

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, PESQUISA E DESENVOLVIMENTO  
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA  
MESTRADO PROFISSIONAL EM DIREITO, JUSTIÇA E DESENVOLVIMENTO

ALVARO LUIZ CARVALHO DA CUNHA JUNIOR

**“SERÁ QUE TUDO QUE É RUIM OU EU NÃO GOSTE É INCONSTITUCIONAL?”**  
O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NA JURISDIÇÃO DO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL

**SÃO PAULO**

**2023**

ALVARO LUIZ CARVALHO DA CUNHA JUNIOR

**“SERÁ QUE TUDO QUE É RUIM OU EU NÃO GOSTE É INCONSTITUCIONAL?”**  
O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NA JURISDIÇÃO DO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL

Defesa de Dissertação de Mestrado, desenvolvida  
sob a orientação do professor João Paulo Lordelo  
apresentado para obtenção de Aprovação em Exame  
de Defesa

**SÃO PAULO**

**2023**

ALVARO LUIZ CARVALHO DA CUNHA JUNIOR

**“SERÁ QUE TUDO QUE É RUIM OU EU NÃO GOSTE É INCONSTITUCIONAL?”**

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NA JURISDIÇÃO DO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL

Defesa de Dissertação de Mestrado apresentada ao  
Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em  
Direito, como requisito parcial para obtenção do  
título de Mestre em Direito

18 de dezembro de 2023

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Prof. Orientador**  
**João Paulo Lordelo**

---

**Prof. Avaliador 1**  
**Georges Abboud**

---

**Prof. Avaliador 2**  
**Suely Mara Vaz Guimarães de Araújo**

## AGRADECIMENTOS

Quando olho para trás, no caminho que percorri durante esta jornada de pesquisa, por todo esse processo de crescimento profissional e pessoal, sinto uma profunda gratidão por todos aqueles que contribuíram para a realização deste trabalho, cada um de sua maneira.

Primeiramente, gostaria de agradecer a Deus por me proporcionar essa oportunidade em um país de tanta desigualdade. Eu me sinto abençoado por todo o estudo e aprendizagem.

Agradeço a fé que tenho em Jesus Cristo, doce mãe Maria e meus guias espirituais, que me ajudam a crer naquilo que não vejo e assim me sustentam diante de dificuldades.

Agradeço aos meus pais e meus irmãos por todo carinho e conforto.

Agradeço ao Universo, pelo Direito Constitucional ter me escolhido anos atrás como monitor de turma em um curso preparatório para concursos públicos, ter tido a oportunidade de estar em sala de aula, ser professor e me apaixonar pela disciplina.

Ao meu orientador pela orientação e inspiração ao longo deste processo.

Aos membros da banca examinadora, agradeço pela avaliação cuidadosa e pelos valiosos comentários que contribuíram significativamente para esta dissertação.

Que este trabalho possa contribuir para o avanço do conhecimento em nossa área e que o espírito de gratidão que sinto possa ser transmitido a todos aqueles que, de alguma forma, fazem parte desta conquista.



Dedico esse trabalho aos meus pais, Alvaro e  
Cristina, pois sem eles, nada em minha vida  
seria possível.

*“Eu sempre fui um sonhador, é isso que me  
mantem vivo  
(...).*

*Não espere o futuro mudar a sua vida  
Porque o futuro será consequência do presente*

*Parasita hoje*

*Um coitado amanhã*

*Corrida hoje*

*Vitória amanhã*

*Nunca esqueça disso, irmão*

*Acreditar e sonhar*

*E sonhar*

*E sonhar”*

*(Racionais MCs, A Vida é desafio)*





3.2.4. APDF 973 – Estado de coisas inconstitucional fundado no racismo estrutural e racismo institucional .....	69
3.2.5. APDF 976 – Estado de coisas inconstitucional da conjuntura das pessoas em situação de rua .....	72
3.2.6 APDF 984 – Estado de coisas inconstitucional da tributação dos combustíveis	76
3.2.7. APDF 1051/DF – Estado de coisas inconstitucional acordos de leniência firmados antes do Acordo de Cooperação Técnica – ACT .....	80
3.2.8. ADI 5529/DF .....	84
3.3 ADPF e possível uso político: tudo que é ruim é ou não inconstitucional? .....	87
3.4 O estado de coisas inconstitucional e controle de constitucionalidade sobre a realidade .....	98
Conclusão .....	101
REFERÊNCIAS .....	104

## RESUMO:

O presente trabalho tem como finalidade abordar a aplicação e o desenvolvimento da teoria do estado de coisas inconstitucional no Supremo Tribunal Federal, com a crescente judicialização de políticas públicas através da utilização de ações de controle abstrato de constitucionalidade para resolver problemas estruturais. Ao longo da pesquisa serão fornecidos elementos para identificar um possível uso retórico da teoria do estado de coisas inconstitucional proporcionando um amplo acesso a jurisdição do Supremo Tribunal Federal pelo uso da ADPF. Nesse cenário, estabelece como problemática de pesquisa a seguinte pergunta: estaria ocorrendo o uso retórico da teoria do estado de coisas inconstitucional no Brasil ou a realidade brasileira é de massiva violação a direitos fundamentais? No que diz respeito à metodologia de trabalho, será adotado o método dedutivo de abordagem, com a pesquisa as principais obras jurídicas estrangeiras e nacionais sobre a temática, incluindo textos e artigos que permitam uma análise crítica, dogmática e construtiva sobre o assunto, bem como, análise das ações propostas e as decisões já proferidas, através do método de análise das decisões.

**Palavras-chave:** Estado de coisas inconstitucional. Ativismo judicial. Judicialização de políticas públicas. Arguição de descumprimento de preceito fundamental.

## **ABSTRACT:**

The present work aims to address the application and development of the theory of the unconstitutional state of affairs in the Federal Supreme Court, with the increasing judicialization of public policies through the use of abstract constitutionality control actions to resolve structural problems. Throughout the research, elements will be provided to identify a possible rhetorical use of the unconstitutional state of affairs, providing broad access to the jurisdiction of the Federal Supreme Court through the use of the ADPF. In this scenario, the following question is established as a research problem: is there a rhetorical use of the theory of the unconstitutional state of affairs in Brazil or is the Brazilian reality one of massive violation of fundamental rights? With regard to the work methodology, the deductive method of approach will be adopted, with research on the main foreign and national legal works on the subject, including texts and articles that allow a critical, dogmatic and constructive analysis on the subject, as well as , analysis of proposed actions and decisions already made, using the decision analysis method.

**Key words:** Unconstitutional state of affairs. Judicial activism. Judicialization of public policies. Argument of non-compliance with a fundamental precept.

## INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal, no ano de 2015, ao julgar a ADPF 347, declarou a existência de um estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro. Desde então, diversas arguições de descumprimento de preceito fundamental tramitam no STF, como o objetivo de que seja declarado o estado de coisas inconstitucional sobre os mais variados temas e tipos de matéria.

A técnica decisória da teoria do estado de coisas inconstitucional adotada pelo Supremo Tribunal Federal tem origem na Corte Constitucional Colombiana, sendo uma atuação excepcional do Poder Judiciário para assegurar direitos fundamentais.

A excepcionalidade da declaração do estado de coisas inconstitucional pressupõe a violação generalizada de direitos fundamentais, uma inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar uma situação já identificada com a superação das transgressões, de modo que exigem a atuação de todos os poderes gerando a quebra dos bloqueios institucionais, envolvem questões extremamente sensíveis e complexas, principalmente no que se refere ao princípio constitucional da separação dos poderes, previsto no art. 2º da CRFB/88, consagrado como cláusula pétrea pelo constituinte originário – art. 60, §4º, II do texto constitucional, bem como, da legitimidade do Poder Judiciário em intervir em políticas públicas.

Atualmente, diversas arguições de descumprimento de preceito fundamental tramitam no STF, exemplo da recente declaração do estado de coisas inconstitucional do meio ambiente por meio da ADPF 760. Outras ADPFs sobre os mais variados temas podem ser mencionadas, quais sejam: a ADPF 918 em que se requer a decretação do "estado de coisas inconstitucional da política nacional de cultura"; a ADPF 973 que pleiteia o reconhecimento do "estado de coisas inconstitucional fundado no racismo estrutural e institucional"; a ADPF 682 em que a OAB pede a suspensão da abertura de novos cursos de Direito em instituições privadas e ainda que seja declarado estado de coisas inconstitucional (ECI), de modo a possibilitar a adoção de medidas estruturais de reforma do ensino jurídico; a ADPF 976 em que é requerida a declaração do "estado de coisas inconstitucional concernente às condições desumanas de vida da população em situação de rua no Brasil, por omissões estruturais e relevantes sobretudo atribuíveis ao Poder Executivo, em suas três níveis federativos, mas também ao Poder Legislativo, em razão de lacunas de inovação legislativa necessária e de falhas na reserva de orçamento público em quantum suficiente"; a ADPF 984 em que é defendida a existência de um "estado de coisas inconstitucional da tributação dos combustíveis", etc.

Percebe-se o uso da ação de descumprimento de preceito fundamental – ADPF – utilizando como verdadeiro trunfo o conceito de "ato do poder público", previsto no *caput* art. 1º da Lei 9882/99, e mais que isso, suscitar controle de constitucionalidade sobre realidades (de fatos) pela teoria do estado de coisas inconstitucional na jurisdição do Supremo Tribunal Federal sob o manto da reforma estrutural, levando a política e anseios de grupos que não conseguem obter no Legislativo a representação necessária para seus interesses.

Da mesma forma, através da crescente judicialização de temas políticos e da política pública, podemos estar diante de uma realidade brasileira em que os poderes constituídos se mantêm inertes e omissos, agravando desta forma a violação massiva de direitos fundamentais.

Nesse cenário, estabelece como problemática de pesquisa a seguinte pergunta: estaria ocorrendo o uso retórico da teoria do estado de coisas inconstitucional no Brasil ou a realidade brasileira é de massiva violação a direitos fundamentais?

O alargamento da jurisdição constitucional na Suprema Corte via ADPF, para que o Supremo Tribunal Federal resolva problemas estruturais e determine a condução de políticas públicas, sem saber até que ponto a declaração do estado de coisas inconstitucional é capaz de proteger de fato direitos fundamentais e realizar a mudança pretendida, acarreta sem dúvidas um protagonismo do Supremo que pode ser seduzido pelo ativismo judicial, suscitando assim a crítica democrática, institucional, liberal.

Neste sentido, a presente pesquisa se justifica na compreensão de que há parâmetros para se distinguir o que é inconstitucional e o que são situações ruins e indesejáveis, pois, nem todo fato ou estrutura que desagrade um grupo ou um ser humano é inconstitucional.

O argumento da inconstitucionalidade sobre realidade fáticas pode estar desvirtuando o uso da ADPF para manejar questões políticas, que não obtiveram força nas instâncias ordinárias, Poder Legislativo e Executivo, ao Poder Judiciário, fomentando os desejos pessoais através do ativismo judicial e sem ter os limites do que seja inconstitucional.

Ao passo que, o controle de constitucionalidade de constitucionalidade sobre realidades fáticas pode promover novos desafios a jurisdição constitucional, aproximar as funções estatais na busca pela concretização das normas constitucionais, em especiais, a observância dos direito fundamentais e a garantia da dignidade da pessoa humana.

No que diz respeito à metodologia de trabalho, será adotado o método dedutivo, com a pesquisa as principais obras jurídicas estrangeiras e nacionais sobre a temática, incluindo textos e artigos que permitam uma análise crítica, dogmática e construtiva sobre o assunto,

bem como, análise das ações propostas e as decisões já proferidas, através do método de análise das decisões.

O primeiro capítulo fará a necessária distinção entre ativismo judicial e judicialização de políticas públicas, explorando as definições do que seria o ativismo judicial e uma decisão ativista, com o objetivo de passar ao leitor o prejuízo deste fenômeno e de que o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, fortalecido pela força normativa da constituição, pode exercer o controle de políticas públicas quando provocado, com destaque aos processos estruturais, aplicando a norma constitucional ao caso concreto, sendo fundamental para o estudo do segundo capítulo, ao analisar as decisões proferidas pela Suprema Corte brasileira sobre o estado de coisas inconstitucional.

O segundo capítulo tratará da teoria do estado de coisas inconstitucional, sua origem na corte constitucional colombiana, conceito e pressupostos. Após, serão analisadas as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que declarou o estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro e no meio ambiente, as funções da suprema corte apresentando as críticas/defesas da teoria e se as decisões foram capazes de promover a mudança pretendida. Em razão da quebra de bloqueios institucionais, será tratado do diálogo entre os poderes, aproveitando os estudos do primeiro capítulo e identificar se houve o fenômeno do ativismo judicial ou se foram decisões constitucionalmente legítimas.

O terceiro capítulo, após o estudo do ativismo judicial, do devido controle de políticas públicas e da teoria do estado de coisas inconstitucional, será fundamental para buscar a resposta ao problema desta dissertação, pois serão apresentadas as ADPFs que tramitaram e/ou tramitam no Supremo Tribunal Federal em que se pediu e/ou se pede a declaração do estado de coisas inconstitucional para os mais variados fatos/temas, verificando se há o uso retórico do estado de coisas inconstitucional para fins políticos ou se a sociedade brasileira vive um estado de flagrante violação a direitos fundamentais.

## 1 A NECESSÁRIA DISTINÇÃO ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, promulgada sob os dogmas da positivação de um extenso rol de direitos fundamentais, inclusive com cláusula de materialidade aberta (Art.5º, §2º do texto constitucional)<sup>1</sup> de caráter dirigente e compromissória, positivou a política em seu texto constitucional.

A interação entre o direito e a política, reflete na “constitucionalização simbólica” do professor Marcelo Neves (2011), onde as normas constitucionais podem servir como um meio para a expressão de ideias, valores e aspirações da sociedade, mesmo que não se traduzam diretamente em mudanças concretas no sistema jurídico (NEVES, 2011, p.30).

Segundo Neves, a constitucionalização simbólica ocorre quando determinadas normas ou princípios são incorporados a uma constituição não tanto para serem aplicados efetivamente, mas para expressar valores e ideais importantes para uma sociedade, mesmo que esses valores e ideais não estejam totalmente alinhados com a realidade política e social do país, em *“discrepância entre a função hipertroficadamente simbólica e a insuficiente concretização jurídica de diplomas constitucionais”* (NEVES, 2011, p. 1).

E diante de direitos e garantias fundamentais que possuem aplicação imediata<sup>2</sup> e da inafastabilidade da tutela jurisdicional<sup>3</sup>, resta inevitável a judicialização da política pública.

Não há como não questionar se o Poder Judiciário possui legitimidade para intervir nas funções típicas do Poder Executivo e discutir a separação dos poderes em sua clássica divisão ou repartição de funções constitucionais, mas é necessário distinguir o controle das políticas públicas e ativismo, bem como suas consequências, isto porque, a *“judicialização é contingencial. Ela não é um mal em si. O problema é o ativismo (que é comportamental, espécie de behaviorismo cognitivo-interpretativo)”* (STRECK, 2013).

Uma posição é certa: o Poder Judiciário irá sim intervir nas políticas públicas, isso é um ponto em que não há questionamento, inclusive, a afirmação é fundamentada no art. 102 da Constituição da República de 1988, qual seja, *“Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”*.

<sup>1</sup> CRFB/1988: “Art.5º,§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

<sup>2</sup> CRFB/1988: “Art.5º, § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

<sup>3</sup> CRFB/1988: “Art.5º XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

Judicializar significa que matérias de considerável repercussão política ou social serão submetidas aos órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo. (BARROSO, 2009)

A função jurisdicional há de ser exercida, isto é um fato, porém deve observar os limites constitucionais, devendo ser refutada uma decisão judicial discricionária e subjetiva, ativismo judicial e discricionariedade judicial andam juntos. E assim adverte Inocêncio Mártires Coelho, sobre a liberdade do intérprete/aplicador do Direito:

“há de ser responsável e autocontrolada, pois não lhe é dado introduzir na lei o que deseja extrair dela e tampouco aproveitar-se da abertura semântica dos textos para neles inserir, fraudulentamente, conteúdos que, de antemão, ele sabe serem incompatíveis com esses enunciados normativos” (COELHO, 2015, p. 12).

Destaca-se o discurso de saudação à posse do Ministro Gilmar Mendes, quando novo presidente da Suprema Corte brasileira, proferido pelo Min. Celso de Mello:

“Nem se censure eventual ativismo judicial exercido por esta Suprema Corte, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos”<sup>4</sup>

A afirmação contida no discurso acima destacado está na mesma linha das considerações do próprio Min. Gilmar Mendes, quando dispõe que *“não há judicialização da política, pelo menos no sentido pejorativo do termo, quando as questões políticas estão configuradas como verdadeiras questões de direito”*<sup>5</sup>.

Note-se que nos dias atuais o direito constitucional e a identidade dos juízes, principalmente dos ministros do Supremo Tribunal Federal, estão em todos os locais, fato este incendiado pelas questões políticas que o país vem atravessando desde os escândalos do “Mensalão”, passando pelo impeachment da ex-presidente Dilma Rousseff, “Operação Lava Jato” (“VazaJato”) e a polarização política que gerou ataques/grosserias diretos aos ministros da Suprema Corte e ao estado democrático de direito.

Identificar corretamente o constitucional controle judicial de políticas públicas, compreender as legítimas funções de uma Suprema Corte e a diferença do que é texto e norma, se torna imprescindível para refutar os ataques as decisões judiciais que apliquem a norma constitucional, parafraseando o título do livro do professor Georges Abboud, tal compreensão é necessária para não tornar o Supremo Tribunal Federal um inimigo ficcional.

---

<sup>4</sup> Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursosCMposseGM.pdf>, acesso em 16 Mar. 2019.

<sup>5</sup> Disponível em: [https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/munster\\_port.pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/munster_port.pdf)



### 1.1. ATIVISMO JUDICIAL – “O juiz aqui sou eu”

O que é o ativismo judicial? O ativismo judicial é bom ou é ruim? É de governo de direita ou de esquerda? Essas dentre outras perguntas estão cada vez mais presentes no dia a dia do povo brasileiro e não apenas no meio jurídico, o ativismo judicial é tema de debate político em nossa sociedade<sup>6</sup>.

Analisando e interpretando a expressão “ativismo judicial”, torna-se fácil compreender que se trata de uma atuação ativa e proativa do Poder Judiciário<sup>7</sup>. Essa atuação é criticada, mas nem sempre ser ativo<sup>8</sup> ou proativo é merecedor de críticas, muito pelo contrário, um ativista ecológico defensor do meio-ambiente, uma ativista da causa feminista, um ativista da causa LGBTQIA+ e qualquer outra pessoa que atue de maneira ativa e proativa na tutela de direitos fundamentais consagrados pelo texto constitucional são merecedores de elogios e necessários em uma sociedade<sup>9</sup>.

Ainda sobre a postura ativa, o direito também exerce essa função como elemento provocador de uma mudança social, como legitimador do poder, do controle e integração social, realização de justiça, etc. (LORDELO, 2017, p.39).

Entretanto, quando um magistrado através de uma decisão judicial julga apartado na norma jurídica, por meio de decisões judiciais motivadas em suas convicções morais, religiosas ou qualquer outro sentimento íntimo de justiça (O que é justiça? O sentimento de justiça pode se confundir com vingança? Pode se confundir justiça com ego?), de forma discricionária, teremos ativismo judicial. Em um estado democrático juízes não fazem justiça,

---

<sup>6</sup> Necessário a leitura da obra do professor Georges Abboud - *Ativismo Judicial: Os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional*, na qual combate a desinformação e desmantela os discursos odiosos ao Supremo Tribunal Federal, bem como, realiza as devidas críticas jurídicas e não passionais as decisões da Corte Constitucional Brasileira.

<sup>7</sup> “*Ativistas seriam os juízes que implementam direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, mas ainda não concretizados na prática constitucional? Ativistas seriam juízes que incrementem direitos processuais, amplificando o devido processo legal, estatuído como garantia constitucional, para além do regramento infraconstitucional? Correto seria o juiz que, diante de uma regra constitucional que estabeleça a proteção de um bem da vida, adote uma postura passiva mesmo quando presente omissão inconstitucional dos poderes constituídos em realizá-la?*” Jobim, Marco & Junior, Zulmar. (2021). ATIVISMO JUDICIAL E SUAS MÚLTIPLAS DEFINIÇÕES. Revista Eletrônica de Direito Processual. 22. 10.12957/redp.2021.62269.

<sup>8</sup> Significado de Ativismo: substantivo masculino. Transformação da realidade por meio da ação prática. Doutrina ou argumentação que prioriza a prática efetiva de transformação da realidade em oposição à atividade puramente teórica. Efetivação dessa doutrina ou dessa argumentação, através da defesa de uma causa ou da transformação da sociedade por meio da ação e não da especulação; militância. <https://www.dicio.com.br/ativismo/>. acesso em 06 de maio de 2023.

<sup>9</sup> Menção ao trabalho do advogado ativista Paulo Iotti na tutela dos direitos fundamentais da comunidade LGBTQIA+ e seu obra Manual da Homoafetividade.

mas preservam o direito criado pelas instituições democraticamente instituídas (ABBOUD, 2022, p. 108).

Diante da enormidade de conceitos e da poluição política-jurídico do termo ativismo judicial, iremos utilizar dos esclarecimentos feitos por Georges Abboud: i) o controle de constitucionalidade das leis não caracteriza, necessariamente, ativismo judicial; ii) a atuação contramajoritária<sup>10</sup> do Judiciário para garantir direitos fundamentais não é ativismo judicial; iii) juízes somente podem aplicar o direito mediante forma interpretativa e não ser literal não é sinônimo de ativismo. O magistrado não buscar a vontade da lei ou do legislador não é ativismo; iv) juiz poderá ser ativista exercendo *judicial review* ou praticando *self-restraint*; v) ativismo judicial não é ideologia progressista ou conservadora, ambos podem ser; vi) no que se refere a validade da decisão, toda decisão ativista incorrerá em algum tipo de ilegalidade ou inconstitucionalidade (ABBOUD, 2021, p.1483-1484).

De nossa parte, pretendemos consignar que o ativismo judicial se manifesta em juízo discricionário do julgador, que através de sua decisão suspende os pré-compromissos democráticos (Constituição e leis) e substitui por sua subjetividade/discricionariedade (ABBOUD, 2021, p.1492).

O juiz ativista se utiliza de sua função jurisdicional para praticar política. A política não pode substituir o Direito. O Direito é ciência e possui autonomia. Apenas Direito pode dispor com exclusividade da determinação do código binário lícito/ilícito, sendo a escolha desse código determinada pelo ambiente (NEVES, 2006, p.81).

A autonomia do Direito está associada à democracia e ao Estado Constitucional, de maneira mais específica ao Constitucionalismo Contemporâneo, na qual a decisão judicial não é escolha do julgador, mas sim, um dever fundamental de fundamentação de uma decisão judicial que busque a “*resposta correta*” ao cidadão no Estado Democrático de Direito (STRECK, 2020, p.25).

E fundamentar uma decisão judicial é diferente de motivação. Fundamentar uma decisão judicial é aplicar a norma jurídica ao caso concreto, deixamos claro nossa postura pós-positivista, é a “*resposta correta*” que irá inevitavelmente ter como ponto de partida a lei em sentido estrito, respeitando a função legislativa e a representatividade, mesmo que a “*resposta correta*” não seja o que mais agrada pessoalmente o julgador, é dever de

---

<sup>10</sup> No julgamento da ADIn 4578/AC que declarou a constitucionalidade da “Lei do Ficha Limpa”, foi colocado em dúvida justamente a função contramajoritária do STF, isto porque, o Min. Luiz Fux sustentou que o STF deveria levar em conta a vontade da maioria para decidir. Atuação de viés populista do Ministro.

argumentação (hermenêutica e não malabarismo interpretativo) na solução jurídica encontrada sem aplicação silogística, superando o positivismo exegético. Juiz não é boca de lei.

A Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, norma que dentre outras aplicações tem como finalidade garantir a eficiência e segurança jurídica da aplicação do direito público, da mesma forma que determina o dever de motivar as decisões judiciais, demonstrando a sua preocupação com as consequências da decisão<sup>11</sup>, também deixa margem, fruto do positivismo jurídico, para discricionariedade do julgador, ao determinar o dever do juiz decidir o caso através de princípios gerais de direito e atendendo as exigências do bem comum<sup>12</sup>.

É necessária uma decisão judicial adequada e fundamentada, pois a fundamentação garante a legitimidade e o *accountability* da decisão proferida pelo Poder Judiciário, sendo sempre necessário reforçar que o Poder Judiciário presta serviço público, não é uma “ilha” isolada do nosso ordenamento jurídico.

Necessário é o controle social em uma democracia moderna desta gestão pública das decisões judiciais.

E justamente para garantir uma decisão judicial adequada e que respeite o devido processo legal e as garantias do jurisdicionado, nas palavras de Konrad Hesse:

“A concretização plena da força normativa constitui meta a ser almejada pela Ciência do Direito Constitucional. Ela cumpre seu mister de forma adequada não quando procura demonstrar que as questões constitucionais são questões de poder, mas quando envida esforços para evitar que elas se convertam em questões de poder (Machtfragen).” (HESSE, 1991, p.26-27)

A compreensão do ativismo judicial é fundamental para entendermos sobre a declaração do estado de coisas inconstitucional, estudada no capítulo 2, se o Supremo Tribunal Federal ao decidir declarando o instituto, foi seduzido pela tentadora tese, se decisão foi puramente política e moral, ou, trata-se de decisão legítima de uma Suprema Corte diante das massivas violações aos direitos fundamentais e que não mereceu as críticas sofridas.

---

<sup>11</sup> LINDB, Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

<sup>12</sup> LINDB, Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

## 1.2. DA CRÍTICA POLÍTICA AOS PROBLEMAS JURÍDICOS

O ativismo judicial não é criação brasileira, tampouco sua origem é recente e não surgiu em doutrinas jurídicas.

A expressão “ativismo judicial” surgiu da política (o que não poderia deixar de ser) e das “vozes da rua”<sup>13</sup>. O professor Kermit Roosevelt destacava que a origem da expressão “ativismo judicial” (*judicial activism*) é no jargão político, na retórica dos palanques, sendo empregada para acusar o hábito, percebido em alguns juízes ou ministros, de decidir os casos conforme suas preferências políticas privadas, em detrimento do dever de buscar a resposta juridicamente mais adequada (2012, p. 57, *apud* ABOUD, 2022, p. 25),

De maneira formal, o jornalista americano Arthur Schlesinger, da Fortune Magazine, utilizou a expressão “ativismo judicial” pela primeira vez. Na época, ele estudou os perfis dos nove ministros da Suprema Corte dos Estados Unidos e tentou esboçar os contornos da coalizão e as divisões entre eles. Segundo Schlesinger, o tribunal poderia ser dividido em dois grupos de alianças ideológicas, dado o entendimento dos juízes sobre o papel do judiciário na democracia americana: i) primeiro grupo: formado pelos juízes Douglas, Murphy e Rutledge, fora descrito como ativistas judiciais (*judicial activists*). Essa corrente sustentava que a Suprema Corte poderia desempenhar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social e que a política e o direito são inseparáveis. Para eles, as decisões judiciais deveriam ser orientadas para os resultados; ii) segundo grupo: formado por Frankfurter, Jackson e Burton foram nomeados por Schlesinger como campeões da autocontenção (*self-restraint*). Ao contrário do primeiro grupo, a tendência deste é mais inclinada a ceder ao poder representativo, que o vê como protagonista na busca dos resultados que o povo deseja. Esses juízes eram mais céticos em relação à ênfase em noções pessoais de justiça e viam a lei em um sentido mais fixo e objetivo. Portanto, um tanto inadequada - é uma usurpação do poder legislativo. Schlesinger também identificou um painel de juízes intermediários composto pelo juiz Reed e pelo presidente do tribunal, Vinson. (SILVA, 2020, p.16-17).

A crítica política de Schlesinger sobre a atuação ativista ou não dos ministros da Suprema Corte Americana, ocorre em um sistema jurídico de *commom law* (anglo-americano), que se assenta na regra do *stare decisis*, ou seja, no respeito as coisas decididas.

---

<sup>13</sup> É muito comum nos dias atuais por força da internet e das redes sociais, com a grande velocidade das informações e o acesso a elas, a expressão “comentarista da rede social”. Há um acontecimento e existem vários “especialistas” para comentar, seja uma decisão do STF, uma atuação de determinado órgão de segurança pública, uma política econômica. Enfim, na internet há “especialistas” para tudo, muitas das vezes, ou quase sempre, sem conhecer a fonte/origem daquilo que se lê, em tempos de avalanche de *fake news* e ausência de devida regulamentação das redes sociais, é o cenário perfeito para promover a desinformação.

Contextualizando, há certa diferença entre o sistema de *commom law*<sup>14</sup> – americano e o de *civil law*<sup>15</sup> brasileiro (origem romano-germânica).

No *commom law* o juiz ativista criará o direito ao analisar conforme a sua primeira impressão, fenômeno usualmente conceituado por “legislação judicial”, já na *civil law*, poderá ocorrer a atuação expansiva do judiciário, ao magistrado vislumbrar uma situação omissa pelo direito positivo (RAMOS, 2010.p.109).

Na jurisdição constitucional brasileira, objeto de estudo deste trabalho, o ativismo ganhou força após a redemocratização com o advento da Constituição de 1988<sup>16</sup> e o fenômeno do novo constitucionalismo, sem deixar de consignar os novos Ministros que passaram a compor a formação da Corte Constitucional.

A decisão judicial ativista acarreta problemas, polêmicas jurídicas, temas políticos e constitucionais de separação, independência e harmonia entre os poderes, principalmente ao Poder Legislativo, pois ao julgar suplantando a norma jurídica posta (lei e constituição), o Poder Judiciário usurpa as funções legislativas<sup>17</sup> e torna-se protagonista da Constituição, se agiganta sobre os demais poderes democraticamente constituídos.

O protagonismo judicial ganhou a alcunha de *Supremocracia* do professor Oscar Vilhena, em razão do agigantamento e destaque dado ao Supremo Tribunal Federal no cenário da política brasileira, expandindo suas funções, de maneira não autorizada pela constituição, em relação aos demais Poderes (VILHENA, 2008, p. 55-75).

É nessa forma proativa do Poder Judiciário em expandir a interpretação e alcance da Constituição que a escolha pelo ativismo judicial se instala em situações de retração do Poder Legislativo, do descolamento entre a classe política e a sociedade civil (BARROSO, 2009, p. 11-22).

---

<sup>14</sup> O common law, ou lei comum, é o sistema jurídico que se cria através das decisões emitidas por tribunais, sendo este criado e atualizado pela reunião de entendimentos jurisprudenciais dos juízes.

<sup>15</sup> O Civil Law, também chamado de sistema romano-germânico, é um sistema jurídico que tem a lei como fonte imediata de direito, isto é, que utiliza as normas como fundamento para a resolução de litígios.

<sup>16</sup> Registra-se o discurso proferido pelo então Ministro de Estado de Justiça, Francisco Campos, em na solenidade de abertura dos trabalhos do STF, em 2 de abril de 1942: “*Juiz das atribuições dos demais Poderes, sois o próprio juiz das vossas. O domínio da vossa competência é a Constituição, isto é, o instrumento em que se define e se especifica o Governo. No poder de interpretá-la está o de traduzi-la nos vossos próprios conceitos. Se a interpretação, e particularmente a interpretação de um texto que se distingue pela generalidade, a amplitude e a compreensão dos conceitos, não é operação puramente dedutiva, mas atividade de natureza plástica, construtiva e criadora, [então] no poder de interpretar há de incluir-se, necessariamente, por mais limitado que seja, o poder de formular. O poder de especificar implica margem de opção tanto mais larga quanto mais lata, genérica, abstrata, amorfa ou indefinida [for] a matéria de cuja condensação há de resultar a espécie.*”

<sup>17</sup> Importante é manifestação de Marco Félix Jobim e de Zulmar Duarte de Oliveira Junior de que “decisões que usurpem espaços destinados à atuação dos demais poderes não são exemplos “ativismo judicial”, mas simplesmente “usurpação judicial”. Jobim, Marco & Junior, Zulmar. (2021). ATIVISMO JUDICIAL E SUAS MÚLTIPLAS DEFINIÇÕES. Revista Eletrônica de Direito Processual. 22. 10.12957/redp.2021.62269.

Oportuna é a reflexão de que no Federalista de n.78, o Poder Judiciário em uma república de feições presidencialistas, como a nossa, marcada pela separação dos poderes e por um modelo de *check and balances*, como instituído no texto constitucional brasileiro, seria o menos perigoso dos Poderes para os cidadãos, ante a sua incapacidade para, por si só, violar ou perturbar as liberdades públicas. (SILVA, 2020, p.13)

O critério funcional do princípio da separação dos poderes para distinguir as três funções do Estado: legislativa, jurisdicional e administrativa/executiva, foi rascunhada pelo filósofo Aristóteles em sua obra “*A Política*”, distinguindo a função de editar normas gerais oponíveis a todos, a de executar tais normas e a de resolver conflitos gerados na aplicação das mesmas.<sup>18</sup>

Na literatura clássica, Montesquieu, inspirado pela obra de Locke<sup>19</sup>, consagrou a teoria da tripartição dos poderes em sua obra “*O espírito das leis*”, que em suas palavras “*todo homem que tem o poder é tentado a abusar dele*”, de forma que “*é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder*”.

A teoria da separação dos poderes de Montesquieu refutava o Absolutismo e com a Revolução Francesa firmou expressamente no art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que “*Toda a sociedade onde a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição*”.

Os americanos no Federalista n.51 expressamente consignaram que “*a estrutura do governo deve fornecer os pesos e contrapesos adequados entre os diferentes departamentos*”.

O princípio da separação dos poderes tem como núcleo um Estado garantidor e respeitador das liberdades, que através da divisão do exercício do poder (melhor entendido como função estatal<sup>20</sup>), estabelece um sistema de freios e contrapesos com a finalidade de conter excessos e promover o bom funcionamento entre as estruturas democraticamente instituídas.

O primeiro significado mais claro da separação dos poderes pode ser dividido em dois elementos: i) especialização funcional, cada órgão é especializado no exercício de uma função, ao Legislativo a função de legislar, ao Executivo a função administrativa/executiva e ao Judiciário a função jurisdicional; ii) independência orgânica como garantia de ausência de meios de subordinação de um poder ao outro. (SILVA, 2012, p.109).

