modelo de processo tem como objeto um litígio estrutural, o qual corresponde a um litígio coletivo decorrente do modo como uma instituição opera na realidade social. Nas lições de Edilson Vitorelli (2021, p. 60):

o litígio estrutural tem lugar no contexto de uma violação que atinge subgrupos sociais diversos, com intensidade e de formas diferentes, afetando os interesses desses subgrupos de modos distintos, sem que haja, entre eles, qualquer perspectiva social compartilhada. Poder ser que parte do grupo seja até mesmo beneficiada pela manutenção do status posterior à violação e se volte contra a pretensão da sociedade.

Nesse sentido, o modelo processo tradicional dicotômico, marcado pela bilateralidade de partes e discussão de interesses opostos, mostra-se insuficiente para a condução de um processo estrutural. Conforme leciona Owen M. Fiss (2005, p. 32), nesses casos, a dicotomia

simples do modelo de solução de controvérsias cai por terra, isso porque, convém, antes, pensar num grande número de partes, discordantes quanto a uma série de questões que as opõem.

Outra característica do litígio estrutural é a complexidade do problema que o compõe, uma vez que a sua solução demanda uma transformação na dinâmica social, sem a qual “o problema não será resolvido, ou será apenas aparentemente resolvido, sem resultados concretos, ou será momentaneamente resolvido e surgirá novamente no futuro, colocando a perder todo o esforço despendido” (VITORELLI, 2021, p. 61)

É comum, entretanto, que litígios estruturais sejam enfrentados por meio de processos não estruturais, coletivos ou individuais, objetivando resolver as consequências e não as causas do problema. Nesses casos, o funcionamento das instituições que causam falhas estruturais na efetivação de direitos permanece inalterado. Segundo Edilson Vitorelli (2021, p. 67), “quando problemas estruturais são tratados em processos individuais, quaisquer critérios de prioridade colapsam em um ‘quem chega primeiro’ [...] há, portanto, apenas uma ilusão de vitória”.

O desenvolvimento de um processo estrutural pressupõe, ainda, algumas revisões de conceitos tradicionais do processo. *Prima facie*, é imperioso repensar a ideia de que o Judiciário não poderia adentrar a análise do “mérito administrativo”, uma vez que a radicalização do princípio da separação dos poderes não coaduna com o Estado contemporâneo. É necessário, portanto, que se admita a interferência justificada do Poder Judiciário nos atos e omissões dos demais Poderes (ARENHART, 2013).

Ademais, é imprescindível que haja uma flexibilização do princípio da congruência objetiva<sup>43</sup>, de modo que a interpretação do pedido leve em consideração a complexidade do litígio estrutural. Nesse sentido, no curso do processo estrutural, o litígio pode se revelar mais abrangente do que o relatado na petição inicial, impossibilitando a previsão exata das condutas que devem ser adotadas ou evitadas para alcançar as transformações estruturais necessárias (DIDIER JR., ZANETI JR. e OLIVEIRA, 2017).

Com isso, não se pode exigir que o provimento judicial se restrinja a pedidos formulados com base em substrato fático ainda não revelado, sob pena da inefetividade das medidas estruturantes. Muito embora, salienta Arenhart (2013), seja necessário que as medidas estruturantes adotadas estejam em harmonia com a lesão que se pretende afastar, sob pena de deslegitimar a atuação do magistrado na efetivação do direito fundamental.

---

<sup>43</sup> Art. 141, CPC. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte. Art. 492, CPC. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Outrossim, tendo em vista a complexidade do litígio estrutural e a relevância dos valores constitucionais postos em discussão, é imprescindível a garantia do exercício completo do contraditório, por meio do qual será possível obter ampla e precisa compreensão do problema. É por essa razão que Arenhart (2017) defende a adoção de diversas medidas de participação no processo estrutural, como a constante realização de audiências públicas e a participação da figura do *amicus curiae*, de modo a garantir o permanente diálogo entre os interessados. Não sem razão, o autor conclui que:

o processo estrutural deve assemelhar-se a uma ampla arena de debate, em que as várias posições e os vários interesses possam fazer-se ouvir e possam interferir na formação da solução jurisdicional. Se o Judiciário deve chamar para si a difícil tarefa de interferir em políticas públicas ou em questões complexas no plano econômico, social ou cultural, então é certo que o processo empregado para tanto deve servir como ambiente democrático de participação [...] (ARENHART, 2017, p. 448).

Com o desiderato de proporcionar maior participação dos atores sociais envolvidos, deve-se empregar especial relevância à publicidade no processo estrutural. O comando previsto no art. 93, IV, da Constituição determina que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos”. No âmbito do processo estrutural a publicidade deve ser mais ampla e ativa que nos litígios individuais. Nesse sentido, Ferraro (2017, p. 551) realiza as seguintes observações a respeito da publicidade nos processos coletivos, as quais se amoldam perfeitamente aos processos estruturais:

No âmbito da publicidade, por um lado é possível compreender que as ações coletivas (e as estruturais) servem de canal de participação do cidadão na vida social, ao menos em tese. Servem, aí, de mecanismo de atuação política, no contexto da “cidadania complexa”, que vai além da representação política. Nessa linha, a publicidade, entrelaça-se com a participação não apenas no sentido de que permite, com atos processuais públicos, o controle das decisões a partir de sua fundamentação. É mais do que isso e, assim, exige um incremento interno da participação [...]

O dever de publicidade tem ligação com a maior necessidade de transparência nos processos estruturais, tendo em vista que nesses casos a natureza do litígio demanda uma solução coordenada e participativa, não dependendo apenas do papel desempenhado pelo juiz ou pelas partes diretamente envolvidas. A transparência assume papel importante nos processos em que há a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, pois, sem ela será obstada a produção dos efeitos diretos simbólicos e dos efeitos indiretos da decisão que o reconhece.



Para que a maior publicidade se converta efetivamente em maior participação, é necessário que no processo estrutural haja uma valorização da oralidade. Nessa linha, Ferraro (2017) propõe a recorrente realização de audiências públicas em todas as fases dos processos estruturais (conhecimento, decisória, de implementação e de monitoramento), as quais não podem se restringir à participação dos integrantes da lide, mas deve abarcar a todos que de algum modo serão afetados pelas medidas estruturais, com ênfase na convocação de *amicus curiae*.

Outrossim, ao resolver um litígio estrutural, o Juiz deve atuar de maneira razoável e proporcional, empregando especial atenção à sua fundamentação, uma vez que, conforme leciona Owen Fiss (2017), a autoridade do Judiciário advém, dentre outros fatores, da fundamentação pública de suas razões de decidir, ou seja, a legitimidade dos processos estruturais advém da motivação adequada dos atos judiciais.

Por sim, impende ressaltar a adoção do processo estrutural é cabível quando o Poder Público incorrer em estado de avançada letargia na implementação de direitos fundamentais, e não em todo e qualquer litígio que envolva a efetivação desses direitos. É estritamente necessário, para a implementação de reformas de natureza sistêmica, a existência de um litígio estrutural que demande a transformação de uma realidade social dissonante da Constituição (MEDEIROS JR., 2018).

Em síntese, o processo estrutural funda-se na ideia de que a conformação constitucional do Poder Judiciário o autoriza a determinar a reconstrução de instituições burocráticas, caso se faça necessário para a efetivação dos comandos constitucionais. Parte-se, então, da premissa de que o *status quo* é injusto, o que demanda a implementação de uma nova realidade social em consonância com os valores constitucionais (FISS, 2005).

#### **4.2.1 Decisão estrutural**

As decisões em sede de processo estrutural não se esgotam em uma única ordem prontamente implementável; o litígio estrutural demanda uma série de ordens progressivas, cuja implementação se protraí no tempo. Nas palavras de Owen Fiss apud Vitorelli (2021, p. 76), as decisões estruturais (*structural injunctions*) são “instrumentos formais por intermédio do qual o Judiciário busca reorganizar instituições burocráticas para que funcionem de acordo com a Constituição”.

As decisões estruturais caracterizam-se pela existência de ordens interdependentes, de modo que as posteriores dependem da efetivação das antecedentes para viabilizar a

concretização do resultado pretendido pela decisão principal, formando o que Sérgio Cruz Arenhart (2013) denomina de “provimentos em cascata”. Segundo o autor:

[...] é típico das medidas estruturais a prolação de uma primeira decisão, que se limitará a fixar em linhas gerais as diretrizes para a proteção do direito a ser tutelado, criando o núcleo da posição jurisdicional sobre o problema a ele levado. Após essa primeira decisão – normalmente, mais genérica, abrangente e quase “principlológica”, no sentido de que terá como principal função estabelecer a “primeira impressão” sobre as necessidades da tutela jurisdicional – outras decisões serão exigidas, para a solução de problemas e questões pontuais, surgidas na implementação da “decisão-núcleo”, ou para a especificação de alguma prática devida (ARENHART, 2013, p. 6)

No mesmo sentido, Mariela Puga (2014, p. 256) explica que a complexidade dos litígios estruturais demanda ordens múltiplas implementadas em um esquema gradual e de longo prazo, sob supervisão judicial. Acrescenta a autora que as decisões estruturais são meios corretivos já utilizados no sistema jurídico, como por exemplo, nos procedimentos de falência de instituições comerciais, no quais

diversas órdenes de variado carácter, en distintas etapas, con instancias de cumplimiento parcial, largos períodos de supervisión judicial, designación de síndicos y diferentes niveles de intervención, muestran [...] los remedios judiciales complejos dirigidos a la reestructuración o reforma de una organización (PUGA, 2014, p. 257-258)<sup>44</sup>.

Aponta-se que as inovações das decisões estruturais aqui abordadas não residem necessariamente na forma do provimento, mas sim na sua utilização para perpetrar a efetivação de direitos fundamentais, por meio de reformas em instituições públicas ou da realização de políticas públicas.

Por outro lado, nem sempre o juiz, diante de um litígio estrutural, proferirá decisões nos termos acima explanados. Há uma tendência de as Cortes resolverem problemas estruturais por meio de medidas simples e pontuais, sem a adoção de provimentos em cascata. Esse comportamento acarreta o aprofundamento de desigualdades e desorganização do serviço público que se pretendia melhorar (VITORELLI, 2021)

---

<sup>44</sup> Várias ordens de caráter variado, em diferentes estágios, com instâncias de cumprimento parcial, longos períodos de supervisão judicial, nomeação de curadores e diferentes níveis de intervenção, mostram [...] recursos judiciais complexos voltados à reestruturação ou reforma de uma organização (PUGA, 2014, p. 257-258) (tradução nossa).

O contexto em que o juiz atua apenas contingencialmente, deferindo direitos fundamentais apenas àqueles que o demandam é denominado por Edilson Vitorelli (2021, p. 129) de “processo desestrutural”. Como exemplo, o autor aponta que entre 2014 e 2017 a Defensoria Pública de São Paulo ajuizou 61 mil ações individuais pleiteando vagas para crianças em creches, das quais grande parte foi julgada procedente. Essa realidade implica na maior desestruturação dos critérios de ingresso nas creches no Estado, em vez de resolver o problema estrutural da escassez de vagas.