---

<sup>18</sup> A época de Aristóteles, o poder era centrado no soberano, que exercia concomitantemente as três funções.

<sup>19</sup> Segundo Tratado do Governo Civil

<sup>20</sup> Ao estudar a Constituição Portuguesa, interessante a referência ao Judiciário em seu art. 202 como “função jurisdicional” sem se referir a ‘Poder Judiciário’, o que do ponto de vista sociológico entrega ao seu leitor e cidadão português, acredito, a ideia de prestação de serviço público, ou seja, um função a ser executada em respeito ao texto constitucional e responsabilidade ao julgar.

Já numa segunda acepção, um modelo de controle e limitação recíprocos entre os poderes, formulado como o princípio dos pesos e contrapesos (*check and balances*), remetendo ao Federalista n.51 de que a pessoa titular de poder deve ser contrabalanceada, em suas decisões, por outras que também exerçam poder, para que a ambição controle a ambição (SILVA, 2020, p.2).

Não foi diferente na atual Constituição Brasileira de 1988, ao expressamente garantir em seu art.2º a independência e harmonia entre os Podres.

Não basta que os poderes sejam apenas independentes, é necessário harmonia entre eles e para isso, a instituição de um sistema de freios e contrapesos é um instrumento jurídico-institucional necessário ao impedimento da sobreposição de um poder sobre outro e de possíveis interferências, especialmente política, no âmbito de atuação de cada um. (NEGRELLY, 2010, p. 1418).

O ativismo judicial ultrapassa os limites substanciais definidos constitucionalmente para o exercício da função judicial em qualquer nível jurisdicional, não sendo atitude desejável, torna-se violação ao princípio da separação dos poderes, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo (RAMOS, 2010, p. 116/117).

A atitude proativa ultrapassando o limite de suas funções e expansiva de maneira indevida pelo juiz ativista usurpa as competências/atribuições constitucionais, inova ao interpretar a Constituição e lei, no “puro” sentimento heroico de encontrar a “solução justa” ao processo e suprir o interesse da população.

O julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n. 26<sup>21</sup>, de relatoria do Ministro Celso de Mello, é exemplo de manifestação de ativismo judicial ao criminalizar a homofobia por analogia ao crime de racismo<sup>22</sup>, em razão da omissão do Poder Legislativo em editar norma específica.

No julgamento da ADO 26, fixou-se a seguinte tese:

**“Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar**

---

<sup>21</sup> STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, Plenário, relator ministro Celso de Mello, j. 13/06/2019.

<sup>22</sup> O STF adotou a dimensão de racismo social do “caso Ellwanger” - HC 82.424/RS.

motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”). (Plenário, Supremo Tribunal Federal. 13.06.2019)  
(grifo nosso)

Muito embora moralmente aceitável e necessário criminalizar a homofobia, pois a conduta homofóbica e transfóbica merece todo o repúdio, o STF além de legislar de maneira indevida, reconhecendo, inclusive, em sua decisão, que compete ao Poder Legislativo editar ato normativo primário incriminador, pratica política em sua decisão, rompe com o princípio constitucional da legalidade ou da reserva legal, garantia nuclear no Direito Penal, em razão da impossibilidade do uso analogia, seja legal, jurídica, *in malam partem*, quando se tratar de normas incriminadoras.

Não cabe ao STF reescrever lei, é grave conduta e “*reconhecer ou aceitar o poder normativo dos juízes significa – como adverte um eminente estudioso alemão, Bernd Rüthers – realizar uma revolução clandestina ou secreta (Heimlich), e subverter os princípios da democracia representativa*” (IRTI, 2017, p. 26).

A função legislativa atribuída ao Poder Legislativo deve ser levada a sério, é através da legislação que se o faz o direito (WALDRON, 2016.p.145).

A decisão tomada pelo STF na ADO n.26 abre espaço para qualquer outro grupo em vulnerabilidade procure a suprema corte para criminalizar o seu sofrimento.

Não se contesta o sofrimento e a vulnerabilidade, não há negacionismo nas inúmeras mazelas sociais da sociedade brasileira, mas a corte constitucional que tem a função de garantidora da Constituição, deve também respeitá-la.

Da mesma maneira, numa tentativa de corrigir o Direito pela moral (STRECK, 2021), o Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do Habeas Corpus (HC) 154248 decidiu que o crime de injúria racial configura uma forma de racismo e é imprescritível.

Mais uma vez o Supremo atua como legislador e o que é mais grave, atua como reformador da constituição, isto porque, a imprescritibilidade de um crime é definida pelo texto constitucional.

Sobre a imprescritibilidade da injúria racial, Lênio Streck destaca:

“A decisão do STF, muito festejada por setores da comunidade jurídica, para além disso viola a mínima secularização exigida no Estado democrático de Direito. O STF fez uma apreciação moral sobre como ele acha que deve ser o Direito. Além de tudo, viola a lei de Hume: de um *é*, fez um *"deve"*. Há racismo (*"é"*), logo, devemos... (*"deve"*).

Somos tentados a moralizar o Direito. E, quando fazemos isso, esquecemos que a moral é um dos predadores do Direito. Moral e Direito estão interligados, quando de sua forma(ta)ção. Todavia — e aqui está o busílis —, na sua aplicação, argumentos morais não podem corrigir o Direito. Qual o Direito? O que foi democraticamente aprovado e secularizado em uma república constitucional. O paradoxo e o mistério do Direito é: quem produz o Direito não pode dele se adonar.” (STRECK, 2021)



Quando da propositura de diversas ações de controle de constitucionalidade abstrato, muitos legitimados utilizam da política e de temas que deveriam ser tratados pelo Poder Legislativo (que em muitas vezes não formam maioria no parlamento), para provocar a jurisdição do Supremo Tribunal Federal para obter o resultado pretendido. Em um estado democrático de direito o julgamento não pode ser orientado pelo resultado<sup>23</sup>.

O Poder Judiciário não está autorizado a se utilizar do argumento de omissão normativa porque há um déficit legislativo, não há disposição constitucional neste sentido, inclusive, esse agigantamento indevido do Poder Judiciário viola a própria noção do fenômeno do constitucionalismo, que se desenvolveu para coibir os excessos de poder.

Da mesma forma que o Poder Judiciário não está autorizado constitucionalmente a agir em razão do déficit legislativo, é forçoso reconhecer que todos os Poderes se encontram em algum déficit de suas atribuições e tal argumento não justificaria o Legislativo proferir decisões na inércia do Supremo Tribunal Federal<sup>24</sup>, tampouco, o Presidente da República teria competência para julgamento de processos com pedido de vistas por mais de década, por haver omissão judicial (ABBOUD, 2022, p.174).

Além de não estar constitucionalmente autorizado a atuar sob o de déficit legislativo, não assiste razão alegar que não há ativismo pelo fato do Judiciário não agir de ofício, devendo ter uma resposta sempre que provocado. Tais argumentos são *performáticos* (ABBOUD, 2022, p. 174). Posturas contidas do Poder Judiciário privilegiando o *self-restraint* também garantem uma democracia constitucional.

Entretanto, ao mesmo tempo, a Constituição Federal de 1988, diante das omissões constitucionais, em razão da ausência de medidas necessárias para a regulamentação de um dispositivo de seu próprio texto ou para a implementação de políticas públicas que sejam exigidas pela ela mesmo, consignou expressamente o manuseio da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão - ADI por Omissão - e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental por Omissão - ADPF.

O ativismo performático ocorre quando o juiz se utiliza de “*argumentos vagos e indeterminados do ponto de vista semântico, como pretexto e justificativa para suplantar regras legais e constitucionais*” (ABBOUD, 2022, p.172).

---

<sup>23</sup> Provocativo e sugestivo é o título do artigo escrito por Marco Félix Jobim e Guilherme Antunes da Cunha: “Ativismo judicial e var: quem controla o controlador no estado democrático de direito?”.

<sup>24</sup> Um exemplo é a figura do juiz de garantias suspensa por liminar do ministro Luiz Fux, relator do processo, em 2020. Após mais de 3 anos o caso não foi julgado definitivamente pela Corte. ADIns 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305.

Conforme o filósofo inglês John I. Austin, a expressão/enunciado *performativo* “é derivado, é claro, de ‘executar’, o verbo usual com o substantivo ‘ação’: indica que a emissão do enunciado é a execução de uma ação — normalmente não é considerada como apenas dizer algo” (AUSTIN, 1975, p.6)<sup>25</sup>.

Tais enunciados performativos, embora não sejam consideradas *palavras absurdas*, podem levar a *situações absurdas*, como utilização de argumentos éticos com a intenção de descrever sua suposta conduta moral, por exemplo, e assim influenciar situações específicas de maneiras especiais (AUSTIN, 1975, p.6), não podendo ser submetida a uma análise de veracidade ou validade deste argumento utilizado (ABBOUD, 2022, p.172).

A motivação (ação/manifestação dirigida de interesse pessoal do magistrado, visando o resultado a todo custo e suplantando as normas legais e constitucionais) das decisões judiciais por expressões performativas do tipo “interesse público”, “ordem pública”, “livre convencimento motivado”, “princípio democrático”, “princípio republicano”, “finalidade da lei”, “justiça”, “promover uma sociedade melhor, mais justa e igualitária”, “moralidade”, “combate a corrupção”, “defesa do erário”, dentre tantos outros, de fonte inesgotável da (in)consciência do julgador, concretiza o ativismo metafísico, sendo impossível atestar a veracidade e validade dessas afirmações performativas, pois são de conteúdo vazio (ABBOUD, 2022, p.176)

Na realidade, a força das expressões performativas está mais nos efeitos que elas provocam, do que propriamente o significado das palavras (OTTONI, 2002, p.137).

No Brasil o ativismo performativo, diria até um ativismo midiático, aliado a prática do *lawfare* e do processo penal do espetáculo<sup>26</sup>, tornou-se relevante na famigerada Operação Lava Jato. A hipótese de prisão preventiva para a garantia da “ordem pública” prevista no artigo 312 do Código de Processo Penal<sup>27</sup> demonstrou na prática a atuação indiscriminada de um magistrado.

<sup>25</sup> “The name is derived, of course, from ‘perform’, the usual verb with the noun ‘action’ —it is not normally thought of as just saying something.” Formatado: Inglês (EUA)

<sup>26</sup> Nas lições de Rubens Casara, “No processo espetacular desaparece o diálogo, a construção dialética da solução do caso penal a partir da atividade das partes. Substituído pelo discurso dirigido pelo juiz: um discurso construído para agradar às maiorias da ocasião, forjadas pelos meios de comunicação em massa, em detrimento da função contramajoritária de concretizar os direitos fundamentais.”

<sup>27</sup> CPP, Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4o). (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

Nesse sentido, houve prevalência da prisão preventiva decretada com fundamentação na garantia da ordem pública, totalizando 65 (sessenta e cinco) prisões decretadas com esse fundamento, de forma isolada ou cumulativa, como destaca Alvaro Chaves em sua dissertação de mestrado pela UNB: i) 14 (quatorze) decretadas de prisão preventiva com justificativa exclusiva na garantia da ordem pública; ii) 48 (quarenta e oito) com esse fundamento e outras hipóteses do artigo 312 do CPP, das quais 20 (vinte) são de garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal, 14 (quatorze) de garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal e 14 (quatorze) de garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal; iii) 2 (duas) decisões estão fundamentadas tão somente na necessidade de se assegurar a aplicação da lei penal, e, iv) (uma) na conveniência da instrução criminal (CHAVES, 2021, p. 67).

Da mesma maneira, a incidência dos fundamentos da prisão preventiva por investigado, totalizou 99 (noventa e nove) prisões com o fundamento da garantia da ordem pública, sendo: i) 26 (vinte e seis) presos por causa de decisão fundamentada exclusivamente na garantia de ordem pública; ii) 35 (trinta e cinco) em razão da garantia de ordem pública e conveniência da instrução criminal; iii) 18 (dezoito) decretos pautados na garantia da ordem pública e na aplicação da lei penal, iv) 16 (dezesesseis) na garantia da ordem pública, na aplicação da lei penal e na conveniência da instrução criminal; v) 1 (um) ao argumento exclusivo de conveniência da instrução criminal, e, vi) (três) para assegurar a aplicação da lei penal.

Neste caso, a luta entre o “bem o mal”, o “mocinho e o bandido”, utilizando de argumentos que, como disse John. L Austin, não parecem absurdos, mas se tornam absurdos na sua aplicação para verdadeiramente “jogar para torcida”, leia-se opinião pública e mídia, adquirindo *status* (de verdade absoluta) na sociedade através de suas decisões motivadas (por satisfação pessoal) com fundamento na ordem pública do art. 312 do Código Processo Penal, assume contornos autoritários em violação as garantias penais (LORDELO, 2017, p. 42).

O juiz performático e midiático está inclusive nas letras da música “Jesus Chorou” dos Racionais MCs, que obviamente não pensaram em ativismo judicial ao escrever, mas pensaram naquele que gosta do “holofote”, quando canta “*Quem tem boca fala o que quer pra ter nome. Pra ganhar atenção das mulher e/ou dos homem*”. A vaidade do juiz faz com que ele requeira atenção.

---

§ 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Em seu livro reconhecido e indicado nos editais ao certame da magistratura, o professor João Paulo Lordelo adverte ao futuro magistrado: “*suas relações com a mídia demandam uma série de cuidados. Indubitavelmente, os meios de comunicação de massa são um grande difusor de informações, catalisando a formação da opinião pública.*” (LORDELO, 2017, p.73).

A abertura interpretativa dessas expressões vagas e retóricas a pretexto de estarem concretizando princípios constitucionais, desvirtuando sem racionalidade a teoria de Alexy, está cunhada no *pamprincipiologismo*, fenômeno lançado por Lênio Streck (STRECK, 2017, p.554-578). Cite-se

“No Brasil, a concepção de princípios como abertura interpretativa passou a representar um modo de justificar o voluntarismo judicial a partir de um critério “jurídico” que permitiria certa liberdade aplicativa. Ocorre que, no fundo, a mera atribuição do nome “princípio” a algo apenas serviu para garantir aparência de juridicidade, constituindo um verdadeiro alibi retórico. O grande problema é que a comunidade jurídica passou cada vez mais a lançar mão do nome “princípio” para justificar decisões discricionárias. Isso provocou uma fragmentação na aplicação judiciária, o que me levou a cunhar a expressão *pamprincipiologismo* para designar esse fenômeno, que se transformou em uma verdadeira fábrica de princípios” (STRECK, 2020, p.254)

O uso (criação) indiscriminado de princípios para resolver um caso concreto em específico, por não encontrar solução jurídica adequada, estimula um novo “*status ao velho non liqued*” (LENIO, 2020, p. 256). No entanto, é importante não confundir a obrigação do Judiciário em proferir uma decisão judicial com atividade criativa sem correspondência no ordenamento jurídico.

Em outras palavras, quando o Judiciário reconhece em uma sentença que o pedido usurpava a atribuição do legislador e, portanto, deixa de atendê-lo, não viola a proibição do *non liqued*.

E sobre o *non liqued* é importante entender que nem sempre o Poder Judiciário será a porta mais adequada (justiça multiportas) para a solução de um problema regulatório ou de políticas públicas (DIDIER JR.; FERNANDEZ, 2023, p. 167), inclusive posição já adotada pela Supremo Tribunal Federal sob o argumento da capacidade institucional<sup>28</sup>.

<sup>28</sup> STF, ADO 25 (transferência de recursos para os Estados e o Distrito Federal), Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, J. 30.11.2016, publicado em 18.08.2017; STF, ADPF 825 (definição, pelo Conselho Nacional de Política Energética, dos requisitos do planejamento de outorga de áreas a serem destinadas à exploração e produção de petróleo e gás natural), Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/o Ac. Min. Nunes Marques, J. 03.08.2021, publicado em 26.11.2021; STF, ADIn 6.148 5 (estabelecimento, pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente, de critérios relativos à política de controle da qualidade do ar), Pleno, Rel<sup>a</sup> Min. Cármen Lúcia, Rel. p/o Ac. Min. André Mendonça, J. 05.05.2022, publicado em 15.09.2022; STF, RE 1.083.955-AgRg, (regulação do mercado e da livre concorrência pelo Cade), 1<sup>a</sup> T., Rel. Min. Luiz Fux, J. 28.05.2019, publicado em 07.06.2019.

Sempre que um dispositivo violar de forma razoável a separação de poderes nos termos da Constituição Federal, o Judiciário emitirá uma sentença fundamentada indicando a sua contenção judicial, garantindo assim o acesso satisfatório à tutela jurisdicional<sup>29</sup>.

### 1.3. TEXTO E NORMA: UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA

Texto é diferente de norma, não são expressões sinônimas, “*a norma não se confunde com o texto legal (enunciado); ela surge somente diante da problematização do caso concreto*” (ABBOUD, 2021, p. 239).

Através dessa afirmação e adotando o pós-positivismo a partir das lições de Friedrich Muller em sua *teoria estruturante do direito*, a finalidade é superar o silogismo positivista, refutar a discricionariedade judicial com foco na teoria da decisão e interpretação judicial, tendo sempre o texto legal como o seu ponto de partida.

A importância da distinção é superar o positivismo e essa superação passa pela motivação (interesse e satisfação pessoal) das decisões judiciais, caracterizando a decisão ativista em manifesta discricionariedade do julgador.

#### 1.3.1 POSITIVISMO JURÍDICO: O TEXTO COMO NORMA

O Direito é a tentativa de regular o comportamento do homem na sociedade. O que o homem pratica na sociedade são os fatos (fatos sociais), tendo o positivismo jurídico origem no positivismo científico.

Lênio Streck enfatiza que essa questão empírica sobre análise de fatos, levou Nietzsche a dizer “*(...) contra o positivismo que diz que só há fatos, eu digo: fatos não há, só há interpretações*” (STRECK, 2020, p.263-264).

E sendo o Direito um fato social pode ser

“estabelecido por alguma autoridade humana legitimada: na França, a lei produzida pelo legislador racional, de inspiração iluminista (positivismo exegético); na Alemanha, os conceitos gerais e abstratos deduzidos pelos juristas-professores (jurisprudência dos conceitos); na Inglaterra, os precedentes proferidos pela autoridade política competente (jurisprudência analítica)” (STRECK, 2020, p.263).

<sup>29</sup> Um exemplo a ser citado foi o julgamento do Agravo Regimental no Mandado de Segurança 25.588-9, que questionava ato do Presidente da Câmara dos Deputados que recusou denúncia por crime de responsabilidade formulada contra o Presidente da República. EMENTA. Agravo regimental. Mandado de segurança. Questão *interna corporis*. Atos do Poder Legislativo. Controle judicial. Precedente da Suprema Corte. 1. A sistemática interna dos procedimentos da Presidência da Câmara dos Deputados para processar os recursos dirigidos ao Plenário daquela Casa não é passível de questionamento perante o Poder Judiciário, inexistente qualquer violação da disciplina constitucional. 2. Agravo regimental desprovido” (STF, MS 25588 AgR, rel. min. Menezes Direito, Tribunal Pleno, j. em 2/4/2009, DJe 22/4/2009), No mesmo sentido, cf.: Ag. Reg. em MS 34.040, Relator Min. Teori Zavasscki, Tribunal Pleno, DJe 17/03/2016; MS 25.144 AgR, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 28/02/2018; MS 31.951 AgR, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 31/08/2016, MS 24.356, Relator Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 12/09/2003).

O positivismo jurídico, em qualquer de suas expressões, tem em comum a “*pretensão de metodologicamente assumir um caráter descritivo de cunho adequacionista*” (STRECK, 2020, p. 265).

O ponto de partida será o positivismo legalista da Escola da Exegese Francesa (séc. XIX) na qual o direito esta na lei (fenômeno da codificação) e esse era o único direito<sup>30</sup>.

A lei era o direito posto pelo Estado (ABBOUD, 2021, p. 77). O juiz era a boca fria da lei e seu mero aplicador, a interpretação literal era a única possível a partir do método silogístico de premissas, sem qualquer tipo de criação judicial.

O positivismo legalista na Alemanha teve como expressão a Jurisprudência dos Conceitos, “o erudito substitui o legislador na produção do direito” (ABBOUD, 2021, p.78), com a finalidade de constituir um sistema jurídico de conceitos – pirâmide de conceitos<sup>31</sup> do Pandectismo. O conceito geral conduzia conceitos mais específicos e por sua vez os casos concretos (ABBOUD, 2021, p. 214).

Superando *as formas mais primitivas de positivismo* (ABBOUD, 2021, p. 84), Hans Kelsen estabelece o positivismo normativista, ao considerar o direito como um sistema de normas jurídicas, na qual há uma norma suprema fundamental (*Grundnorm*) que outorga validade a todo ordenamento jurídico e validade das normas<sup>32</sup>, estabelecendo no princípio da imputação.

---

<sup>30</sup> Artigo 4º do Código Napoleônico: “o juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de justiça denegada”

<sup>31</sup> “Ainda que seja objeto de alguma controvérsia, podemos considerar que foi o trabalho de Puchta que abriu os caminhos da ciência do Direito para a obtenção de um molde sistemático, tal qual os cânones da lógica formal. Dentro de sua abordagem racionalista, o sistema jurídico, como um sistema lógico, possui em seu vértice um conceito que, por sua generalidade, permite a subsunção de todos os que lhes são subjacentes. Trata-se da chamada pirâmide dos conceitos, na qual um conceito supremo co-determina todos os restantes em seu conteúdo, ou seja, todos os outros conceitos têm um pouco do conceito supremo, vértice da pirâmide, na qual eles adquirem a sua forma sistemática. Em verdade, Puchta considera que as proposições jurídicas possuem uma conexão orgânica (fruto do *Volksgeist*), e cabe à ciência do Direito conhecê-las em sua sistematicidade própria. Esta sistematicidade seria alcançada pela dedução científica dos conceitos, organizados pela lógica formal. Teríamos assim um conceito base do qual todos os outros poderiam ser deduzidos, tal qual uma pirâmide. Nessas condições, a conexão orgânica se transmuta em conexão lógica de conceitos, o que permitiria o conhecimento de proposições jurídicas até então desconhecidas, de maneira que a ciência passa então à categoria de fonte de direito, com a noção de sistema jurídico unicamente vinculada ao seu caráter lógico-dogmático. A descoberta de tais proposições decorreria justamente da possibilidade de endereçamento do conceito derivado ao conceito supremo, vez que todo conceito tem um campo de incidência que, na generalidade do conceito matricial, abarca logicamente todos os outros. (DANTAS, 2006, p. 484)

<sup>32</sup> Destaca-se o mito da “pirâmide de Kelsen”. Embora Kelsen não tenha representado o ordenamento jurídico, ou seja, o conjunto de normas através de uma pirâmide, essa é a forma visual mais utilizada para representar a hierarquia das normas. “*Quem usou a imagem da pirâmide como metonímia da hierarquia de um ordenamento jurídico foi um aluno dele, chamado Adolf Merckl, que depois se tornou professor da Faculdade de Jurisprudência da Universidade de Viena e posteriormente na Universidade de Tübingen. A ideia de Merckl foi, como todos os que o seguiram, usar um símbolo capaz de simplificar o desenho teórico do pensamento de Kelsen.*”. <https://www.conjur.com.br/2021-out-02/simioni-souza-mito-piramide-hans-kelsen>

Antes de Kelsen o direito era lei, costumes, precedentes, com sua teoria há uma norma jurídica superior no ordenamento jurídico e todas as demais normas buscam validade nela, onde aplicar o direito significa ao mesmo tempo produzir o Direito (KELSEN, 2009, p. 260).

Neste sentido, o que importa é processo formal de elaboração da norma em seu plano de validade, não importando o conteúdo da norma do ponto de vista da justiça, sem realização de juízo de valor.

Em sua Teoria Pura do Direito, para Kelsen não há relação entre Direito, política e moral, sustenta a necessidade de afastar tais conceitos para construir uma teoria científica própria que descrevesse objetivamente o Direito.

Na teoria Kelsiana a decisão judicial se torna a última etapa da produção do direito, não sendo meramente declaratória, mas também, um ato constitutivo realizado pelo juiz - interprete autêntico (SCAVUZZI, 2021, p. 57).

Quanto a atuação dos juízes, para Kelsen neste ponto a crítica de atuação ativista do judiciário, pois, por mais que entendesse na atuação técnica/formalista do juiz, tornava-se inevitável que a sua interpretação sofresse de subjetividade, isto porque, há uma indeterminação na linguagem do direito e espaço aberto a discricionariedade da decisão judicial.

Outro positivista de destaque foi Hebert Hart, que diferente de Kelsen, só é Direito o que encontra respaldo na sociedade e não qualquer conteúdo (STRECK, 2020, p. 267). A validade das normas em Hart derivam das regras de conhecimento, que não são declaradas, mas são aceitas pela comunidade jurídica (ABBOUD, 2021, p. 96).

Na teoria de Hart os argumentos morais integram o Direito (STRECK, 2020, p. 267), reconhecendo aos juízes margem para interpretar e aplicar o direito, pois nos casos difíceis se reconhece a importância da discricionariedade judicial e papel criativo do juiz na solução de casos difíceis<sup>33</sup>.

### 1.3.2. PÓS-POSITIVISMO, TEXTO E NORMA

O prefixo “pós” não significa ignorar o positivismo, mas sim, a sua superação em razão de suas limitações ante a sociedade contemporânea (STRECK, 2020, p. 329).

#### O Pós-positivismo

---

<sup>33</sup> “As teorias professadas por Hart serão fortemente criticadas por Ronald Dworkin. O embate levará a Hart a escrever o pós-escrito O conceito de direito, onde admitirá a possibilidade de a regra de conhecimento poder incorporar valores morais, o que o leva a se auto denominar positivista moderado, termo que, atualmente, se tem designado de positivista inclusivista.” (Abboud, 2021, p. 97)

“é corrente filosófica multifacetada, que abarca a visão hermenêutica estruturante, de Friedrich Müller; o interpretativismo, de Ronald Dworkin; o institucionalismo de Neil MacCormick, a Teoria dos Sistema de Niklas Luhmann, a proceduralização de Wiethölter, entre outros. No Brasil, o maior expoente desse movimento pós-positivista é a nova crítica do direito, sustentada nas premissas hermenêuticas de Lenio Streck” (ABBOUD, 2021, p. 198)

Como fundamento filosófico do pós-positivismo a *teoria estruturante do direito* de Friedrich Müller é a pioneira, sendo assentada nas seguintes premissas, conforme destaca ABOUD: i) há distinção entre texto e norma; ii) interpretação é ato produtivo e condicionado pela historicidade; iii) a decisão judicial é sempre interpretativa e não silogística; iv) a teoria do direito tem função normativa; v) não existe discricionariedade judicial na solução das questões jurídicas.

O pós-positivismo busca uma compreensão mais abrangente do direito, superando o normativismo de Kelsen, pois o direito não pode ser compreendido apenas como um sistema formal de normas, mas também como um fenômeno social que está sujeito a influências morais, éticas e políticas.

Da mesma forma, o pós- positivismo supera o positivismo de Hart, este enfatizava a força das regras no sistema jurídico (primárias e secundárias), já o pós-positivismo advoga que o direito não pode ser reduzido apenas a um conjunto de regras (uma aplicação silogística de premissa maior e menor), mas também envolve princípios, valores e contextos sociais. Reforça a importância da interpretação na aplicação do direito.

Não há como tratar do pós-positivismo sem falar em interpretação, hermenêutica, sendo justamente no *giro linguístico* mudança de filosofia da linguagem ocorrida século XX.

Aboud destaca a manifestação de Castanheira Neves de que

“direito é linguagem, e terá de ser considerado em tudo e por tudo como uma linguagem. O que quer que seja e como quer que seja, o que quer ele se proponha e como quer que nos toque, o direito é-o numa linguagem como linguagem – propõe-se sê-lo numa linguagem” (ABBOUD, 2021, p. 314)

É na filosofia hermenêutica de Heidegger (compreender o ser é essencial para compreender o sentido da vida humana) e na hermenêutica filosófica de Gadamer (interpretar corresponde a um constante diálogo entre o intérprete, o texto e/ou tradição, interpretar não é um processo linear) demonstram que antes do texto normativo, há uma série de fatores e motivações que levaram a sua elaboração (ABBOUD, 2021, p.236).

O foco do pós-positivismo é a teoria da decisão judicial (ABBOUD, 2021, p.228). Cada decisão judicial é fruto de um caso concreto e cada caso, por mais que parecido a outro,



é e sempre será única, desta forma, norma não se confunde com texto, a norma surge diante da decisão ao caso concreto (ABBOUD, 2021, p. 239), a norma não é *ante casum*<sup>34</sup>.

O pós-positivismo busca superar as limitações do positivismo jurídico, incorporando considerações morais, éticas e políticas na análise e aplicação da norma (direito) a cada caso concreto, refutando a discricionariedade judicial e partindo sempre da moldura do texto normativo.

Fundamental a compreensão para a devida fundamentação das decisões judiciais, principalmente ao Supremo Tribunal Federal ao concretizar a força normativa da constituição diante da aplicação dos direitos fundamentais.

#### 1.4. A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO E A MORAL

Nas redes sociais circula uma frase, que não foi possível assegurar a fonte e nem o autor, de que *“a moral tem critério estético, se você esmagar uma barata, você é um herói! Se você esmagar uma borboleta, você é um vilão!”*.

Não há dúvidas de que cada indivíduo é formado por seus valores morais, por um conjunto de princípios que o orientam a crer no que seja considerado certo ou errado, bom ou mau, geralmente construído ao longo dos anos com base em sua educação familiar, outros nem família possuem, crenças, costumes, tradições e convicções pessoais ou culturais.

Sobre a busca de padrões comuns em sua vida, família, os vieses se mostram presentes, pois

“Ao se deparar com uma tarefa decisória, o ser humano frequentemente tende a se socorrer da própria memória – recordando aquilo que mais frequentemente considera exitoso – ou simplesmente defender uma opinião prévia, o que pode estar fundamentado em um cálculo mental equivocado.” (LORDELO, 2020, p. 139).

Citando mais uma vez a banda de rap nacional Racionais MCs, na letra de sua música “Diário de um detento”, os valores também estão presentes na cultura presidiária em relação aquele que cometeu o crime de estupro, quando canta *“Homem é homem, mulher é mulher, Estuprador é diferente, né? Toma soco toda hora, ajoelha e beija os pés e sangra até morrer na rua 10. Cada detento uma mãe, uma crença Cada crime uma sentença”*. Nesta situação podemos configurar até um Tribunal de Exceção dentro de um presídio, com a guarida de autoridades públicas e apartado da Lei de Execução Penal.

<sup>34</sup> As sumulas vinculantes previstas no art. 103-A do texto constitucional limitam a flexibilidade e adaptabilidade do sistema jurídico às mudanças sociais, políticas e econômicas, não há interpretação e nem análise das circunstâncias específicas de cada caso. Mais ainda, violam o princípio constitucional (e também republicano de *accountability* das decisões judiciais) do livre convencimento motivado dos magistrados, isto porque, da decisão judicial que contrariar o enunciado vinculante caberá reclamação direta no STF.

Para Nietzsche, a moral não passa de uma criação humana, desta forma, não há valor metafísico ou atemporal para moral.

É inegável que exista uma interação entre o direito e moral, até porque, se assim não fosse, não se debateria o ativismo judicial, não existiria esta dissertação, sendo um tema complexo e objeto de debate na filosofia do direito.

Na teoria do direito, a doutrina do positivismo pregava um afastamento entre direito e moral, seriam incomunicáveis. Entretanto, o pós-positivismo trouxe uma reaproximação entre eles, especialmente pós 2ª Guerra Mundial, na afirmação dos direitos humanos e na valorização da dignidade da pessoa humana, a partir dos ensinamentos de Kant (LORDELO, 2017, p. 2017).

Sendo o direito uma criação humana, é lógico que a moral irá influenciar o direito através das legislações (muitas com valores éticos e morais<sup>35</sup>) e da interpretação da norma jurídica por um julgador ao proferir uma decisão judicial, ou seja, na forma de um estado democrático de direito.

Dworkin também enfatiza a importância dos princípios morais na tomada de decisões jurídicas. Ele argumenta que os princípios morais, como a igualdade e a dignidade humana, devem ser levados em consideração ao interpretar a lei e resolver casos difíceis.

Para Dworkin, os juízes devem buscar uma interpretação que seja moralmente justificada e que promova a justiça e o bem-estar social.

Dentro do "Império do Direito", Dworkin também argumenta que os juízes têm um papel crucial na interpretação e aplicação do direito. Ele acredita que os juízes devem procurar a melhor interpretação que se encaixe nos princípios morais e valores que sustentam o sistema jurídico, buscando a justiça e a coesão interna do sistema.

Em resumo, o conceito de "Império do Direito" de Dworkin destaca a importância da integridade, coerência e interpretação moralmente fundamentada no direito. Ele desafia a visão estritamente positivista do direito como um conjunto de regras e argumenta que o direito deve ser compreendido como um empreendimento interpretativo que busca a justiça e a integridade. (DWORKIN, 2022, *passim*)

A Constituição Federal de 1988 traz expressamente em seu art. 37 o princípio da moralidade, da mesma forma que em seu art. 5º, LXXII garante a ação popular como

---

<sup>35</sup> A própria Constituição Federal de 1988 expressamente em seu art. 37 consigna a moralidade como princípio norteador de toda a Administração Pública. O art. 5 do texto constitucional, da mesma forma, em seu inciso LXXIII traz o instrumento da Ação Popular para anular ato lesivo a moralidade administrativa. A Lei nº 8.429/92 dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, regulamentando o art. 37,§4º do texto constitucional.

instrumento para anular ato lesivo a moralidade administrativa, ou seja, há sim valores morais e éticos consagrados nos texto constitucional, que funcionam para interpretação sistemática ao aplicar a norma constitucional, e não para o julgador substituir a norma pela sua moral pessoal.

O Código de Processo Civil brasileiro não foi diferente, fruto de direito (objeto de criação humana) logo em seu primeiro artigo determina que: “*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*”.

A importância dos valores que norteiam o sistema jurídico, como expostos na Constituição e no Código de Processo Civil, é de que tenham resultados práticos se forem incorporados a normas jurídicas, *transformando-se a complexidade indeterminada (valorativa) em complexidade determinada (programada)* (NEVES, 2013, p.40).

Os valores possuem caráter axiológico, enquanto as normas ostentam caráter deontológico (ZANETI, 2016, p. 286)

A crítica da relação da moral (valores próprios) com o direito, resta evidenciada quando se torna mais importante ser *terrivelmente evangélico*<sup>36</sup>, estando em um estado laico, do que ser um jurista reconhecido por sua produção jurídica e acadêmica, suas preocupações com os diversos temas constitucionais em uma constituição dirigente e plural como a brasileira, aquele verdadeiro notório saber jurídico previsto no texto constitucional.

No contexto democrático, as sociedades buscam encontrar um equilíbrio entre o direito e a moral, levando em consideração os valores e as convicções morais compartilhadas pela maioria, ao mesmo tempo em que respeitam os direitos individuais e a diversidade de opiniões.

E nesse respeito de diversidade de opiniões, bem exemplificada com a representatividade do Poder Legislativo, local de debates e de produção de normas após a valoração das matérias propostas, é importante compreender a função da ADPF na jurisdição constitucional brasileira, que, pela “senha” do estado de coisas inconstitucional, leva ao Supremo Tribunal Federal políticas públicas negligenciadas e rejeitadas pela maioria do Legislativo, sob o argumento de um realidade inconstitucional.

---

<sup>36</sup> A expressão “*terrivelmente evangélico*” foi proferida pelo ex-presidente da República Jair Bolsonaro, quando da indicação do atual Ministro do Supremo Tribunal Federal André Mendonça: “*Vai ser um terrivelmente evangélico. Tem um cotado aí. Por enquanto é ele. Mas não está batido o martelo. O importante é que ele fale... Eu até falei uma das vezes: imagine no STF, as sessões começarem com oração desse ministro. Deus é essencial em todos os lugares*”

## 1.5. POLÍTICAS PÚBLICAS E PROCESSO ESTRUTURAL

O tratamento e análise das políticas públicas tem como marco o Estado de Bem-Estar Social, quando passou a ser estudada pela teoria jurídica e se tornou indispensável a reorganização da prestação de serviços pelo Poder Público, com atuação estatal de forma prioritária na consecução dos direitos sociais básicos ao indivíduo.

Ao definir políticas públicas – *policies* - na Teoria do Direito, Ronald Dworkin conceitua como *aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade* (DWORKIN, 2022, p. 36).

Maria Paula Dallari Bucci define juridicamente políticas públicas:

“Política Pública é programa de ação governamental que resulta de um conjunto de processo juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados” (BUCCI, 2006, p. 39)

Desta forma, as políticas públicas visam assegurar interesses coletivos, direitos necessários para assegurar a igualdade material e a dignidade da pessoa humana. Neste sentido, contribui Gianpaolo Poggio Smanio:

"As Políticas Públicas são instrumentos importantes para a concretização dos Direitos Fundamentais. Exigem atuação da Administração Pública, dos órgãos e Poderes do Estado na sua consecução. O arcabouço normativo que constitui as Políticas Públicas deve trazer a sua legitimação e eficiência.(...) as Políticas Públicas têm sua legitimidade e eficiência ao garantir a efetivação da cidadania no Estado Constitucional" (SMANIO, 2013, p.12)

A judicialização das políticas públicas é fato incontestável, mas é necessário diante do controle judicial, que as suas decisões sejam efetivas e capazes de promover de maneira adequada no caso concreto a norma constitucional, mas não apenas a um único indivíduo, não apenas a um único caso específico e que se tenha apenas um único beneficiado, é necessário que a decisão judicial promova a readequação de uma estrutura que não funciona ou esteja em descompasso com a norma constitucional.

Para Dworkin, as políticas públicas são importantes, porém os princípios morais trazem o verdadeiro sentido das decisões jurídicas, que é de levar os direitos a sério e de tratar o direito como uma questão de princípio, de moralidade política. Os juízes deverão justificá-

las com argumentos de princípios reforçando os direitos individuais da comunidade, mesmo que estes colidam com os objetivos políticos do Estado.

Percebam que os direitos fundamentais não são mais vistos apenas como escudos que protegem o cidadão contra intervenções estatais, numa clássica conceituação liberal (direitos fundamentais de primeira dimensão/geração – liberdade negativa), mas como diretrizes (normas programáticas – liberdade positiva) que devem nortear toda atuação do Estado, caráter dirigente e compromissório da Constituição.

É neste contexto que estamos diante de processos estruturais<sup>37</sup>, sendo uma resposta diante das omissões/negligências estatais e surgem quando grupos sociais afetados pela inércia do poder público buscam a intervenção judicial para alcançar políticas públicas necessárias à proteção dos seus direitos, há um problema estrutural<sup>38</sup>.

Ao falar em processos estruturais<sup>39</sup>, uma dos temas mais polêmicos é o papel do Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais e a separação dos poderes, pois, uma postura ativista, unilateral e rígida, pode usurpar competências próprias da Administração Pública, tornando o litígio estrutural ilegítimo e ineficiente.

Os litígios estruturais são policêntricos, multipolares, contemplam diferentes pontos de influência que interagem entre si de modos diversos. São, ainda, marcados pela existência de violações estruturais de direitos, que se dão como resultado de um conjunto de práticas e

---

<sup>37</sup> A origem histórica do processo estrutural decorre do caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, a partir de uma decisão da Suprema Corte Norte Americana que, no ano de 1954, fora instada a tratar de mais uma questão relativa a política do “separet but equal” - “separados, mas iguais”, a qual ratificava “as medidas segregacionistas desde que houvesse a mesma qualidade das condições de negros e brancos”.

<sup>38</sup> “O problema estrutural se define pela existência de um estado de desconformidade estruturada – uma situação de ilicitude contínua e permanente ou uma situação de desconformidade, ainda que não propriamente ilícita, no sentido de ser uma situação que não corresponde ao estado de coisas considerado ideal. Como quer que seja, o problema estrutural se configura a partir de um estado de coisas que necessita de reorganização (ou de reestruturação). Estado de desconformidade, como dito, não é sinônimo necessariamente de estado de ilicitude ou de estado de coisas ilícito. Estado de desconformidade é situação de desorganização estrutural, de rompimento com a normalidade ou com o estado ideal de coisas, que exige uma intervenção (re)estruturante. Essa desorganização pode, ou não, ser consequência de um conjunto de atos ou condutas ilícitas.” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista de Processo* | vol. 303/2020 | p. 45 - 81 | Maio / 2020

<sup>39</sup> “O processo estrutural é um processo coletivo no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura burocrática, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural. Essencialmente, o processo estrutural tem como desafios: 1) a apreensão das características do litígio, em toda a sua complexidade e conflituosidade, permitindo que os diferentes grupos de interesses sejam ouvidos; 2) a elaboração de um plano de alteração do funcionamento da instituição, cujo objetivo é fazer com que ela deixe de se comportar da maneira reputada indesejável; 3) a implementação desse plano, de modo compulsório ou negociado; 4) a avaliação dos resultados da implementação, de forma a garantir o resultado social pretendido no início do processo, que é a correção da violação e a obtenção de condições que impeçam sua reiteração futura; 5) a reelaboração do plano, a partir dos resultados avaliados, no intuito de abordar aspectos inicialmente não percebidos ou minorar efeitos colaterais imprevistos; e 6) a implementação do plano revisto, que reinicia o ciclo, o qual se perpetua indefinidamente, até que o litígio seja solucionado, com a obtenção do resultado social desejado, que é a reorganização da estrutura.” (VITORELLI, 2022,p. 69).

dinâmicas institucionais, dentro de uma causalidade complexa e de uma multiplicidade de interesses imbricados, muitas vezes antagônicos.

Nesse contexto, acabam por demandar a construção de formas procedimentais peculiares para a efetivação e satisfação de direitos.

Diante desses litígios uma nova condução processual é atribuída ao Poder Judiciário, de caráter gerencial, prospectiva e de consolidação de valores públicos, que deve atuar com atenção voltada ao estabelecimento de formas diferenciadas de tutela jurisdicional, tudo com vistas a garantir a efetividade e a adequação do processo ao direito material.

O ponto central é a condução de um processo que forneça ferramentas e instrumentos para a reformulação ou reforma de uma estrutura burocrática que esteja em mau funcionamento, ou, não esteja funcionando em conformidade com o texto constitucional.

Percebe-se o caráter prospectivo do processo estrutural e de que a tutela jurídica, diga-se, decisão estrutural, possa se amoldar ao caso concreto, buscando justamente essa reforma e a concretização dos direitos fundamentais.

É nessa decisão estrutural que se insere a polêmica da possível usurpação e violação a separação dos poderes pelo Poder Judiciário, diante da omissão e/ou inércia dos Poderes Legislativo e Executivo, na qual, Marco Félix Jobim reforça os argumentos de Rogério Gesta Leal, de que *“o sistema de Check and balances concede a possibilidade de, quando um dos Poderes do Estado falhar, o outro ter a possibilidade de realizar as autocorreções ou correções externas nos atos que violam as normas que os vinculam.”* (JOBIM, 2022, p.179), que inclusive sustenta a possibilidade do Supremo Tribunal Federal regular novas realidades para a sociedade brasileira por meio de suas decisões normativas (JOBIM, 2022,p.165/166).

O controle de políticas públicas pela judicialização é uma realidade, o Poder Judiciário tem sua função constitucional no sistema democrático, da mesma forma que o Legislativo e Executivo também possuem, a relação entre processo (que deriva do devido processo legal e da criação humana pelo legislativo com o processo civil/penal) e democracia não são fáceis e nem estaque do seu debate, assim:

“as relações entre processo e democracia são complexas, intrincadas e, provavelmente, implicarão análises inconclusivas. Processo e democracia são conceitos realmente complexos e de toque importantes. Ainda que em casos determinados, a postura do Poder Judiciário de maior ou menor intervenção, possa ser apontada como mais ou menos deferente ao Poder Legislativo, isso dificilmente significa que, olhando para o cenário mais amplo, o processo possa frustrar o sistema democrático ou o sistema democrático possa funcionar sem o processo” (VITORELLI, 2022, p.106)

## 1.6. STF E O TEMA DE REPERCUSSÃO GERAL 698: PARÂMETROS PARA NORTEAR DECISÕES JUDICIAIS A RESPEITO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 684612<sup>40</sup>, fixado com repercussão geral no Tema 698, fixou parâmetros para nortear decisões judiciais a respeito de políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais.

O RE 684612 que chegou ao Supremo foi apresentado pelo Município do Rio de Janeiro contra decisão do Tribunal de Justiça estadual, que havia determinado a realização de concurso público para médicos e funcionários técnicos do Hospital Municipal Salgado Filho e a correção de irregularidades apontadas pelo Conselho Regional de Medicina, com a fixação de prazo e multa pelo descumprimento.

A determinação foi imposta no âmbito de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público estadual contra o município<sup>41</sup>.

Conforme a decisão, na qual prevaleceu o voto do Min. Luís Roberto Barroso, a atuação judicial deve se pautar por critérios de razoabilidade e eficiência, respeitando o espaço de discricionariedade do administrador público.

Em seu voto, Barroso destacou que o Supremo Tribunal Federal já tinha afirmado a sua atuação na concretização de direitos fundamentais sociais, quando do julgamento do RE 1.008.166, paradigma do tema 548 da repercussão geral, no qual se discutiu o dever do Estado de assegurar vaga em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade, à luz do art. 208, IV, da Constituição e *o Tribunal consignou que omissões do Poder Público na concretização do direito à educação infantil constituem violação direta ao texto constitucional, a respaldar a atuação do Judiciário.*

Destaca-se os seguintes pontos do voto do Ministro Barroso:

“28. Nesse cenário, é importante a construção de parâmetros para permitir uma atuação efetiva e organizada do Poder Judiciário, com vistas à concretização de direitos fundamentais, respeitado o espaço de discricionariedade do administrador para a definição e implementação de políticas públicas.

29. Em primeiro lugar, é necessário que esteja devidamente comprovada nos autos **a ausência ou grave deficiência do serviço público, decorrente da inércia ou excessiva morosidade do Poder Público.** De fato, quando os Poderes Legislativo e Executivo descumprirem seus deveres institucionais, o Poder Judiciário estará autorizado a servir de alerta para que estes exerçam suas atribuições. **Falhas estruturais geradas pelo vazio ou pela inefetividade de políticas públicas** para o atendimento de determinado direito fundamental fazem com que a atuação do Judiciário seja necessária, em especial se estiver em jogo o mínimo existencial.

30. Assim, diante de um Poder Executivo omissivo, é necessária uma intervenção judicial para **“retirar as autoridades públicas do estado de letargia”**, como bem **pontuou esta Corte na medida cautelar da ADPF 347, que reconheceu o “estado**

<sup>40</sup>Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4237089>

<sup>41</sup><https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=510329&tip=UN>

**de coisas inconstitucional**”, em razão da violação massiva de direitos fundamentais no sistema carcerário brasileiro.

31. Em síntese, é obrigação dos Poderes Públicos fornecerem políticas públicas de qualidade. Mesmo diante de uma escassez de recursos, os direitos fundamentais não podem ser ignorados, cabendo ao Estado oferecer condições mínimas para a efetivação desses direitos em nome da dignidade humana. Frente a omissões reiteradas do Executivo e Legislativo, pode o Judiciário ser chamado na tentativa de corrigir violações constantes ao texto constitucional.

...

34. Em terceiro lugar, entendo que **cabe ao órgão julgador determinar a finalidade a ser atingida, mas não o modo como ela deverá ser alcançada. Estabelecida a meta a ser cumprida, diversos são os meios com os quais se pode implementá-la, cabendo ao administrador optar por aquele que considera mais pertinente e eficaz. Trata-se de um modelo “fraco” de intervenção judicial em políticas públicas, no qual, apesar de indicar o resultado a ser produzido, o Judiciário não fixa analiticamente todos os atos que devem ser praticados pelo Poder Público, preservando, assim, o espaço de discricionariedade do mérito administrativo.**

...

36. Desse modo, o **órgão julgador deve privilegiar medidas estruturais de resolução do conflito. Para atingir o “estado de coisas ideal” – o resultado a ser alcançado –, o Judiciário deverá identificar o problema estrutural. Caberá à Administração Pública apresentar um plano adequado que estabeleça o programa ou projeto de reestruturação a ser seguido, com o respectivo cronograma. A avaliação e fiscalização das providências a serem adotadas podem ser realizadas diretamente pelo Judiciário ou por órgão delegado. Deve-se prestigiar a resolução consensual da demanda e o diálogo institucional com as autoridades públicas responsáveis.**” (Grifo nosso)

A tese de repercussão geral fixada foi a seguinte:

1. A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes.
2. A decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado;
3. No caso de serviços de saúde, o déficit de profissionais pode ser suprido por concurso público ou, por exemplo, pelo remanejamento de recursos humanos e pela contratação de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP).

## **2. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL**

O estado de coisas inconstitucional é uma teoria recente e um fato atual na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que provoca muita discussão, suscitando a devida contextualização e entendimento do uso desta sedutora teoria no ordenamento jurídico brasileiro.



A teoria do estado de coisas inconstitucional – ECI - tem como fundamento o combate a uma grave violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, causado pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público e a atuação de uma pluralidade de autoridades podem alterar a situação inconstitucional.

O Estado de coisas inconstitucional é uma técnica decisória desenvolvida pela Corte Constitucional da Colômbia, que entendeu necessário “dar um passo a frente” e ser um agente transformador em políticas públicas, interferindo diretamente nas funções dos poderes Legislativo e Executivo.

A técnica decisória desenvolvida pela Corte Constitucional da Colômbia, se deu a partir da decisão Sentencia de Unificacion (SU) 559, em 1997<sup>42</sup>, que decidiu sobre a questão dos direitos previdenciários dos professores colombianos.

Na mencionada decisão SU-559, de 6 de novembro de 1997, a corte colombiana declarou o ECI face omissão de dois municípios do departamento de Bolívar, que não filiaram seus docentes no Fundo Nacional de Prestações do Magistério, mas estavam descontando dos salários destes professores não filiados recursos para subsidiar o referido fundo.

A Corte Constitucional Colombiana, no caso, resolveu:

“Primero.- DECLARAR que el estado de cosas que originol as acciones de tutela materia de esta revisión no se aviene a la Constitución Polifitica, por las razones expuestas en esta providencia. Como, al parecer, la situacion descrita se presenta en muchos municipios, se advierte a las autoridades competentes que tal estado de cosas deberb corregirse dentro del marco de las funciones que a ellas atribuye la ley, en un trmino que sea razonable.; Segundo.- ORDENAR que para los efectos del numeral primero se envíe copia de esta sentencia al Ministro de Educación, al Ministro de Hacienda y Credito POblico, al Director del Departamento Nacional de Planeacion ya los demis miembros del CONPES Social; a los Gobernadores y las Asambleas Departamentales; ya los Alcaldes y los Concejos Municipales; Tercero.- En consecuencia, REVOCAR los fallos proferidos por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cartagena y porelJuzgado Civil del Circuito de Carmen de Bolivar, los dfas 28y 30 de octubre de 1996, respectivamente. En su lugar, se CONCEDE a los demandantes la tutela de su derecho a la igualdad. En consecuencia, los municipios demandados deberdn, dentro del ato siguiente a partir del primero (1-) de enero de 1998, adeantary culminar el trdmite de afiliacin de los actores al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; Cuarto.- Para lo de su competencia, enviar copia de esta sentencia al Procurador General de la Nación, al Defensor del Pueblo y al Contralor General de la RepOblica; Quinto.- Librense por Secretarfa las comunicaciones a que se refiere el articulo 36 del Decreto 2591 de 1991, y todas las dems comunicaciones que sean necesarias para dar efectivo cumplimiento a este fallo (SU-559, 1997).”

Posteriormente, na sentença T-068 de 1998<sup>43</sup>, sobre a mora/omissão habitual da Caixa Nacional de Previsão em resolver as petições dos aposentados, na sentença T-153 de 1998<sup>44</sup> -

<sup>42</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentencia nº 559 de 1997. Disponível em <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>

superlotação carcerária, nas decisões SU-250 de 1998, por meio da T-1695 de 2000<sup>45</sup> em razão falta de convocatória de concurso público para preencher vagas no sistema de notariado e registro, na Sentença T-590 de 1998<sup>46</sup> que declarou o ECI pela omissão do Estado em adotar medidas para garantir a segurança dos defensores de direitos humanos, na qual a Corte Colombiana decidiu sobre a concretização dos direitos fundamentais trazidos pela Constituição de 1991, notadamente seu artigo 95, segundo o qual a constituição obriga a defender e difundir os direitos humanos como fundamentos da convivência pacífica.

Destaca-se ainda a Sentencia 025 de 2004<sup>47</sup>, a famosa tutela sobre deslocamento forçado de pessoas vítimas da violência, dentre outras diversas tutelas concedidas pela Corte Constitucional Colombiana.

Percebe-se que dentre os requisitos adotados pela Corte Constitucional Colombiana para definir o estado de coisas inconstitucional, destacam-se: i) a vulneração massiva e generalizada de vários direitos constitucionais que afetam um número significativo de pessoas; ii) a prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantir os direitos; iii) a adoção de práticas inconstitucionais, como a incorporação da ação de tutela no procedimento de garantia do direito violado, e, iv) a não edição das medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias necessárias para evitar a violação de direitos.

De acordo com o jurista colombiano César Rodríguez Garavito:

“Un estado de cosas inconstitucional es un concepto desarrollado por la Corte Constitucional colombiana para ocuparse de situaciones excepcionales en las que la violación colectiva de derechos fundamentales de un grupo de personas es de tal grado, que la resolución individual, caso por caso, de las violaciones de derechos sería insuficiente para ocuparse del problema y causaría una acumulación grave de casos en la Corte.” (GARAVITO, 2014, p.37)

Tal postura ativa da Corte Constitucional Colombiana, ao assumir a função de estabelecer políticas públicas e alocar recursos, diante do fato da omissão, atrai para si as funções dos Poderes Legislativo e Executivo.

A declaração do estado de coisas inconstitucional tornou-se

“mecanismo jurídico caracterizado pela presença de um juiz constitucional muito ativo socialmente, mais comprometido com a busca de soluções profundas aos

---

<sup>43</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-068 de 1998. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-068-98.htm>

<sup>44</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-153 de 1998. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm>

<sup>45</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-1695 de 2000. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-1695-00.htm>

<sup>46</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-590/98. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-590-98.htm>

<sup>47</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-025 de 2004. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-025-04.htm>

problemas estruturais que repercutem sobre o desfrute dos direitos fundamentais. Um juiz constitucional que vai além de resolver casos particulares, e assume uma verdadeira dimensão de estadista, destacando-se como um agente de transformação, cujas decisões exigem a atuação coordenada de diferentes autoridades públicas dirigida à superação das violações de direitos fundamentais.”(Campos, 2015, p.88)

Pelos conceitos expostos e a descrição dos casos que a Corte Constitucional Colombiana fora instada a decidir, percebe-se, primeiramente, que o estudo do Estado de Coisas Inconstitucional e sua declaração nos coloca diante de um gigantesco debate cheio de premissas teóricas e principiológicas sobre a garantia dos Direitos Fundamentais e da atuação do Poderes constituídos, em especial o Poder Judiciário, diante de tamanha situação complexa.

## 2.1. ADPF 347 – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Os problemas estruturais do sistema penitenciário brasileiro foi o objeto da ADPF - 347<sup>48</sup> em que o Supremo Tribunal Federal declarou a existência do Estado de Coisas Inconstitucional.

Formalizada pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, em sua petição inicial assinada por Daniel Sarmiento, dentre outros, e fundamentada em representação formulada pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ e instruída com parecer da lavra do Professor Titular de Direito Penal da UERJ, Juarez Tavares, postula-se em síntese que seja reconhecido o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, e, em razão disso, a adoção das tendentes a sanar as gravíssimas lesões a preceitos fundamentais da Constituição, decorrentes de condutas comissivas e omissivas dos poderes públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal no tratamento da questão prisional no país.

Destaca-se que a petição inicial assume a importação da teoria:

“Como se verá adiante, a Corte Colombiana se vale desta categoria quando reconhece a presença de uma violação maciça de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas, cujo equacionamento dependa de um conjunto complexo e coordenado de medidas a serem adotados por diversas entidades. Nestas hipóteses, a Corte pode inclusive reter a sua jurisdição para monitorar, em procedimento público, o cumprimento das medidas que estabelecer. A ideia do estado de coisas inconstitucional, como será adiante demonstrado, é perfeitamente aplicável à jurisdição constitucional brasileira, podendo ser empregada no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF.”

---

<sup>48</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347/DF. <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560> . Acesso em: 10 de out 2023.

O transconstitucionalismo, tese do professor Marcelo Neves, viabiliza a utilização da teoria colombiana, pois, os mesmos problemas e dificuldades relacionados a garantia e aplicação dos direitos fundamentais podem “apresenta-se perante uma ordem estatal, local, internacional, supranacional e transnacional, ou com frequência, perante mais de uma dessas ordens, o que implica cooperações e conflitos, exigindo aprendizado recíproco (NEVES, 2009, p.121). Assim:

“o transconstitucionalismo não se trata de constitucionalismo internacional, transnacional, supranacional, estatal ou local. O conceito aponta exatamente para o desenvolvimento de problemas jurídicos que perpassam diversas ordens jurídicas. Um problema transconstitucional implica uma questão que poderá envolver tribunais estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais (arbitrais), assim como instituições jurídicas locais nativas, na busca de sua solução.” (Neves, 2009, p. XXI-XXII)

Na data do dia 25 de julho de 2015, no julgamento da medida cautelar na APPF 347<sup>49</sup>, de relatoria do ministro Marco Aurélio, reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, entendendo por satisfeitos os requisitos sustentados pelo requerente acerca da *adequação da via eleita* e do *instrumento*, qual seja, controle abstrato de constitucionalidade por ADPF.

De acordo com o relator, estariam preenchidos os pressupostos de “*violação de preceitos fundamentais, de impugnação de atos do Poder Público e de inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesividade*”. Os direitos indicados como ofendidos, em conformidade com o relator, consubstanciavam preceitos fundamentais: “*Dignidade da pessoa humana, vedação de tortura e de tratamento desumano, assistência judiciária e os direitos sociais saúde, educação, trabalho e segurança dos presos*”. Ademais, existia “*relação de causa e efeito entre atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal*”, constituindo o “*quadro de transgressão de direitos relatado*”.

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio, destaca que *a situação retratada decorre de falhas estruturais em políticas públicas, de modo que a solução do problema depende da adoção de providências por parte dos diferentes órgãos legislativos, administrativos e judiciais da União, dos Estados e do Distrito Federal*, e argumenta que o “*estado de coisas inconstitucional*” *permite ao juiz constitucional impor aos Poderes Públicos a tomada de ações urgentes e necessárias ao afastamento das violações massivas de direitos fundamentais, assim como supervisionar a efetiva implementação. Considerado o grau de intervenção judicial no campo das políticas públicas, argumenta que a prática pode ser*

---

*levada a efeito em casos excepcionais, quando presente transgressão grave e sistemática a direitos humanos e constatada a imprescindibilidade da atuação do Tribunal em razão de “bloqueios institucionais” nos outros Poderes.”*

O grave bloqueio institucional ficou evidenciado pelo Ministro em seu voto, quando destaca *não ofender a democracia a atuação judicial voltada à proteção de direitos fundamentais, principalmente quando envolvidas minorias impopulares, como são os presos. Sustenta que os poderes políticos não possuem qualquer motivação para resolver o problema ante a antipatia da opinião pública relativamente à população carcerária.*

Importante uma síntese dos pedidos requeridos na cautelar<sup>50</sup>:

i) Obrigações aos juízes e tribunais: a) Quando forem decretar ou manter prisões provisórias, fundamentem essa decisão dizendo expressamente o motivo pelo qual estão aplicando a prisão e não uma das medidas cautelares alternativas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal (CPP); b) Implementem, no prazo máximo de 90 dias, as audiências de custódia; c) Quando forem impor cautelares penais, aplicar pena ou decidir algo na execução penal, levem em consideração, de forma expressa e fundamentada, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro; d) Estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão; e) Abrandar os requisitos temporais necessários para que o preso goze de benefícios e direitos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando ficar demonstrado que as condições de cumprimento da pena estão, na prática, mais severas do que as previstas na lei em virtude do quadro do sistema carcerário, e f) Abatam o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento são, na prática, mais severas do que as previstas na lei. Isso seria uma forma de "compensar" o fato de o poder público estar cometendo um ilícito estatal.

ii) Obrigação ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ): g) Coordene um mutirão carcerário a fim de revisar todos os processos de execução penal em curso no país que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas pleiteadas nas alíneas "e" e "f".

iii) Obrigação à União: h) Libere, sem qualquer tipo de limitação, o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional (Funpen) para utilização na finalidade para a qual foi criado, proibindo a realização de novos contingenciamentos.

Interessante destacar que apenas dois pedidos, dentre os oito requeridos, foram concedidos pelo plenário do STF: o pedido "b", relativo à implementação das audiências de

---

<sup>50</sup>Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2015/09/entenda-decisao-do-stf-sobre-o-sistema.html>.

custódia, e o pedido "h", concernente à liberação das verbas contingenciadas do FUNPEN, ficando assim a ementa:

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.

Merece o destaque que Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5.240 (20/08/2015), já havia decidido pela a obrigação de realização de audiências de custódia indicando a necessidade de adoção da audiência de apresentação por todos os tribunais do país. Não foi inovação da medida cautelar sobre a decisão do Estado de Coisas Inconstitucional<sup>51</sup>.

A conclusão do julgamento da ADPF 347 ocorreu na data do dia 4 de outubro de 2023, oito anos após a declaração do estado de coisas inconstitucional na medida cautelar concedida pelo ex Min. Marco Aurélio (Relator), o Supremo Tribunal Federal reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro:

“Por unanimidade dos votos, o Plenário do STF reconheceu a existência de um cenário de violação massiva de direitos fundamentais no sistema prisional brasileiro, em que são negados aos presos, por exemplo, os direitos à integridade física, alimentação, higiene, saúde, estudo e trabalho. Afirmou-se que a atual situação das prisões compromete a capacidade do sistema de cumprir os fins de garantir a segurança pública e ressocializar os presos. Com o objetivo de superar tal situação, o STF determinou um conjunto de medidas a serem adotadas pelo Poder Público. Entre tais medidas, fixou-se prazo para que a União, Estados e Distrito Federal, com participação do CNJ, elaborem (em até 6 meses) e executem (em até 3 anos) planos para resolver a situação em suas respectivas unidades. Os prazos para os Estados e o Distrito Federal correrão após a aprovação do plano federal. Tais planos devem tratar dos três problemas principais do sistema, a saber: (1) vagas insuficientes e de má qualidade, (2) entrada excessiva de presos (em casos em que a prisão não é necessária) e (3) saída atrasada de presos (com cumprimento da pena por tempo

<sup>51</sup> . Por estratégia, os réus preferem ajuizar reclamação ao STF a impetrar habeas corpus ao Tribunal de Justiça correspondente, o que aumenta e muita a distribuição de processos na Suprema Corte.

maior do que a condenação). Os planos deverão ser aprovados pelo STF e terão sua execução monitorada pelo CNJ, também com a supervisão do STF.”<sup>52</sup>

E fixou a seguinte tese:

“1. Há um estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, responsável pela violação massiva de direitos fundamentais dos presos. Esse estado de coisas demanda a atuação cooperativa das diversas autoridades, instituições e comunidade para a construção de uma solução satisfatória.

2. Diante disso, União, estados e Distrito Federal, em conjunto com o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Conselho Nacional de Justiça (DMF/CNJ), deverão elaborar planos a serem submetidos à homologação do Supremo Tribunal Federal, no prazo de seis meses, especialmente voltados para o controle da superlotação carcerária, da má qualidade das vagas existentes e da entrada e saída dos presos.

3. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) realizará estudo e regulará a criação de número de varas de execução penal proporcional ao número de varas criminais e ao quantitativo de presos.”

## 2.2. ADPF 760 – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NA POLÍTICA AMBIENTAL BRASILEIRA

As “graves e irreparáveis” lesões a preceitos fundamentais, decorrentes de atos comissivos e omissivos da União e dos órgãos públicos federais que impedem a execução de medidas previstas na referida política, entre eles a redução significativa da fiscalização e do controle do desmatamento na Amazônia, foram objeto da ADPF 760<sup>53</sup>, assinada pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), Rede Sustentabilidade, Partido Democrático Trabalhista (PDT), Partido Verde (PV), Partido dos Trabalhadores (PT), Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e Partido Comunista do Brasil (PCdoB).

A ministra do Supremo Tribunal Federal, Cármen Lúcia, relatora das ações da chamada “Pauta Verde” (ADPF 760 e ADPF 651, ADO 54 e ADO 59, ADI 6148 e ADI 6808 em temática ambiental), na data do dia 6 de abril de 2022, reconheceu que há um *estado de coisas inconstitucional quanto ao desmatamento ilegal da Floresta Amazônica e de omissão do Estado brasileiro em relação à função protetiva do meio ambiente ecologicamente equilibrado*.

<sup>52</sup> Outras medidas determinadas foram: *a realização de audiências de custódia no prazo de 24 horas da prisão, devendo-se levar o preso preferencialmente à presença do juiz, para que se verifique a necessidade e legalidade da prisão; a separação de presos provisórios daqueles que já possuem condenação definitiva; a realização de estudos e a regulamentação, pelo CNJ, da criação de varas de execução penal, em quantidade proporcional ao número de varas criminais e à população carcerária de cada unidade da federação.*”

<sup>53</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 760/DF. <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=604999>. Acesso em 6 de nov de 2023.

Em sua decisão, a Ministra apontou: i) Política ambiental ineficiente, quadro estrutural de ofensa massiva, sistemática e generalizada dos direitos fundamentais ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à saúde e à vida digna; ii) Desmonte e abandono do Plano de Ação para Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia Legal (PPCDAm), de modo a tornar inoperante a execução das políticas públicas de combate ao desmatamento; iii) Inércia e falta de vontade política, cabendo neste caso ao Judiciário assegurar a efetividade das normas de proteção ao meio ambiente, e iv) Retrocesso ambiental, em razão da diminuição de ações ambientais, do abandono do PPCDam e da inexecução orçamentária, bem como, pela redução de recursos para projetos ambientais, a desregulamentação e a falta de fornecimento de informações.

Em seu voto, a ministra Cármen Lúcia, faz a citação a Anízio Pires Gavião Filho, quanto a ponderação entre os princípios do meio ambiente ecologicamente equilibrado e a separação dos Poderes:

“Não há, a priori, a precedência do princípio da divisão dos poderes ou do princípio da disponibilidade orçamentária sobre o direito fundamental ao ambiente de modo a excluir, sempre, a configuração de posições fundamentais jurídicas definitivas a prestações em sentido estrito.

No Estado contemporâneo, o princípio da divisão dos poderes deve ser considerado como uma garantia institucional no sentido de organização interna do Estado, destinado a assegurar a realização dos direitos fundamentais, não sendo admissível que possa ser invocado pelos ‘detentores do poder de administração como fundamento precisamente para negar a preservação de um direito fundamental – o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado – que se pretende alcançar com a supressão da omissão estatal lesiva’. Se o direito fundamental ao ambiente, conforme as circunstâncias de um determinado caso concreto, exige um determinado comportamento administrativo e isso não ocorre, resultando violação ao direito fundamental, a função jurisdicional pode ser chamada a atuar sem que tal configure violação ao princípio da divisão dos poderes. (...) Se há, na Constituição, normas estabelecendo que o ambiente é bem de uso comum e essencial à sadia qualidade de vida e que todos têm direito ao ambiente, cabendo à coletividade e ao poder público o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, então está configurado o direito fundamental ao ambiente que pode ser apresentado como mandamento a ser otimizado conforme as possibilidades fáticas e jurídicas. Desse modo, se as circunstâncias do caso concreto determinarem a precedência da satisfação do direito fundamental ao ambiente em relação aos princípios da divisão dos poderes ou da disponibilidade financeira, então estará configurada uma posição fundamental jurídica a prestações em sentido estrito, não se podendo cogitar de discricionariedade administrativa, pois ‘existindo o dever de atuar, não há margem para qualquer consideração de ordem técnica e política’. Se um determinado administrador municipal realiza o depósito de lixo urbano em área de preservação, causando severa degradação ambiental, o comportamento de recuperar ou não a área afetada não se insere no âmbito da denominada discricionariedade administrativa e tampouco está excluído ao controle penetrante da função jurisdicional do comportamento efetivamente adotado, seja ele positivo ou negativo, sendo possível sua correção pelo poder judiciário sempre que as circunstâncias do caso concreto permitirem concluir que não foi adotada a melhor solução” (GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. Direito Fundamental ao ambiente. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. p. 193-194).