É necessário, assim, que problemas estruturais que envolvem litígios complexos, concretização de um direito fundamental ou realização de políticas públicas, sejam enfrentados por meio de provimentos judiciais em cascata, para implantar uma reforma estrutural em um ente, organização ou instituição (ARENHART, 2013).

Por fim, salienta-se que, embora as decisões estruturais não estejam restritas às hipóteses de declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, o manejo dessa técnica de controle de constitucionalidade deverá sempre ocorrer por meio de decisões estruturais. Isso porque um dos pressupostos para o seu reconhecimento é a necessidade de remédios e ordens dirigidas a uma pluralidade de órgãos e entidades, visando a implementação ou aprimoramento de políticas públicas insuficientes à efetivação de direitos fundamentais.

#### **4.2.2 Execução estrutural**

Execução estrutural, como o próprio nome sugere, é aquela em que se busca a implementação de uma decisão estrutural, por meio de ordens judiciais que traçam metas, objetivos e determinam obrigações de fazer e de não fazer aos responsáveis pelas instituições que se pretende reordenar.

São características comuns, mas não essenciais às execuções estruturais: a) complexidade, uma vez que admite múltiplas formas de satisfação do direito; b) divisão em fases, de modo a viabilizar o cumprimento gradual das determinações judiciais; c) participação de diversos atores, inclusive aqueles que não participaram fase de conhecimento, mas ocupam posições capazes de bloquear os resultados esperados; e d) dialeticidade, por meio de um compromisso dialógico no qual as entidades públicas condenadas são chamadas a fazer parte da implementação da decisão (VITORELLI, 2021).

Nesse passo, a base normativa para a execução estrutural no ordenamento brasileiro decorre da combinação do art. 139, IV<sup>45</sup>, com o art. 536, § 1º<sup>46</sup>, do Código de Processo Civil. Segundo Didier Jr., Zaneti Jr. e Oliveira (2017, p. 363), os referidos dispositivos são cláusulas gerais, das quais decorre para o órgão julgador o poder de promover a execução de suas decisões por medidas atípicas.

Sendo assim, constata-se que a implementação das decisões estruturais, inclusive as que visam a superação do Estado de Coisas Inconstitucional, demanda uma execução adaptada à natureza do litígio, mais flexível e dialogada, mormente se considerarmos as objeções levantadas contra a interferência do Poder Judiciário na elaboração de políticas públicas.

#### 4.3 DAS DECISÕES ESTRUTURAIS AO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Diante do esboço histórico e das conformações teóricas acima explanadas, evidencia-se a estrita relação entre os processos estruturais e a figura do Estado de Coisas Inconstitucional. Com efeito, a técnica de controle de constitucionalidade desenvolvida na Corte Constitucional da Colômbia assenta-se sobre o modelo de litigância inaugurado na jurisprudência norte-americana com o caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*.

A Suprema Corte dos EUA, ao enfrentar o sistema de segregação nas escolas públicas norte-americanas, constatou um quadro de violação generalizada ao direito de igualdade, determinou a realização de uma série de medidas aos órgãos e agente públicos com o desiderato de iniciar um processo de dessegregação do sistema educacional, delegando o monitoramento da implementação das medidas estruturais aos juízes de instância ordinária.

De igual modo, ao julgar a Sentença de Tutela (T) – 025/2004, referente ao caso dos deslocamentos forçados na Colômbia, a CCC entendeu pela existência de violação maciça de múltiplos direitos da população deslocada; elevado volume de ações movidas por pessoas afetadas, com potencial de inviabilizar o exercício da atividade jurisdicional; omissões e falhas de vários órgãos estatais na adoção das medidas necessárias para a correção da falha estrutural que desencadeava o fenômeno. Com base nisso, a Corte declarou a existência de um ECI,

---

<sup>45</sup> Art. 139, CPC. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

<sup>46</sup> Art. 536, § 1º, CPC. Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

exarando ordens a inúmeros órgãos e agentes públicos com o fito de solucionar as falhas estruturais constatadas.

Embora a dessegregação do sistema de ensino público não tenha sido o único caso de decisão estrutural da Suprema Corte dos EUA, tampouco o deslocamento forçado tenha sido a única hipótese do reconhecimento de um Estado de Coisas Inconstitucional pela CCC, os julgamentos são paradigmáticos na identificação de semelhanças entre os institutos. Em ambos os casos, a superação do estado de coisas demanda uma reestruturação das organizações sociais e construções de políticas públicas para, respectivamente, adequar a qualidade de ensino ofertada com o fim da segregação nas escolas e a garantir condições de vida dignas à população deslocada.

Há, entretanto, que se demarcar as distinções entre os institutos, para que não se confunda o ECI com uma mera “importação” da doutrina norte-americana. A primeira diferença é de matriz cronológica; os remédios estruturais se desenvolveram na Suprema Corte norte-americana a partir de 1954, inserido no contexto do pós-Segunda Guerra Mundial<sup>47</sup> e dos movimentos pelos direitos civis dos negros no país<sup>48</sup>; o Estado de Coisas Inconstitucional, por sua vez, desenvolveu-se na jurisprudência da CCC a partir de 1997, inserto nos paradigmas do constitucionalismo contemporâneo.

A segunda distinção reside nos direitos objeto de tutela; no âmbito da jurisdição constitucional norte-americana, as decisões estruturais fundaram-se na violação do direito à igualdade e à integridade física, enquanto os direitos discutidos no Estado de Coisas Inconstitucional pela CCC, em sua maioria, relacionam-se com o viés social das Constituições contemporâneas, visando a efetivação dos direitos à moradia, educação, saúde, previdência social, etc., embora não tenha sido olvidada a defesa dos direitos de proteção.

Nesse sentido, o conceito originário de decisão estruturante não foi abandonado no constitucionalismo contemporâneo; tanto os processos estruturais – nos moldes da jurisdição constitucional norte-americana – quanto a figura do Estado de Coisas Inconstitucional, demandam mecanismos de reestruturação de arranjos sociais. A inovação da jurisprudência colombiana consiste no emprego de conformações próprias do Estado Social de Direito às decisões estruturais (FACHIN; SCHINEMANN, 2018).

---

<sup>47</sup> Oficialmente, a Segunda Guerra Mundial iniciou-se 1º de setembro de 1939, com o ataque alemão à Polônia e foi encerrada em 2 de setembro de 1945, com a rendição oficial do Japão (EVANS, Richard J., 2008).

<sup>48</sup> O movimento liderado pelo ativista Martin Luther King Jr., compreendido entre 1955 e 1968, que consistia em um clamor por reformas nos EUA, com o objetivo de abolir a discriminação e segregação racial no país.

Por essa razão, Garavito e Franco (2010, p. 15) afirmam que a construção da teoria do Estado de Coisas Constitucional configura:

un giro paradójico de la historia social y jurídica, **precisamente uno de los países con violaciones más graves de los derechos humanos ha pasado a ser exportador neto de jurisprudencia constitucional y de innovaciones institucionales para asegurar el cumplimiento de decisiones ambiciosas sobre derechos**. Hoy en día, en efecto, la jurisprudencia de la Corte es citada con entusiasmo por tribunales latinoamericanos y de otras partes del mundo, y suele ser incluida en los estudios comparados sobre jurisprudencia constitucional<sup>49</sup> (Grifos nossos)

Em síntese, a superação do Estado de Coisas Inconstitucional demanda a instauração de um processo estrutural, com bases teóricas na jurisprudência norte-americana, mas adaptado ao rol de direitos socioeconômicos e ao desenho institucional estabelecidos nas Constituições contemporâneas. A Corte Constitucional da Colômbia é responsável, portanto, por uma louvável inovação nos mecanismos de efetivação dos direitos fundamentais.

#### 4.4 AS DECISÕES ESTRUTURAIS NA JURISDIÇÃO BRASILEIRA

Os processos estruturais são hoje uma realidade na atividade jurisdicional brasileira. Esse fato advém da própria natureza analítica da Constituição Federal, que estabeleceu um rol extenso e aberto de direitos fundamentais, com ênfase nos direitos de natureza prestacional. Os litígios que envolvem esses direitos, em regra, abarcam vários interesses legítimos conflitantes, de modo que a técnica tradicional de solução de litígio, baseado na via do “tudo-ou-nada”, resta inadequada ou insuficiente para a solução da controvérsia (ARENHART, 2013).

Ademais, em muitos casos, a adoção das decisões estruturais não se trata de uma faculdade, mas de uma necessidade, diante da complexidade dos litígios relacionados à efetivação de direitos fundamentais que demandam a implementação de políticas públicas. Por essa razão, explica Leonardo Medeiros Jr. (2018), que algumas decisões estruturais têm sido proferidas no Brasil, a despeito da inexistência de norma expressa autorizadora desse tipo de provimento.

---

<sup>49</sup> Uma mudança paradoxal na história social e jurídica, precisamente um dos países com as mais graves violações dos direitos humanos tornou-se um exportador de jurisprudência constitucional e inovações institucionais para garantir o cumprimento de decisões ambiciosas de direitos. Hoje, a jurisprudência da Corte é entusiasticamente citada pela América Latina e outras partes do mundo, e é frequentemente incluída em estudos comparativos sobre jurisprudência constitucional (GARAVITO; FRANCO, 2010, p. 15) (tradução nossa).

Há na doutrina certa divergência a respeito da competência preferencial para prolação e execução das decisões estruturais na jurisdição brasileira.

De um lado, Sérgio Cruz Arenhart (2013) propõe que seja o Supremo Tribunal Federal o local apropriado à prolação e implementação dessas decisões, sob o fundamento de que as medidas estruturais pressupõem um grande conflito de interesses, que exige uma solução mediante controle concentrado de constitucionalidade. Segundo essa concepção, as decisões estruturantes pela via difusa devem ser admitidas apenas em caráter excepcional, por meio de recurso extraordinário.

De modo diverso, posiciona-se Leonardo Medeiros Jr. (2018, p. 76) no sentido de que “o processo estrutural pode ser adotado em qualquer juízo no país para a solução de questões complexas que impliquem o controle jurisdicional de políticas públicas para a concretização de direitos fundamentais sociais”. O autor aduz que o princípio da inafastabilidade de jurisdição implica no dever do Estado-juiz em adotar técnicas processuais adequadas à efetiva concretização dos direitos fundamentais. Alude, ainda, que nesses casos a instrução processual deve ser longa de modo a abarcar ampla participação social, não sendo essa uma característica dos processos que tramitam no STF.

Em sentido próximo, Fachin e Schinemann (2018, p. 229) defendem que o “controle de constitucionalidade estrutural” não se dê originariamente no STF, mas preferencialmente nas instâncias ordinárias. Os autores acrescentam ao argumento da complexidade da instrução estrutural o fato de o STF enfrentar um grande volume de trabalho, de modo que seria “contraproducente submeter ao STF, que já enfrenta vertiginoso acúmulo de processos, pedidos desta natureza”.