Destaca ainda que *princípio da separação de poderes não é bombo para o descumprimento da Constituição da República por qualquer deles, sob pena de esvaziar a efetividade dos direitos fundamentais*, e pondera com a citação de Caúla:

“Em sede das críticas ao ativismo judicial, frise-se que o princípio constitucional da separação dos poderes não pode obstar a aplicação da técnica decisória do Estado de Coisas Inconstitucional pelo Poder Judiciário como medida de proporcionalidade e razoabilidade dos limites de cada Poder. Referido princípio não é um escudo para proteger a administração pública das decisões judiciais que coíbam a generalizada violação dos direitos fundamentais. Deve ser ponderado o cabimento do controle jurisdicional das políticas públicas ambientais preventivas dos danos irreversíveis resultantes da inobservância do Poder Executivo à obrigação de realização do direito fundamental ao ambiente e os direitos humanos que com ele estejam imbrincados” (CAÚLA, Bleine Queiroz. “A aplicabilidade das normas constitucionais ambientais à luz dos ordenamentos brasileiro e português.” Tese de doutorado apresentada na Universitat Rovira i Virgili, Espanha, 2017)

É necessário registrar que o Supremo Tribunal Federal já vem atuando na devida tutela ambiental, com a sua jurisprudência reforçando a amplitude conferida não só pelo texto normativo da Constituição, sendo devido citar a ADC 42/DF sobre o julgamento do então novo Código Florestal (Lei 12.651/2012), reconhecendo a validade de vários dispositivos e declarando também a inconstitucionalidade de outros que promovia uma proteção inadequada ao meio ambiente<sup>54</sup>.

Ainda, no julgamento do Recurso Extraordinário 654833, a fixação do tema de repercussão geral 999, de que é imprescritível a pretensão de reparação civil de dano ambiental.

Retomando o andamento processual da ADPF 760, após a prolação do voto da Min. Relatora Cármen Lúcia, o julgamento foi suspenso por pedido de vista, não tendo sido retomado até o presente momento.

<sup>54</sup> “Um dos pontos mais discutidos sobre a lei foi a questão da “anistia” conferida aos proprietários que aderirem ao Programa de Regularização Ambiental (PRA). Segundo a lei, quem adere a programa não fica sujeito a sanções referentes a infrações cometidas antes do marco temporal de 22 de junho de 2008. O entendimento da Corte foi de que o caso não configura anistia, uma vez que os proprietários continuam sujeitos a punição na hipótese de descumprimento dos ajustes firmados nos termos de compromisso. A regra prevista na norma teria, na verdade, a finalidade de estimular a recuperação de áreas degradadas. O ponto recebeu interpretação conforme do STF a fim de afastar o risco de prescrição ou decadência da punibilidade no decurso do termo de compromisso assumido pelo proprietário. Houve ainda a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos relativos ao entorno de nascentes e olhos d’água intermitentes. Foi atribuída interpretação conforme a Constituição Federal à norma para que essas áreas sejam consideradas de proteção permanente e de preservação ambiental. Outro ponto da abordado pelo STF foi com relação à intervenção excepcional em Áreas de Preservação Permanente. Nesse caso, foram reduzidas as hipóteses de intervenção previstas na lei. Ficou determinado que a intervenção por interesse social ou utilidade pública fica condicionado à inexistência de alternativa técnica ou locacional à atividade proposta. Foi reduzindo também o rol de casos de utilidade pública previstos, de forma a excluir a hipótese de obras voltadas à gestão de resíduos e vinculadas à realização de competições esportivas”. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370937>

Em razão da mudança no governo federal, a Advocacia Geral da União requereu na data do dia 2 de março de 2023, a perda total ou parcial do objeto das ações, ou ainda o reconhecimento de que houve mudança significativa na condução das políticas públicas ambientais.

A AGU sustenta que as ações implementadas a partir de 1º de janeiro de 2023<sup>55</sup>, e, que serão continuadas e incrementadas durante todo o mandato presidencial, já garantem e asseguram a retomada do inequívoco compromisso do Brasil com a questão ambiental, cessando assim, o estado de coisas inconstitucional.

### 2.3. DEBATES E REAÇÃO NO BRASIL

O Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo judicial? O Estado de Coisas Inconstitucional viola a separação dos poderes? O Supremo teria legitimidade para

---

<sup>55</sup> “7. Sobre o tema, destacam-se: i) o Decreto nº 11.372/2023, que altera o Decreto nº 10.244/2020 e modifica a composição do Conselho Deliberativo do Fundo Nacional do Meio Ambiente – FNMA, instituído pela Lei nº 7.797/1989; ii) o Decreto nº 11.373/2023, que altera o Decreto nº 6.514/2008 e dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ambientais e o processo administrativo federal para a apuração dessas infrações; iii) o Decreto nº 11.367/2023, que institui a Comissão Interministerial Permanente de Prevenção e Controle do Desmatamento, restabelece o Plano de Ação para a Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia Legal (PPCDAm) e dispõe sobre os Planos de Ação para a Prevenção e Controle do Desmatamento no Cerrado, na Mata Atlântica, na Caatinga, no Pampa e no Pantanal; iv) o Decreto nº 11.368/2023, que modifica o Decreto nº 6.527/2008 e dispõe sobre a governança do Fundo Amazônia; v) o Decreto nº 11.369/2023, que revoga o Decreto nº 10.966, de 11 de fevereiro de 2022, o qual instituíra o Programa de Apoio ao Desenvolvimento da Mineração Artesanal e em Pequena Escala e a Comissão Interministerial para o Desenvolvimento da Mineração Artesanal e em Pequena Escala; vi) e o Decreto nº 11.349/2023, que aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério do Meio Ambiente e Mudança do Clima, além de remanejar cargos em comissão e funções de confiança. 8. Nesse cenário regulador, igualmente merece ser pontuada a publicação de Despachos pelo Presidente da República [1], os quais acarretam reflexos diretos sobre o tema ambiental. Vale destacar a determinação presidencial de tomada de providências pelo Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República e Presidente do Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República, bem como pela Ministra de Estado de Meio Ambiente e Mudança do Clima, no sentido de que seja revisto o teor do Decreto nº 11.018, de 30 de março de 2022, para eliminar os retrocessos realizados na estrutura e no funcionamento do Conselho Nacional do Meio Ambiente – Conama, com vistas a dar cumprimento à decisão proferida por essa Suprema Corte, nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 623, no prazo de quarenta e cinco dias. Como consequência, foi editado o Decreto nº 11.417, de 16 de fevereiro de 2023, que altera o Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990, para dispor sobre a composição e o funcionamento do Conama, conferindo-lhe maior pluralidade e expandindo a participação social no debate da política ambiental. 9. Especificamente no âmbito desta Advocacia-Geral da União, por força do Decreto nº 11.328, de 1º de janeiro de 2023, foi criada a Procuradoria Nacional de Defesa do Clima e do Meio Ambiente, com o objetivo de viabilizar uma articulação institucional entre órgãos e entidades de defesa do clima e do meio ambiente, bem como de consolidar soluções jurídicas no processo de transição do Brasil para um modelo sustentável de desenvolvimento econômico e social. Com a mudança de governo, entre os atos normativos já editados no primeiro dia do ano, cumpre mencionar o Decreto nº 11.367, de 1º de janeiro de 2023, que “institui a Comissão Interministerial Permanente de Prevenção e Controle do Desmatamento, restabelece o Plano de Ação para a Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia Legal - PPCDAm e dispõe sobre os Planos de Ação para a Prevenção e Controle do Desmatamento no Cerrado, na Mata Atlântica, na Caatinga, no Pampa e no Pantanal” Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6049993>.

dispor sobre políticas públicas? O estado de coisas inconstitucional controla fatos, então tudo pode se inconstitucional? O Supremo criou sua própria teoria do Estado de Coisas Inconstitucional?

Essas são perguntas e questionamentos da doutrina brasileira, alvo de críticas e defesas. Inegável é a sedução pela teoria do estado de coisas inconstitucional, pela tutela e defesa de direitos fundamentais, da dignidade da pessoa humana e busca para resolução de problemas complexos.

As críticas comuns ao estado de coisas inconstitucional incluem: i) separação de poderes: pois permite que o Poder Judiciário assuma um papel mais amplo e ativo na implementação de políticas públicas, tradicionalmente atribuído ao Poder Executivo e ao Legislativo; ii) falta de definição exata e clara: o conceito de estado de coisas inconstitucional pode ser subjetivo e carecer de uma definição precisa, inclusive, na utilização de doutrina estrangeira ao sistema constitucional brasileiro sem a devida contextualização ou adequação, o que pode levar a interpretações variadas e a decisões inconsistentes; iii) ativismo judicial: em vez de limitar-se ao exame da constitucionalidade de atos normativos específicos, decisões discricionárias e performáticas por razões políticas e morais podem ganhar espaço; iv) eficácia e implementação da decisão: a implementação de medidas corretivas pode ser complexa e enfrentar desafios práticos, ainda mais diante de decisões judiciais rígidas/fortes, como a alocação de recursos e a coordenação entre diferentes poderes e níveis de governo; v) priorização de casos individuais: risco de focar demais em casos individuais emblemáticos que um determinado grupo (legitimado) entenda ruim (pauta política) e não abordar as causas estruturais mais amplas das violações dos direitos fundamentais.

Apesar das críticas e da preocupação, a declaração de um estado de coisas inconstitucional também pode ter efeitos positivos ao chamar a atenção para questões sistêmicas, mobilizar esforços para a mudança e aumentar a responsabilidade do Estado perante os direitos fundamentais.

Analisando os pressupostos da decretação do Estado de Coisas Inconstitucional, temos: i) situação de violação generalizada de direitos fundamentais; ii) inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas, e, iii) que a superação das transgressões exija a atuação de todas as autoridades públicas.

Será que apenas a violação generalizada de direitos fundamentais ensejaria o controle? Significa que se houver mera violação não merece o Judiciário intervir? Pois se houver mera violação seria ativismo judicial? Ou a mera violação é tolerável, há prioridade e/ou escolhas

de violação? Violação é violação, não existe maior ou menor sentimento de quem tem seu direito violado.

Na decretação do ECI o STF realiza controle de constitucionalidade de fatos e não de normas, controle da realidade empírica (STRECK, 2015), sendo assim, teríamos um Estado de Coisas Inconstitucional com aplicação do salário mínimo, isto porque, sendo direito do trabalhador urbano e rural, a constituição determina (ou seja, não é intenção do constituinte, é norma constitucional) no art. 7, IV que seja *capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social*, verifica-se que desde o dia 5 de outubro de 1988, data da promulgação da nossa Constituição, jamais se verificou na prática o texto constitucional, ocasionando violação aos direitos fundamentais básicos da moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte, previdência social e tantos outros.

Lênio Streck justifica em sua coluna no Observatório da Jurisdição Constitucional o seu temor com a declaração do estado de coisas inconstitucional, pois com o passar do tempo, a simples evocação do ECI seja motivo para que se reconheça qualquer tipo de demanda por inconstitucionalidade ao Judiciário, sendo o ECI uma nova forma de ativismo judicial. (STRECK, 2015)

Neste sentido, *se tudo é – ou pode ser - inconstitucional, corre-se o risco de a CF ser considerada irreal, por ela ter errado em trazer para o seu texto direitos “fora de lugar”* (STRECK, 2015).

Ainda:

“Invocar o ECI pode causar mais dificuldades à eficácia da Constituição do que se imagina. Basta fazer um exercício lógico, empregando o conceito de ECI a ele mesmo. Se assim estão as “coisas” – e, por isso, a ordem jurídica é ineficaz e o acesso à Justiça não se concretiza –, por que não decretar a inconstitucionalidade da Constituição e determinar o fechamento dos tribunais?” (GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, 2015)

Nos votos prolatados pelos relatores nas ADPFs neste capítulo retratadas, percebe-se o uso de expressões vagas e performáticas, tais como “violação massiva”, “mínimo existencial”, “bloqueios institucionais”, “ausência de representatividade”, “retrocesso”, “falta de vontade política”, o que pode suscitar críticas ao alegarem amplo espaço para o juízo de discricionariedade do julgador, fomentando assim um possível ativismo judicial.

Com a utilização de enunciados performáticos, a ação messiânica orientada pelo resultado é criticada, nessa atuação ocorre “um pragmatismo jurídico virulento”, há uma

imposição aos outros poderes do Estado pelo ativista, ante o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. (DWORKIN, 2022, p.35).

Carlos de Alexandre de Azevedo Campos defende que a legitimidade do ativismo deve ser analisada em cada caso, alegando que possui um espaço nobre nos *hard cases*, onde ocupam “tormentosos conflitos de valores morais e políticos” e “determinam a natureza de uma sociedade e a qualidade de uma civilização”, caracterizando os Ministros da Suprema Corte como *autênticos atores políticos* (CAMPOS, 2015, p.161).

E ainda enfatiza que

As cortes ativistas, diante da relevância e dos efeitos de suas decisões, não fazem parte do sistema político de determinado país, mas são hoje verdadeiros centros de poder que participam, direta ou indiretamente, da formação da vontade política predominante.

A perspectiva das cortes como atores políticos remete ao tema contemporâneo da *judicialização da política* e de como o ativismo judicial se desenvolve em meio a esse fenômeno. Nas democracias contemporâneas, verifica-se a progressiva transferência, por parte dos próprios poderes políticos e da sociedade, do momento decisório fundamental sobre grandes questões políticas e sociais – e *espaço nobre do ativismo judicial* – para arena judicial em vez de essas decisões serem tomadas nas arenas políticas tradicionais”.

Nesse sentido de tomada de decisões pelo Supremo Tribunal Federal<sup>56</sup> e expansão do Poder Judiciário em “dar uma passo a frente”, superando bloqueios institucionais e *empurrando a história*, como sustenta o Ministro Barroso, a suprema corte desempenha um papel iluminista:

“Historicamente, portanto, o Iluminismo é uma ideia associada à razão humanista, a direitos inalienáveis da condição humana, à tolerância, ao conhecimento científico, à separação entre Estado e religião e ao avanço da história rumo à emancipação intelectual, social e moral das pessoas.

É nesse sentido que o termo é empregado neste tópico: o de uma razão humanista que conduz o processo civilizatório e empurra a história na direção do progresso social e da liberação de mulheres e homens. Para espantar qualquer maledicência quanto a uma visão autoritária ou aristocrática da vida, Iluminismo, no presente contexto, não guarda qualquer semelhança com uma postura análoga ao despotismo esclarecido ou aos reis filósofos de Platão. A analogia mais próxima, eventualmente, seria com uma tradição filosófica que vem de Tomás de Aquino, Hegel e Kant de que a história é um fluxo contínuo na direção do bem e do aprimoramento da condição humana. A razão iluminista aqui propagada é a do pluralismo e da tolerância, a que se impõe apenas para derrotar as superstições e os preconceitos, de modo a assegurar a dignidade humana e a vida boa para todos. As intervenções

<sup>56</sup> “No Brasil, o Supremo Tribunal Federal proferiu diversas decisões que podem ser consideradas iluministas no sentido exposto acima. A Corte, por exemplo, reconheceu as uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e estendeu-lhes o regime jurídico aplicável às uniões estáveis heteroafetivas, com base no direito à não discriminação em razão do sexo e na proteção constitucional conferida à família. Em 2016, julgou inconstitucional norma que regulava a vaquejada, antiga manifestação cultural do nordeste do país em que uma dupla de vaqueiros, montada a cavalos, busca derrubar o touro em uma área demarcada. Apesar da popularidade da prática, o Tribunal entendeu que ela ensejava tratamento cruel de animais vedado pela Constituição Federal. Mais recentemente, a Corte declarou a inconstitucionalidade do crime de aborto até o terceiro mês de gestação, com base nos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, em seu direito à autonomia, à integridade física e psíquica e à igualdade. No que tange a tais casos, evidências indicam que o Tribunal decidiu em desacordo com a visão dominante na população e no Legislativo, marcadamente conservador”( BARROSO, 2018, p. 2215)

humanitárias que o papel iluminista dos tribunais permite não é para impor valores, mas para assegurar que cada pessoa possa viver os seus, possa professar as suas convicções, tendo por limite o respeito às convicções dos demais”(BARROSO, 2018, p.2208)

A tentativa de fazer o Poder Judiciário o centro do debate político, acaba restringindo o alcance do debate e violando o *common ground* da democracia, o confronto de ideias e de desacordos morais razoáveis pela seara política legitimamente eleita para produção legislativa, com ideias convergentes ou não, da mesma forma que afronta o princípio republicano da separação dos poderes.

Qual seria o limite do Poder Judiciário para atender às expectativas de quem possui seus direitos negados e/ou violados por faltas ou precariedades de políticas públicas? Será que se justifica ou garante a certeza que declarar inconstitucional seja mais eficiente do que a da política pelas instâncias tradicionais? *Pobre da corte que tem a pretensão de fabricar poder político sob a fantasia da normatividade jurídica.* (CAMPILONGO, FARIA E DE GIORGI, 2015).

Breno Baía Magalhães em estudo sobre o impacto das medidas cautelares na ADPF 347, concluiu que *as medidas cautelares deferidas não são efetivas, pois os poderes apresentaram respostas que seguem a mesma natureza das políticas tradicionalmente desenvolvidas no Brasil, e que é pouco provável uma mudança social por meio da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional* (MAGALHÃES, 2019).

Outro argumento utilizado para a decretação do Estado de Coisas Inconstitucional é a *quebra dos bloqueios institucionais* sob o manto da reforma estrutural.

Além de levar a jurisdição do Supremo Tribunal Federal por meio de ADPF temas que deveria o Legislativo tratar, é levar a política dos políticos a corte constitucional.

Talvez nem tudo seja inconstitucional, talvez seja falta de efetividade da política pública e da lei já existente.

Talvez a realidade brasileira seja flagrantemente inconstitucional na tutela de direitos fundamentais, em especial com a redemocratização em 1988, e há um déficit histórico na tutela dos vulneráveis em nosso país.

O próprio Supremo Tribunal Federal já se manifestou de forma legítima sobre problemas estruturais, sem necessitar declarar inconstitucional um estado de coisas, como no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 641.320/RS<sup>57</sup>, julgado sob regime de repercussão

---

<sup>57</sup><https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4076171&numeroProcesso=641320&classeProcesso=RE&numeroTema=423>

geral – Tema 423<sup>58</sup> – que analisou a possibilidade, ou não, de se determinar o cumprimento de pena privativa de liberdade em prisão domiciliar, ante a inexistência de vagas em estabelecimento penitenciário adequado à execução no regime semi-aberto.

O ministro Gilmar Mendes, relator do RE 641.320/RS, sugeriu a tomada de decisões de caráter plástico ao Judiciário, para que a decisão seja um meio de adequar a realidade com as normas constitucionais e legais, realizou ainda o apelo ao legislador para avaliar a possibilidade de reformular a execução penal e a legislação correlata.

O Ministro citou um apanhado jurisprudencial sobre as vezes nas quais o STF se utilizou de sentenças manipulativas de efeitos aditivos, a pretexto de realizar interpretação conforme, como forma de justificar a recepção, quando na verdade, alterou ou acresceu sentido à lei, como destacou:

“Ao se analisar detidamente a jurisprudência do Tribunal, no entanto, é possível verificar que, em muitos casos, a Corte não atenta para os limites, sempre imprecisos, entre a interpretação conforme delimitada negativamente pelos sentidos literais do texto e a decisão interpretativa modificativa desses sentidos originais postos pelo legislador (ADI 3.324, ADI 3.046, ADI 2.652, ADI 1.946, ADI 2.209, ADI 2.596, ADI 2.405).

No julgamento conjunto das ADI 1.105 e 1.127, ambas de relatoria do ministro Marco Aurélio, o Tribunal, ao conferir interpretação conforme à Constituição a vários dispositivos do Estatuto da Advocacia (Lei n. 8.906/94), acabou adicionando-lhes novo conteúdo normativo, convolvando a decisão em verdadeira interpretação corretiva da lei (ADI 1.105/DF e ADI 1.127/DF, rel. min. orig. Marco Aurélio, rel. min. p/ acórdão Ricardo Lewandowski). Em outros vários casos mais antigos (ADI 2.332, ADI 2.084, ADI 1.797, ADI 2.087, ADI 1.668, ADI 1.344, ADI 1.105, ADI 1.127), também é possível verificar que o Tribunal, a pretexto de dar interpretação conforme à Constituição a determinados dispositivos, acabou proferindo o que a doutrina constitucional, amparada na prática da Corte Constitucional italiana, tem denominado de decisões manipulativas de efeitos aditivos (Sobre a difusa terminologia utilizada, vide: Carlos Blanco de Moraes, *Justiça constitucional: o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*, cit., t. 2, p. 238 e s.; Augusto Martín De La Vega, *La sentencia constitucional en Italia*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003; Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Valladolid: Lex Nova; 2001; Héctor López Bofill, *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004).

No curso do ano de 2012, o Tribunal voltou a se deparar com o problema no julgamento de mérito da ADPF 54, rel. Marco Aurélio, que discutia a constitucionalidade da criminalização dos abortos de fetos anencéfalos (ADPF 54, rel. min. Marco Aurélio, julgada em 12.4.2012).

De fato, ao rejeitar a questão de ordem levantada pelo Procurador Geral da República quando do julgamento da medida cautelar, o Tribunal já havia admitido a possibilidade de, ao julgar o mérito da ADPF 54, atuar de forma criativa, acrescentando mais uma excludente de punibilidade – no caso de o feto padecer de anencefalia – ao crime de aborto.

Ao decidir o mérito da ação, assentando a sua procedência e dando interpretação conforme aos arts. 124 a 128 do Código Penal, o Tribunal proferiu uma típica decisão manipulativa com eficácia aditiva em matéria penal”

---

<sup>58</sup> Tema 423 - Cumprimento de pena em regime menos gravoso ante a falta de vagas em estabelecimento penitenciário adequado

O Ministro Gilmar Mendes, ainda lembrou a ADPF 347, entretanto não fala em adoção da teoria do estado de coisas inconstitucional, aduz o pedido na ADPF *é justamente para que o Tribunal expeça determinações de caráter aberto e fiscalize seu cumprimento, retendo a jurisdição*. E que foi adotada a técnica do *complex enforcement*. E citou:

“SARGENTICH, tido como o primeiro autor a empregar a locução, definiu o “complex enforcement” como o tipo de litígio “no qual um segmento grande da realidade social é denunciado como ofensivo ao direito e transformado por ordens judiciais de fazer ou não fazer” (“in which a large segment of social reality is denounced as offensive to law and transformed through the judicial process of injunction” - SARGENTICH, Lewis D. Complex Enforcement. Trabalho não publicado. Disponível em: . Acesso em: 2 dez. 2015.)”

E sobre o processo e decisão estrutural, o Ministro reconheceu que

**“podemos fazer um esforço para resolvera questão de forma estruturante, além do simples estabelecimento de teses jurídicas.** Podemos avançar, determinando a observação de ferramentas que serão essenciais na implementação dos direitos dos sentenciados e no atendimento ao programa legal quanto à execução penal” (grifo nosso)

Após quase uma década da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, através da medida cautelar concedida pelo ex Min. Marco Aurélio, no dia 25 de julho de 2023, o portal do Supremo Tribunal Federal<sup>59</sup>, noticiou que a ex ministra Rosa Weber, ex-presidente da corte, esteve em Natal (RN) para visitar presídios e apresentar a retomada dos mutirões carcerários pelo país, defendendo ainda, uma aliança entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário para melhoria da situação dos presídios e ressaltou a Ministra: *“Aqui celebramos uma verdadeira aliança para superar o estado de coisas inconstitucional em que ainda se encontra nosso sistema prisional”*.

Traçando uma linha histórica do julgamento da ADPF 347, constata-se o inegável propósito estrutural, entretanto, a decisão tomada em sede de cautelar pelo ex- Min. Marco Aurélio (que só concedeu dois pedidos, dentre os oitos requeridos), não definiu qualquer plano nacional e não enfrentou os principais pedidos da ação (VITORELLI, 2022, p. 509).

A época, a declaração do estado de coisas inconstitucional chamou a atenção ao problema, diversas teses foram escritas, mas não houve reforma estrutural (VITORELLI, 2022, p. 510), o Supremo Tribunal Federal não se organizou para conduzir o processo e nenhuma medida de caráter estrutural fora adotada (VITORELLI, 2022, p. 511).

Entretanto, o cenário de transformação a partir da decisão da Suprema Corte se alterou, isto porque, conforme já apresentado neste trabalho, na data do dia 4 de outubro de

<sup>59</sup> <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=511168>



2023, sob a presidência do Min. Roberto Barroso, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro e reforçou a necessidade de cooperação entre todos os Poderes constituídos e que a solução da questão do sistema prisional deve passar pela elaboração de plano nacional e de planos locais, com a participação de diversas autoridades e entidades da sociedade.

Ainda, na busca a reforma e de forma pró ativa, o Tribunal deu prazo de seis meses para que o governo federal elabore um plano de intervenção para resolver a situação, com diretrizes para reduzir a superlotação dos presídios, o número de presos provisórios e a permanência em regime mais severo ou por tempo superior ao da pena.

Sobre demanda estrutural e o legítimo controle judicial de políticas sob a ótica do processo coletivo (e não ADPF para tentar se declarar inconstitucional) é merecedor o destaque “ACP do Carvão”, que inclusive há acompanhamento eletrônico<sup>60</sup> para a fiscalização da execução da sentença de procedência, para dar maior publicidade e conseguir a maior participação social no gerenciamento do problema da mineração de carvão naquela localidade. Um breve resumo realizado pelo Grupo Técnico de Assessoramento à Execução da Sentença (GTA)<sup>61</sup>:

“A Ação Civil Pública nº 93.8000533-4, ou ACP do Carvão, como ficou conhecida, foi proposta pelo Ministério Público Federal (MPF) em 1993 e demandou das empresas carboníferas e à União a recuperação os danos ambientais causados pela exploração de carvão mineral na região Sul de Santa Catarina. A sentença (Processo nº 2000.72.04.002543-9) foi proferida pela Justiça Federal em janeiro de 2000 e, como havia antecipação de tutela, os réus começaram a se organizar e se estruturar para apresentar seus projetos para a recuperação de seus passivos. Inicialmente, a sentença exigia a apresentação, em um prazo de seis meses, de um projeto de recuperação que contemplasse todos os itens previstos no PROVIDA-SC, bem como a execução desse projeto nos três anos seguintes. O projeto deveria prever a recuperação de áreas de depósitos de rejeitos, áreas mineradas a céu aberto e minas abandonadas, bem como o desassoreamento, fixação de barrancas, descontaminação e retificação dos cursos d’água, além de outras obras. Mais tarde, a sentença foi reformada e o prazo para a recuperação dos recursos hídricos foi ampliado para dez anos, permanecendo o prazo inicial de três anos para as obras terrestres. Em 2006, o juízo, a pedido do MPF, determinou que os projetos fossem padronizados segundo as normas técnicas – NBR 13030, e com os itens NRM-01 (normas gerais) e NRM-21 (reabilitação de áreas pesquisadas, mineradas e impactadas) da Portaria do DNPM nº 237, de 18/10/2001, o que foi atendido pelos réus. Esses projetos passaram a ser analisados pelo MPF e pela então FATMA, atual IMA.

Medidas estruturantes pelo Poder Judiciário se revelam legítimas, o que torna o processo estrutural um verdadeiro exercido democrático. Neste sentido

“As críticas quanto ao caráter antidemocrático e a incompetência dos juízes para atuar nessa seara parecem, quando analisadas detidamente, pouco fundadas. Primeiro, porque nem o Executivo, nem o Legislativo são, necessariamente, democráticos ou competentes. O afastamento das autoridades eleitas das vontades e

<sup>60</sup> <https://www.jfsc.jus.br/acpdocarvao/>

<sup>61</sup> <http://acpcarvao.com.br/login/index.php>

interesses de seus constituintes é um fenômeno bem demonstrado, assim como a existência de um considerável rol de pessoas que, conquanto exerçam cargos de gestão, não tem competência técnica ou capital político para tomar decisões apropriadas. Nesse contexto, por comparação, um juiz que se disponha para compreender o litígio, a estudar a questão técnica, a ampliar o contraditório para abranger os subgrupos impactados e a se valer de sua posição imparcial para tomar a decisão que melhor atenda os interesses da sociedade podem estar tão ou mais bem situado que os gestores eleitos. Não há garantia prévia de que, no mérito, o juiz será capaz de tomar uma boa decisão. Mas essa garantia também não existe quanto aos eleitos, e a posição destes na estrutura administrativa ostenta fragilidades que não podem ser desprezadas.

Nesse cenário, o processo estrutural representa, ao contrário do que posso parecer em um primeiro momento, a mais branda modalidade de intervenção sobre a política pública. Isso porque ele permite que se intervenha de modo ordeiro, racional e dialogado, tanto com o gestor quanto com a sociedade. A implementação de direitos mediante ações individuais ou processos coletivos não estruturais pode aparentar maior ofensividade, mas implica desorganização ainda maior da instituição, imposição de comandos não discutidos apropriadamente e aumento da litigiosidade, em razão da interposição de recursos” (VITORELLI, 2022, p. 145)

Ainda, sobre a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal, segue o pensamento de Alexy sobre a argumentação representativa:

“O princípio fundamental: “Todo poder estatal origina-se do povo” exige compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo de que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer negativamente que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais, fracassou, mas também exige positivamente que os cidadãos aprovelem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão reconciliados. (ALEXY, 99, p. 217:55-66)

Sobre o controle do Poder Judiciário das políticas públicas dentro da norma constitucional e da possibilidade de medidas estruturantes não há dúvida<sup>62</sup>, o que demonstra

---

<sup>62</sup> Conforme sustenta Marco Félix Jobim, no qual destaca doze razões garantidoras desse poder ao Supremo Tribunal Federal, refutando as críticas sobre a ausência de legitimidade democrática do Tribunal, em virtude da ausência de eleição pelo voto popular dos Ministros e não estarem sujeitos a revisão de seus mandatos, quais sejam: i) o limite da sentença normativa está adstrito aos sentidos normativos do texto da Constituição da República; ii) o Poder Judiciário somente poderá proferir sentenças normativas na omissão ou comissão dos demais Poderes; iii) somente poderá ser ministro do Supremo Tribunal Federal um cidadão nato; iv) a sabatina pelo Senado é um via indireta da democracia representativa; v) a nomeação pelo Executivo também é uma via

não ser necessário declarar inconstitucional para promover reformas estruturais, como bem salientou o Ministro Gilmar Mendes, a *decisão judicial deve ser plástica e não reter a jurisdição*.

Entre um dos pressupostos destacados por Marco Félix Jobim para garantir a legitimidade democrática em produzir decisões normativas estruturantes, está a *possibilidade de nova lei pelo Poder Legislativo após o julgamento do Supremo Tribunal Federal*. O que não significa que seja bom, pode estar provocando uma reação hostil do Poder Legislativo, configurando o *backlash*.

Cite-se o Projeto de Lei do Senado nº 736, de 2015, de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares (PSB/SE), para estabelecer termos e limites ao exercício do controle concentrado e difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, dispor sobre o estado de coisas inconstitucional. Na justificativa do referido projeto de lei, aduz:

“Embora louvável a decisão de reconhecer o estado de coisas inconstitucional de nosso sistema penitenciário, provocando as esferas do poder público à ação, entendemos ser bastante preocupante a determinação de afastamento do princípio da separação de Poderes, cláusula imodificável de nossa Constituição, na decisão, especialmente quando combinada com a desconsideração do princípio da reserva do financeiramente possível.”

A quebra do bloqueio institucional deve ser cooperativa e não ruidosa, deve buscar o equilíbrio da função contramajoritária da Suprema Corte e a representatividade dos Poderes Legislativo e Executivo.

A defesa do exercício da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal é garantia da democracia, mas frise-se: *o constitucionalismo, apesar de ser, em essência contramajoritário, é também, por excelência, antitotalitário* (ABBOUD, 2022, p. 45).

#### 2.4. DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

A independência e harmonia entre os poderes, a supremacia e o equilíbrio convivem no texto constitucional, não são ideias excludentes, pelo contrário, são fundamentais para a concretização da norma constitucional, principalmente em momentos críticos e conflituosos (VALLE; SILVA, 2009, p. 2252).

---

indireta da democracia representativa; vi) existe a possibilidade de *impeachment* dos ministros do Supremo Tribunal Federal pelos membros do Poder Legislativo; vii) a democracia participativa está assentada no processo com a possibilidade de *amicus curiae*; viii) as audiências públicas são outra forma de democracia participativa no processo; ix) existe legitimação processual nos controles difuso e abstrato que abarcam o Executivo, o Legislativo e o cidadão; x) existe a possibilidade de nova lei pelo Poder Legislativo após o julgamento do Supremo Tribunal Federal; xi) a motivação e a publicidade das decisões são outra forma de controle, e xii) há o controle externo do Poder Judiciário pelo Conselho Nacional de Justiça (JOBIM, 2022, p. 171)

Construir uma sociedade livre justa e solidária é um objetivo da República Federativa do Brasil, expressamente consagrado no art. 3º, I do texto constitucional, e este compromisso pertence a todos os poderes constituídos.

No processo estrutural não há espaço e nem sentido para ser o Poder Judiciário o “*monopólio da última palavra*”, conforme professado pelo ex Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Melo, ao julgar o Mandado de Segurança nº 26603<sup>63</sup>.

Quando o Supremo Tribunal Federal declara o estado de coisas inconstitucional sob a alegação da necessidade da “quebra dos bloqueios institucionais”, é para que a decisão funcione como uma “senha de acesso” pela Corte a decisão estrutural (CAMPOS, 2015).

E “quebrar bloqueios institucionais” necessita cooperação e colaboração, nesse sentido:

“o resultado almejado pela proclamação do estado de coisas inconstitucional é inaugurar um exercício de colaboração entre os poderes – e a substituição autorizativa será a antítese dessa mesma ideia. Importante destacar que não há qualquer incompatibilidade entre essa proposição e a antes referida atuação gerencial do Judiciário. A questão está em que a gestão que dele se requer é a da crise institucional paralisante – e não do problema em si. Significa dizer que o bloqueio institucional e as medidas necessárias à sua superação serão o limite da intervenção judicial. Essa é a perspectiva que permitirá alguma controlabilidade de uma ação jurisdicional que foge do padrão ordinário dessa mesma função.” (VALLE, 2016)

E ser a “senha de acesso” significa não reter e esgotar a jurisdição, pois, quando o Judiciário recorre às sentenças estruturais, o seu objetivo tem que ser ir além, para que as políticas públicas sejam desenvolvidas ou que ocorra e devida reorganização para sanar as omissões existentes e para isso

“A decisão tende a cristalizar posições, ainda que ela contenha a ressalva de uma cláusula *rebus sic standibus*, que é salutar. Se as circunstâncias de fato, assim como o seu diagnóstico, são mutáveis, é preciso que a decisão seja capaz de adaptar-se às peculiaridades da situação material. A garantia de tutela adequada do direito é também a garantia de um processo ajustado as necessidades desse direito” (VITORELLI, 2022, p. 445)

No processo estrutural não há um vencedor A ou B da demanda, não significa dizer que A possui o direito e B é o perdedor e por isso deve pagar a A, pelo contrário, o processo estrutural não é bipolar e sim multipolar/policêntrico, e, se for falar ou ter um vencedor em

<sup>63</sup> “A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la”. Doutrina. Precedentes. - A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal - a quem se atribuiu a função eminente de “guarda da Constituição” (CF, art. 102, “caput”) - assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País conferiu, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental.” . <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms26603CM.pdf>

um processo estrutural, este, sem sombra de dúvidas será a coletividade ao poder fruir seus direitos fundamentais e ter as políticas públicas condizentes com o texto constitucional, sendo um processo-programa (VITORELLI, 2022, p.74).

O Poder Judiciário deve atuar como agente de intermediação e de convencimento (VITORELLI, 2022, p.70), sua atuação não deve ser simbólica e tampouco rígida. Se é para quebrar bloqueios institucionais, o diálogo entre os poderes e respeito as suas competências devem existir.

No exercício da jurisdição constitucional no processo estrutural, é constante a busca “do protagonista mais adequado, tendo em conta as funções originalmente postas a cada qual dos poderes, conforme o conteúdo do direito em discussão.” (VALLE; SILVA, 2009, p. 2261).

O diálogo institucional é crucial para manter o equilíbrio e a estabilidade em um sistema político. Quando os poderes trabalham em conjunto, respeitando as funções e limites de cada um, a democracia é fortalecida e a governança se torna mais eficiente e responsável.

E o diálogo deve estar aberto ao público e aqueles que sofrem violações em seus direitos. Se há uma decisão em jurisdição constitucional na defesa de uma minoria e essa decisão se pretende ser democrática, é necessário que os interesses desses indivíduos sejam levados em consideração (GARGARELA, 2012, p. 184), para uma sociedade aberta aos intérpretes e promover a democracia deliberativa (BAHIA; MATOS, 2016, p. 182).

E justamente neste sentido de “diálogo institucional e intercultural”, que o Ministro Roberto Barroso tomou decisões na ADPF 709<sup>64</sup>, proposta pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil e seis partidos políticos (PSB, PSOL, PCdoB, Rede, PT, PDT), em que se apontou omissão do governo federal no combate à Covid-19 entre os indígenas.

O Ministro Barroso, de forma ativa e pró-ativa (e não juiz ativista), procurou atuar no caso como “facilitador de decisões e de medidas que idealmente devem envolver diálogos com o poder público e com os povos indígenas, sem deixar de observar os princípios da precaução e da prevenção”. Determinando as seguintes medidas: i) SALA DE SITUAÇÃO: Que o governo federal instale Sala de Situação para gestão de ações de combate à pandemia quanto a povos indígenas em isolamento ou de contato recente, com participação das comunidades, por meio da APIB, da Procuradoria-Geral da República e da Defensoria Pública da União. Os membros deverão ser designados em 72 horas a partir da ciência da decisão, e a primeira reunião virtual deve ser convocada em 72 horas depois da indicação dos

---

<sup>64</sup> <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=447103&ori=1>

representantes; ii) **BARREIRAS SANITÁRIAS**: Que em 10 dias, a partir da ciência da decisão, o governo federal ouça a Sala de Situação e apresente um plano de criação de barreiras sanitárias em terras indígenas; iii) **PLANO DE ENFRENTAMENTO DA COVID-19**: Que o governo federal elabore em 30 dias, a partir da ciência da decisão, com a participação das comunidades e do Conselho Nacional de Direitos Humanos, um Plano de Enfrentamento da Covid-19 para os Povos Indígenas Brasileiros. Os representantes das comunidades devem ser definidos em 72 horas a partir da ciência da decisão; iv) **CONTENÇÃO DE INVASORES**: Que o governo federal inclua no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da Covid-19 para os Povos Indígenas medida de contenção e isolamento de invasores em relação a terras indígenas. Destacou, ainda, que é dever do governo federal elaborar um plano de desintrusão e que se nada for feito, voltará ao tema, e, v) **SUBSISTEMA INDÍGENA**: Que todos os indígenas em aldeias tenham acesso ao Subsistema Indígena de Saúde, independente da homologação das terras ou reservas; e que os não aldeados também acessem o subsistema na falta de disponibilidade do SUS geral.

Ainda sobre a ADPF 709, Edilson Vitorelli destaca o empenho e agilidade do Ministro Barroso, que após o deferimento da liminar em 8/07/2020, proferiu ainda no curso do mês de julho quatro decisões monocráticas, julgando a liminar em agosto e ao longo de 2020 foram proferidas mais de dez decisões monocráticas acompanhando, sendo fator determinante para imprimir caráter estrutural ao processo (VITORELLI, 2022, p. 514/515).

Portanto, há uma decisão estrutural, o reconhecimento do caráter policêntrico do litígio (VITORELLI, 2022, p. 514), sem declarar estado de coisas inconstitucional para promover reforma estrutural. Desta forma

“STF não apenas determinou a elaboração de uma plano, mas também estabeleceu medidas concretas, parâmetros mínimos e autoridades que deveriam participar da condução da crise. Pode-se afirmar, por esse motivo, que a ADPF 709 é o primeiro exemplo de processo verdadeiramente estrutural, conduzido pelo Supremo Tribunal Federal. A Ministra Rosa Weber expressamente o afirmou na p. 6 de seu voto” (VITORELLI, 2002, p. 516)

Se há constante mutabilidade das situações na concretização dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional, a colaboração e a cooperação devem estar presentes entre os diferentes atores do sistema constitucional, especialmente entre os poderes do Estado e outras instituições relevantes.

A premissa da mutabilidade das situações se torna verdadeira, vide a necessidade ativa nos limites constitucionais de atuação do Ministro Barroso em conduzir (ser válvula motriz do processo estrutural) a ADPF 709, buscou o melhor plano, não o plano perfeito (dificilmente

existirá), mas aquele que se desenvolva e possa ser (realidade) implementando com esforço coletivo (VITORELLI, 2022, p. 216).

E nesse sentido de esforço mútuo e cooperativo, é que a jurisdição constitucional deve se aproximar cada vez mais ao sistema de justiça multiportas e aos acordos constitucionais.

O processo, seja em jurisdição constitucional ou não, deve buscar a resolução do problema jurídico e não a extinção do processo (DIDIER JR.; FERNANDEZ, 2023, p. 147), devendo o art. 3, §§ 2º e 3º do Código de Processo Civil<sup>65</sup> ser aplicado pela Suprema Corte.

Não há dúvida que o STF é instituição qualificada para a solução dos problemas constitucionais, entretanto, não pode ser entendido com a única porta/instituição.

A função constitucional do Supremo Tribunal Federal de “zelar pela guarda da Constituição” não deve ser entendida como exclusiva, até pelo teor do art. 23 do texto constitucional<sup>66</sup>, neste sentido, a autocomposição<sup>67</sup>, a deferência judicial e a consensualidade precisam estar presentes em jurisdição constitucional.

E justamente no processo estrutural submetido ao Supremo Tribunal Federal, diante da relação entre os diversos *players* e em respeito a capacidade institucional que

“É possível, então, pensar em uma justiça constitucional multiportas, cuja abrangência alcança também a autocomposição e o diálogo e a deferência em relação a outros entes dotados de mais elevada capacidade institucional para a solução do problema jurídico de natureza constitucional.” (DIDIER JR.; FERNANDEZ, 2023, p. 150).

E diante das características da demanda estrutural, o Supremo Tribunal Federal, através da Resolução 790/2022, criou o Centro de Soluções Alternativas de Litígios (CESAL), considerando que as demandas estruturais e os litígios complexos exigem técnicas e intervenções diferenciadas, como flexibilidade de procedimento, consensualidade, negociações e atipicidade dos meios de provas, das medidas executivas e das formas de cooperação judiciária.

A garantia de consensualidade<sup>68</sup> em processos estruturais fortalece o federalismo cooperativo, estimula a harmonia entre poderes e utiliza a teoria das capacidades

---

<sup>65</sup> CPC, “Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.”

<sup>66</sup> CRFB/ 1988: “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;”

<sup>67</sup> II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, Enunciado nº 88: “As técnicas de autocomposição são compatíveis com o exercício da jurisdição constitucional, inclusive na fase pré--processual, podendo ser aplicadas em ações de competência da Suprema Corte”.

<sup>68</sup> Sobre consensualidade em jurisdição constitucional, podemos destacar o acordo que exclui a limitação da participação de mulheres no concurso público em andamento para o quadro da Polícia Militar do Distrito Federal

institucionais de maneira inteligente, entendendo qual função estatal em determinado momento tem a possibilidade de ter um “protagonismo” e conseguir tomar a melhor decisão para resolver o problema.

E sobre acordos em jurisdição constitucional<sup>69</sup>, Georges Abboud, de forma pioneira, destaca as seguintes vantagens: i) definição de questões complexas em tempo mais razoável do que costumeiramente ocorre até a prolação de decisão pelo STF; ii) o acordo admite solução mais plural e detalhada, permitindo estabelecimento de cronograma e de regras para implementação e cumprimento da decisão; iii) o acordo, diferentemente da decisão judicial, é mais maleável e possibilita a revisão de seus termos de forma menos traumática; iv) o acordo é ontologicamente consensual.” (ABBOUD, 2021,pág. 931).

Sendo o Poder uno e indivisível, no qual se reparte em atribuições e competências das funções do Estado, poderíamos diante de cada caso concreto, em razão da efetividade da resolução do problema e não do processo, pela capacidade de cada instituição, garantir o protagonismo, ora da função jurisdicional, ora da função legislativa, ora da função executiva, o que definiria como “separação dinâmica dos poderes em processo estrutural”.

O diálogo institucional, a consensualidade, a utilização de todos os esforços e meios adequados em jurisdição constitucional, tem como objetivo a melhor resolução do problema, e não apenas a produção de política por decisão judicial.

É preciso produzir decisão que forneça e garanta possibilidades de resolver o problema, não de maneira simbólica, mas sim, de forma efetiva, na ânsia de concretizar os direitos constitucionais e não realizar “jogo de poder”.

E nesse cenário, destaca-se passagem do discurso de posse<sup>70</sup> do Min. Roberto Barroso na Presidência do Supremo Tribunal Federal:

*“Nada obstante, é imperativo que o Tribunal aja com autocontenção e em diálogo com os outros Poderes e a sociedade, como sempre procuramos fazer e pretendo intensificar. Numa democracia não há Poderes hegemônicos. Garantindo a independência de cada um, conviveremos em harmonia, parceiros institucionais pelo bem do Brasil.”*

A Constituição deve ser vista como um documento vivo e dinâmico, que requer o envolvimento de todos os *players* para promover os valores e os princípios constitucionais de forma efetiva.

---

(PMDF). firmado em audiência de conciliação no âmbito da ADI 7433. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=517266&ori=1>.

<sup>69</sup> Na ADPF 568, foi firmado acordo sobre a destinação dos valores recuperados da Petrobras à educação e ao meio ambiente. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=422658&ori=1>

<sup>70</sup> <https://www.conjur.com.br/dl/discurso-barroso-posse-28-setembro.pdf>.



## 2.5. DECLARAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: DECISÃO-ÁLIBI?

Nos tópicos anteriores, 2.3 e 2.4, entre outros temas, tratamos sobre os efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal que declararam o estado de coisas inconstitucional nas ADPFs 347 e 760, e, da necessidade que produza efeitos concretos que possibilitem a alteração do *status quo* e não seja meramente simbólica.

A eficácia da declaração do estado de coisas inconstitucional pode ser uma questão complexa e controversa.

Embora a declaração desse estado seja frequentemente vista como um esforço para enfrentar situações sistêmicas e generalizadas de violações dos direitos fundamentais, há casos em que essa declaração pode enfrentar desafios em termos de implementação e resultados práticos que produzam efeitos concretos, com o objetivo da alteração estrutural e não seja meramente uma decisão simbólica.

As decisões judiciais muitas vezes carregam um simbolismo significativo que vai além da aplicação da constituição e da lei.

Os símbolos podem refletir valores, princípios, dogmas, aquilo que o julgador entende necessário para motivar a sua decisão, entretanto, sem impacto social, jurídico e principalmente para aquele que teve e continua tendo, mesmo após uma decisão judicial, o seu direito violado.

E nesse sentido de decisão judicial simbólica que está, pelo menos até o momento, a declaração do estado de coisas inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, podendo se falar em decisão-álibi em analogia e legislação-álibi do professor Marcelo Neves.

A legislação-álibi refere-se a criação de leis que, aparentemente, resolveriam determinado problema social ou garantiria direitos fundamentais.

No entanto, na prática, tais leis não são efetivamente aplicadas, servem como uma legislação simbólica de garantir suposta proteção ou melhoria. Essas leis são criadas para dar a impressão de que o governo está agindo em relação a uma questão importante, mas na prática não oferecem soluções concretas ou eficazes. (NEVES, 2011, p. 37/39)

A decisão-álibi do estado de coisas inconstitucional, por sua vez, seria a decisão judicial que se preocupou mais com a política, sem preocupação com a efetividade concreta

de sua execução e conseqüentemente com a preocupação real de garantir direitos fundamentais ou buscar meios de transformação social, sem uma efetiva análise jurídica.

A legislação-álibi e a decisão-álibi do estado de coisas inconstitucional são fenômenos que conversam com a constitucionalização simbólica, contribuindo para criar uma aparência de preocupação e respeito com a proteção dos direitos fundamentais.

Já foi apresentado neste trabalho decisões judiciais estruturantes efetivas e elogiosas, inclusive em sede de jurisdição constitucional, sem a necessidade de declarar simbolicamente o estado de coisas inconstitucional.

Da mesma forma, a declaração do estado de coisas inconstitucional gerou um efeito simbólico positivo na ADPF 760, pois como tratado neste trabalho, em razão da mudança do governo federal, houve mudança na política ambiental em atenção a flagrante violação dos direitos fundamentais ambientais, o que demonstra na prática, que o Poder Executivo está atuando novamente para a tutela do meio ambiente.

O fenômeno da decisão-álibi (política e simbólica) acarreta desafios ao Estado Democrático de Direito, pode atacar a credibilidade ao sistema de justiça e gerar a desconfiança popular nas instituições judiciais.

### **3. ADPF E O USO DA TEORIA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL**

A ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – prevista de maneira inédita na Constituição Federal de 1988<sup>71</sup> - é um mecanismo jurídico utilizado no Brasil para questionar a inconstitucionalidade de atos normativos ou situações que violem preceitos fundamentais do texto constitucional.

Em contrapartida, o conceito de "estado de coisas inconstitucional" é uma abordagem mais ampla e recente que se relaciona à ADPF, mas vai além dela.

Neste processo constitucional e o estado de coisas inconstitucional ir além da ADPF, é que adverte Georges Abboud sobre um grande dilema da jurisdição constitucional contemporânea em

“em encontrar equilíbrio entre agir corrigindo os desvios dos demais Poderes protegendo direitos fundamentais e assegurando a força normativa da Constituição sem incorrer em ativismo judicial consistente numa incursão não permitida pelo texto constitucional na esfera de ação dos demais Poderes” (ABBOUD, 2021, p. 526)”

---

<sup>71</sup> CRFB/88: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: § 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.”

E diante de uma jurisdição constitucional forte e concretizadora das promessas constitucionais, destaca-se a lição de Rui Barbosa de que “*Os que aplicam o direito, não devem recear ante os obstáculos da força*”.<sup>72</sup>.

### 3.1. O PAPEL DA ADPF NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A ADPF é uma ação direta de controle de constitucionalidade, que permite a análise da constitucionalidade de atos normativos ou situações que afrontem os preceitos fundamentais da Carta Magna.

Embora a previsão constitucional da ADPF e sua regulamentação pela Lei 9882 de 1999, não há uma definição do que seja “preceito fundamental”, mas há um grande entendimento de que sejam normas que estruturam e sejam os pilares fundamentais do texto constitucional, aquelas que *conformam a essência de um conjunto normativo-constitucional, conferindo-lhe identidade, exteriorizando o sustentáculo da própria Constituição* (TAVARES, 2001, p. 53).

Sob esse olhar, além das cláusulas pétreas previstas no art.60, §4º da Constituição Federal, normas materiais e formais previstas no texto constitucional como os princípios fundamentais previstos no Título I da Constituição, os direitos sociais, políticos e princípios constitucionais sensíveis, os preceitos fundamentais podem ser entendidos e considerados diante da fundamentação e análise de cada caso concreto (COSTA, 2021, p.36).

Neste sentido, no julgamento da ADPF 33, o Ministro Gilmar Mendes assim votou:

“O que significa, efetivamente, “separação do Poderes” ou “forma federativa!? O que é um “Estado de Direito Democrático”? Qual significado da “proteção da dignidade humana”? Qual a dimensão do “princípio federativo”? Essas indagações somente podem ser respondidas, adequadamente, no contexto de determinado sistema constitucional. É o exame sistemático das disposições constitucionais integrantes do modelo constitucional que permitirá o conteúdo de determinado princípio”<sup>73</sup>

Ainda:

“Nessa linha de entendimento, a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio. Tendo em vista as

<sup>72</sup> Trecho retirado do livro "Obras Completas, Vol.XXXIX, Tomo I. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1950.

<sup>73</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 33-5/PA. Relator: Min. Gilmar Mendes, 7 de dezembro de 2005.p.13. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388700>. Acesso em: 28 set. 2023

interconexões e interdependências dos princípios e regras, talvez não seja recomendável proceder-se a uma distinção entre essas duas categorias, fixando-se um conceito extensivo de preceito fundamental, abrangente de normas básicas contidas no texto constitucional.” (MENDES, 2011, p.151)

Uma das características mais marcantes da ADPF está na sua amplitude e flexibilidade<sup>74</sup>.

Enquanto as ações diretas de inconstitucionalidade – ADI - e as ações declaratórias de constitucionalidade – ADC - têm um escopo mais limitado, a ADPF pode ser utilizada para questionar qualquer ato do poder público que viole preceitos fundamentais<sup>75</sup>, mesmo que não haja uma norma específica a ser declarada inconstitucional.

Além disso, a ADPF também pode ser utilizada como um instrumento de controle concentrado de constitucionalidade, ou seja, pode ser ajuizada diretamente perante o Supremo Tribunal Federal (STF), sem a necessidade de passar pela análise prévia de outros tribunais.

Isso confere agilidade ao processo de resolução de questões constitucionais de grande relevância, tornando-se um meio eficaz de proteger os princípios e valores fundamentais da Constituição.

Significa que a ADPF é um importante mecanismo para a proteção dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, exercendo função de destaque na jurisdição constitucional no controle de atos atípicos e potencialmente lesivos à ordem constitucional, os quais não seriam possíveis controlar por ADI e nem ADC (ABBOUD, 2021, p. 589).

O estado de coisas inconstitucional refere-se a uma situação sistêmica em que o descumprimento de preceitos fundamentais ocorre de maneira generalizada e estrutural dentro de um determinado setor ou política pública.

Essa abordagem reconhece que o problema não está restrito a um ato normativo específico, mas sim à própria estrutura ou funcionamento de uma área do Estado que contraria os princípios constitucionais.

A ADPF, por sua vez, pode ser utilizada como um instrumento para enfrentar um estado de coisas inconstitucional.

Quando uma situação sistêmica de desrespeito aos preceitos fundamentais é identificada, os legitimados podem ajuizar uma ADPF perante o Supremo Tribunal Federal

---

<sup>74</sup> Outro aspecto importante da ADPF é sua natureza preventiva. Ela pode ser usada para evitar a ocorrência de lesões aos preceitos fundamentais, impedindo que atos inconstitucionais produzam efeitos danosos à sociedade.

<sup>75</sup> “A arguição de descumprimento, que pode ser manejada para solver controvérsias constitucionais sobre a constitucionalidade do direito federal, do direito estadual e também do direito municipal, veio completar o sistema de controle de constitucionalidade de perfil relativamente concentrado no Supremo Tribunal Federal” (MENDES, 2011, p.2).

para buscar a declaração de inconstitucionalidade não apenas de atos normativos específicos, mas também da própria situação sistêmica que causa a violação dos preceitos fundamentais.

Neste sentido, a ADPF pode ser utilizada não apenas para questionar a constitucionalidade de atos normativos ou ações de poder público, mas também para tratar da omissão do poder público na concretização de preceitos fundamentais da Constituição.

Assim, a ADPF por omissão é uma ferramenta que visa garantir que a inação do poder público não prejudique a concretização dos direitos e princípios fundamentais estabelecidos na Constituição, possibilitando ao STF a produzir decisões estruturantes e medidas para suprir essa lacuna e proteger a ordem constitucional, exercendo sua função contramajoritária:

“a jurisdição constitucional assegura proteção das minorias e dos direitos fundamentais. Tal concepção tornou praticamente uníssono o entendimento de que, atualmente, o processo constitucional pode ser definido como subsistema processual responsável por assegurar a solução dos conflitos jurídicos de ordem constitucional do Estado, bem como, o *locus* privilegiado para a proteção e implantação dos direitos fundamentais” (ABBOUD, 2021, pág. 473);

O uso da ADPF para tratar do estado de coisas inconstitucional reconhece que algumas violações de direitos fundamentais não podem ser tratadas de maneira eficaz por meio de casos individuais<sup>76</sup>, sendo necessário abordar a situação como um todo. Isso permite que o tribunal adote uma abordagem mais abrangente para corrigir as falhas sistêmicas e garantir a proteção dos direitos fundamentais da população.

E sendo assim, a necessidade de fundamentação de decisões em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é um requisito fundamental para o sistema jurídico e o de Estado Democrático de Direito, para o bom e correto entendimento não só dos operadores do direito, mas também de sociedade, é importante que o Direito seja claro e fundamentado para todos.

A fundamentação de decisões em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental desempenha um papel crucial na garantia da justiça, no cumprimento da Constituição e na manutenção da legitimidade do sistema judicial, isto porque, sendo uma ação de controle abstrato *é mecanismo de concretização das promessas constitucionais* (ABBOUD, 2021, p. 547).

É um componente essencial do devido processo legal, podendo destacar: i) transparência: a fundamentação de decisões garante transparência no processo de julgamento,

---

<sup>76</sup> “ADPF é ação de cariz híbrido; em diversas hipóteses, ela se assemelha à ação coletiva porque subjacente a ela, existe uma pluralidade composta de diversos direitos subjetivos individuais. Por exemplo, a ADPF para realização de aborto de fetos anencefálicos ou para reconhecimento de uniões homoafetivas” (ABBOUD, 2021,p.488).

permitindo que as partes envolvidas entendam as razões da decisão do tribunal; ii) fiscalização: permite que as decisões sejam fiscalizadas, contribuindo para a *accountability* e a integridade do sistema judiciário; iii) legitimidade: fundamental para a legitimidade das decisões do tribunal, pois quando o público em geral e as partes envolvidas compreendem as razões por trás das decisões, elas são mais propensas a aceitá-las, o que é essencial para a confiança no sistema judicial; iv) respeito aos princípios constitucionais: é uma maneira de demonstrar que o tribunal levou em consideração os princípios fundamentais da Constituição na tomada de decisão, dentro da “moldura constitucional”. Isso ajuda a garantir que as decisões se alinhem com os valores e objetivos constitucionais.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF - é um importante instrumento jurídico para questionar a constitucionalidade de atos normativos, enquanto o conceito de "estado de coisas inconstitucional" amplia essa abordagem para situações sistêmicas de descumprimento de preceitos fundamentais, permitindo que o Poder Judiciário atue de maneira mais abrangente na proteção da Constituição e dos direitos fundamentais.

### 3.2 A REFORMA ESTRUTURAL SOB O MANTO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL - ANÁLISE DAS AÇÕES NO STF

No capítulo 2, itens 2.1 e 2.2, apresentamos e trabalhamos a ADPF 347 - em que o Supremo Tribunal Federal declarou a existência do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário brasileiro e a ADPF 760 - reconheceu que há um estado de coisas inconstitucional quanto ao desmatamento ilegal da Floresta Amazônica e de omissão do Estado brasileiro em relação à função protetiva do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Na sequência deste capítulo, serão apresentadas e trabalhadas as ADPFs que tramitam ou já tramitaram no Supremo Tribunal Federal requerendo a declaração do estado de coisas inconstitucional.

#### 3.2.1 APDF 682 – Estado de coisas inconstitucional no ensino jurídico

No período do início da pandemia COVID-19, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB – ajuizou ADPF e alegou ações e omissões do Poder Público Federal, especialmente do Ministério da Educação - MEC, no âmbito da condução de políticas públicas de regulação, avaliação e supervisão dos cursos de graduação em Direito e das

instituições privadas de ensino superior, pela violação de preceitos fundamentais consubstanciados nos art. 6º, caput, art. 205, caput, art. 206, VII, e art. 209, I, todos da Constituição Federal<sup>77</sup>.

Aduziu da insuficiência dos parâmetros de avaliação adotados pelo MEC capazes de superestimar a real situação das instituições e dos cursos avaliados, consolidando um “cenário de mercantilização predatória dos cursos de graduação em Direito, em que é evidente a expansão quantitativa em detrimento da qualidade”.

Evidenciou, segundo a sua perspectiva, o baixo desempenho dos cursos jurídicos, sua mercantilização e a inconstitucional omissão estatal.

Em sede de medida cautelar, requereu que fosse determinada a suspensão imediata de novos pedidos de autorização de cursos jurídicos ou de expansão de vagas em instituições de ensino privadas, em qualquer modalidade de ensino (presencial ou EaD), bem como a suspensão de eficácia de autorizações de cursos jurídicos que ainda não iniciaram seu funcionamento e de novas vagas autorizadas, mas ainda não implementadas, enquanto persistir o estado de calamidade pública (Decreto Legislativo 6/2020).

No mérito, o legitimado ativo postulou a procedência integral dos pedidos, como fim de: i) reconhecer o Estado de Coisas Inconstitucional referente à situação do ensino jurídico, em decorrência da violação sistemática ao preceito constitucional que garante a qualidade do ensino superior (art. 209, CF); ii) determinar a reformulação dos critérios e procedimentos de avaliação dos cursos jurídicos, na linha dos achados constatados pela Auditoria Operacional do Tribunal de Contas da União, em sede do processo TC 010.471/2017-0, e considerada a situação de evidente excesso de oferta dos cursos de graduação em Direito no país; iii) assegurar a efetiva participação da entidade requerente em todas as fases do processo de reformulação; iv) determinar a imediata realização de diligências nos cursos de Direito que contem com conceito Enade 1 e 2 ou que não contem com conceito Enade quando já o deveriam ter, com vistas à melhoria do resultado na avaliação seguinte ou à revogação de seu reconhecimento; v) determinar a suspensão de novos pedidos de autorização de cursos jurídicos ou de expansão de suas vagas em instituições de ensino privadas, em qualquer modalidade de ensino (presencial ou EaD), pelo prazo renovável de 5 (cinco) anos, à semelhança de medida já adotada para os cursos de Medicina em portaria ministerial, para que o Ministério da Educação realize estudos técnicos necessários para o aprimoramento da

---

<sup>77</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 682/DF. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5906412>. Acesso em: 28 set. 2023

política de avaliação, em favor da promoção da qualidade do ensino jurídico no país; vi) determinar a suspensão de eficácia de autorizações de cursos jurídicos que ainda não iniciaram seu funcionamento e de novas vagas autorizadas, mas ainda não implementadas, pelo prazo renovável de 5 (cinco) anos”

O ex Min. Relator Ricardo Lewandowski não deu seguimento a ação<sup>78</sup>, uma vez constatado o não atendimento do requisito da subsidiariedade.

Sobre o requisito da subsidiariedade:

“o caráter subsidiário da ADPF rege a instauração do processo objetivo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, condicionando o ajuizamento dessa especial ação de índole constitucional à ausência de qualquer outro meio processual apto a sanar, de modo eficaz, a situação de lesividade indicada pelo autor” (ABBOUD, 2021, p.590)

Verificou que há a existência de outros meios judiciais que se acham disponíveis ao CFOAB, aptos a questionar essa atividade estatal de autorizar e avaliar as instituições de ensino superior, o que demonstra o não atendimento do princípio da subsidiariedade<sup>79</sup>.

Ainda em seu voto:

“Na espécie, verifico que a presente ADPF não questiona qualquer ato normativo específico. Ao revés, demonstra a preocupação do CFOAB com a política educacional de abertura e de ampliação das vagas dos cursos jurídicos no país, ofertados por instituições privadas de ensino, seguindo critérios e indicadores previstos em atos secundários ou infralegais. Nesta via abstrata, portanto, o autor busca a determinação de medidas de correção da política vigente, uma vez caracterizadas suas falhas e insuficiências, ao menos sob o seu enfoque, agravadas pela omissão estatal em tomar medidas para cessar o quadro de grave lesão a preceitos fundamentais.”

Sobre a intervenção da Suprema Corte na política pública judicializada, destacou:

“Pensar diferente significaria obstar o funcionamento de centenas de cursos jurídicos, providência, a meu ver, desproporcional, na medida em que existem outras vias de impugnação à disposição do autor para que se examine, caso a caso, quais atos do Poder Público são ofensivos à Carta da República e à lei, e, por consequência, quais instituições não poderiam entrar ou continuar em funcionamento. Não me parece correta a atuação do STF tendente a suspender políticas públicas ou eventualmente desconstituí-las, quem sabe, até, reformulassem que haja clara, manifesta, inequívoca ou, pelo menos, potencial violência aos preceitos invocados.”

---

<sup>79</sup> Sobre a ADPF 347 e sendo ADPF o único meio para reconhecer o estado de coisas inconstitucional, em obra que se dedica a uma pesquisa de 560 ADPFs propostas entre os anos de 2000 a 2019, destaca-se “o voto do relator, Ministro Marco Aurélio, também é sintético no sentido apenas de inexistir outra medida para pleitear a mudança significativa do comportamento do Poder Público. O voto do Ministro Fachin é um pouco mais completo nesse ponto e aponta para o fato de que as normas existentes e as providências tomadas pelo Poder Público se mostram inadequadas para a solução da grave crise do sistema penitenciário (...) na ADPF 347 se afirmou um mecanismo excepcional de intervenção judicial ante a paralisia institucional, o que não se aplicaria para sanar irregularidades na contratação de agentes penitenciários, medida passível de correção na via administrativa” (COSTA, 2021, p.208/209)



Em postura de autocontenção, destacou que o STF também já se posicionou no sentido da inviabilidade de ingerência do Poder Judiciário em matérias afetas a políticas públicas governamentais, salvo em situações de excepcional ofensa à ordem constitucional:

“Contudo, embora o autor afirme a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional, tenho que a atuação judicial no campo administrativo deve ser considerada excepcional, apenas se configurado um grave comprometimento à sobrevivência das instituições ou, de modo ainda mais inaceitável, à integridade da própria ordem jurídica, apto a criar, nas palavras do nosso Decano, Ministro Celso de Mello “obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência”(ADPF 45/DF-MC).”

Reforçou a capacidade institucional do Poder Executivo e as diversas formas de atuação administrativa na autorização, credenciamento, reconhecimento, supervisionamento e avaliação dos cursos de ensino superior, todas já devidamente delimitadas na legislação infraconstitucional, em particular no Decreto 9.235/2017, na Portaria Normativa 20/2017 do MEC e nos demais atos normativos, cuja aplicação, no plano administrativo, cabe às autoridades governamentais, nos limites das competências que lhes são atribuídas pelo texto constitucional.

### 3.2.2 APDF 866 – Estado de coisas inconstitucional na política pública de saúde brasileira

Em 08 de julho de 2021, a Associação Nacional do Ministério Público de Contas – AMPCON – ajuizou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental<sup>80</sup>, com pedido de medida cautelar, postulando o reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional na política pública de saúde brasileira”, que preexistia à pandemia da Covid-19 e que teria sido por ela agravada, violando preceitos fundamentais da Constituição Federal, decorrente, sobretudo, de condutas comissivas e omissivas.

No mérito, argumentou que as constantes alterações normativas, notadamente aquelas promovidas no texto constitucional (EC 29/2020, EC 86/2015 e EC 95/2016), promoveu um quadro de instabilidade para o custeio da saúde pública, promovendo uma participação cada vez menor da União no volume de recursos destinados ao SUS. Somadas a ações e omissões do Estado, como aquelas provenientes de decretos de contingenciamento, isso redundaria em uma conjuntura caracterizada pela fragilidade estrutural e pela “sobrecarga de custeio

---

<sup>80</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 866/DF. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6218965>. Acesso em: 28 set. 2023.

suportada por Estados e Municípios, cuja capacidade arrecadatória é significativamente inferior à da União”, revelando, assim, um estado de coisas inconstitucional na política pública de saúde brasileira, potencializado pela pandemia da Covid-19.

Ainda, formulou o pedido para que fosse julgada procedente a Arguição, declarando-se “*o estado de coisas inconstitucional do sistema público de saúde no país*”.

O Min. Relator Alexandre de Moraes rejeitou a propositura da ação, sob a alegação que a ação não reunia as condições processuais indispensáveis ao seu conhecimento, pois a AMPCON não possuiria legitimidade ativa para instaurar a jurisdição abstrata e destacou:

“É o que sucede com as confederações sindicais e entidades de classe, que, embora constem do art. 103, IX, da CF, não são legitimadas universais para a propositura das ações do controle concentrado de constitucionalidade, incumbindo-lhes a demonstração da pertinência temática entre seus objetivos estatutários e o objeto normativo eventualmente impugnado (ADI 4.722-AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe de 15/2/2017; ADI 4.400, Red. p/ acórdão Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJe de 3/10/2013; e ADI 4190-MCRef, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJe de 11/6/2010).