Da análise dos argumentos declinados por ambos os posicionamentos, adota-se aqui a posição de que as decisões estruturais, em regra, podem e devem ser proferidas em todos os graus de jurisdição, sempre que a complexidade do litígio assim demandar. Isso porque, conforme mencionado, a prolação de decisões estruturantes não se trata de uma faculdade, mas de uma necessidade para a solução de litígios complexos e policêntricos.

Nesse sentido, cita-se exemplo de processo estrutural o caso da Ação Civil Pública do Carvão (autos nº 0000533-73.1993.4.04.7204) ajuizada pelo Ministério Público Federal, em 1993. Na ação pleiteou-se a recuperação dos danos ambientais decorrentes da mineração entre 1972 e 1989 nas áreas do município de Criciúma/SC. A ação foi julgada parcialmente procedente, em primeiro grau de jurisdição, para condenar os Réus a implementarem, em até 6 (seis) meses após a intimação da sentença, um projeto de recuperação ambiental, com cronograma mensal de etapas a serem executadas no prazo máximo de 3 (três) anos. Dentre

outras obras, o projeto deveria abarcar o desassoreamento, fixação de barrancas, descontaminação e retificação dos cursos de águas.

Mais recentemente, no julgamento da Apelação nº 0150735-64-2008.8.26002, em 16 de dezembro de 2013, o Tribunal de Justiça de São Paulo determinou, entre outras ordens, que o Município de São Paulo criasse, entre 2014 e 2016, no mínimo, 150 (cento e cinquenta) mil novas vagas em creches e em pré-escolas para crianças de zero a cinco anos de idade, das quais 50% (cinquenta por cento) devem ser disponibilizadas nos primeiros 18 (dezoito) meses. A decisão obrigou ainda o Município a incluir na proposta orçamentária a ampliação da rede de ensino atinente à educação infantil, como também à apresentar plano de ampliação de vagas e de construção de unidades de educação infantil.

Destarte, Didier Jr., Zaneti Jr. e Oliveira (2017) apontam alguns exemplos de decisões estruturais no Supremo Tribunal Federal, dentre as quais, a Ação Popular nº 3.388/RR, conhecida como Caso Raposa do Sol, no qual o STF reconheceu o direito à demarcação de terras indígenas e estabeleceu condições para o exercício do usufruto, além de fixar diversos marcos que balizariam o processo administrativo de demarcação. Os autores apontam, ainda, a decisão proferida na ADPF nº 378/DF<sup>50</sup> que estabeleceu diversas balizas para o rito do processo de impeachment, previsto na Lei nº 1.079/1950.

No tocante ao caso específico da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, há que se reconhecer a competência do STF para julgar, em controle concentrado de constitucionalidade, o processo estrutural que visa a formulação e implementação de políticas públicas, com vistas à superação das falhas estruturais causadas pela inércia de uma pluralidade de órgãos e entidades públicas.

As ordens estruturais que se seguem à declaração do ECI se prestam a retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocar a concepção de novas políticas públicas, ampliar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar a implementação das providências escolhidas. Para que alcance a plenitude de seus desideratos, a análise do ECI deve ser conduzida pelo STF, tendo em vista que as suas decisões em controle concentrado produzem eficácia *erga omnes* e possuem efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Público.

---

<sup>50</sup> Com o julgamento, firmou-se o entendimento de que a Câmara dos Deputados apenas dá a autorização para a abertura do processo de impeachment, cabendo ao Senado fazer juízo inicial de instalação ou não do procedimento, quando a votação se dará por maioria simples; a votação para escolha da comissão especial na Câmara deve ser aberta, sendo ilegítimas as candidaturas avulsas de deputados para sua composição; e o afastamento de presidente da República ocorre apenas se o Senado abrir o processo (Referência).



Em suma, os processos estruturais são uma realidade na jurisdição brasileira, uma vez que as decisões estruturantes são necessárias para a solução de litígios complexos e policêntricos. Desse modo, todo e qualquer juiz, ao se deparar com a necessidade de reorganização de uma estrutura burocrática que fomenta a violações a direitos fundamentais, deverá lançar mão da técnica dos processos estruturais. Situação específica refere-se à declaração do ECI, na qual será reconhecido um estado de massiva e reiterada violação desses direitos, causado pela atuação desordenada de diversas entidades públicas. Nesses casos, amplitude das decisões voltados à superação das falhas estruturais demanda a atuação do Supremo Tribunal Federal.

#### 4.5 PROPOSTA DE SUPERAÇÃO DO ECI NO SISTEMA PENITENCIÁRIO À LUZ DO PROCESSO ESTRUTURAL

Conforme explanado no capítulo anterior, o Partido Socialismo e Liberdade – PSOL ajuizou a ADPF nº 347/DF buscando a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional em relação ao sistema penitenciário brasileiro e a adoção de providências em face de violação massiva de direitos fundamentais das pessoas custodiadas no sistema penitenciário brasileiro.

A análise da referida ação permitiu a conclusão de que a situação da população carcerária no Brasil trata-se de típico Estado de Coisas Inconstitucionais. De igual modo, restou consignado que os desenhos institucionais estabelecidos na Constituição de 1988 fornecem substratos para a adoção das medidas necessárias ao enfrentamento das falhas estruturais dos Poderes Públicos. Doravante, com base na teoria dos processos estruturais acima delineada, cumpre apontar possíveis caminhos que o Supremo Tribunal Federal poderá adotar no julgamento da ADPF nº 347/DF.

Nessa perspectiva, relevante a análise sobre a denominada *prision reform litigation*<sup>51</sup> realizada por Owen Fiss, em artigo intitulado “*To make the constitution a living truth*” (2017). O autor aborda três tipos de abusos cometido na administração de prisões: a prática de tortura pelos guardas, inexistência de procedimentos regularizados para a aplicação do regime de isolamento e superlotação do sistema penitenciário<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> Os litígios de reforma prisional referem-se aos casos que envolvem a reforma do sistema penitenciário americano, tendo *Holt v. Sarver* como caso paradigma. No referido caso foi questionada a constitucionalidade do sistema prisional do Estado de Arkansas em sua integralidade.

<sup>52</sup> O autor explica que a tortura é utilizada como punição por desobediência a ordens dos guardas, como meio de extrair informações sobre outros prisioneiros ou sem nenhuma razão plausível. Quanto ao regime de isolamento, narra que o prisioneiro é mantido em pequena cela, equipada com uma cama estreita e banheiro rudimentar, não há qualquer contato com outra pessoa e o detento pode ser mantido na solitária por vários meses. No que se refere

Para resolver o problema da tortura nas prisões de Arkansas, não basta que o Judiciário proíba a execução de determinados meios de torturas (*negative injunction*), ou, ainda, que determine a proibição de “qualquer outro meio de tortura”. Esse tipo de provimento seria insuficiente para inibir a mencionada prática, pois suscita a dúvida se determinada conduta viola a proibição, bem como transfere aos prisioneiros o ônus de provar que um agente a violou (FISS, 2017).

Diante dos problemas apontados, em vez de adotar provimentos proibitivos tradicionais, deve o Judiciário planejar reformas estruturais nas instituições penitenciárias, com vistas a erradicar a prática de tortura. Com efeito, Fiss (2017, p. 34) propõe que, por meio de medidas estruturais, a Corte: a) a promulgue uma lista de punições que os guardas podem empregar; b) estabeleça uma agência que fiscalize o cumprimento dessa lista; c) exija da referida agência relatórios periódicos sobre as práticas dos guardas.

De igual modo, uma decisão que exija tão-somente a realização de audiência prévia para a aplicação de confinamento solitário não se presta a solucionar o problema da arbitrariedade. Tal decisão incentivaria que as autoridades penitenciárias desenvolvessem seus próprios procedimentos, o que levaria à imprecisão quanto à adequação das audiências prévias ao devido processo legal. Desse modo, o remédio mais adequado seria que a Corte determinasse a realização dessas audiências e, através de medidas estruturais, descrevesse as características que asseguram o devido processo legal (FISS, 2017).

Por fim, em relação à superlotação das prisões, é proeminente a insuficiência do modelo clássico de provimento, fundado em comandos proibitivos. Uma decisão que vedasse a superlotação de celas, sem determinar quando e como isso deveria acontecer, na prática, não produziria efeito algum. Para tornar efetiva a sua decisão, a Corte precisa especificar em que medida a capacidade prisional deve ser ampliada e coordenar os Poderes Públicos na adoção de medidas necessárias para o financiamento da expansão do sistema prisional (FISS, 2017).

Essas medidas estruturais propostas por Fiss (2017), fundam-se na ideia de que a tarefa do Judiciário não se restringe a decidir quem está certo ou errado no caso concreto, mas abarca também o papel de interpretar a Constituição e implementar o remédio efetivo para adequar as práticas dos sujeitos processuais aos seus comandos.

No caso do ECI no sistema carcerário brasileiro, as violações de direitos fundamentais apontadas na ADPF nº 347/DF envolvem, em sua grande maioria, os problemas decorrentes da

---

à superlotação, dois ou três prisioneiros são comumente colocados em celas projetadas para apenas um, o que os expõe a riscos de ataques físicos e sexuais, especialmente à noite (FISS, 2017).

superlotação dos presídios do país<sup>53</sup>. Essa realidade aprofunda a imensa desigualdade social do país, haja vista que à população carcerária, na sua maioria pobre e negra, não são ofertadas condições de ressocialização.

Ademais, para além de produzir ambiente propício à ocorrência de torturas, homicídios e violências sexuais, a superlotação deteriora as condições físicas dos estabelecimentos prisionais, implicando na existência de celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, falta de água potável e de produtos higiênicos, dentre outras insalubridades (BRASIL, 2009).

Assim, evidente que há na política carcerária brasileira um Estado de Coisas Inconstitucional. Aliás, foi esse o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a medida cautelar na ADPF nº 347/DF, ao verificar a incidência dos pressupostos do ECI e constatar violações massivas a diversos direitos fundamentais, causadas pela inércia e desorganização dos Poderes Públicos na efetivação de políticas para a melhoria do sistema penitenciário.

Partindo dessa premissa, para superar o Estado de Coisas Inconstitucional, assim como no caso do sistema prisional norte-americano, não basta que o STF exare decisão que proíba a superlotação ou que determine a construções de novos presídios, sem, contudo, pormenorizar quando e em que termos a sua decisão deve ser implementada. Faz-se necessário que o STF adote um processo estrutural para elaborar um plano dialogado entre as diversas autoridades competentes, visando a resolução da crise penitenciária.

O mencionado processo deve culminar em medidas estruturais destinadas à inúmeras autoridades, dentre as quais, os Presidentes da República, da Câmara, do Senado e das Assembleias Legislativas, Ministros de Estado, Governadores, Secretários de Estado, Procurador-Geral da República, Advogado-Geral da União, Defensor Público-Geral da União, entre outras autoridades envolvidas na aplicação da lei penal no país. As medidas devem buscar satisfazer a três objetivos principais: a) controlar o aumento da população carcerária; b) reduzir o déficit de vagas no sistema prisional; e c) melhorar as atuais condições do encarceramento (CAMPOS, 2019).

Para controlar o aumento da população carcerária as decisões estruturais devem estimular a aplicação de penas alternativas e o uso da prisão domiciliar, estabelecer meios de restringir a aplicação da prisão provisória às situações estritamente necessárias e traçar planos

---

<sup>53</sup> Com efeito, aduziu-se na ação que a população carcerária do Brasil é a quarta maior do mundo, ultrapassando a impressionante marca de 600.000 pessoas custodiadas. Por sua vez, a quantidade de vagas para detenção não ultrapassa 357.219, configurando um déficit de aproximadamente 206.307 (BRASIL, 2016).

e metas para promover a recuperação social dos presos, evitando, assim, a reincidência (CAMPOS, 2019). Importante destacar que os investimentos em educação continuam sendo os meios mais eficazes, embora de longo prazo, para controlar o incremento da população carcerária.

A Corte também deverá envidar esforços para diminuir o déficit de vagas do sistema prisional, por meio da determinação de que as autoridades judiciárias realizem constantemente mutirões para rever prisões provisórias e verificar os casos de presos que já cumpriram suas penas. Muito embora a medida estrutural mais relevante para solucionar o problema da escassez de vagas no sistema carcerários seja a construção de novos presídios (CAMPOS, 2019).

A decisão estrutural que determina a construção de novos presídios demanda uma série de medidas que implicam em impactos diretos ao erário; faz-se necessária a realização de processos de licitação, contratação de empreiteiras, de prestadores de serviço, gastos de manutenção, enfim, realocação de recursos ora destinados a outras áreas. Sobre as consequências orçamentárias de uma decisão estrutural, Owen Fiss (2017, p. 36) obtempera que “devem ser reconhecidas, mas não constituem razão suficiente para impedir o uso desses instrumentos. Elas deveriam, ao invés disso, ser vistas como o preço do constitucionalismo”.

A solução do ECI no sistema carcerário nacional perpassa também pela melhoria nas condições atuais de encarceramento. Por essa razão, o STF deve coordenar a construção de ações estatais voltadas a assegurar direitos básicos dos presos, por meio de medidas estruturais dialogadas com as autoridades responsáveis por assistência médica e psicológica, pela implantação de melhorias alimentares, a prestação de assistência social e jurídica, fornecimento de vestuários e serviços educacionais. Por fim, necessário um plano dialogado de reforma dos presídios existentes, com o desiderato de torná-los habitáveis e salubres (CAMPOS, 2019).

Em sede de execução das medidas acima elencadas, o STF deve monitorar o cumprimento de suas decisões estruturantes, por meio de um diálogo institucional exercido em processo público e transparente, provocando a participação popular através de audiências públicas periódicas, abertas colaboração da sociedade civil. Caso, após concluído o ciclo processual, seja constatada a persistência do Estado de Coisas Inconstitucional, as medidas devem ser repetidas, com intensificação do monitoramento na fase de execução, até que se considere sanadas as violações massivas e reiteradas a direitos fundamentais no sistema penitenciário nacional.

Em síntese, diante da omissão sistêmica dos Poderes Públicos, a jurisdição constitucional tem o poder-dever de realizar a interpretação objetiva dos valores constitucionais e implementar remédios aptos a concretizar direitos fundamentais, ainda que isso implique em

interferências nas esferas eminentemente políticas, como a realização de políticas públicas e alocação de recursos. Essa atuação encontra legitimidade na tarefa do STF na guarda e defesa da Constituição, no reconhecimento da supremacia e da força normativa da Constituição e na cláusula de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

## 5 O ATIVISMO JUDICIAL NO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Há certo grau de consenso no sentido de que ao declarar a existência do ECI a Corte Constitucional deve adotar múltiplos comandos destinados aos demais Poderes, com o propósito de corrigir as falhas estruturais constatadas. A doutrina constitucional diverge, contudo, quanto à legitimidade da interferência do Judiciário em atividades inerentes ao Poder Legislativo e Executivo, tendo em vista que essa atuação exorbita a função jurisdicional típica.

Por essa razão, no presente Capítulo será realizada uma análise das críticas gerais à construção de uma teoria do Estado de Coisas Inconstitucional e as objeções à aplicação dessa técnica de controle de constitucionalidade através da atuação ativista dos Tribunais Constitucionais.

### 5.1 DAS CRÍTICAS GERAIS À TEORIA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

A primeira crítica direcionada ao ECI refere-se à própria nomenclatura conferida à teoria. Segundo essa perspectiva, sob o rótulo de “Estado de Coisas Inconstitucional” poder-se-ia abarcar qualquer pretensão jurídica. Ademais, aduz-se que, a longo prazo, o ECI se transmutará em enunciado performático, de modo que a sua simples evocação se prestará a justificar qualquer tipo de demanda por inconstitucionalidade do Judiciário. Com base nessas premissas, o professor Lenio Luiz Streck (2018, p. 501) tece duras críticas ao ECI:

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

Há, ainda, críticas à potencial violação do princípio de separação dos Poderes com a adoção da teoria do ECI. Segundo Streck (2015), as políticas públicas não estão à disposição do Poder Judiciário, de modo que a atuação estruturante da Corte após a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional não encontraria respaldo no ordenamento, podendo gerar consequências complexas e danosas. Nesse sentido, aduz o autor:

O que quero dizer é que, em sendo factível/correta a tese do ECI, a palavra “estruturante” poderá ser um guarda-chuva debaixo do qual será colocado tudo o que o ativismo quer, desde os presídios ao salário mínimo. Mas, qual será a estrutura a ser inconstitucionalizada? Sabemos que, em uma democracia, quem faz escolhas é o Executivo, eleito para fazer políticas públicas. Judiciário não escolhe. Veja-se, por exemplo, o problema que se apresenta em face do remédio para câncer, em que uma decisão do STF, para resolver um caso específico (um caso terminal), está criando uma situação absolutamente complexa (para dizer o mínimo) no Estado de São Paulo. Não necessitamos de uma análise consequencialista para entender o problema dos efeitos colaterais de uma decisão da Suprema Corte (STRECK, 2015).

Segundo essa visão, o ECI representaria apenas mais uma forma perniciosa de ativismo judicial, razão pela qual Streck (2015) adverte para o risco da juristocracia<sup>54</sup> delineada por Hirschl (2004), aduzindo que “não dá para fazer um estado social com base em decisões judiciais”.

Não obstante a relevância acadêmica das críticas acima elencadas, o presente trabalho não coaduna com entendimento do professor Lênio Streck de que a teoria do ECI se presta a declarar que as coisas são inconstitucionais, tampouco com a tese de que haveria violação ao princípio da separação de poderes quando o Judiciário interfere na implementação de políticas públicas ao detectar falhas estruturais na efetivação de direitos fundamentais.

Primeiramente, no que se refere à nomenclatura atribuída ao ECI, é importante se atentar a sua concordância nominal, da qual se extrai que a expressão “inconstitucional” não se refere às “coisas”, mas sim ao “estado” delas. Nesse sentido, elucida Couto (2018, p. 17-18):

[...] a expressão “inconstitucional” se encontra no singular; não no plural. Isto ocorre porque o termo em cotejo é elemento modificador da palavra “estado”; não do vocabulário “coisas”. **Assim, por inferência das regras gramaticais, pode-se denotar que a inconstitucionalidade é atribuída ao próprio estado das coisas [...] não por menos, é equivocado dizer que, pela expressão em testilha, as coisas são inconstitucionais.** (Grifos nossos).

Com efeito, não prospera o argumento de que, sob o rótulo de “Estado de Coisas Inconstitucional”, a técnica de controle de constitucionalidade implicaria na possibilidade de declarar inconstitucional uma realidade. Em verdade, ao reconhecer o ECI, o Poder Judiciário

---

<sup>54</sup> Sobre a juristocracia, Bello, Bercovici e Lima (2018) explicam que o termo decorre da obra de Ran Hirschl e refere-se a críticas à ocupação pelo Poder Judiciário de espaços e sentidos políticos, de modo a transformar a supremacia da constituição em supremacia das cortes constitucionais.

declara inconstitucional as ações e omissões de diversos órgãos e autoridades públicas causadoras de falhas estruturais na efetivação de direitos. Não há uma inconstitucionalização da realidade, mas sim o reconhecimento de que a conduta dos agentes estatais em face da realidade é inconstitucional.

Ademais, não se pretende com a declaração do ECI abarcar toda e qualquer pretensão jurídica. Ao analisar a teoria construída na Corte Constitucional da Colômbia, é preciso ter em conta os rígidos pressupostos estabelecidos para a configuração do ECI [Tópico 3.2.2], uma vez que estabelecem parâmetros objetivos de diagnóstico das falhas estruturais do Poder Público. Nesse sentido, não é qualquer violação a direitos fundamentais que autoriza a incidência do ECI; é necessário que as violações sejam generalizadas e atinjam uma pluralidade indeterminada de pessoas. Consequentemente, as infrações isoladas a direitos fundamentais não autorizam a declaração do ECI.

Também carece de plausibilidade o entendimento de que a atuação da Corte Constitucional na declaração do ECI não possui respaldo no ordenamento jurídico. Isso porque, a Constituição de 1988 estabeleceu, em seu art. 5º, § 1º, a aplicabilidade imediata das normas definidoras de garantias e direitos fundamentais [Tópico 2.4.] e determinou que nem mesmo a lei poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, conforme o art. 5º, XXXV. Dessa forma, constitui poder-dever do Judiciário imiscuir-se na implementação de políticas públicas, quando estas forem negligenciadas ou malversadas pelos demais Poderes.

Por esse motivo, tampouco subsiste a crítica de que a teoria do ECI carrega consigo violação ao princípio da separação dos Poderes. Conforme as lições de Cunha Jr. (2017, p. 184), o Estado Constitucional Democrático não se compatibiliza com a figura do Judiciário “invisível, “nulo” e “inanimado”; no constitucionalismo contemporâneo o Judiciário emerge como “aquele Poder que se dota de melhores condições para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais [...]”, por isso, é mais apropriado falar em equilíbrio entre os Poderes, em vez da clássica teoria da separação.

Não se pode olvidar também o caráter excepcional da referida técnica de controle de constitucionalidade, que só autoriza a atuação estruturante da Corte Constitucional quando os demais Poderes quedarem inertes na tarefa de efetivar os direitos constitucionais. Sendo assim, a declaração do ECI não se trata da judicialização exacerbada e nociva da realidade, mas sim de uma técnica por meio da qual o Judiciário catalisa o rompimento da inércia estatal na efetivação dos direitos constitucionalmente garantidos.