No caso sob análise, não é possível encontrar referibilidade direta entre os objetos contestado e social da requerente. É que a associação atua na defesa dos membros do Ministério Público de Contas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, sobretudo para a preservação de suas prerrogativas institucionais, tal como disposto no seu Estatuto”

Além da ausência de legitimidade em razão da falta de pertinência temática, também não foi observado o princípio da subsidiariedade, julgando a ação extinta sem resolução do mérito, e assim fundamentou:

“com relação ao caso em exame, a partir da análise dos pedidos formulados na inicial, verifica-se a existência de outras medidas processuais aptas a alcançar os objetivos pretendidos pela requerente: a) ADI para verificar a higidez material de emendas constitucionais, assim como normas porventura arrastadas pela Autora (ADI 1.946, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, DJ de 16/5/2003; ADI 3.105, Red. p/ o acórdão Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, DJ de 18/2/2005; ADI 3.685, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, DJ de 10/8/2006); b) Ações ordinárias, mandado de segurança e ações populares para obter o cumprimento de acordos federativos, materializar os ditames de normas contidas em lei complementar, postular a adoção de medidas concretas relacionadas ao diagnóstico das demandas do SUS, determinar a efetuação de repasses, vedar a abertura de créditos extraordinários, aplicar recursos do Fundo Social do Pré-Sal, assim como cumprir medidas sanitárias de combate à pandemia (ADPF 141-AgR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, DJe de 18/6/2010; ADPF 319-AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe de 19/12/2014; ADPF 390-AgR, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, DJe de 8/8/2017)”

### 3.2.3 APDF 918 – Estado de coisas inconstitucional no domínio das políticas de cultura

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF<sup>81</sup> - contra atos e omissões da gestão das políticas públicas do setor cultural no Brasil, notadamente os atos normativos: Portaria n. 22, de 21 de dezembro de 2020; Portaria n. 24 de 22 de dezembro de 2020; Decreto n. 10.755 de 26 de julho de 2021, Portaria MTUR n° 12 de 28 de abril de 2021, Portaria n. 118, de 31 de maio de 2021, Portaria n. 604, de 27 de outubro de 2021, Portaria Secult/MTUR n° 44, de 5 de novembro de 2021.

Alegou violação aos preceitos fundamentais correspondentes aos artigos 1º; 3º; 5º, IV, VI, VIII, IX, XIII e LXXIII; 23, III, IV e V; 37; 196; 215; 216; 216-A; 221; 222; e 227, todos da Constituição Federal.

Ao final, requereu subsidiariamente o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, alegando longa série de atos comissivos e omissivos praticados por diversos agentes públicos responsáveis pela política nacional de cultura, em variados graus da Administração Pública.

A peça exordial narrou os atos e omissão vergastados que disseram respeito ao esvaziamento da comissão nacional de incentivo à cultura; à concessão de poderes extraordinários ao Secretário Nacional de Cultura; à edição de portarias que a um só tempo limitavam o número de projetos a serem aprovados no bojo da Lei Rouanet, e priorizaram determinadas áreas artísticas; o descumprimento de prazos legais; à consecução de atos persecutórios e ilegais na Fundação Palmares; à realização de atos análogos à censura; à omissão na publicação de decreto definindo a cota de tela de 2021 para obras audiovisuais brasileiras, e a não aplicação da prescrição em prestação de contas de projetos da Lei Rouanet.

Alega-se um verdadeiro estado de coisas inconstitucional no domínio das políticas de cultura.

O Min. Relator Edson Fachin, destacou que “*As alegações aduzidas na petição inicial são de extrema gravidade*” e diante das inúmeras obrigações de fazer requeridas em cautelar e sua confirmação ao final, entendeu ser um processo estrutural e que a sua decisão deveria buscar resolver ou remediar a situação apresentada, nos forma do art. 5º, §2º da Lei n° 9.882/1999.

---

<sup>81</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 918/DF <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6313396>. Acesso em 28 set. 2023

O Min. não promoveu uma decisão judicial rígida, solicitou informações ao Presidente da República, ao Ministro de Estado do Turismo, ao Secretário Especial da Cultura do Ministério do Turismo, ao Presidente da Fundação Cultural Palmares e ao Secretário Nacional de Fomento e Incentivo à Cultura.

O Relator adotou uma medida judicial fundamentada na harmonia entre as funções estatais e a institucionalidade do Estado, entendendo se tratar de processo estrutural<sup>82</sup> e

“Na linha do que já fora sinalizado na ADPF 878, eventuais violações sistemáticas de direitos fundamentais na seara das políticas de cultura merecerão a atenção da Corte. Por se tratar de um processo estrutural, o qual necessariamente conduz a soluções complexas, faz-se imperiosa a oitiva das autoridades estatais. Tendo em vista, igualmente, a submissão prévia de parte das alegações à apreciação de outras instâncias do poder judiciário, postergo a análise dos pedidos cautelares.”

Entretanto, em razão da perda parcial do objeto da ação, em virtude da revogação do Decreto n. 10.755, de 2021 pelo Decreto n. 11.453, de 23 de março de 2023 e da Portaria MTUR n. 12, de 28 de abril de 2021 pela Portaria MTUR n. 40, de 17 de novembro de 2021, a ação restou prejudicada.

### 3.2.4 APDF 973 – Estado de coisas inconstitucional fundado no racismo estrutural e racismo institucional

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental<sup>83</sup> em face de ações e omissões reiteradas do Estado Brasileiro que acarretam a violação de preceitos fundamentais, como o direito à vida, à saúde, à segurança e à alimentação digna da população negra, proposta pelos Partidos dos Trabalhadores – PT, Socialismo e Liberdade – PSOL, Socialista Brasileiro – PSB, Comunista do Brasil – PCdoB, Rede Sustentabilidade – REDE, Verde – PV – e Democrático Trabalhista – PDT, provocados pela Coalizão Negra por Direitos<sup>84</sup>.

Sustentam a configuração de um problema estrutural relacionado notadamente ao aumento da letalidade de pessoas negras em consequência da violência institucional e da

<sup>82</sup> “Daquilo que fora aduzido na peça exordial, deduz-se que, para usar os termos do prof. Edilson Vitorelli, o “funcionamento da estrutura é que causa, permite ou perpetua a violação que dá origem ao litígio coletivo. Assim, se a violação for apenas removida, o problema poderá ser resolvido de modo aparente, sem resultados empiricamente significativos, ou momentaneamente, voltando a se repetir no futuro” (VITORELLI, E. *Processo civil estrutural*. Salvador: Jus Podium, 2021, p. 56). A doutrina tem se referido a este tipo de processo como “estrutural”

<sup>83</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 973/DF. <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6404537>. Acesso em 28 set. 2023

<sup>84</sup> A ADPF foi apresentada no dia 13 de maio de 2022, data que marcou os 134 anos da assinatura da lei que aboliu a escravidão no país.

desconstrução de políticas públicas voltadas à saúde e à redistribuição de renda que favoreça a população negra.

No voto da relatora – a ex Min. Rosa Weber – em seu despacho inicial, justificou o cabimento da ADPF:

“O cabimento da presente ADPF é justificado, na petição inicial, em virtude da existência de “violações aos preceitos fundamentais da igualdade (CF, art. 5º, caput); da vida (CF art. 5º, caput); da segurança (CF art. 5º, caput); da saúde (CF, art. 6º, caput) e alimentação (CF, art. 6º, caput)”, parâmetros normativos de controle postos ao exame desta Suprema Corte. A subsidiariedade é fundamentada na ausência de outro meio processual na jurisdição constitucional que possa efetivamente sanar as lesões aos preceitos fundamentais supostamente violados”

Requerimento de medida cautelar<sup>85</sup> sob a plausibilidade do direito e o perigo de demora na prestação da jurisdição, consubstanciados, respectivamente, nas “sistemáticas

---

<sup>85</sup> “é requerida medida cautelar, nos seguintes termos: “1. Seja determinado à União Federal que, no âmbito de sua competência e com a participação de organizações da sociedade civil e do movimento negro, elabore e implemente um Plano Nacional de Enfrentamento ao Racismo Institucional e à Política de Morte à População Negra, em um prazo de um ano, devendo observar, no mínimo: a) A obrigatoriedade da União, Estados, Distrito Federal e Municípios reconhecerem e adotarem medidas para o enfrentamento ao racismo institucional nas instituições públicas e privadas; b) A determinação para que os planos nacional, estaduais e municipais de Segurança Pública e Defesa Social contenham obrigatoriamente políticas e ações voltadas para a redução da letalidade e violência policial e das guardas municipais, o enfrentamento ao racismo institucional nos órgãos de segurança pública e diretrizes para a implementação de protocolos relativos à abordagem policial e ao uso da força alinhados aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e nos tratados internacionais de direitos humanos, segurança e paz dos quais o Brasil é signatário; c) A condicionalidade para a adesão ou permanência de Estados, Distrito Federal e Municípios ao Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial (Sinapir), a adoção, no âmbito das respectivas esferas de competência, de protocolos e políticas de combate ao racismo institucional; d) A determinação de políticas voltadas para a garantia do pleno exercício dos direitos políticos da população negra, considerando medidas que visem mitigar a violência política à candidatas e mandatários negros, criando mecanismos efetivos de monitoramento e investigação de casos de violência política, notadamente a de gênero (por motivo de sexo, identidade de gênero e orientação sexual), para resultar na devida responsabilização; e) O estabelecimento de que os cursos de formação para integrantes dos órgãos de segurança pública previstos no art. 144 da Constituição Federal incluirá obrigatoriamente conteúdos sobre relações raciais, o enfrentamento ao racismo institucional e os direitos e garantias fundamentais dispostos no art. 5º da Constituição Federal, especialmente aqueles relacionados ao combate à tortura e inerentes ao exercício de uma segurança cidadã; f) A determinação de formação para quaisquer servidores públicos sobre relações raciais e o enfrentamento ao racismo institucional no âmbito da administração pública; g) Estabelecimento de centros de referência multidisciplinares para o atendimento de pessoas vítimas do racismo institucional, com a priorização do atendimento de mães e órfãos vítimas da violência institucional, garantindo-se apoio jurídico, psicológico e social às vítimas; h) A necessidade de proteção dos espaços de exercício de fé das religiões de matriz africana, bem como de suas liturgias, para que tenham os mesmos direitos que o reservado para as religiões de representação majoritária, a fim de que seja resguardado o direito ao pleno exercício de liberdade religiosa, em conformidade com o art. 5º, inciso VI da CF; i) A determinação de disponibilização para a sociedade civil, nas plataformas de transparência dos governos, no âmbito das competências de cada ente federado, de informações e relatórios técnicos acerca do estado da arte das denúncias de racismo institucional por motivo de violência racial e religiosa em tramitação nas Ouvidorias dos estados e municípios, nos Ministérios Públicos estaduais e federais, nas corregedorias das forças armadas e nas corregedorias das polícias civil, militar e guardas municipais (ou Secretaria correspondente); j) A determinação de ampliação do Programa Restaurante Popular - malha de cobertura territorial e quantitativo de estabelecimentos - com oferta obrigatória de refeições matinais e noturnas (café da manhã e jantar) e gratuidade estendida em todas as unidades do país para pessoas em situação de rua, adicção e presumidamente em situação de miserabilidade, nos termos do § 3º do art. 20 da LOAS, devido a renda per capita igual ou inferior a ¼ do salário mínimo; l) A determinação da ampliação das políticas públicas voltadas para a garantia do direito à alimentação, segurança alimentar e nutricional da população negra, povos e comunidades tradicionais por meio, também, do implemento, no Plano Nacional de Segurança Alimentar e

práticas inconstitucionais por parte do Estado brasileiro” e “na ausência de providências eficientes para frear as ações e inações do Estado que proporcionam o abreviamento da vida ou a sobrevida da população negra no Brasil”.

No mérito, requereu a procedência da ADPF, para o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional a exigir a adoção de políticas públicas voltadas a sanar o quadro de violação de direitos da população negra brasileira.

Ainda, determinação à União Federal para a elaboração e a implementação com a participação de organizações da sociedade civil e do movimento negro, de um “Plano Nacional de Enfrentamento ao Racismo Institucional e à Política de Morte à População Negra”.

A ex Min. Rosa Weber em despacho do dia 27 de maio de 2022, solicitou informações ao Presidente da República e deu vistas ao Advogado Geral da União e ao Procurador Geral da República.

O Presidente da República sustentou o não cabimento da ADPF, pois os requerentes “*não apontam nenhum ato específico do Poder Público*”. Ainda, que estaria desatendida a regra da subsidiariedade da ADPF, uma vez que “*há, no microsistema de direitos coletivos, outros instrumentos aptos a impedir, mitigar e reparar danos a direitos consubstanciadores de preceitos fundamentais*”.

Em relação ao alegado estado de coisas inconstitucional, arguiu que “*a implementação e a gestão de políticas públicas são competências tipicamente atribuídas ao Poder Executivo, e a interferência judicial nessa seara deve ser aplicada com a máxima ponderação possível, sob pena de inobservância da separação dos poderes*”.

A AGU manifestou-se, preliminarmente, pelo não conhecimento da ação e, no mérito, pela improcedência do pedido.

A PGR promoveu pelo não conhecimento da ação, sustentou que não cabe ao Poder Judiciário modificar as opções legitimamente feitas pelo legislador e que já existem leis e programas para promoção da igualdade racial sendo aplicados e que os requerentes pretendem “*fazer com que o Supremo Tribunal Federal substitua os Poderes Legislativo e Executivo na formulação e execução de uma parcela relevante das políticas sociais do Estado*”.

---

Nutricional, de diretrizes que considerem as realidades urbanas e do campo enfrentadas pela população negra e as contemplem nos instrumentos orientativos para a elaboração, monitoramento e avaliação das políticas públicas deste campo; m) Que determinem o implemento do regime de urgência na tramitação dos PLs que debatem a ampliação e o fortalecimento de políticas públicas que versem sobre o direito à alimentação, segurança alimentar e nutricional, o implemento da renda básica universal e programas de transferência de renda - em consonância com a previsão do regime de urgência previsto nos regimentos internos da Câmara e Senado e recentemente validado pelo STF”.

Destacou ainda precedentes em que o Supremo Tribunal Federal realçou a necessidade de autocontenção judicial, em respeito à capacidade institucional de cada poder estatal.

Sobre o parecer da PGR, em atenção ao objeto deste trabalho, dois argumentos merecem destaque: i) se a Lei 12.288/ 2010, que instituiu “o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica”, no futuro for alterada pelo Poder Legislativo e alterar as políticas públicas ali previstas, uma possível decisão do Supremo Tribunal Federal na forma requerida na petição inicial, “tornará essas mudanças impossíveis ou estar-se-á diante de um acórdão condicional<sup>86</sup>”, e, ii) alega que a ADPF não seria a via processual cabível para os pedidos formulados, isto porque, segundo a PGR “Se acatados os pedidos dos requerentes, não se vislumbra o dia em que a execução do acórdão terá fim”.

Até a presente data, a última manifestação da relatora, ex Min. Rosa Weber, foi na data do dia 1º de julho de 2022, sobre ingresso de instituições e pessoas como *amicus curiae*.

### 3.2.5 APDF 976 – Estado de coisas inconstitucional da conjuntura das pessoas em situação de rua

Trata-se de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental<sup>87</sup>, com pedido de medida cautelar, proposta pelos partidos Rede Sustentabilidade, partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e pelo Movimento dos Trabalhadores Sem Teto (MTST) em face do “estado de coisas inconstitucional concernente às condições desumanas de vida da população em situação de rua no Brasil”.

Os legitimados apontam as recorrentes omissões estruturais por parte dos poderes constituídos, em especial do Executivo e do Legislativo, contribuindo para as sistemáticas violações aos seguintes preceitos fundamentais: “*direito social à saúde (art. 6º; art. 23, inciso II; art. 24, inciso XII; art. 194; art. 196; art. 197; art. 198; art. 199 e art. 200), o direito fundamental à vida (art. 5º, caput; art. 227 e art. 230), o direito fundamental à igualdade (art. 5º, caput, e art. 196), o fundamento da República Federativa de dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), direito social à moradia (art. 6º) e, por fim, o objetivo*

<sup>86</sup> CPC, Art. 492. *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. Parágrafo único. A decisão deve ser certa, ainda que resolva relação jurídica condicional.*

<sup>87</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 976/DF. <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6410647>. Acesso em 20 out. 2023

*fundamental da República Federativa de construir uma sociedade justa e solidária (art. 3º, inciso I)”.*

Afirmam ausência de política pública eficaz para atender a população em situação de rua (grupo vulnerável) e que não existe um censo nacionalmente coordenado para estimar sua dimensão.

Sustentam, portanto, que o estado de completa omissão estatal impõe a adoção de técnicas utilizadas pela Suprema Corte em sede de controle concentrado de constitucionalidade, a fim de solucionar graves afrontas aos direitos fundamentais, em razão do estado de inconstitucionalidade permanente, tal qual ocorrera no caso da ADPF 347 (sistema carcerário) e ADPF 760 (desmatamento ilegal da Floresta Amazônica).

Vários foram os pedidos requeridos em sede cautelar<sup>88</sup>, relacionados a providências urgentes para o apoio material a pessoas em situação de rua, bem como determinações específicas sobre políticas públicas em execução por diversos entes e órgãos públicos.

---

<sup>88</sup> 1 – Seja deferida a concessão da medida cautelar para impor que os Poderes Executivos federal, estaduais, distrital e municipais promovam ações concretas no sentido de preservar a saúde e a vida das populações em situação de rua, como: a) Que cidades e estados façam a adesão formal se comprometendo a observar as diretrizes contidas no Decreto Federal nº 7.053/2009, que institui a Política Nacional para a População em Situação de Rua e institua o “comitê poprua” em sua localidade para acompanhamento e monitoramento da construção democrática e participativa da política para população em situação de rua; b) o fornecimento pelos Poderes Executivos estaduais, distrital e municipais, em 48 horas, de dados para diagnóstico pormenorizado da situação nos respectivos territórios, com a indicação do quantitativo de pessoas em situação de rua por área geográfica, quantidade e local das vagas de abrigo e de capacidade de fornecimento de alimentação; c) a criação de Comissão de Enfrentamento à Emergência da População em Situação de Rua em nível federal, com 1 representante do Governo Federal, 1 de cada Governo Estadual e Distrital e pelo menos 5 representantes da sociedade civil, a fim de centralizar as necessidades da presente ação, que deverá ser replicada em nível estadual, com o representante de cada estado e 1 representante de cada município e pelo menos 5 representantes da sociedade civil, consultando o Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento da Política Nacional para a População em Situação de Rua e os comitês estaduais e municipais similares sempre que necessário; d) a disponibilização de alertas meteorológicos da Defesa Civil e do Ministério da Agricultura para que se possam prever as ondas de frio com a máxima antecedência e prevenir os seus impactos na população em situação de rua; e) a imediata destinação emergencial de vagas na rede hoteleira nas localidades onde houver carência de vagas em abrigos institucionais já existentes, garantindo o ressarcimento dos custos ao estabelecimento por parte dos poderes federais, estaduais, distrital e municipais; f) a imediata destinação emergencial de escolas, estádios, ginásios, alojamentos galpões, prédios da administração pública e outros espaços públicos das esferas federais, estaduais e municipais, nas localidades onde houver carência de vagas em abrigos institucionais já existentes e onde as vagas na rede hoteleira não sejam suficientes; g) a montagem imediata pela defesa civil federal, estaduais, distrital e municipais e/ou por militares federais e estaduais de barracas para abrigo das pessoas em situação de rua com estrutura mínima compatível com a dignidade da pessoa humana, nos locais nos quais não há número de vagas em número compatível com a necessidade; h) a apresentação, em até 15 dias, de planos municipais, estaduais, distrital e federal para zerar a carência de abrigos institucionais permanentes para a população em situação de rua; i) garantir, nas soluções temporárias e permanentes, a qualidade e a diversidade dos equipamentos de atendimento à população em situação de rua, respeitando as especificidades dos diferentes grupos familiares e evitando a separação de núcleos familiares; j) a imediata adoção de providências que garantam a segurança pessoal e dos bens das pessoas em situação de rua dentro dos abrigos institucionais existentes; k) a disponibilização de apoio das vigilâncias sanitária municipais e estaduais para garantir o abrigo aos animais de pessoas em situação de rua, inclusive em contato com eventuais clínicas veterinárias privadas; l) a disponibilização de itens de higiene básica à população em situação de rua por parte dos poderes federais, estaduais, distrital e municipais; m) a imediata contratação, em caráter emergencial e temporário ou definitivo, de servidores das carreiras de assistência e serviço social, para o necessário auxílio às pessoas em situação de



No mérito, requereram a confirmação da medida cautelar, e a declaração do estado de coisas inconstitucional da conjuntura das pessoas em situação de rua, para determinar a adoção de providências de índole legislativa, orçamentária e administrativa no sentido de combater o descaso com as pessoas nessa específica condição de vulnerabilidade, não só, mas especialmente, as já descritas no pedido cautelar.

O Min. Relator Alexandre de Moraes, em 25 de maio de 2022, determinou a solicitação de informações definitivas sobre o objeto da ADPF em questão, a serem prestadas pelo Presidente da República, pelos Governadores dos Estados e, por razões de viabilidade e celeridade do rito, pelos Prefeitos Municipais das capitais dos Estados.

Ainda, em importante postura para melhor conhecimento da matéria e aumentar os debates técnicos para uma melhor decisão judicial, foi determinado a realização de audiência

---

rua; n) a utilização do pessoal de defesa civil federal (Lei 12.608/2012), estaduais e municipais, para atuarem nas ações de enfrentamento; o) a utilização de militares federais (art. 16 da Lei Complementar 97/1999) para atuarem no apoio logístico às ações de enfrentamento; p) a disponibilização de atendimento médico em hospitais públicos, inclusive os hospitais militares, e nos hospitais privados, em caso de qualquer dificuldade na rede pública, em especial nos casos de suspeita de hipotermia; q) a liberação e disponibilização imediata dos recursos do Fundo Nacional para Calamidades Públicas, Proteção e Defesa Civil para os fins da presente ação (Lei 12.340/2010); r) a disponibilização de equipes das mais variadas áreas que permitam a devolução da dignidade às pessoas em situação de rua: como identificação individual e de familiares, por todos os meios possíveis (datiloscópico, DNA e outros), com o cruzamento com bancos de dados de pessoas desaparecidas, como o Cadastro Nacional de Pessoas Desaparecidas (Lei 13.812/2019), permitindo a reintegração familiar e social, quando possível, inclusive o custeio do transporte para perto da família; s) a inserção da população em situação de rua em programas federais, estaduais, distrital e municipais de educação e profissionalização, conforme o caso; t) a criação de incentivos à contratação de pessoas que estejam ou tenham estado em situação de rua ou a aplicação de benefícios já existentes, como, por exemplo, às contratações de egressos do sistema carcerário, incluindo a inserção, quando for o caso, nos editais de licitação para a contratação de serviços, da exigência de que a contratada destine percentual mínimo de sua mão de obra para pessoas que estejam ou tenham estado em situação de rua, por analogia ao art. 25, § 9º, II, da Lei 14.133/2021; u) o encaminhamento para imediato internação e tratamento, nos termos das Leis 10.216/2001 e 13.434/2006, em entidades públicas, civis ou militares, ou privadas, com a abertura de novas vagas e contratação de pessoal, quando for o caso; v) o cadastramento de todas as pessoas em situação de rua no Programa Auxílio Brasil (Lei 14.284/2021) e a disponibilização imediata da primeira parcela do auxílio, independentemente de eventual “fila” para o cadastro; w) a caracterização de urgência a autorizar a dispensa de licitação para os fins determinados na presente ação (art. 75, VIII, da Lei 14.133/2021 e dispositivos similares nas demais leis de contratação); x) a proibição do recolhimento forçado de bens e pertences, da remoção e do transporte compulsório e do emprego de técnicas de arquitetura hostil contra as populações em situação de rua; y) o imediato fazimento, por parte dos Poderes Executivos de todos os entes federativos, de campanhas institucionais de arrecadação de doações de mantimentos, gêneros alimentícios, roupas, cobertores e afins, inclusive com a concessão de eventuais benefícios fiscais a entidades sem fins lucrativos que atuem em tais searas; z) a aplicação do abatimento de até 100% (cem por cento) do valor da doação de pessoas naturais e jurídicas para os fins da presente ação, dos impostos devidos, como por analogia à Lei 7.752/1989; aa) a intimação dos Poderes Legislativos federal, estaduais, distrital e municipais a fim de envidar esforços para liberação de recursos que permitam a adoção de medidas emergenciais para abrigo, alimentação e cuidados médicos das pessoas em situação de rua; bb) a destinação das sobras orçamentárias dos Poderes Legislativos e Judiciário federal, estaduais, distrital e municipais para complementar o financiamento das atividades estabelecidas pela presente ação; cc) a intimação do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, a fim de que contribuam com a matéria da presente ação, sobretudo na conscientização dos membros quanto à necessidade de atuação em prol da solução definitiva dos problemas aqui enfrentados;

pública no mês de novembro de 2022, devido a “necessidade de debater expedientes normativos e políticas públicas que demandam conhecimento técnico multifacetário”.

Em 25 de julho de 2023, o Min. Relator Alexandre de Moraes entendeu pelo desenvolvimento de um processo estrutural e concedeu parcialmente os pedidos requeridos em sede cautelar, tornando obrigatória a observância pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, imediata e independentemente de adesão formal, das diretrizes contidas no Decreto Federal nº 7.053/2009, que institui a Política Nacional para a População em Situação de Rua e determinou especialmente: I) A formulação pela PODER EXECUTIVO FEDERAL, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, do PLANO DE AÇÃO E MONITORAMENTO PARA A EFETIVA IMPLEMENTAÇÃO DA POLÍTICA NACIONAL PARA A POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA, com a participação, dentre outros órgãos, do Comitê intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento da Política Nacional para População em Situação de Rua (CIAMP-Rua), do Conselho Nacional de Direitos Humanos (CNDH), da Defensoria Pública da União (DPU) e do Movimento Nacional da População em Situação de Rua; II) Aos PODERES EXECUTIVOS MUNICIPAIS E DISTRITAL, bem como onde houver atuação, aos PODERES EXECUTIVOS FEDERAL E ESTADUAIS que, no âmbito de suas zeladorias urbanas e nos abrigos de suas respectivas responsabilidades, e, III) Aos PODERES EXECUTIVOS MUNICIPAIS E DISTRITAL, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, a realização de diagnóstico pormenorizado da situação nos respectivos territórios, com a indicação do quantitativo de pessoas em situação de rua por área geográfica, quantidade e local das vagas de abrigo e de capacidade de fornecimento de alimentação.

Sobre a tutela provisória estrutural, fundamentou:

“A tutela provisória estrutural, embora precária, não se mostra incompatível com a dimensão das medidas pleiteadas, que almejam, em certa medida, operar uma reestruturação institucional diante de um quadro grave e urgente de desrespeito a Direitos Humanos Fundamentais, conforme já decidido por esta SUPREMA CORTE ao acolher medidas cautelares de igual natureza em outras oportunidades: ADPF 347-MC, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJe de 19/2/2016; ADPF 709-MC-Ref, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, DJe de 7/10/2020; ADPF 756-TPI-Ref, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, DJe de 30/3/2021; ADPF 635-MC, Rel. Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, DJe de 2/6/2022.”

O plenário do Supremo Tribunal Federal, na data do dia 21 de agosto de 2023, em efetiva celeridade<sup>89</sup>, referendou decisão cautelar do ministro Alexandre de Moraes e manteve

---

<sup>89</sup> A medida cautelar foi referendada em menos de 30 dias pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, medida que corresponde a efetiva celeridade e evita que questões delicadas sejam decididas individualmente de maneira monocrática. Destaca-se medida de grande importância pelo STF, que com a alteração em seu regimento interno,

o prazo de 120 dias para que o governo federal elabore um plano de ação e monitoramento para a efetiva implementação da política nacional, respeitando as especificidades dos grupos familiares e evitando sua separação.

Ainda, a decisão proíbe o recolhimento forçado de bens e pertences, a remoção e o transporte compulsório de pessoas e o emprego de arquitetura hostil.

Quanto ao mérito e a declaração do estado de coisas inconstitucional das pessoas em situação de rua, ainda não há decisão pela Suprema Corte até a presente data.

### 3.2.6 APDF 984 – Estado de coisas inconstitucional da tributação dos combustíveis

Nesta ADPF não há no mérito o pedido de declaração do estado de coisas inconstitucional, a sua utilização ocorreu na fundamentação da petição inicial como argumento de passagem, um reforço para os pedidos formulados.

Em plena disputa eleitoral para o cargo da Presidência da República no ano de 2022, o ex Presidente da República, representado pela Advocacia Geral da União, ajuizou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental<sup>90</sup>, com pedido de medida cautelar, com o objetivo de impugnar a prática inconstitucional realizada de forma reiterada por diversos entes federativos em fixar alíquotas de ICMS sobre operações de combustíveis, incidente sobre bens essenciais, em patamar superior ao das operações em geral, em manifesta violação a diversos preceitos fundamentais e dispositivos normativos da Constituição Federal.

Argumentou que a energia elétrica e os serviços de telecomunicação são considerados itens essenciais pelo Supremo Tribunal Federal e a mesma lógica jurídica deveria ser aplicada também ao ICMS incidente sobre operações de combustíveis, mercadoria igualmente essencial a diferentes classes de consumidores e que onera ainda diversas cadeias de consumo e produção, como por exemplo, alimentação e transportes.

Requeru, assim, a declaração de inconstitucionalidade de todas as normas impugnadas, de forma a limitar a alíquota do ICMS incidente sobre combustíveis àquela prevista para as operações em geral, em cada ente da federação.

Além declaração de inconstitucionalidade das normas indicadas na peça inicial, requereu a fixação de tese vinculante no sentido de que “*caso adotada pelo legislador*

---

sob a presidência da Min. Rosa Weber, no ano de 2022, para restringir decisões individuais e limitar a 90 dias corridos o prazo para a devolução de pedidos de vista.

<sup>90</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 976/DF. <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6426801>. Acesso em 30 de out. 2023.

*estadual a técnica da seletividade em relação ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), as alíquotas incidentes sobre as operações de combustíveis – especialmente aqueles mencionados no artigo 2º da Lei Complementar 192/202222 - devem obedecer ao critério da essencialidade, não podendo ser fixadas em patamar superior ao das operações em geral”.*

Em sua fundamentação aduziu, mas sem fundamentar com base nos pressupostos autorizadores e afastados do que o STF já se posicionou, o estado de coisas inconstitucional da tributação dos combustíveis, afrontando diversos preceitos constitucionais, como o pacto federativo e o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, caput e inciso III2 ); os princípios da isonomia fiscal e da capacidade contributiva (artigos 150, II3 e 145, § 1º4 ), o princípio da seletividade tributária (artigo 155, § 2º, inciso III5 ), proteção ao consumidor (art. 5º, inciso, XXXII6 ) e aos princípios implícitos da proporcionalidade e razoabilidade.

Sustentou uma inconstitucionalidade sistêmica, que haveria um bloco de atos do poder público, além de diversos normativos que fixam alíquotas do ICMS-combustível em manifesta afronta ao Texto Constitucional, sendo uma prática institucional contínua, ilegítima e violadora de preceitos fundamentais, praticados de forma reiterados por diversos entes federativos que fixam alíquotas de ICMS sobre operações de combustíveis em patamar substancialmente superior ao das operações em geral.

O Min Relator Gilmar Mendes, em 15 de junho de 2022, despachou adotando o rito do art. 12 da Lei n. 9.868/99 e determinou a requisição de informações definitivas, e, a remessa dos autos ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República.

Em importante decisão, que vem ao encontro de tema tratado neste trabalho, em especial no item 2.4 sobre Diálogos institucionais e a possibilidade de acordos processuais em jurisdição constitucional, o Min. Relator Gilmar Mendes, em 24 de junho de 2022, assim despachou:

**“Considerando a busca por um compromisso conciliatório manifestado pelos Estados-membros (eDOC 117) e colhida, pessoal e informalmente, a concordância da submissão ao interesse autocompositivo com diversas autoridades do Poder Executivo da União, designo, excepcionalmente, com supedâneo no art. 3º, § 3º, do Código de Processo Civil, audiência de conciliação/mediação, na qual poderão comparecer os representantes de todos os entes federados, a ser presidida por mim e/ou pelo juiz auxiliar Diego Viegas Veras (convocado para atuar neste gabinete mediante Portaria da Presidência do STF 117, de 30 de junho de 2021, DOU 13.8.2021), no dia 28 de junho de 2022, as 9h, virtualmente, pela plataforma Zoom (ou, em caso de dificuldade operacional, por qualquer outro meio virtual, tais como Google Meet, Microsoft Teams, videoconferência pelo Whatsapp, Skype etc.), por link a ser oportunamente divulgado pela Secretaria desta Corte.**

Ressalte-se que **as partes deverão comparecer munidas de propostas que envolvam o pacto federativo** discutido nesses autos, previamente autorizadas pelos setores técnico-administrativos, caso seja necessário.” (grifo nosso)

Em despacho no dia 1º de julho de 2022, após audiência de conciliação que restou infrutífera, o Min. Relator Gilmar Mendes determinou a manifestação da União Federal sobre as propostas dos Estados, podendo oferecer contrapropostas e destacou:

“ importância crucial para o Federalismo brasileiro, não só pela densidade apta a abalar o pacto federativo mas também em decorrência da instabilidade político-jurídica que o tema suscita, com posições antagônicas que necessitam ser novamente conciliadas no palco oportuno: o Congresso Nacional.”

Na tentativa de um modelo judicial aberto e dialógico com a utilização de ferramentas processuais adequadas para o enfrentamento das questões fáticas apresentadas na ADPF em questão, na data do dia 18 de julho de 2022, o que demonstra uma atuação pró-ativa e célere como requer este tipo de demanda, o Min. Relator Gilmar Mendes, determinou a criação de Comissão Especial para acompanhamento/equacionamento de todas essas questões, que serviria também para ouvir especialistas e *experts* em contas públicas e arrecadação de ICMS, para obter amplo debate entre os entes federativos e a sociedade civil.

Na reunião da Comissão Especial, no dia 2 de dezembro de 2022, foi deliberada, votada e escrita, pelos próprios entes federativos, a proposta de solução consensual<sup>91</sup>.