## 5.2 O ATIVISMO JUDICIAL NO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

A superação do Estado de Coisas Inconstitucional perpassa por um inegável ativismo judicial, uma vez que demanda a adoção de múltiplos comandos destinados aos demais Poderes, com o propósito de corrigir as falhas estruturais constatadas. Essa atuação judicial recebe algumas críticas e objeções dignas de enfrentamento, contudo, primeiramente faz-se necessária uma abordagem histórico-conceitual sobre a expressão “ativismo judicial”, bem como analisar o delineamento da postura ativista na declaração do ECI.

Com efeito, o ativismo judicial é uma expressão originalmente cunhada nos EUA, em artigo de Arthur V. Schlesinger (1947), para designar a atuação da Suprema Corte durante os anos de 1954 a 1969. Durante esse período ocorreram profundas transformações sociais nos EUA, conduzidas pela jurisprudência progressista da Corte Suprema, assim, parcela mais conservadora da sociedade empregou a expressão “ativismo judicial” com uma conotação depreciativa, associada ao exercício inadequado do poder judicial.

Um dos grandes desafios da jurisdição constitucional no paradigma contemporâneo refere-se à delimitação conceitual do termo “ativismo judicial”. Não é sem razão que Gonet Branco (2011), caracteriza-o como um conceito fugidio, diante da variedade de acepções e dimensões em que se apresenta o fenômeno. Segundo o autor, a análise do ativismo judicial depende do tipo de Constituição que se presente concretizar; se, por exemplo, uma Constituição assume valores morais e políticos como princípios jurídicos, não há espaço para se falar em ativismo reprovável quando um tribunal exorbita o mero papel de legislador negativo.

Nesse sentido, embora reconheça as dificuldades na sistematização do conceito de ativismo<sup>55</sup>, Vanice Regina Lírio do Valle (2009) sintetiza tese no sentido de que o ativismo judicial se refere a uma postura ativa do Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, que vem redefinindo os limites de sua competência e alterando o seu peso no concerto político da relação entre os Poderes.

---

<sup>55</sup> Nesse sentido, Valle apresenta as cinco principais conceituações da expressão traçadas por Keenan Kmiec: “a) *Prática dedicada a desafiar atos de constitucionalidade defensável emanados em outros poderes*; b) *estratégia de não-aplicação dos precedentes*; c) *conduta que permite aos juízes legislar “da sala de sessões”*; d) *afastamento dos cânones metodológicos de interpretação*; e) *juízo para alcançar resultado pré-determinado*” (Keenan Kmiec *apud* Valle, 2009, p. 21). No mesmo sentido, William Marshall (2002) apresenta as 7 facetas do ativismo judicial: i. *ativismo contramajoritário*: não deferência às decisões dos poderes políticos; ii. *ativismo não-originalista*: caracterizado por decisões desvinculadas à concepção da intenção do constituinte e da literalidade do texto normativo da constituição; iii. *ativismo de precedentes*: não vinculação da corte aos próprios precedentes estabelecidos; iv. *ativismo jurisdicional*: a expansão pelo poder judiciário dos limites da competência da sua jurisdição; v. *ativismo criativo*: criação de novas teorias e direitos na doutrina constitucional; vi. *ativismo correcional*: imposição pelo poder jurisdicional de atuações positivas ou negativas aos poderes majoritários, mediante um controle corretivo e supervisor; vii. *ativismo partidário*: uso do poder judicial para atingir objetivos político-partidários.

Noutro turno, Barroso (2018a) compreende o ativismo judicial como uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos fins constitucionais, com maior intromissão nos espaços de atuação dos demais Poderes, sem que isso represente uma necessária violação ao princípio da separação dos Poderes, tendo em vista que “em muitas situações, nem sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios” (BARROSO, 2018a, p. 234).

Em abordagem crítica ao ativismo judicial, Elival da Silva Ramos (2015) o conceitua como uma descaracterização da função típica do Poder Judiciário, através da ultrapassagem dos limites da função jurisdicional, avançando nas funções legislativa, administrativa e de governo. Nesse passo, o autor conclui que “a observância da separação dos Poderes importa, dentre diversos outros consectários, na manutenção dos órgãos do Judiciário nos limites da função jurisdicional que lhes é confiada e para cujo exercício foram estruturados” (RAMOS, 2015, p. 119).

Sob outra perspectiva, Campos (2014) formula um conceito multidimensional a partir das premissas de que o ativismo judicial diz respeito à postura expansiva do poder de juízes e cortes quando da emissão de suas decisões, não sendo aprioristicamente legítimo ou ilegítimo. A construção conceitual funda-se, ainda, no caráter dinâmico da identificação do ativismo judicial e na pluralidade de contextos que o restringem, favorecem e conformam. Com base nisso, o autor conceitua ativismo judicial como:

[...] o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias (CAMPOS, 2014, p. 164).

A partir do seu conceito de ativismo judicial, Carlos Alexandre Azevedo (2019, p. 231-233) postula as cinco dimensões do ativismo judicial. Em seguida, o autor analisa o enquadramento da declaração do Estado de Coisas Inconstitucionais a cada uma dessas dimensões.

Em primeiro lugar, tem-se a *dimensão metodológica*, a qual abarca a interpretação e aplicação expansiva e inovadora das normas e dos direitos constitucionais e a criação judicial do direito. Nesse sentido, a declaração do ECI, além de não possuir previsão expressa em norma constitucional ou infraconstitucional, presta-se a suprir falhas de políticas públicas, razão pela

qual demanda uma criação judicial do direito e interpretação inovadora do ordenamento jurídico, enquadrando-se, portanto, na dimensão metodológica do ativismo judicial.

O ativismo judicial apresenta-se em sua *dimensão processual* quando ocorre a autoamplificação dos poderes processuais e decisórios dos juízes. Em outros termos, a dimensão processual diz respeito à forma como os juízes utilizam os instrumentos de decisão. Com efeito, na declaração do ECI a Corte Constitucional tem o propósito de efetivar direitos fundamentais de uma multiplicidade de pessoas e o faz por meio de ordens estruturais exaradas contra diversas autoridades públicas para além das demandadas. Resta, assim, evidente a existência da dimensão processual do ativismo judicial em sede de ECI.

Em sua *dimensão estrutural ou horizontal*, o ativismo judicial se caracteriza pela interferência dos juízes sobre as decisões de mérito dos demais Poderes. Sob essa perspectiva, todos os atos e omissões do Poder Público estão sujeitas ao controle de constitucionalidade. Essa dimensão do ativismo judicial é a que mais prepondera nas decisões que declaram o ECI, uma vez que nelas a Corte Constitucional “assume funções tipicamente legislativas e administrativas.” (CAMPOS, 2019, p. 233).

A atuação expansiva do Poder Judiciário também pode assumir *dimensão de direitos*, a qual se manifesta quando há interferência em políticas públicas para a efetivação de direitos fundamentais. Considerando que um dos pressupostos para a declaração do ECI é a violação massiva e reiterada de direitos fundamentais, por consequência lógica, a denominada dimensão de direitos do ativismo judicial está presente no ECI.

Por último, o ativismo judicial pode apresentar a *dimensão antidialógica* que se configurará nas hipóteses em que se atribuir ao STF o papel de único e exclusivo intérprete da Constituição. Segundo Campos (2009, p. 233), essa é a única dimensão do ativismo judicial ilegítima *a priori*, razão pela qual “deve ser, a todo custo evitada para que se possa afirmar a legitimidade de declarações do ECI”. Em contraposição a esse viés “juristocrata”, o autor propõe que a definição das questões constitucionais seja construída coordenadamente entre os Poderes, por meio de um processo dialógico (CAMPOS, 2019).

Em suma, a declaração do ECI pressupõe a criação judicial do direito e interpretação expansiva das normas constitucionais, requer a ampliação dos poderes processuais e decisórios dos juízes para efetivar interferência sobre as ações e omissões dos demais Poderes, mormente quando essas culminam em violações massivas e reiteradas a direitos fundamentais. O ECI não preenche, contudo, a dimensão antidialógica do ativismo judicial, uma vez que a sua superação pressupõe a atuação conjunta e dialogada entre as autoridades e órgãos envolvidos.

O Estado de Coisas Inconstitucional é, portanto, a expressão máxima do ativismo judicial na atuação da jurisdição constitucional em defesa dos direitos fundamentais (MACHADO; VILLALOBOS, 2014). Esse ativismo suscita a formulação de diversas críticas e objeções, profícuas à conformação do ECI na jurisdição constitucional, que serão a seguir abordadas.

### 5.2.1 Das objeções ao ativismo judicial no ECI

As principais críticas relacionadas à atuação ativista do Judiciário na declaração do ECI referem-se à falta de legitimidade democrática do ativismo judicial e à suposta ausência de capacidade institucional dos juízes para deliberarem sobre políticas públicas.

#### 5.2.1.1 Objeções democráticas

Para os críticos da compatibilidade do ativismo judicial com a democracia, o princípio da separação dos Poderes e o desenho institucional do Estado não comportam a interferência dos juízes nas atividades do Legislativo e do Executivo. Nesse sentido, Alexander Bickel (1986) assevera que ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou atos normativos produzidos por órgãos eleitos democraticamente o Judiciário viola a própria vontade popular, caracterizando a denominada “dificuldade contramajoritária”.

Na mesma linha, Bradley Thayer (1983) defende que o ativismo judicial ceifa do povo a experiência política e a oportunidade de corrigir os próprios erros. Com base nisso, o autor formula a tese de que o *judicial review* só será legítimo diante de uma violação manifesta à Constituição (*clear mistake*), do contrário, representaria risco democrático.

Partindo do ideal de autogoverno popular<sup>56</sup>, Jeremy Waldron *apud* Campos (2019, p. 239) considera a decisão judicial em sede de controle de constitucionalidade “inapropriada como um modo de tomada de decisões finais em uma sociedade livre e democrática”. Para o autor, a participação política é um direito fundamental que só poder ser garantido através de um processo legislativo que privilegie a autonomia de os cidadãos resolverem as divergências acerca dos direitos e princípios constitucionais.

---

<sup>56</sup> Sobre o autogoverno, Hübner Mendes (2008, p. 161) explica que “a democracia pressupõe que indivíduos são igualmente competentes para governarem a si próprios. Não só cada indivíduo é senhor de si mesmo, mas a comunidade integrada por eles é também autônoma [...] o que se deve evitar, portanto, é o paternalismo político – a supressão da autonomia e a presunção de que há indivíduos menos competentes que outros para participarem das decisões coletivas”

Para Ran Hirschl (2004) o caráter antidemocrático da expansão do Judiciário nas sociedades contemporâneas confluem de dois fatores: o primeiro refere-se a um movimento das elites políticas e econômicas para proteger seus interesses de variações democráticas; e segundo reside na tendência natural das Cortes Constitucionais buscar o fortalecimento de seu poder.

#### 5.2.1.2 Objeções institucionais

A segunda objeção ao ativismo judicial assenta-se na premissa de que o Poder Legislativo estaria melhor posicionado no desenho institucional para interpretar as transformações sociais e, portanto, mais legitimado a dizer os significados da Constituição. Ademais, segundo essa abordagem crítica, “como os juízes são falíveis e não compreendem os efeitos sistêmicos indesejados de seus erros, interpretações e decisões ambiciosas devem ser evitadas” (CAMPOS, 2019, P. 245).

A falta de capacidade institucional das Cortes Constitucionais em matéria de políticas públicas estaria relacionada a “constrições de tempo, falta de informação e de expertise em identificar os profundos comprometimentos da Constituição que devem ser interpretados para se ajustarem às circunstâncias modernas” (VERMEULE *apud* CAMPOS, 2019, p. 246).

O risco de efeitos sistêmicos reside na ideia de que, ao interferir na formulação de políticas públicas, o juiz poderá acarretar efeitos colaterais sistêmicos, tornando a situação pior do que se encontrava. Nesse sentido, Barroso (2018a) salienta que decisões que envolvem aspectos técnicos ou científicos podem não encontrar no Judiciário o melhor julgador em função de seus limites cognitivos.

Por fim, no que tange ao ativismo judicial em processos estruturais, essas críticas corporificam-se no argumento de que o Judiciário não tem preparo, conhecimento ou dispõe das ferramentas adequadas para realizar intervenção sobre as complexas tarefas administrativas na implementação de soluções às falhas estruturais do Poder Público (VITORELLI, 2021).

### 5.3 A CONSTITUCIONALIDADE DO PROCESSO ESTRUTURAL NA SUPERACÃO DO ECI: RESPOSTAS ÀS OBJEÇÕES AO ATIVISMO JUDICIAL.

Embora se assentem em premissas sustentáveis, as objeções ao ativismo judicial encontram limitações diante da constatação de circunstâncias extraordinárias como no caso do ECI. A declaração do ECI não se trata de um simples ato eivado de inconstitucionalidade, suprimível através do *judicial review*, tampouco se trata de pontual omissão inconstitucional,

solucionável através da determinação de que seja elaborada a norma faltante. O ECI é constatado ante um contexto de avançada inércia do Poder Público na efetivação de direitos fundamentais, o que abarcar atos comissivos e omissivos, grande número de pessoas atingidas pelas violações de direitos e multiplicidade de autoridades responsáveis pelo estado de coisas.

Nesse sentido, pertinentes as indagações formuladas por Alexandre de Azevedo Campos (2019, p. 248):

Como dizer da superioridade democrática e da maior capacidade institucional de legisladores e de governantes, frente a juízes e cortes, nos casos de absoluta inércia estatal e de falhas estruturais persistentes? Como dizer da maior participação política de minorias impopulares e estigmatizadas, se presente enorme déficit de representatividade parlamentar? Como admitir a superioridade democrática e institucional de legisladores e de governantes ante um contexto de violação massiva de direitos fundamentais, assistida passivamente por esses agentes políticos?

Em relação à dificuldade contramajoritária enfrentada pelo Judiciário, é importante ter em conta que o ideal democrático não se resume ao critério majoritário; em uma democracia plena, também devem ser respeitados os direitos das minorias, cuja proteção, no mais das vezes, restará ao Judiciário. Desse modo, o ativismo judicial se justifica porque “ao prestigiar soluções impostas pelos direitos fundamentais, mesmo em contrariedade à vontade de uma momentânea maioria política, a jurisdição presta culto à maioria de maior status, àquela que elaborou a Constituição” (BRANCO, 2011, p. 398).

Além disso, o suposto déficit democrático do Judiciário, em razão de seus membros não serem escolhidos pelo voto popular, “não é necessariamente maior que o do Legislativo, cuja composição pode estar afetada por disfunções diversas, dentre as quais o uso da máquina administrativa, o abuso do poder econômico, a manipulação dos meios de comunicação” (BARROSO, 2017a p, 51).

No que se refere aos membros do Supremo Tribunal Federal, o mencionado déficit democrático do Poder Judiciário é ainda menor, uma vez que os Ministros são nomeados pelo Presidente da República e chancelados pela maioria absoluta do Senado Federal, após verificada a reputação ilibada e o notório saber jurídico<sup>57</sup>.

Nessa linha, importante as lições de Owen Fiss (2017) no sentido de que as críticas que acusam o ativismo judicial de ser antidemocrático fundam-se em uma visão míope da

---

<sup>57</sup> CFRB/1988. Art. 101. Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

democracia<sup>58</sup>. Para o autor, a democracia não faz do sentimento popular um parâmetro para medir o funcionamento isolado de cada instituição do governo, mas sim para julgar o sistema como um todo, uma vez que:

Diferentes instituições no governo têm funções diferentes, algumas com conexão mais atenuadas do que outras em relação ao sentimento popular. Espera-se que algumas instituições governamentais, como o governador ou a legislatura estadual, respondam às preferências ocorrentes de seus cidadãos; outros, como o Judiciário, são encarregados da responsabilidade de interpretação da lei como ela é e da proteção da Constituição (FISS, 2017, p. 31).

Imperioso acrescentar que a autoridade dos juízes não decorre de sua experiência moral, mas sim do próprio cargo que exercem e das limitações ao poder judicial. Segundo Fiss (2017) a atividade jurisdicional é governada por “restrições da razão pública”, as quais sintetiza em:

(1) Os juízes devem ouvir as reclamações que de outra forma poderiam desejar evitar; (2) eles devem ouvir as reclamações de todas as partes prejudicadas; (3) eles devem conduzir os seus trabalhos em público; e (4) eles devem, publicamente, anunciar a sua decisão e justificar essa decisão com base em princípio (FISS, 2007, p. 30)

No Brasil, as restrições da razão pública ao poder judicial encontram-se positivadas na Constituição de 1988: a) art. 5º, XXXV, estabelece o princípio da inafastabilidade de jurisdição; b) art. 5º, LV, assegura o contraditório e ampla defesa; c) art. 93, IX, determina publicidade dos julgamentos e a necessidade de motivação das decisões. É por conta dessas restrições, não impostas com o mesmo rigor às demais atividades estatais, que nos submetemos às decisões do Judiciário<sup>59</sup> (FISS, 2017).

Sendo assim, a legitimidade democrática das decisões judicial ativistas, sobretudo as estruturais, justifica-se na condução do processo em consonância às constringências procedimentais e de acordo com as regras do sistema (VITORELLI, 2021).

Ademais, é insustentável o argumento a favor da prevalência do autogoverno popular em um cenário de violação massiva a direitos fundamentais de minorias representativas, como

<sup>58</sup> Cf. ELY, John. *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1987: o Judiciário não transgrediria as normas democráticas ao honrar as reivindicações dos cidadãos excluídos do processo democrático. O judiciário, de acordo com essa visão, serve para dar voz aos que não a possuem.

<sup>59</sup> Por oportuno, cumpre esclarecer que o presente trabalho não se filia à tese adotada por Owen Fiss (2017) de que o Judiciário é árbitro supremo na atribuição de significados à Constituição. Defende-se aqui, em contrapartida, a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição (HÄBELE), de modo que a superação do ECI se proceda de forma dialogada entre os demais Poderes e a sociedade.

no caso dos presidiários e de diversas outras parcelas marginalizadas da população. Não sem razão, Alexandre de Azevedo Campos (2019) afirma que os destinatários da proteção judicial na declaração do ECI sequer gozam de direitos básicos à sobrevivência, em função de falhas estruturais da própria deliberação democrática na proteção desses direitos.

Caso o Judiciário, sob o pretexto de deferência às instâncias democráticas, quedasse inerte diante da constatação do Estado de Coisas Inconstitucional, estar-se-ia configurado o que Campos (2019, p. 249) denominou de “passivismo judicial”. Desse modo, a confluência das inércias legislativa e administrativa e do passivismo judicial, acarretaria a completa obstrução dos direitos fundamentais, mormente aqueles de caráter prestacional, e aos seus titulares não restaria meio idôneo para pleitear a sua efetivação.

A ideia de que os legisladores e administradores possuem maior capacidade institucional na formulação e implementação de políticas públicas em relação aos juízes também sucumbe em face da constatação de falhas estruturais na efetivação dos direitos fundamentais. Seria absurdo admitir que, por conta de uma pretensa expertise técnica, os Poderes Executivo e Legislativo sejam titulares exclusivos da competência em matéria de políticas públicas, mesmo nas hipóteses em que se apresentam completamente incapazes e apáticos aos anseios sociais.

Além disso, é errôneo o raciocínio de que as decisões de um Poder sejam materialmente melhores que a dos demais. Sendo assim, uma decisão estrutural não será menos legítima que uma decisão parlamentar ou administrativa simplesmente por ter sido exarada em sede de processo judicial. A acuidade das decisões estatais não pode ser definida somente pelo processo que a gerou, faz-se necessária uma averiguação do caso concreto para determinar o grau de efetividade da decisão (SALLES, 2017).

De igual modo, não há razão para se sustentar que ao Judiciário deve ser vedada a interferência em políticas públicas em razão da ausência de expertise técnica. Esse argumento se prestaria a obstar a própria atividade jurisdicional, afinal, nenhum juiz é médico legista para determinar a *causa mortis* de uma vítima de homicídio ou averiguar o nexo de causalidade entre a atividade laboral e a doença acometida a um trabalhador. Desse modo, não se pode olvidar que a legitimidade das decisões judiciais também de funda na assessoria técnica prestada aos juízes sobre os inúmeros temas sobre os quais são provocados a se manifestar (VITORELLI, 2021).

É cediço que os membros do Judiciário não devem supor-se experts em todas as matérias, mas, desde que permitam a instauração de um diálogo entre os sujeitos processuais, incluindo todos os que possam contribuir para o deslinde da matéria – em especial a figura do



*amicus curiae* –, não há razão para considerar uma Corte Constitucional incompetente para interferir em políticas públicas. Essas premissas conduzem Edilson Vitorelli (2019, p. 122-123) a precisas conclusões:

[...] parece que a crítica da incompetência padece de um certo fetiche, como se o fato de alguém ser gestor público o levasse, de modo necessário, a ter conhecimento para agir. Isso não é verdade, sobretudo no Brasil, onde só o Poder Executivo federal conta com mais de trinta mil cargos comissionados [...] muitas dessas pessoas são competentes, outras não são. Muitas são servidores de carreira, mas muitas são apenas prebendados políticos. Todos são passíveis de substituição, ao sabor das conveniências políticas [...] todos esses milhares de gestores, demissíveis *ad nutum*, não têm independência suficiente para fazer o que deve ser feito, ainda que tenham conhecimento o bastante a para identificar o caminho. Quando se avalia todo o plexo de condições, percebe-se que os juízes, nas circunstâncias corretas podem ser mais competentes que os gestores.

Assim, nas hipóteses em que as instâncias majoritárias se esquivam de suas competências originárias, levando à configuração de todos os pressupostos para a declaração do ECI, ao contrário invadir a capacidade institucional dos demais Poderes, o ativismo judicial assume a importante função de articular e coordenar essas capacidades, propondo-se a solucionar o quadro de violações massivas e reiteradas a direitos fundamentais (CAMPOS, 2019).