---

<sup>91</sup> “Após intensos debates, os representantes dos entes federativos aquiesceram quanto às propostas de solução do impasse federativo nos seguintes termos: Cláusula Primeira: Proposta de acordo imediato quanto ao aperfeiçoamento legislativo no tocante ao reconhecimento do CONFAZ como o órgão legitimado para implementar a monofasia e a uniformidade da alíquota do ICMS dos combustíveis indicados pelo Congresso Nacional no art. 2º da Lei Complementar 192/22 por meio de alíquota AD REM ou AD VALOREM, nos termos do art. 155, §4º, inciso IV, alínea ‘b’, CF/88 (debate sobre a constitucionalidade do art. 3º, V, a, b, c da Lei Complementar 192/2022). Parágrafo primeiro. Os representantes da União na Comissão Especial concordam com o encaminhamento de proposta para revogação do art. 18-A da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), bem como da alínea ‘b’, do inciso V do art. 3º e os §§ 4º e 5º do art. 6º, todos da Lei Complementar nº 192/2022 e do inciso III do §1º do art. 32-A da Lei Kandir, com redação dada pelo art. 2º da Lei Complementar 194/2022. Parágrafo segundo. Até 31 de dezembro de 2022, os Estados celebrarão convênio para adoção do ICMS uniforme e monofásico para os combustíveis previstos nesta cláusula, com exceção da gasolina. Cláusula Segunda. A comissão especial concorda com a proposta dos representantes dos Estados para que o CONFAZ reconheça, de imediato, a essencialidade do Diesel, GLP e gás natural. Cláusula Terceira. No que se refere ao art. 7º, da Lei Complementar nº 192/2022, os representantes da União na comissão especial entendem que não há necessidade de alteração dos termos da Lei Complementar, considerando o exaurimento do prazo para a produção de efeitos. Todavia, os representantes da União na comissão especial concordam com a inclusão, neste acordo, das ressalvas propostas pelos Estados no que diz respeito à seguinte proposta: “os Estados e o DF renunciam expressamente a qualquer possibilidade de cobrar diferenças não pagas pelos contribuintes, pela desconformidade artificialmente criada pela média dos últimos 60 meses, e, na mesma medida, propõem que lhes seja assegurada que não poderão ser instados a restituir eventuais valores cobrados a maior, desde o período de início de efeitos da medida legal até 31 de dezembro de 2022”. Parágrafo Primeiro. A presente cláusula não representa reconhecimento da constitucionalidade do art. 7º, da Lei Complementar nº 192/2022 pelos representantes dos Estados na comissão especial. Cláusula Quarta. Para o debate da Tust/Tusd, nos termos do inciso X do art. 3º da LC 87/1996, com a redação conferida pelo art. 2º da LC 194/2022, os membros da Comissão Especial concordam com o desdobramento da conciliação/mediação para identificar os eventuais elementos do critério material e do critério quantitativo relacionados às tarifas de energia elétrica, que

O Min. Relator destacou que tal acordo em jurisdição constitucional é *“uma das facetas mais formidáveis da interpretação constitucional: o pensamento do possível no Federalismo cooperativo”*.

Eis a função da jurisdição constitucional não apenas diante de uma crise, mas também diante de novos cenários, e, nesse sentido destaca Georges Abboud:

“cada vez mais, a jurisdição constitucional é desafiada, não pela decisão do presente, mas sim em assegurar, a partir de sua decisão, a regulamentação futura de temas sensíveis à sociedade de modo que a arquitetura da tradicional decisão de inconstitucionalidade precisa ser repensada para assegurar atuação para o futuro” (ABBOU, 2021, p. 534).

Na Sessão de Julgamento Virtual de 26 de maio de 2023 a 2 de junho 2023, o Tribunal, por unanimidade, homologou o acordo firmado entre a União e todos Estado e DF e encaminhou ao Congresso Nacional para as providências cabíveis acerca do aperfeiçoamento legislativo nas Leis Complementares 192/2022 e 194/2022, devendo a União apresentar o correspondente PLP, para fins de cumprimento do pactuado nas duas homologações dos acordos, além de o Tribunal de Contas da União ser comunicado do resultado deste julgamento, nos termos do voto do Relator.

---

compõem os serviços de transmissão, distribuição e encargos. Parágrafo Primeiro. Fica instituído grupo de trabalho, por meio de negociação (como técnica autocompositiva) entre os próprios entes federativos, para fins de discussão do tema previsto no caput, com prazo de até 120 dias, a contar da presente data. Parágrafo Segundo. Os representantes da União nesta comissão especial não se opõem à concessão de medida cautelar nos autos da ADI 7195 enquanto o tema estiver em discussão no âmbito do grupo de trabalho previsto no parágrafo anterior. Cláusula Quinta. No que concerne ao art. 3º da Lei Complementar 194/22, cria-se grupo de trabalho específico com representantes da União e dos Estados para, no prazo de até 120 dias, a contar da presente data, revisar os critérios de apuração da perda de arrecadação do ICMS. Parágrafo Primeiro. Os representantes da União nesta comissão especial concordam em rever os critérios estabelecidos na Portaria ME nº 7.889/22 para alterar a base de comparação anual da perda para base mensal, de modo que o gatilho de 5% seja aplicado somente na comparação isolada entre os meses de 2021 e 2022. Parágrafo Segundo. Em nenhuma hipótese, eventual acordo restringirá as repartições constitucionais destinadas aos municípios. Parágrafo Terceiro. Os representantes da comissão especial reconhecem a possibilidade de que a União compense eventual perda de arrecadação mediante entrega de valores aos Estados, caso o Plenário do STF, em apreciação de eventual acordo do grupo de trabalho tratado no caput, reconheça a presença dos requisitos necessários para a abertura de crédito extraordinário, de modo que as quantias necessárias ao pagamento sejam incluídas em lei orçamentária e submetidas ao regime fiscal aplicável, sem prejuízo de eventual compensação de dívida já deferida liminarmente. Parágrafo Quarto. Os membros desta comissão entendem necessário que a discussão relativa às ações cíveis originárias que pedem a compensação do art. 3º da LC 194/2022 seja levada em consideração no grupo de trabalho tratado no caput. Cláusula Sexta. No caso de derrubada do veto ao art. 14 do PLP 18/2022 (veto 36/22 em relação à LC 194/2022), a União e os estados entendem que é necessário definir que as disponibilidades financeiras devem ser aquelas verificadas no exercício anterior ao da publicação da referida Lei Complementar, tendo em vista a necessidade de tornar exequível a compensação dos demais entes para os mínimos constitucionais da saúde e da educação.

### 3.2.7 APDF 1051/DF – Estado de coisas inconstitucional acordos de leniência firmados antes do Acordo de Cooperação Técnica – ACT

O Partido Socialismo e Liberdade - PSOL, o Partido Comunista do Brasil - PCdoB e o Solidariedade ajuizaram no Supremo Tribunal Federal (STF) a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 1051<sup>92</sup>, tendo como objeto:

“ (i) suspender, liminarmente, a eficácia das obrigações pecuniárias (indenizações e multas) impostas em todos os acordos de leniência celebrados entre o Estado e empresas investigadas durante a Operação Lava Jato, antes da celebração do ACT, em 06.08.2020; (ii) obter, do Supremo, a fixação de interpretação conforme a Constituição da Lei nº 12.846/2013 e do Decreto nº 11.129/2022, afastando, de uma vez por todas, a hermenêutica punitivista e inconstitucional do lavajatismo, garantindo, nesse particular, a presença, no âmbito federal, da Controladoria-Geral da União (“CGU”) como proponente ou órgão de controle, enquanto centro racionalizador do agir estatal, para a celebração de acordos desse gênero; (iii) **fazer como que se reconheça, em sede de jurisdição constitucional, que os acordos foram pactuados em situação de extrema anormalidade político-jurídico-institucional, mediante situação de coação e, portanto, sob um Estado de Coisas Inconstitucional (“ECI”)**; e, por fim, (iv) possibilitar a revisão de tais acordos à luz dos critérios a serem fixados pelo Supremo Tribunal Federal mediante julgamento desta ADPF.”

Argumentam os legitimados que durante a Operação Lava Jato, diversos órgãos de persecução penal promoveram, comprovadamente, a instalação de um Estado de Coisas Inconstitucional em relação não só aos celebrantes dos acordos de leniência<sup>93</sup>, como à própria sociedade civil, que sofreu em última instância, com o efeito cascata da quebra generalizada de Companhias estratégicas para a economia brasileira.

Em lealdade acadêmica e buscando uma nova compreensão da teoria do estado de coisas inconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro, requerem, “do ponto de vista hermenêutico, o revisitar do conceito e da técnica do ECI à luz do paradigma da degeneração na jurisdição do Supremo Tribunal Federal”.

Deseja-se por meio desta ADPF que os acordos de leniência sejam celebrados conforme os princípios e fundamentos da República brasileira, revelados de maneira clara no ACT, celebrado em 06 de agosto de 2020<sup>94</sup>.

<sup>92</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 1051/DF. <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6605876>. Acesso em: 30 de out 2023

<sup>93</sup> “105. Em síntese, o acordo de leniência é um negócio jurídico convencional e consensual, como todo negócio jurídico. O Supremo Tribunal Federal, no HC nº 127.483/PR (Rel. Min. Dias Toffoli | 2016) e no Inq. Nº 4.420 AgR (Rel. Min. Gilmar Mendes | 2018), reconheceu expressamente que os acordos de colaboração premiada são negócios jurídicos. Obviamente, se os acordos de colaboração premiada, voltados às pessoas físicas, são negócios jurídicos, os acordos de leniência, voltados às pessoas jurídicas, também o são.”

<sup>94</sup> “168. Reitere-se que antes do ACT, de 2020, não se tinham parâmetros seguros e objetivos para a fixação das referidas obrigações pecuniárias, o que culminou na celebração de acordos totalmente desproporcionais e

Importa ressaltar que os desmandos na Operação Lava Jato (VazaJato), o processo penal do espetáculo e *lawfare* foram trabalhados no item 1.3 desta pesquisa, quando tratamos das mazelas do ativismo judicial, que se relacionam diretamente ao objeto da ADPF 1051.

Os preceitos fundamentais violados pelos acordos de leniência realizados antes do ACT<sup>95</sup> são aqueles previstos no art. 5º, inciso LIV e no caput do art. 37, da Constituição Federal, quais sejam: (i) princípio da legalidade; (ii) princípio da boa-fé e da boa administração; (iii) princípio da moralidade; (iv) princípio da impessoalidade, (v) princípio da proporcionalidade; (vi) princípio da razoabilidade; (vii) princípio da finalidade; (viii) princípio do devido processo legal; (ix) valores sociais do trabalho e livre iniciativa, fundamentos da ordem econômica constitucional brasileira (arts. 1º, IV c/c 170 II, III, IV, VII e VIII, todos da CF).

Destaca que se trata de questão estrutural<sup>96</sup>, sendo a ADPF medida processual cabível para tratar situações complexas que exijam a participação de todos os Poderes da República.

Em tempo e dialogando com a ADPF 1051, o Supremo Tribunal Federal na Reclamação 43.007 DF, em decisão do Min. Relator Dias Tóffoli<sup>97</sup>, deferiu medida que torna nulas todas e quaisquer provas obtidas dos sistemas Drousys e My Web Day B utilizadas a partir do acordo de leniência celebrado pela Odebrecht, no âmbito da Operação Lava Jato.

Assim destacou em seu voto:

“Digo sem medo de errar, foi o verdadeiro ovo da serpente dos ataques à democracia e às instituições que já se renunciavam em ações e vozes desses agentes contra as instituições e ao próprio STF. Ovo esse chocado por autoridades que fizeram desvio

---

*arbitrários, e que pelas circunstâncias apresentadas acima, não tinham como ser recusadas, tampouco negociadas. Tivesse o ACT sido elaborado logo após a publicação da Lei Anticorrupção, certamente não se teria celebrado acordos tão prejudiciais às empresas brasileiras e, ao final, à nossa economia e à nossa sociedade.”*

<sup>95</sup> “15. Entre as inúmeras inconstitucionalidades e ilegalidades praticadas, que violaram diversos direitos fundamentais (= preceitos fundamentais) e que serão devidamente aprofundadas, destacamos, nesta ação, os vícios contidos nos acordos de leniência firmados por empresas antes do advento do ACT, especialmente (mas não apenas) aqueles firmados no âmbito da Operação Lava Jato e das operações que dela decorreram. 16. Tais acordos, como se sabe, foram firmados com fundamento na Lei nº 12.846/2013 e no Decreto nº 8.420/2015, e em um momento histórico marcado por um reprovável punitivismo, que ensejou inúmeras violações ao texto constitucional e, in concreto, pôs e continua a colocar em risco a continuidade de empresas que aceitaram acordos cujos valores negociados são demasiadamente altos, divorciados dos parâmetros constitucionais e legais, e que neste momento estão gerando grandes dificuldades ao seu adimplemento, colocando em risco a continuidade da atividade empresarial. 17. Esse é o ponto de partida de uma crise verdadeiramente sistêmica. Não apenas as grandes empresas são prejudicadas, como, também, as pequenas e médias – lembre-se, aqui, que as microempresas e empresas de pequeno porte dispõem de especial proteção constitucional (art. 179, da CF) – o que acarreta crises de produção, perda de empregos e desequilíbrio da relação oferta/consumo, o que ameaça toda a economia doméstica. Isso significa que o microsistema de combate à corrupção não pode, em hipótese alguma, desconsiderar a tutela da ordem econômica e social.”

<sup>96</sup> “É cabível a arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver (i) uma violação generalizada de direitos humanos; (ii) uma omissão estrutural dos três poderes; e (iii) uma necessidade de solução complexa que exija a participação de todos os poderes.” STF, Tribunal Pleno, ADPF 635 MC, rel. min. Edson Fachin, j. 18.8.2020, DJUe 21.10.2020.

<sup>97</sup> Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RCL43007.pdf>



de função, agindo em conluio para atingir instituições, autoridades, empresas e alvos específicos.”

O professor Lênio Streck, através de parecer jurídico acostado pelos requerentes em reforço a sua tese proposta na APDF em comento, reforça a flagrante inconstitucionalidade em que os acordos de leniência foram realizados durante a operação Operação Lava Jato, e, que “o estado de coisas inconstitucional é sim uma senha, um acesso, uma chave para acionar uma decisão estruturante da Suprema Corte”, servido para o reconhecimento de grandes anormalidades estruturais<sup>98</sup>.

O Min. Relator da ADPF 1051, André Mendonça, após a manutenção da livre distribuição da ação, em decisão do dia 25 de julho de 2023, consignou a importância da ADPF em comento, e salientou “apreciação com maior grau de verticalidade e estabilidade, pelo que deve o exame da controvérsia ser realizado em caráter definitivo”.

Ainda, determinou ao MPF, CGU, AGU, TCU e Ministério da Justiça a apresentação e manifestações com a entrega das cópias dos acordos de leniência celebrados na “Operação Lava Jato”, para entender se os acordos seguiram os parâmetros ou se estão sendo revisados à luz do ACT.

Conforme já destacado neste trabalho sobre os desafios da jurisdição constitucional e a complexidade das relações não só jurídicas, mas também sociais submetidas a Suprema Corte, o Min. Relator André Mendonça, assim fundamentou:

“Ademais, na jurisdição constitucional contemporânea não há mais espaço para negligenciar, mesmo no plano do controle abstrato de constitucionalidade, a inafastável “comunicação entre norma e fato”. Partindo de tal premissa, o ilustre Ministro Gilmar Mendes tece pertinente consideração a propósito da utilização das faculdades instrutórias previstas pelo art. 9º, § 1º, da Lei nº 9.868, de 1999, as quais, na sua visão, consubstanciam-se em mecanismo que tem por finalidade modernizar e racionalizar o processo constitucional. De acordo com as precisas palavras de Sua Excelência:

“Hoje, entretanto, não há como negar a ‘comunicação entre norma e fato’, que constitui condição da própria interpretação constitucional. É que o processo de conhecimento, aqui, envolve a investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos. (...) Nos Estados Unidos o chamado Brandeis-Brief – memorial utilizado pelo advogado Louis D. Brandeis no case ‘Müller vs. Oregon’ (1908), contendo duas páginas dedicadas às questões jurídicas e outras 110 voltadas para os efeitos de longa duração do trabalho sobre a situação da mulher – permitiu que se desmitificasse a concepção dominante segundo a qual a questão constitucional configurava simples ‘questão jurídica’ de aferição de legitimidade da lei em face da Constituição. Restou demonstrado, então, que até mesmo no chamado controle abstrato de normas não se procede a um simples contraste entre a disposição do

---

<sup>98</sup> “O Brasil passou por um fenômeno conhecido como “lavajatismo”, em que foram suspensos os basilares princípios ensejadores do devido processo legal e suas derivações sistêmicas. Tratou-se de um autêntico estado de coisas inconstitucional (que também pode ser denominado de estado de exceção processual), em que o voluntarismo judicial e do Ministério Público degeneraram o Direito e arrastaram um conjunto de empresas para a celebração de acordos de leniência que provocaram a sua ruína, ceifando milhares de empregos, a partir de condições leoninas.”

Direito ordinário e os princípios constitucionais. Ao revés, também aqui fica evidente que se aprecia a relação entre a lei e o problema que se lhe apresenta em face do parâmetro constitucional. Em outros termos, a aferição dos chamados fatos legislativos constitui parte essencial do controle de constitucionalidade, de modo que a verificação desses fatos relaciona-se íntima e indissociavelmente com o exercício do controle pelo Tribunal.” (MENDES, Gilmar Ferreira. Ação Declaratória de Constitucionalidade. MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. Mandado de Segurança e Ações Constitucionais. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 391-392, grifos no original).”

E nessa perspectiva de diálogo e consenso em jurisdição constitucional, os requerentes se manifestaram pela conveniência de designação de audiência de conciliação e os *amici curiae* admitidos no feito, bem como, com os signatários do ACT, para um eventual acordo quanto ao objeto da ADPF 1051.

### 3.2.8 ADI 5529/DF

Aqui, guarda uma particularidade diferente das demais ações: não houve proposta de arguição de descumprimento de preceito fundamental e tampouco, pedido expresso de declaração de estado de coisas inconstitucional.

Trata-se de ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade<sup>99</sup> - proposta pelo ex Procurador-Geral da República Rodrigo Janot, distribuída em 18/05/2016, tendo como objeto o parágrafo único do art. 40 da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.

O artigo impugnado dispõe da prorrogação do prazo de vigência da patente, na hipótese de demora na análise do pedido pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI).

A norma prevista no parágrafo único do art. 40 da Lei de Propriedade Industrial<sup>100</sup> enseja à hipótese de vigência diferida da proteção patentária, possibilitando que o detentor da patente fosse agraciado com proteção por prazo indefinido e muito superior ao prazo de 20 (vinte) anos estabelecido pelo caput do mesmo art. 40 da LPI.

É que a norma impugnada prestigiava a mora da Administração Pública (INPI) na análise e processamento de pedidos depositados de registro de patentes.

<sup>99</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 1051/DF. <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4984195>. Acesso em 20 de out de 2023.

<sup>100</sup> Art. 40. A patente de invenção vigorará pelo prazo de 20 (vinte) anos e a de modelo de utilidade pelo prazo 15 (quinze) anos contados da data de depósito. Parágrafo único. O prazo de vigência não será inferior a 10 (dez) anos para a patente de invenção e a 7 (sete) anos para a patente de modelo de utilidade, a contar da data de concessão, ressalvada a hipótese de o INPI estar impedido de proceder ao exame de mérito do pedido, por pendência judicial comprovada ou por motivo de força maior.

O Procurador-Geral da República alegou ofensa aos artigos 5º, caput e incs. XXXII e LXXVIII, 37, caput e § 6, e 170, incs. IV e V, da Constituição Federal. Ainda: “prazo de vigência das patentes nos moldes do art. 40, parágrafo único, da Lei 9.279/1996, viola os postulados da segurança jurídica (art. 5º, caput, da Constituição da República), da livre concorrência (art. 170, IV, da CR) e da defesa do consumidor (arts. 5º, XXXII, e 170, V, da CR), não só por prolongar de forma excessiva a proteção patentária, mas também por tornar indeterminado o período de vigência do privilégio”.

O requerente fundamentou que a regra prevista no parágrafo único do art. 40 da Lei de Propriedade Industrial (LPI) seria inconstitucional, pois acarretaria a indeterminação no prazo de vigência das patentes.

Nesse sentido, sustentou que, em caso de atraso na análise de pedidos por mais de 10 (dez) ou 8 (oito) anos, a patente ultrapassaria os prazos máximos previsto pelo art. 40, caput, da lei e, além disso, acumular-se-ia com a proteção concedida pelo art. 44, o qual prevê o direito à indenização por exploração indevida do objeto da patente entre a data da publicação do pedido e a da concessão da patente.

Em 24 de fevereiro de 2021, o Procurador-Geral da República apresentou pedido de tutela provisória de urgência<sup>101</sup>, requerendo a suspensão imediata dos efeitos do parágrafo único do art. 40 da Lei nº 9.279/1996.

O Ministro Dias Toffoli, relator, analisou e decidiu o pedido cautelar, entendendo que a norma questionada além de destoar radicalmente dos parâmetros internacionais no tratamento do tema, violava o direito, remontando-se à *ratio decidendi* da ADPF-MC 347/DF, que “além de o parágrafo único do art. 40 ser, por si só, inconstitucional, há hoje um estado de coisas inconstitucional no que tange à vigência das patentes no Brasil<sup>102</sup>”.

E acrescentou:

“É exatamente o que se tem aqui. Somados a demora do INPI em analisar os pedidos e o prazo adicional concedido pelo parágrafo único do art. 40 da LPI, os prazos de vigência das patentes acabam sendo extraordinariamente maiores do que os praticados em outras jurisdições, com todos os impactos negativos já citados neste voto, os quais descortinam situação de violação generalizada de direitos fundamentais sociais”.

<sup>101</sup> “conquanto não apontado na petição inicial em virtude do longo prazo de vigência da norma impugnada, decorre de fato superveniente consistente na grave crise sanitária ocasionada pela epidemia de Covid-19, uma vez que o disposto no art. 40, parágrafo único, da LPI impacta diretamente no direito fundamental à saúde, haja vista que, enquanto não expirada a vigência de patentes de grandes laboratórios, a indústria farmacêutica ficará impedida de produzir medicamentos”

<sup>102</sup> Na parte dispositiva de seu voto em cautelar, por sua única e exclusiva vontade (argumento que inclusive reconheceu ser de seu entendimento particular no julgamento em plenário) o Min. Relator Dias Toffoli, reconheceu o estado de coisas inconstitucional no que tange à vigência das patentes no Brasil, sem ao menos ter sido ventilado na ação proposta pelo PGR.

Ao fim, determinou em sede de ADI uma série de obrigações aos órgãos reguladores INPI, ANVISA e à Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde com vistas à superação do quadro de inconstitucionalidades no prazo de vigência da proteção patentária no Brasil.

O plenário do Supremo Tribunal Federal, nos termos do voto do Relator, Ministro Dias Tóffoli, por maioria de votos, conheceu da ação direta e julgou procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 40 da Lei nº 9.279/1996.

No entanto, o ministro Alexandre de Moraes divergiu do Relator, pediu *venias* e não acompanhou o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional e citou

” a questão das penitenciárias, a questão das audiências de custódia, que era algo que não existia. Costumo chamar a audiência de custódia de habeas corpus social, uma garantia individual que permite que todas as pessoas, independentemente de condição econômica e social, sejam levadas à presença do juiz, mas não havia regulamentação. Como citei anteriormente, não se trata de ausência de proteção à propriedade industrial, tampouco se trata de proteção à sociedade após os prazos previstos na lei. São duas previsões normativas extremamente razoáveis, a meu ver, dentro desse binômio. O grande problema é essa indefinição que o termo a quo colocou e tornou o que deveria ser temporário em indefinido. Retirando isso, a partir do momento em que se protocola, como o eminente Ministro aponta, contado esse tempo, colocado isso, a regulamentação está perfeita - perfeita do ponto de vista de solucionada -, a regulamentação está solucionada. Então, não há um vácuo, a meu ver, que acabe levando ao estado de coisas inconstitucional.”

Alterando sua posição, o ministro Dias Toffoli retirou de seu voto condutor a declaração do ECI e as transformou em recomendações ao Poder Legislativo e aos aludidos órgãos.

Importante destacar a posição do Min. Luís Roberto Barroso, que votou pela não ratificação da cautelar e, no mérito, pela improcedência do pedido, sinalizou que o Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência consolidada quanto ao seu dever de deferência para com o Poder Legislativo e agências reguladoras, deferindo uma autocontenção em matérias de alta expertise técnica, cuja apreciação demande conhecimento específico, em atenção as capacidades institucionais<sup>103</sup>.

<sup>103</sup> “DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. NOVO MARCO REGULATÓRIO DA TELEVISÃO POR ASSINATURA (LEI N. 12.485/2011). [...]. OPÇÃO REGULATÓRIA SITUADA NOS LIMITES DA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA. [...]. 1. A revisão judicial de marcos regulatórios editados pelo legislador requer uma postura de autocontenção em respeito tanto à investidura popular que caracteriza o Poder Legislativo quanto à complexidade técnica inerente aos temas a que o Poder Judiciário é chamado a analisar pela ótica estrita da validade jurídica. 2. A competência legislativa do Congresso Nacional para dispor sobre telecomunicações (CRFB, art. 22, IV) e para disciplinar os princípios constitucionais incidentes sobre a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão (CRFB, art. 221 e art. 222, §5º) confere autoridade ao Poder Legislativo para, sponte propria, criar ou modificar marcos regulatórios setoriais, no que estão abarcados poderes

Aqui, quando teve a oportunidade de manter a decisão do Min. Relator Dias Tófolli sobre a declaração do estado de coisas inconstitucional, o Supremo Tribunal Federal voltou atrás e entendeu que a questão da inconstitucionalidade não era propriamente uma relação de transitividade entre texto constitucional e contexto de graves violações a direitos fundamentais, mas, sim, uma relação clássica relacional entre a Constituição e a norma impugnada *strictu sensu* (FERREIRA, 2021)<sup>104</sup>.

E nesse sentido, importante debate ocorreu entre os Ministros da Suprema Corte, isto porque, como ressaltou o Min. Alexandre de Moraes, o Ministro Tófolli declarava o estado de coisas inconstitucional como dispositivo e, como bem ressaltou o Ministro Marco Aurélio, imputava algumas obrigações de fazer à Administração, em razão da chamada *quebra de bloqueio institucionais*<sup>105</sup>

### 3.3 ADPF E SEU POSSÍVEL USO POLÍTICO: TUDO QUE É RUIM É OU NÃO INCONSTITUCIONAL?

É comum circular no meio jurídico e no debate político, diante das complexidades da política pública brasileira, a seguinte frase: “Deixa que isso o Supremo resolve”. E de fato, o Supremo resolve, para o bom entendimento de uns e mau de outros. Essa é a sua função constitucional.

O controle de constitucionalidade é um dos pilares fundamentais do sistema jurídico de um Estado Democrático de Direito, tem como finalidade a garantia da supremacia da Constituição, garantindo que a legislação e as ações dos poderes públicos sejam cumpridas em plena conformidade com seus preceitos.

As ações de controle abstrato de constitucionalidade expressas no texto constitucional, são verdadeiras garantias previstas pela própria Constituição para a concretização de suas promessas (ABBOUD, 2021, p. 547).

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF – é um instrumento previsto na Constituição Brasileira que tem como finalidade principal a defesa de seus preceitos fundamentais e conseqüentemente a supremacia e realização do texto constitucional.

---

para adaptar as instituições vigentes de modo a garantir a efetividade das novas regras jurídicas. [...]” (ADI 4923, Rel. Min. Luiz Fux, j. 08.11.2017, grifou-se)

<sup>104</sup> <https://www.migalhas.com.br/depeso/349125/o-estado-de-coisas-inconstitucional-na-jurisprudencia-do-stf>

<sup>105</sup> Destaca-se a seguinte discussão e esclarecimento feito pelo Min. Gilmar Mendes, que havia entendido que funcionava muito mais como um *obiter dictum*, como um apelo ao legislador, as ações impostas na cautelar pelo Ministro Dias Toffoli. O Min. Alexandre de Moraes já havia chamado atenção para essa questão, dizendo que não subscrevia esse fundamento, mas não era só o fundamento, porque haveria determinação, mas havia interpretado desta maneira.

No entanto, há inegável uso político da ADPF, levando a Suprema Corte debates que não ganham forças, na maioria das vezes por interesses políticos, pelo Poder Legislativo.

Temas como a descriminalização do aborto de feto anencéfalo, reconhecimento da união estável homoafetiva, garantia da liberdade de expressão para protestar pela descriminalização da maconha, proibição da condução coercitiva, tiveram a oportunidade de serem regulados e obter o mínimo de segurança jurídica.

E tal fato só ocorreu porque ADPFs foram propostas no Supremo Tribunal Federal por partidos e organizações, que queriam provocar mudanças em questões cujas discussões não conseguiam espaço na agenda política ordinária.

Esse uso político da ADPF é uma forma de buscar a intervenção da Suprema Corte para revisar e, possivelmente, derrubar decisões políticas ou legislativas tomadas por outros poderes, como o Executivo ou o Legislativo<sup>106</sup>.

---

<sup>106</sup> Em entrevista realiza por Rodrigo Haidar pelo site consultor jurídico com o advogado Thiago Luiz da Costa. Mestre em Direito pelo Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP), autor do livro “O papel da ADPF no sistema de controle constitucional brasileiro”, lançado pela Amanuense Livros, destacam-se os seguintes trechos da entrevista: **“ConJur — Então, o próprio STF alargou a via de acesso para ADPFs? Costa — Sim. Hoje, quando nós observamos que a maior parte das ADPFs se volta especialmente contra decisões judiciais — há ADPF até para questionar interpretação de súmula — o argumento que sempre está presente nas petições iniciais é o da eficácia. Então, o ministro Peluso tem certa razão, embora o juízo valorativo crítico da ADPF como panaceia englobe questões maiores e mais complexas, como legitimidade democrática e um possível ativismo do Supremo. A ADPF 54, por exemplo, é até hoje alvo de críticas de parcela da sociedade, que entende que o Supremo avançou sobre o Legislativo ao descriminalizar o aborto em uma hipótese. Por outro lado, esta era uma demanda que existia, na prática, na vida real dos profissionais de saúde. E que não iria conseguir ser resolvida no Parlamento em um tempo minimamente razoável. Neste caso, a via de acesso mais rápida para provocar essa mudança era a ADPF, que obteve êxito graças a uma composição também mais progressista, que dava sinais de boa vontade para atender ao que alguns dos próprios ministros classificam como avanços da sociedade. ConJur — A partir do momento em que o Supremo coloca a eficácia como norte para o cabimento de ADPF, não abre a possibilidade de que a Corte se transforme em palco de qualquer discussão que não tenha consenso mínimo na sociedade? Costa — Abre e estamos vendo isso na prática. Os números revelam isso, embora seja importante pontuar que esse fenômeno do crescimento do uso de ADPF não é de hoje, nem uma circunstância da pandemia. É um movimento que acontece desde 2015, que é quando nós registramos o recorde de 48 ADPFs propostas em um ano. Até então, este era o maior número. Esse volume cresce em 2016 e 2017. Em 2018, cai um pouco. Mas volta a subir em 2019 e 2020. E este ano a tendência é que se bata um novo recorde. ConJur — Não existe o risco de o Tribunal se perder em algum momento ao ser tragado para questões de política cotidiana? Por exemplo, o PSDB entrou recentemente com uma ADPF para pedir que o Supremo obrigue o presidente da República a cumprir medidas sanitárias. É claro que o presidente deveria usar máscara em locais públicos e não promover aglomerações. Mas cabe ao Supremo determinar isso? Esse controle não seria atribuição do Legislativo? Costa — Certamente, há esse risco a partir do momento em que o Supremo permite acesso mais amplo e também se sente à vontade de participar do debate político, o que se observa nos votos não só em ADPF, mas em outras ações, quando os ministros usam argumentos mais pragmáticos, consequencialistas. Há uma corrente de estudiosos que defende o consequencialismo, mas nós temos o Direito positivado, as regras são a base do nosso ordenamento. Na ADPF 811, que questionou a restrição à realização de cultos religiosos presenciais na pandemia, vimos que muitos dos argumentos tangenciavam a questão constitucional, mas eram mais históricos e pragmáticos. Vimos o ministro Alexandre de Moraes, por exemplo, trazendo argumentos desde sobre como foi o comportamento da igreja católica durante epidemias que ocorreram na Idade Média. São, claro, argumentos de reforço a um argumento central jurídico, mas não deixam de ser políticos. Por outro lado, os partidos políticos também não se sentem nada constrangidos de ingressar no Supremo e colocam o Tribunal em uma situação difícil. Creio que grande parte da população seria favorável a uma ordem para que o presidente da República cumpra determinações sanitárias, mas isso cabe no princípio da independência e da harmonia entre os poderes?”**

A distinção entre direito e política nem sempre é clara, é um tema espinhoso.

No entanto, a arguição de descumprimento de preceito fundamental tem como objetivo proteger a Constituição e não deve ser instrumentalizado apenas como uma ferramenta de oposição política.

Da mesma forma, uma política pública ruim, por si só, não é necessariamente inconstitucional.

Nesse sentido, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental para a declaração do estado de coisas inconstitucional em um controle de constitucionalidade sobre realidades fáticas, tem sido objeto de intenso debate, sendo importante distinguir entre políticas públicas ineficientes e aquelas que realmente violam os preceitos fundamentais.

Por exemplo, uma política pública de reforma tributária pode ser considerada ruim pelos resultados obtidos em razão do aumento da carga tributária para determinados grupos sociais.

No entanto, se essa política estiver dentro dos limites constitucionais, como a observância dos princípios da igualdade e da capacidade contributiva, não seria possível afirmar que seja inconstitucional.

A análise é caso a caso.