Em suma, a atuação expansiva da Corte Constitucional ao declarar o ECI não implica necessariamente na ilegitimidade dessa técnica de controle de constitucionalidade. O ativismo judicial só estará em desacordo com a Constituição nos casos em que assumir dimensão antidialógica, reservando ao STF o papel de único intérprete da norma constitucional. A superação do ECI, todavia, perpassa pela adoção de um processo estrutural dialógico para coordenar a atuação estatal e monitorar a implementação de políticas públicas voltadas à correção das falhas estruturais constatadas. Portanto, o ativismo judicial no ECI encontra respaldo na dimensão objetiva e aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais e na conformação institucional delineada na Constituição de 1988.

## 6 CONCLUSÃO

A partir da presente investigação verificou-se que o constitucionalismo contemporâneo, também denominado de “neoconstitucionalismo”, baliza um novo modelo de Constituição, marcado pela constitucionalização dos direitos fundamentais e o estabelecimento de deveres prestacionais do Estado. Nesse contexto, a jurisdição constitucional assume protagonismo jurídico-político, por meio do controle de ações e omissões inconstitucionais.

Ademais, observou-se que a irradiação dos efeitos das normas constitucionais por todo o ordenamento jurídico é uma expressão dos princípios interpretativos da supremacia e da força normativa da Constituição. Esse processo de constitucionalização do direito no Brasil iniciou-se com a promulgação da Constituição de 1988, cujas disposições estabelecem mecanismos para a efetivação e defesa de suas normas.

Dentre esses mecanismos, destacou-se a cláusula insculpida no art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988, a qual estabelece que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata, prescindindo, portanto, da interposição do legislador para lograrem a efetividade ou eficácia social.

Considerando essas características do constitucionalismo contemporâneo, conclui-se que a Constituição de 1988, para além de obstar o exercício arbitrário do poder e assegurar um extenso rol de direitos sociais que demandam a implementação estatal, positivou institutos jurídicos destinados à superação do estado de avançada letargia do poder público na efetivação de seus preceitos. Diante desse contexto, observou-se que nos últimos anos os mais variados temas atinentes a direitos fundamentais foram objeto de discussão na Corte Constitucional, de modo que o STF tem decidido cada vez mais questões políticas importantes.

Dessa forma, a jurisdição constitucional assumiu também o papel de efetivar a Lei Maior quando os demais Poderes restarem inertes em sua função institucional de realizar o texto da Constituição, incorrendo em omissões inconstitucionais por meio da renúncia ilícita do dever de legislar, de regulamentar determinada matéria, ou, ainda, de elaborar políticas públicas.

Nesse contexto, a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional emerge como uma técnica de controle concentrado das ações e omissões inconstitucionais do Poder Público que acarretam falhas estruturais na efetivação dos direitos fundamentais. Sendo assim, ao investigar a construção da teoria do ECI na jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia e na doutrina constitucional é possível confirmar a hipótese de sua compatibilidade ao ordenamento jurídico brasileiro.

Isso porque, embora não esteja previsto expressamente em normas constitucionais ou infraconstitucionais, o reconhecimento de um Estado de Coisas Inconstitucional destina-se a resguardar a efetividade dos direitos fundamentais, de modo que se alinha ao modelo amplo de controle de constitucionalidade estabelecido na Constituição de 1988. Em verdade, o próprio STF já reconheceu a compatibilidade do ECI ao ordenamento brasileiro ao julgar a medida cautelar na ADPF nº 347/DF.

Ademais, a declaração do ECI está vinculada à constatação de quatro rígidos pressupostos que legitimam a atuação da Corte Constitucional, diante da insuficiência de qualquer outra medida judicial apta a superar o estado de coisas. Dentre os pressupostos do ECI, apontou-se: a) existência de um quadro de violação massiva e contínua de distintos direitos fundamentais que atinge um número amplo e indeterminado de pessoas; b) omissão reiterada e persistente do Poder Público no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais; c) necessidade de mudanças estruturais para alcançar a superação das violações mencionadas; d) potencialidade de multiplicação de demandas judiciais nas quais se busca a concretização dos direitos violados.

Acrescenta-se que a decisão que reconhece o ECI produz efeitos indiretos importantes na fomentação do debate público sobre o tema objeto de apreciação, de modo a incentivar a participação popular na interpretação constitucional. A exemplo disso, tem-se que no Brasil a situação do sistema penitenciário ganhou atenção da mídia e dos debates acadêmicos após a declaração do ECI realizada pelo STF.

Identificou-se, ainda, que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é a ação de controle concentrado de constitucionalidade mais adequada para o reconhecimento do ECI, em virtude da maior quantidade de requisitos processuais a serem comprovados para a admissibilidade da ADPF, adequando-se ao caráter excepcional do ECI. Essa maior adequação também se deve ao fato que as demais ações objetivas não comportam a produção de soluções estruturais coordenadas pelo Poder Judiciário para pôr termo a graves e reiteradas violações a direitos fundamentais.

A suplantação do Estado de Coisas Inconstitucional demanda, ainda, o implemento de amplas reformas em instituições e políticas públicas com o fito solucionar falhas estruturais e efetivar direitos fundamentais. Consagra-se, então, o processo estrutural como técnica de tutela de direitos fundamentais apta à construção de uma decisão que coordene a construção e aprimoramento de políticas públicas a serem aplicadas, fixe prazo para o cumprimento das determinações e fiscalize a execução das ordens exaradas.

Esse processo estrutural possui bases teóricas na jurisprudência norte-americana da década de 1950, mas quando aplicado aos casos de declaração do ECI é adaptado ao rol de direitos socioeconômicos e ao desenho institucional estabelecidos nas Constituições contemporâneas. Ademais, o processo estrutural encontra-se respaldado também nas normas processuais vigentes, uma vez que o CPC assegura o manejo de técnicas decisórias inovadoras e atípicas, autorizando a expedição de medidas estruturantes.

Dessa forma, o ECI não poderá ser solucionado pelo modelo tradicional de processo, uma vez que para afastar, por exemplo, as mazelas do sistema penitenciário nacional, demanda-se uma série de medidas complexas e dialogadas com todas as autoridades envolvidas na administração desse sistema. A simples determinação e cumprimento de uma obrigação de fazer ou não-fazer seria insuficiente para alcançar os desideratos traçados com a declaração do ECI.

Constatou-se, por fim, que os processos estruturais são uma realidade na jurisdição brasileira, tendo em vista que a Constituição de 1988 estabeleceu um extenso rol de direitos fundamentais de natureza prestacional e os litígios que envolvem esses direitos, no mais das vezes, são dotados de complexidade e abarcam vários interesses legítimos conflitantes, o que demanda o manejo de medidas estruturantes.

No mais, a atuação expansiva da Corte Constitucional ao declarar o ECI não implica necessariamente na ilegitimidade dessa técnica de controle de constitucionalidade. O ativismo judicial só estará em desacordo com a Constituição nos casos em que assumir dimensão antidialógica, reservando ao STF o papel de único intérprete da norma constitucional.

Conclui-se, por fim, que a jurisdição constitucional, diante da omissão sistêmica dos Poderes Públicos, tem o poder-dever de realizar a interpretação objetiva dos valores constitucionais e implementar remédios aptos a concretizar direitos fundamentais, ainda que isso implique em interferências nas esferas eminentemente políticas, como a realização de políticas públicas e alocação de recursos. Essa atuação ativista encontra legitimidade na dimensão objetiva e aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, bem como na tarefa do STF na guarda e defesa da Constituição.

O ECI representa, portanto, um reforço na construção do bem-estar social e um importante instrumento de efetivação de normas da Constituição, sobretudo em um país marcado pelo constitucionalismo tardio e fragmentado. A referida técnica de controle de constitucionalidade deve ser absorvida com parcimônia na jurisdição constitucional pátria, tendo em vista o seu caráter excepcional e eminente teor político, muito embora, a sua utilização justifique-se quando constatada a insuficiência dos demais Poderes na efetivação dos direitos constitucionais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Luís Cláudio Martins de. **Supremacia ou Diálogos Judiciais? O desenvolvimento de uma Jurisdição Constitucional verdadeiramente democrática a partir da leitura institucional.** Revista do Instituto do Direito Brasileiro (RIDB), Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa. a 3. n° 1. p. 1-45, 2014. Disponível em: [http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2014/01/2014\\_01\\_00001\\_00045.pdf](http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2014/01/2014_01_00001_00045.pdf). Acesso em 23 abr. 2021.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro.** Revista de Processo. ano 38, v. 225, São Paulo: RT, 2013.

\_\_\_\_\_. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais.** Salvador: Juspodivm, 2017.

ÁVILA, Humberto. **“Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”.** Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n°. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 5 abr. 2021

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas.** Revista de Direito Administrativo, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-103, 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620>. Acesso em: 10 mar. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo.** 2017b. Disponível em: [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao\\_democracia\\_e\\_supremacia\\_judicial.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf). Acesso em: 22 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

\_\_\_\_\_. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.** 2017a. Disponível em: [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf). Acesso em: 20 mar. 2021.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos fundamentais, questões ordinárias e jurisdição constitucional: limites e possibilidades da arguição de descumprimento de preceito fundamental.** Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 62. p. 248- 264, 2007.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Tutela (estrutural) do direito e o caso George Floyd: lições da Corte Constitucional colombiana.** Revista de Direito Constitucional e Internacional. vol. 124. ano 29. p. 189-209. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2021.

BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **O Fim das Ilusões Constitucionais de 1988? The end of 1988 constitutional illusions?** Revista Direito e Práxis, [S.l.], v. 10, n. 3, p. 1769-1811, set. 2019. ISSN 2179-8966. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/37470>. Acesso em: 15 maio 2021.

BICKEL, Alexander. **The last dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. New Haven: Yale University Press, 1986.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011.

BRANDÃO, Rodrigo. **A Judicialização da Política: teorias, condições e o caso brasileiro**. Revista de Direito Administrativo, v. 263. 2013. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/10648>. Acesso em: 03 abr. 2021

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário**. CPI sistema carcerário. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009.

\_\_\_\_\_. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 10 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.html). Acesso: 21 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 de nov. 1999. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=9868&ano=1999&ato=358o3ZE9keNpWT227>. Acesso: 10 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 de dez. 1999. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=9882&ano=1999&ato=308MzaE9keNpWT573>. Acesso: 10 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 33/DF**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DJ. 27 out. 2006. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur92470/false>. Acesso em: 1 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378/DF**. Relator: Min. Edson Fachin. Redador: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, DJ. 08 mar. 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur341653/false>. Acesso em: 1 mai. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DJ. 19 de fev. 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur339101/false>. Acesso em: 1 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Petição nº 3388/RR**. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, DJ. 04 fev. 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur253721/false>. Acesso em: 5 abr. 2021.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

\_\_\_\_\_. **Estado de Coisas Inconstitucional: Uma alternativa para a atuação do STF ante situações de violação massiva e contínua de direitos**. 2015. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional-04052015>. Acesso em: 17 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 2. ed. rev., ampl. Salvador: JusPodivm, 2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. 1. ed. Coimbra: Imprensa: Ed, 1991

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. 14 reimpressão. Lisboa: Almedina, 2003

CÁRDENAS, Blanca Raquel. Del estado de cosas inconstitucional (ECI) a la formulación de una garantía transubjetiva. Bogotá: universidad externado de Colombia, 2016. p.46. apud COUTO, Edenildo Souza. **O ativismo judicial estrutural dialógico para efetividade dos direitos fundamentais no “Estado de Coisas Inconstitucional”**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador.

COLÔMBIA. **Sentencia T-025 de 2004**. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em 14 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. **Sentencia T-153 de 1998a**. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm>. Acesso em 16 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. **Sentencia T-559 de 1998b**. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-559-98.htm>. Acesso em 15 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. Constituição (1991). **Constitución Política de Colombia 1991**. Bogotá: Corte Constitucional, 2016.

COUTO, Edenildo Souza. **O ativismo judicial estrutural dialógico para efetividade dos direitos fundamentais no “Estado de Coisas Inconstitucional”**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador.

CRUZ, Gabriel Dias Marques da. **ADPF: qual a saída do labirinto?** 2011. Disponível em <https://www.osconstitucionalistas.com.br/adpf-qual-a-saida-do-labirinto>. Acesso em: 20 abr. 2021.

CUNHA JR. Dirley da. **Neoconstitucionalismo e o novo paradigma do Estado Constitucional de Direito: Um suporte axiológico para a efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais.** 2015. Disponível em: [https://www.brasiljuridico.com.br/artigos/neoconstitucionalismo-e-o-novo-paradigma-do-estado-constitucional-de-direito--um-suporte-axiologico-para-a-efetividade-dos-direitos-fundamentais-sociais.-por-dirley-da-cunha-junior.#\\_ftn1](https://www.brasiljuridico.com.br/artigos/neoconstitucionalismo-e-o-novo-paradigma-do-estado-constitucional-de-direito--um-suporte-axiologico-para-a-efetividade-dos-direitos-fundamentais-sociais.-por-dirley-da-cunha-junior.#_ftn1). Acesso em: 24 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática.** 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional.** 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

CURSINO, Bruno Barca. **O transplante do Estado de Coisas Inconstitucional para o sistema jurídico brasileiro via ADPF.** Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 16. n. 50, p. 89-121. jul./dez, 2017. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-50-julho-dezembro-2017/o-transplante-do-estado-de-coisas-inconstitucional-para-o-sistema-juridico-brasileiro-via-adpf>. Acesso em: 19 abr. 2021.

DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente brasileiro e a pós-modernidade: resistência e projeção do estado social enquanto dimensão do estado democrático de direito.** 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador/BA.

DANTAS, Miguel Calmon. **Direito fundamental ao máximo existencial.** 2011. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador/BA.

DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. Opinião: **Estado de coisas inconstitucional.** Estadão, São Paulo, 19 set. 2015. Disponível em: <https://opinio.estadao.com.br/noticias/geral.estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>. Acesso em 16 abr. 2021

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

DIXON, Rosalind. **Weak-form judicial review and the American exceptionalism.** Chicago Law School Public Law and Legal Theory Working Papers Series, n°. 348, 2011. *apud* ARAÚJO, Luís Cláudio Martins de. Supremacia ou Diálogos Judiciais? O desenvolvimento de uma Jurisdição Constitucional verdadeiramente democrática a partir da leitura institucional. Revista do Instituto do Direito Brasileiro (RIDB), Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa. a 3. n° 1. p. 1-45, 2014. Disponível em: [http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2014/01/2014\\_01\\_00001\\_00045.pdf](http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2014/01/2014_01_00001_00045.pdf). Acesso em 23 abr. 2021.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** trad. Jefferson Luiz Camargo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999



EISENBERG, José. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte; Rio de Janeiro: UFMG; luperj/Faperj, 2002.

ELY, John. **Democracy and Distrut: a theory of judicial review**. Cambridge: Havard University Press, 1987

EUA. Suprema Corte. **Brown v. Board of Education of Topeka II**. 349, U.S. 294, 1955. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/349/294/>. Acesso em: 26 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. Suprema Corte. **Brown vs. Board of Education of Topeka**. 347, U.S. 483, 1954. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/case.html>. Acesso em 26 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. Suprema Corte. **Dred Scott v. Sandford**, 60 U.S. 393, 1856. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/60/393/>. Acesso em: 26 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. Suprema Corte. **Marbury v. Madison**. 5, U.S. 137, 1803. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>. Acesso em: 30 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Suprema Corte. **Plessy v. Ferguson**. 163, U.S. 537, 1896. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/>. Acesso em: 26 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. Constituição (1787). **Constituição dos Estado Unidos da América**. In: Documentos anteriores à criação da Sociedade das Nações. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>. Acesso em: 10 abr. 2021.

EVANS, Richard J. (2008). **The Third Reich at War 1939–1945**. Londres: Allen Lane. pp. 1–2.

FACHIN, Melina Girardi; SCHINEMANN, Caio Cesar Bueno. **Decisões estruturantes na Jurisdição Constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais**. Revista Estudos Institucionais. vol. 4, n. 1, p. 212-246, 2018.

FAVOREU, Louis. La constitutionnalisation du droit. In: AUBY, Jean-Bernad et al. L'unité du droit: Mélanges en hommage à Roland Drago. Paris: Economica, 1996. p. 40 apud SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **“Pasado y Futuro Del Estado de Derecho”**. In: CARBONELL, Miguel (Org.). Neoconstitucionalismo (s). Madrid: Editorial Trotta, 2003.

FERRARO, Marcella Pereira. Litígios Estruturais: algumas implicações da publicidade do processo. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 38. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

FISS, Owen M. **Modelos de Adjudicação/Models Of Adjudication**. Revista da Escola de Direito de São Paulo da Fundação (Caderno Direito GV). v. 1, n. 8, 2005, p. 1-57.

\_\_\_\_\_. Fazendo da Constituição uma verdade viva: quatro conferências sobre a *structural injunction*. trad. Arthur Ferreira Neto; Hannah Alff; Marco Félix Jobim. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017.

\_\_\_\_\_. The Allure of Individualism. Iowa Law Review, v. 78, n. 5, 1993 *apud* VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: teoria e prática**. 2. ed. rev. atual. Salvador: JusPodivm, 2021.

\_\_\_\_\_. **The civil rights injunction**. Bloomington: Indiana University Press, 1978.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião de promessas**. trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Renavan, 1999.

GARAVITO, César Rodríguez. ¿Cuándo cesa el estado de cosas inconstitucional de deslocamento? Más allá del desplazamiento, o como superar um estado de cosas inconstitucional. In: \_\_\_\_\_. (Coord.). **Más allá del desplazamiento**. Políticas, Derechos y Superación del desplazamiento forzado em Colombia, Bogotá: Universidade de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2009.

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

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 14. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

GUASTINI, Riccardo. “La ‘Constitucionalización’ del Ordenamiento Jurídico: el caso Italiano”. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: safE, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

HIRSCHL, Ran. Towards Juristocracy. **The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. Cambridge: Havard University Press, 2004.

JOBIM, Marco Félix; ROCHA, Marcelo Hugo da. Medidas estruturantes: origem em Brown v. Board of Education. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017.

JUNIOR, Leonardo Medeiros. **Processo estrutural consequencialista: uma investigação sobre a concretização dos direitos fundamentais sociais pelo poder judiciário e o consequencialismo decisório**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Natal/RN.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial review. *California Law Review*, oct. 2004 *apud* VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF**. Curitiba: Juruá, 2009.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática – Uma abordagem a partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americana**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Fora da Constituição não há salvação**. São Paulo, p. A3, 2017.

LYONS, Josefina Quintero; MONTERROZA, Angélica Matilde Navarro; MEZA, Malka Irina. **La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia**. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*. vol. 3, n. 1, 2011, p. 69-80.

MACHADO, Daniela Sanclemente; VILLALOBOS, Carlos José Lasprilla. **El juez de Tutela como Arquitecto del Estado Social de Derecho**. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Controle de constitucionalidade**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARSHALL, W. **Conservatism and the Seven Signs of Judicial Activism**. *University of Colorado Law Review*. v. 73. Nov. North Carolina. 2002. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=330266](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=330266)>. Acesso em: 10 mai. ago. 2021.

MELLO, C. A. B. de. **Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social**. *Revista do Serviço Público*, [S. l.], v. 39, n. 4, p. 63-78, 2017. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/2239>. Acesso em: 8 abr. 2021.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese [concurso para Professor Titular]. Departamento de Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. trad. Crisrina Murachco. São Paulo: Martins Fontes. 1996.

NEWTON, I. **Princípios Matemáticos da Filosofia Natural**. trad. J. Resina Rodrigues. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Lisboa, 2 abr. 1976. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 15 mar. 2021.

PUGA, Mariela. **Litígio Estructural**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Buenos Aires, Buenos Aires, 2014.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993. *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 2. ed. rev., ampl. Salvador: JusPodivm, 2019.

SALLES, Carlos Alberto de. Processo Civil de interesse público. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Suzana Henriques. **O processo para a solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 193-227.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A constituição em perspectiva histórico-evolutiva**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2017.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/5869>. Acesso em: 8 mai. 2021.

SILVA J, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1982.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O constitucionalismo brasileiro**. Brasília: ESMPU, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVEIRA, Daniela Golsanves da. **A legitimidade do STF para tutelar direitos fundamentais diante da omissão legislativa**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Porto Alegre/RS.

STRECK, Lenio Luiz. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo**. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>. Acesso em: 10 mai. 2021.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

\_\_\_\_\_. **Os instrumentos judiciais específicos de combate à omissão inconstitucional no Brasil e sua contextualização socioeconômica.** In: TAVARES, André Ramos; GAMA, Marina Faraco Lacerda. *Omissão Inconstitucional*. São Paulo: Max Limonad, 2018.

THAYER, James Bradley. **The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law.** *Havard Law Review*. v. 7 (3), 1893. p. 129-156.

V. SCHLESINGER, Arthur M., Jr. **The Supreme Court: 1947.** *Fortune*, jan. 1947, v. 35.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF.** Curitiba: Juruá, 2009.

VERMEULE, Adrian. *Judicial Review and Institutional Choice.* *Wiliam and Mary Law Review*. v. 43 (4), 2002 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 2. ed. rev., ampl. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 246.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da política.** *Tempo Social, revista de sociologia da USP*, v. 19, n. 2. P. 39-85, 2007.

VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: teoria e prática.** 2. ed. rev. atual. Salvador: JusPodivm, 2021.

WALDRON, Jeremy. *The core of the Case Against Judicial Review.* *Yale Law Journal*. V. 115 (6), 2006. p. 1.348 *apud* CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 2. ed. rev., ampl. Salvador: JusPodivm, 2019.