---

**ConJur — Cabe? Costa** — O Supremo dirá, mas o debate é complexo. Tem um ponto que é muito importante, e até me parece ser o caso dessa ação do PSDB: o uso de um instrumento jurídico com finalidades políticas. Ou seja, ajuíza-se a ação para chamar a atenção para uma pauta, movimentar o debate sobre aquele tema na sociedade. Não é por acaso que esta ação é ajuizada por um partido político no dia seguinte a aglomerações promovidas pelo presidente em uma passeata de motocicletas no Rio de Janeiro. E o Supremo fica em uma situação sensível. Se nega o pedido pode parecer para a sociedade que a Corte tem certa conivência. Se defere, pode parecer desrespeito a um limite institucional. É uma questão muito delicada, mas que se coloca no espaço que o próprio Supremo abriu nos últimos anos. **ConJur — Não existe uma jogada estratégica de partidos políticos ao fazer isso? Costa** — Sim. Por exemplo, o Psol entrou com a ADPF 442, que pretende a descriminalização do aborto até o terceiro mês de gestação. É uma pauta evidentemente política, mas que não vislumbra a possibilidade de aprovação em curto ou médio prazo, ou sequer de ter um debate mais sério no Parlamento. De certa forma, ajuizar essa ação é uma maneira de colocar no Supremo o debate até como forma de pressionar a maioria parlamentar que se recusa a discutir a questão. Não à toa, a relatora, ministra Rosa Weber, determinou a realização de audiências públicas. Isso é um sintoma de que a Corte começa a emular o processo legislativo. Tivemos também, recentemente, a ADPF 395, em que o Supremo decidiu pela proibição da condução coercitiva para interrogatório. Foi proposta pelo PT e claramente motivada pela condução coercitiva do ex-presidente Lula. Há vários outros exemplos. ADPF 388 ajuizada contra o ato de nomeação da então presidente Dilma Rousseff de um ministro de Estado que era membro do Ministério Público. Depois, o PSDB ingressa com a ADPF 391 contra o ato de nomeação do ex-presidente Lula na Casa Civil. No caso do membro do MP, o Supremo abriu o conhecimento da ADPF contra nomeação de ministro de Estado. Logo em seguida, o PSDB usa o mesmo mecanismo pra questionar outra nomeação. Isso é um debate político levado à Corte. Mas serve também para falar para as próprias bases, uma defesa pública de certas pautas. No momento em que o Supremo admite a ação, manda ouvir autoridades, abre o procedimento para a realização de audiências públicas, isso tende a reverberar na sociedade e também no Congresso Nacional, porque, muitas vezes, o que o Parlamento menos quer é que essas decisões sejam tomadas pelo Judiciário. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-12/entrevista-thiago-luiz-costa-pesquisador-uso-adpfs>.

De outro modo, como já citado neste trabalho, o Min. Gilmar Mendes advertiu que se a política pública está no texto constitucional, então se trata de questão de direito<sup>107</sup>, e sendo assim, é devido a sua concretização por meio do Poder Judiciário, em especial, pelo Supremo Tribunal Federal.

A ADPF 347 - em que se declarou o estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro - a decisão do Supremo Tribunal Federal, nos termos do voto do Min. Roberto Barroso, atual presidente do STF, diante da situação complexa e da comprovada violação massiva de direitos fundamentais no sistema prisional brasileiro, firmou expressamente a necessidade de cooperação entre todas as autoridades para uma solução satisfatória do problema e não apenas o fim de um processo.

Diante da decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal e o estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, duas questões jurídicas se definem:

i) No sistema prisional brasileiro, há uma situação de violação em massa de direitos fundamentais dos presos, a exemplo dos direitos à integridade física, alimentação, higiene, saúde, estudo e trabalho. Esse cenário está em desacordo com as normas previstas na Constituição Federal de 1988 (art. 3º, III, e art. 5º, incs. XLVII, XLVIII e XLIX), nos tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil é parte e nas demais leis aplicáveis ao tema (entre elas, a Lei de Execução Penal).

Essas normas autorizam que o Estado limite a liberdade do condenado, mas não permitem que outros direitos sejam desrespeitados. As condições de cumprimento de pena estão expressamente reguladas pelas normas citadas.

O seu cumprimento não é uma questão política, mas uma questão jurídica, a ser assegurada pelo STF.

ii) Como se trata de um problema estrutural, que decorre de diversas causas e exige um conjunto de medidas para sua superação, a solução da questão do sistema prisional deve passar pela elaboração de plano nacional e de planos locais, com a participação de diversas autoridades e entidades da sociedade.

Na ADPF 760 – estado de coisas inconstitucional do meio ambiente - a decisão da Min. Relatora Cármen Lúcia, apresentam as seguintes questões jurídicas:

i) A omissão estatal e as medidas que enfraqueceram a fiscalização para a prevenção e a contenção da degradação ambiental violaram expressamente o *caput* do art. 225 do texto constitucional. Conforme destacado em seu voto:

---

<sup>107</sup> Página 12.



“Nega-se com aquela omissão o cumprimento ao princípio da prevenção, preceito inerente ao dever de proteção imposto ao Poder Público, pois *“não seria possível proteger sem aplicar medidas de prevenção”* (MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental brasileiro. 24. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 121).

ii) Ao longo das 159 páginas do voto da Min. Relatora Cármen Lúcia, além da violação normativa da Constituição, adotando uma hermenêutica estruturante e o interpretativismo, posição já defendida nesta pesquisa, configurou-se a violação massiva ao direito fundamental ao meio ambiente;

iii) Como se trata de um problema estrutural, que decorre de diversas causas e exige um conjunto de medidas para sua superação, certamente não se resolverá em meses de novo governo, sendo necessárias medidas não só de curto prazo com fiscalização do STF e por decisões judiciais adequadas a realidade, que busquem equacionar a longo prazo as mazelas ambientais.

No sentido da possibilidade de mudança por meio de decisão judicial:

“A aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional Ambiental pode ser o remédio preventivo para a má gestão administrativa pública ambiental. Medidas cautelares poderão inibir a continuidade da negligência do poder público. O Poder Judiciário pode utilizar-se da ferramenta do Estado de Coisas Inconstitucional para reforçar o comprometimento e esforços dos governos locais (estados e municípios) na prossecução de suas funções. (CAÚLA, RODRIGUES, 2018)

A ADPF 682 – estado de coisas inconstitucional no ensino jurídico – não teve seguimento na Suprema Corte uma vez constatado o não atendimento do requisito da subsidiariedade. No entanto, as seguintes questões jurídicas se apresentam:

i) O ex Min. Ricardo Lewandowski (Relator) reforçou a capacidade institucional na situação apresentada, em postura de autocontenção e deferência ao Poder Executivo e a legislação infraconstitucional;

ii) No contexto educacional, questões como a qualidade dos cursos jurídicos, adequação do currículo, a acessibilidade à educação jurídica e outros aspectos relacionados ao ensino podem e devem ser objeto de discussões e reformas, mas essas questões devem ser tratadas por meio de processos regulatórios, políticas educacionais e reformas legislativas.

Na APDF 866 – estado de coisas inconstitucional na política pública de saúde brasileira - o Min. Relator Alexandre de Moraes rejeitou a propositura da ação, em razão da ausência de legitimidade do requerente por falta de pertinência temática e não foi observado o princípio da subsidiariedade, julgando a ação extinta sem resolução do mérito.

Sobre a intervenção do Poder Judiciário em política pública e em especial de saúde, trabalhamos no item 1.6, o tema de repercussão geral 698, que fixou parâmetros para nortear

decisões judiciais a respeito de políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais. Ainda:

i) a questão da política pública de saúde é problema complexo e de caráter estrutural, não bastando declaração de inconstitucionalidade, deve o enfrentamento ser conduzido de maneira cooperada com consensualidade e metas a curto e longo prazo, sob a homologação da Suprema Corte e adequação com a realidade apresentada, e,

ii) É inegável a realidade da inefetividade da política pública no Brasil, neste sentido:

“tanto a organização da atuação estatal na forma do SUS, quanto o financiamento das ações e serviços públicos de saúde estão submetidos a um paulatino processo de degradação, em prol de uma pretensa focalização<sup>5</sup> da política pública nos mais pobres, com o deliberado fomento ao mercado da saúde suplementar. Ao arripio do art. 199, §1º da CR/88, parece estar em curso uma série de medidas que tendem à inversão entre o que é universal e o que é complementar na assistência à saúde prestada pelo Estado.” (PINTO, 2017, p. 3-4)

A ADPF 918 – Estado de coisas inconstitucional no domínio das políticas de cultura – restou prejudicada em razão da perda parcial do objeto da ação, em virtude da revogação das normas impugnadas.

Entretanto, o Min. Relator Edson Fachin, destacou a gravidade das violações apresentadas na petição inicial e diante da sua condução no processo, até a perda do objeto, entendendo se tratar de um processo estrutural, adotou postura fundamentada na harmonia entre as funções estatais e a institucionalidade do Estado, em razão da complexidade da situação apresentada de grave violação a direitos fundamentais.

Na APDF 973, em que se requer a declaração do estado de coisas inconstitucional fundado no racismo estrutural e racismo institucional, ajuizada simbolicamente no dia 13 de maio<sup>108</sup> de 2022, apresentou a situação da população negra brasileira sem acesso a direitos fundamentais como saúde, segurança alimentar e, o mais básico dos direitos, a própria vida, bem como, notadamente o aumento da letalidade<sup>109</sup> da população negra.

O professor Silvio Almeida em sua obra *Racismo Estrutural* sustenta que racismo é um tema complexo, enraizado nas diversas formas de organização da sociedade, inserido na Teoria Social (2019).

De fato o racismo é tema complexo e como tal, necessita de uma condução pelo Supremo Tribunal Federal que proporcione decisões coordenadas com os demais agentes

<sup>108</sup> Na data do dia 13 de maio de 1888, por força da Lei Áurea, foi data da extinção da escravidão no Brasil. São apenas 135 anos sem escravidão em um país de 523 anos.

<sup>109</sup> O aumento da letalidade da população negra dialoga diretamente com a ADPF 635, chamada de "ADPF das favelas", em que se apresentam as massivas e graves lesões a preceitos fundamentais da Constituição praticadas pelo estado do Rio de Janeiro na elaboração e na implementação de sua política de segurança pública, "notadamente no que tange à excessiva e crescente letalidade da atuação.

públicos de medidas protetivas da população negra, inclusive, pela complexidade dos pedidos formulados pelos requerentes e da necessária cooperação para materialização dos mesmos.

Ainda, com decisões prospectivas e consensuais em jurisdição constitucional, conduzir para maior efetividade dos programas governamentais de promoção da igualdade racial e étnica formulados por leis que vêm sendo aplicadas no país.

A APDF 976 – Estado de coisas inconstitucional da conjuntura das pessoas em situação de rua – o Min. Relator Alexandre de Moraes entendeu pelo desenvolvimento de um processo estrutural e sua decisão referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, de maneira célere, orienta para maior efetividade das políticas públicas para a população de rua.

O defensor público do Estado de São Paulo, Rafael Lessa Vieira de Sá Menezes, membro do Núcleo de Habitação e Urbanismo e mestre e doutor em Direito pela USP, em artigo no site Consultou jurídico<sup>110</sup>, destaca as violações e omissões estatais sobre a degradante situação dos moradores de rua:

“Diante deste quadro, é necessário enfrentar o fato de que a população de rua é sistematicamente privada do direito à moradia em razão de ações e omissões estatais. A principal omissão decorre da ausência de políticas habitacionais que contemplem os mais pobres [13], em especial a população de rua. As políticas existentes são baseadas principalmente em financiamento habitacional bancário e exigem a comprovação de renda para acesso ao crédito. Além disso, como já anotado, ações baseadas principalmente em assistência social e no modelo "etapista" não apenas perpetuam a situação de rua, como distanciam as pessoas nesta situação de um possível atendimento habitacional, já que boa parte dos recursos públicos é utilizada, inadequadamente, para manter abrigos emergenciais [14].

Diz-se inadequadamente por que a implementação do direito à moradia não pode se basear em paradigmas de "atendimento emergencial", devendo oferecer soluções permanentes. Diferencia-se, assim, o direito ao abrigo do direito à moradia. Isto porque o direito humano à moradia é não apenas o direito a ter um teto sobre a cabeça, mas também o de ter acesso a um local em que haja segurança legal da posse; custo acessível; habitabilidade; acessibilidade; localização razoável; disponibilidade de serviços, materiais, facilidades e infraestrutura; e adequação cultural (Comentário Geral nº 4 do ECOSOC – Conselho Econômico e Social, da ONU). Daí a conclusão de que estar em abrigos emergenciais não é suficiente para satisfazer o direito à moradia: "o direito ao abrigo deve ser visto como um direito temporário, evanescente, destinado a um atendimento emergencial pelo poder público, a partir do qual exsurge desde logo o dever deste de promover o acesso à moradia digna" [15].

Portanto, há violação do direito à moradia da população de rua não apenas pela omissão, mas também pelas ações tecnicamente inadequadas das políticas públicas voltadas a esta população. Tal violação pode ser caracterizada como sistemática na medida em que há um sistema de exclusão habitacional das pessoas em situação de rua, sustentado por aquelas ações e omissões estatais.” (Menezes, 2023)

---

<sup>110</sup> <https://www.conjur.com.br/2022-nov-20/rafael-sa-menezes-direito-moradia-populacao-rua/>

Em artigo no mesmo Consultor Jurídico<sup>111</sup>, a professora Vanice Valle abordou a medida cautelar concedida pelo Min. Alexandre de Moraes na ADPF 976 e teceu algumas críticas, a começar pelo citado “entusiasmo dos defensores da qualificação de estado de coisas inconstitucional”, em razão da ausência de sucesso na melhoria do sistema prisional na ADPF 347.

Ainda, aborda o Tema 698, trabalhado neste trabalho no item 1.6, sobre os parâmetros definidos pelo STF para nortear decisões judiciais a respeito de políticas públicas, ao alegar que:

“Em que pese esses pontos de fragilidade na solução proposta pelo STF no multicitado Tema 698, ao menos ali se tinha a virtude de uma prestação jurisdicional que não se apresentava aprioristicamente substitutiva do juízo discricionário do administrador em relação a quais sejam as prioridades e estratégias a serem desenvolvidas para o enfrentamento de um problema público. Essa a evolução qualificadora que se perdeu com a liminar agora referendada na ADPF 76.

Definindo em relação a estados e municípios quais os parâmetros de ação a serem observados *“no âmbito de suas zeladorias urbanas e nos abrigos de suas respectivas responsabilidades”*, inequivocamente se tem na referida liminar, conteúdo decisório que se substitui à política pública estadual e/ou local, tudo em nome da proteção à dignidade e outros valores constitucionalmente protegidos titularizados pela população em situação de rua. Parece, portanto, que menos de um mês depois da tese enunciada no Tema 698, a Corte retorna à velha compreensão firmada na ADPF 47, segundo a qual lhe seria dado inclusive formular políticas públicas. Um passo para a frente e dois para trás...

Importa ainda destacar, a par da perplexidade já trazida, que é a própria decisão referendada que, determinando igualmente a Estados e Municípios *“no prazo de 120 dias, a realização de diagnóstico pormenorizado da situação nos respectivos territórios, com a indicação do quantitativo de pessoas em situação de rua por área geográfica, quantidade e local das vagas de abrigo e de capacidade de fornecimento de alimentação”*, confessa não dispor de um quadro descritivo do problema público a ser enfrentado que possa sustentar a adequação das providências determinadas. Mais ainda, não se encontra em qualquer dos seus inúmeros subitens, a identificação de quais sejam as finalidades a serem alcançadas pela Administração Pública — componente a integrar necessariamente a decisão que empreende ao controle de políticas públicas, segundo o Tema 698.”

Advertiu também que neste tipo de demanda, a solução não pode ser em teorias não testadas com a realidade fática, da mesma forma, não se trata de optar “por uma autocontenção limitadora, mas por um caminho de construção informada de solução”. Há virtude na atuação jurisdicional que, identificando os bloqueios jurídico-institucionais, contribui para a sua superação” (VALLE, 2023).

|O argumento utilizado pela professora Vanice Vale de se utilizar uma construção informada para solução do problema, também foi trabalhado no item 2.4 desta pesquisa, quando do estudo dos diálogos institucionais.

<sup>111</sup> <https://www.conjur.com.br/2023-ago-31/interesse-publico-populacao-rua-adpf-976-stf-desenha-solucao-conhecer-problema2>

Já na APDF 984, embora não houvesse pedido de declaração do estado de coisas inconstitucional, a sua utilização ocorreu na fundamentação com a alegação do estado de coisas inconstitucional da tributação dos combustíveis.

Muitas são as nuances relativas na ADPF 984, quais sejam:

i) A ação foi proposta no curso das eleições presidências de 2022, pelo até então Presidente da República, com o objetivo de ganhar impacto e força política para impugnar a suposta prática inconstitucional realizada de forma reiterada por diversos entes federativos em fixar alíquotas de ICMS sobre operações de combustíveis, incidente sobre bens essenciais, em patamar superior ao das operações em geral;

ii) A ação foi ajuizada pelo ex Presidente da República representado pela Advocacia Geral da União, que é justamente quem defende a impossibilidade de declaração do estado de coisas inconstitucional nas demais ADPFs trabalhadas, sempre alegando a separação dos poderes e não interferências nas atribuições do Poder Executivo, e,

iii) O Min. Relator Gilmar Mendes conduziu o processo de maneira exemplar que culminou em acordo em jurisdição constitucional. Em seu voto, submetido à Corte para homologação do acordo firmado entre a União e todos os Entes Estaduais e Distrital, destacou

“considero este julgamento de extrema urgência e importância para o Federalismo brasileiro, não só pela densidade apta a abalar o pacto federativo, mas também em decorrência da instabilidade político-jurídica que o tema suscita, com posições antagônicas, e principalmente pelo fato de que houve acordo escrito, votado e referendado pelos Entes Federativos envolvidos, no âmbito desta Corte, cujos termos e deliberações merecem debates no Congresso Nacional, após homologação do Plenário do STF.”

Já na APDF 1051/DF – estado de coisas inconstitucional acordos de leniência firmados antes do Acordo de Cooperação Técnica – ACT, verifica-se a inconstitucionalidade sobre uma realidade fática, inclusive reconhecida pela Min. Relator André Mendonça quando em seu voto fundamenta que não se pode mais negligenciar em sede de jurisdição constitucional “a inafastável comunicação entre norma e fato”.

E mais uma vez diante dos novos desafios da jurisdição constitucional, os requerentes buscam a conciliação para um acordo quanto ao objeto da ADPF 1051 e quem sabe até negócios jurídicos processuais para uma melhor condução processual.

Em artigo no Consultor Jurídico<sup>112</sup>, Matthäus Kroschinsky destaca a relevância da questão constitucional da ADPF 1051:

“Ousamos dizer que a ADPF em questão veicula uma das questões mais intrinsecamente constitucionais que o STF analisou nos últimos tempos, e isso

<sup>112</sup> Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2023-jul-12/matthaus-kroschinsky-adpf-leniencias-questao-constitucional/#\\_ftn1](https://www.conjur.com.br/2023-jul-12/matthaus-kroschinsky-adpf-leniencias-questao-constitucional/#_ftn1).

porque diz respeito ao antigo *inimigo do constitucionalismo*: a hierarquia entre política e direito, plasmada classicamente na figura do soberano que era, simultaneamente, ápice do poder político e ator imune às regras jurídicas que ele mesmo criava.<sup>[2]</sup> O caminho para denunciar essa circunstância foi a remissão àquilo que ficou conhecido como *Estado de Coisas Inconstitucional*, cujo uso foi criticado por se tratar de uma ferramenta ainda pouco processada pela jurisdição constitucional brasileira.” (Kroschinsky,2023)

A ADPF 1051 busca o devido equilíbrio entre o combate a corrupção e preservação das empresas<sup>113</sup>, titulares de direitos fundamentais, para que possam atingir sua função social.

Diferentemente das ADPFs analisadas, a declaração do estado de coisas inconstitucional esteve presente na ADI 5529/DF – que impugnava o parágrafo único do art. 40 da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996 (Lei da Propriedade Industrial), na hipótese de demora na análise do pedido das patentes pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI).

Em decisão monocrática, o Min. Relator Dias Tóffoli entendeu, de maneira voluntária e conforme sua consciência, por um estado de coisas inconstitucional no que tange à vigência das patentes no Brasil, entendimento que foi refutado pelo plenário do Supremo Tribunal

---

<sup>113</sup> “Diante da grave crise que atingiu parte significativa das empresas colaboradoras, inevitável a discussão quanto à possibilidade de revisão das obrigações pecuniárias previstas nos acordos de leniência firmados, em especial aqueles anteriores ao ACT de 06/08/2020, quando a atuação dos órgãos competentes passou a ser expressamente regida também pelo, *“Nono princípio: da objetividade dos parâmetros para fixação proporcional e razoável dos valores a serem pagos a partir de, ao menos, dois tipos de rubricas: (i) rubrica de natureza sancionatória, referente às multas da Lei nº 12.846, de 2013, e da Lei nº 8.429, de 1992; e (ii) rubrica específica referente a uma estimativa justa e consensual dos valores a serem ressarcidos, considerando a necessidade de se dar efetividade à recuperação de ativos e observadas as condições subjetivas do colaborador”*.

Observou-se ao longo dos anos que as empresas colaboradoras, em especial aquelas investigadas no âmbito da operação “lava jato”, sofreram expressivo encolhimento de suas estruturas, com significativa redução de faturamento e de postos de trabalho, tendo alguns grupos empresariais se valido da recuperação judicial como forma de superação da crise econômico-financeira vivenciada, seja em decorrência direta dos ilícitos praticados ou em razão da recessão econômica e redução dos investimentos em infraestrutura no país.

Independentemente do entendimento quanto à sua sujeição ou não ao procedimento concursal, fato é que os acordos de leniência firmados contam com cláusula de rescisão em caso de renegociação ou inclusão dos créditos em recuperação judicial, o que faria cessar os benefícios de redução de penalidades e possível declaração de inidoneidade, podendo acarretar a total inviabilidade das empresas, mesmo se bem-sucedida a novação em âmbito recuperacional. Além da aparente impossibilidade de revisão e sem qualquer juízo de valor sobre a razoabilidade, proporcionalidade ou até legalidade das obrigações pecuniárias impostas às empresas colaboradoras no passado, deve-se analisar a real possibilidade de cumprimento dos acordos de leniência sem prejuízo da continuidade da atividade empresarial, com especial atenção ao estado de (pré-)insolvência consubstanciado nos pedidos de recuperação judicial ajuizados. Sendo a recuperação judicial um meio de reestruturação da atividade empresarial através da renegociação de dívidas elegíveis, quase sempre com o alongamento de prazos e deságio consideráveis, o sacrifício aceito pelos credores sujeitos à recuperação judicial pode se tornar inócuo diante do vulto das obrigações pecuniárias dos acordos de leniência, cabendo a reflexão sobre a necessidade de reescalonamento também desses créditos, possibilitando o seu cumprimento e visando assegurar a consecução dos objetivos da recuperação judicial, *“a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”* (artigo 47, Lei 11.101/2005).” (LASPRO, SILVA, 2023) Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mai-09/direito-insolvencia-revisao-acordos-leniencia-recuperacao-judicial/>.

Federal, seguindo o entendimento do Min. Alexandre de Moraes, no qual sustentou a ausência dos pressupostos do ECI e as questões distintas suscitadas na ADPF 347, e sobre tal atitude do Min. Relator Dias Tóffoli, dialogando com o presente trabalho:

i) A questão da demora ou deficiência na concessão de patentes não é necessariamente um caso de "estado de coisas inconstitucional", existem outros mecanismos legais e constitucionais disponíveis para abordar preocupações relacionadas à demora ou deficiência na concessão de patentes no Brasil, e,

ii) Um uso retórico da teoria do estado de coisas inconstitucional, entretanto, praticado pelo juiz e não pelo requerente.

A Constituição concede ao poder público a prerrogativa de tomar decisões políticas e econômicas, ainda que algumas resultem em efeitos indesejáveis e insuficientes em sua concretização.

Por outro lado, quando uma política pública viola diretamente os direitos fundamentais, como a liberdade de expressão, o direito à vida, a igualdade ou a dignidade humana, ela deve ser declarada inconstitucional.

Essa é a função primordial do controle de constitucionalidade, que através das arguições de descumprimento de preceitos fundamentais aqui trabalhadas, sob o argumento do estado de coisas inconstitucional como gatilho para promoção de reforma estrutural e cooperação entre as funções estatais, objetivam garantir de maneira legítima a proteção dos direitos e limita a atuação do Estado quando esta extrapola os limites constitucionais.

Uma política pública ruim, por si só, não é inconstitucional.

A avaliação da constitucionalidade de uma política pública depende da análise de seu cumprimento dos preceitos constitucionais e pode ser contestada nos tribunais caso haja uma violação clara e evidente da Constituição.

### 3.4 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE SOBRE A REALIDADE

O estado de coisas inconstitucional e o controle sobre fatos, aqui chamado de controle sobre a realidade, estão intimamente relacionados no contexto do direito constitucional, especialmente quando se trata da atuação do Poder Judiciário em questões que envolvem a garantia dos direitos fundamentais e a efetivação das normas constitucionais.

O controle de constitucionalidade sobre a realidade, refere-se a capacidade do Supremo Tribunal Federal de analisar e intervir em questões que envolvem a implementação de políticas públicas e ações governamentais.

Isso implica que a Suprema Corte, pode, em certas circunstâncias, avaliar não apenas a legalidade dos atos normativos, mas também a eficácia e a adequação das políticas públicas em relação aos direitos e princípios constitucionais.

Em um constitucionalismo garantista, importante o desenvolvimento pela doutrina da garantia dos direitos fundamentais positivos, da mesma forma que se garante os direitos constitucionais negativos, em razão do princípio da completude (FERRAJOLI, 2015).

E nesse cenário, analisando o critério ontológico da constituição do professor Karl Löwenstein<sup>114</sup>, é preciso analisar a realidade social em correspondência ao texto

---

<sup>114</sup> “Karl Löwenstein<sup>57</sup> propõe a seguinte classificação: 57. LÖEWENSTEIN, Karl, *Teoria de la Constitución*, p. 216-223. 58. LÖEWENSTEIN, Karl, *Teoria de la Constitución*. p. 216-223. Temos ainda, como exemplo, a Constituição alemã de Weimar de 1919, que, apesar de ser da Alemanha, explicitava um hiato (fosso) entre o seu texto e a realidade de um país arrasado e humilhado em razão da 1ª Guerra Mundial. a) *Constituições Normativas*: são aquelas em que há uma adequação entre o texto constitucional (conteúdo normativo) e a realidade social. Há, portanto, uma simbiose do texto constitucional com a realidade social. Ou seja, a constituição conduz os processos de poder (e é tradutora dos anseios de justiça dos cidadãos), na medida em que detentores e destinatários de poder seguem (respeitam) a constituição. Como exemplos, temos: a Constituição americana de 1787; a Constituição alemã de 1949; a Constituição francesa de 1958, entre outras. b) *Constituições Nominais*: não há adequação do texto constitucional (conteúdo normativo) e a realidade social. Na verdade, os processos de poder é que conduzem a constituição, e não o contrário (a constituição não conduz os processos de poder). Não há simbiose do texto constitucional com a realidade social, o que ocorre é um descompasso do texto com a realidade social (econômica, política, educacional, jurisprudencial etc.). Porém, é mister deixar consignado que existe um lado positivo nessas Constituições. Este é seu caráter educacional, pedagógico. Detentores e destinatários do poder fizeram (produziram) o texto diferente da realidade social, mas, se o texto existe, ele pode, nos dizeres de Löwenstein, servir de “estrela guia”, de “fio condutor” a ser observado pelo país, que, apesar de distante do texto, um dia poderá alcançá-lo. Exemplos: as Constituições brasileiras de 1934, 1946 e 1988. Sobre a atual Constituição de 1988, temos a informar que alguns doutrinadores, infelizmente, classificam-na de forma equivocada pela classificação ontológica. Nesse sentido, Pedro Lenza, em uma das últimas edições de seu manual, classificou-a como normativa (o que é em grave equívoco!) e, posteriormente, na última edição de sua obra (tentando desfazer o equívoco) a classifica como uma Constituição que se “pretende normativa” (aqui, seguindo Guilherme Pena). Ora, esse entendimento, com todo o respeito, é inteiramente equivocado. Aqui, não se trata de corrente divergente (de opiniões diferentes), mas, sim, de erro explícito quanto a obra de Karl Löwenstein. Nesse sentido, óbvio que toda Constituição se pretende normativa (não só a brasileira), mas uma coisa é pretender ser, outra coisa é ser. Reiteramos que Löwenstein busca o que a Constituição realmente é em um momento histórico (aliás, por isso, a classificação chama-se ontológica). E a nossa é, pela lógica loewensreineana (pelo menos por enquanto, visto que sua classificação é dinâmica), nominal! Aliás, na sua Teoria da Constituição Karl Löwenstein não classifica Constituições por uma “quarta via”, pois, para ele, as Constituições são: normativas, nominais ou semânticas. Portanto, simplesmente não existe a classificação: “se pretende normativa”. Essa afirmação denota inclusive dois problemas: desconhecimento da obra de Löwenstein e de sua construção teórica, e desconhecimento (por um déficit sociológico) da realidade brasileira (do descompasso “ainda existente” entre o texto de nossa Constituição e a sua realidade social subjacente)<sup>55</sup> ) *Constituições Semânticas*: são aquelas que traem o significado de Constituição (do termo Constituição). Sem dúvida. Constituição, em sua essência, é e deve ser entendida como limitação de poder. A Constituição semântica trai o conceito de Constituição, pois em vez de limitar o poder, legitima (naturaliza) práticas autoritárias de poder. A Constituição semântica vem para legitimar o poder autoritário (sendo, portanto, Constituições tipicamente autoritárias).<sup>56</sup> Exemplos: Constituições brasileiras de 1937 (A polaca de Cetúlio Vargas), 1967 e 1969 (do governo militar). (FERNANDES, 2020, p. 55-56).



constitucional<sup>115</sup>, e não somente analisar o texto positivo, é forçoso que as que a realidade reflita o positivado na Constituição (FERNADES, 2020, p. 55).

E nesse sentido, da análise da realidade fática – controle de constitucionalidade sobre fatos, entre a correspondência do texto descritivo constitucional e a realidade nacional:

“A declaração do estado de coisas inconstitucional é, do ponto de vista descritivo, uma realidade brasileira em diferentes setores sociais; do ponto de vista normativo, uma boa oportunidade para o Supremo Tribunal Federal, corrigindo omissões inconstitucionais decorrentes de falhas estruturais e prejudiciais à efetividade dos direitos fundamentais, se agigantar como guardião da “Constituição como um todo”, e não apenas de enunciados constitucionais específicos e ordens expressas de legislar.” (CAMPOS, 2015, p.233)

Exemplo de realidade inconstitucional submetida ao Supremo Tribunal Federal está na ADPF 635<sup>116</sup> proposta pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB - a fim de que sejam reconhecidas e sanadas as graves lesões a preceitos fundamentais da Constituição praticadas pelo Estado do Rio de Janeiro na elaboração e implementação de sua política de segurança pública, notadamente no que tange à excessiva e crescente letalidade da atuação policial, voltada, sobretudo, contra a população pobre e negra de comunidades.

Ainda sobre o controle da realidade fática e os desafios em jurisdição constitucional, destaca-se a ADPF 828<sup>117</sup> proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL - contra atos do Poder Público relativos à desocupações, despejos e reintegrações de posse, a fim de evitar e reparar lesão a preceitos fundamentais relativos ao direito social à saúde que, em razão do estado de calamidade pública da Covid19, do agravamento social e econômico em geral e mais ainda das populações sujeitas à condições de hipervulnerabilidade.

A combinação do estado de coisas inconstitucional e o controle de constitucionalidade sobre a realidade fática permite que o Supremo Tribunal Federal analise não apenas a conformidade de leis ou regulamentos com a Constituição, mas também se a realidade nacional tem correspondência com aquilo que o texto constitucional prevê.

Essa abordagem mais ampla do controle judicial busca garantir que a Constituição seja uma norma viva e eficaz na proteção dos direitos e garantias individuais e coletivas.

---

<sup>116</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 635/RJ. <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5816502>.

<sup>117</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 635/RJ. <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6155697>.

No entanto, também gera debates sobre a separação de poderes e o equilíbrio entre a função do Poder Judiciário e a responsabilidade do Legislativo e do Executivo no planejamento e execução de políticas públicas.

O estado de coisas inconstitucional e o controle de constitucionalidade sobre a realidade fática são conceitos que refletem a evolução do direito constitucional, a função da jurisdição constitucional com as novas realidades sociais apresentadas, permitindo ao Poder Judiciário um papel mais ativo na proteção dos direitos fundamentais, quando as circunstâncias exigem uma intervenção mais abrangente além da mera análise da legalidade dos atos normativos.

## CONCLUSÃO

Essa pesquisa procurou analisar se estaria ocorrendo uma utilização retórica da teoria do estado de coisas inconstitucional na jurisdição do Supremo Tribunal Federal, sob o manto da reforma estrutural através da arguição do descumprimento de preceito fundamental, ou, se de estamos diante de massiva violação de direitos fundamentais, em descompasso do texto constitucional e a realidade fática brasileira.

Para compreender um possível uso retórico ou não dos legitimados, que poderia favorecer eventual ativismo do Supremo Tribunal Federal, foi necessário conhecer das arguições de descumprimento de preceito fundamental propostas e seus pedidos, da mesma forma, entender da atuação dos Ministros da Suprema Corte.

Sendo o estado de coisas inconstitucional o reconhecimento de uma situação sistêmica em que as estruturas ou políticas públicas de um país estão em desacordo com os preceitos fundamentais estabelecidos na Constituição, se reconhece um paradoxo em sede de controle de constitucionalidade: se almeja a constitucionalidade da realidade com a declaração de inconstitucionalidade da mesma.

Se há flagrante e massiva inconstitucionalidade entre os direitos fundamentais e a realidade brasileira, e, para promover a reforma e alteração no *status quo*, a teoria do estado de coisas inconstitucional aliada aos novos desafios da jurisdição constitucional, faz da arguição de descumprimento de preceito fundamental um gatilho para promoção de reformas estruturais.

O uso da arguição de descumprimento de preceito fundamental na jurisdição do Supremo Tribunal Federal para reformas estruturais se justifica, pois a Suprema Corte é espaço democrático e a jurisdição constitucional está aberta as demandas sociais que guardam correspondência as normas constitucionais.

Cumpra os partidos políticos e associações, ora legitimados em grande parte dessas ações, o exercício do pluralismo político, ainda mais, diante da impossibilidade do cidadão propor este tipo de ação<sup>118</sup>.

Políticas públicas ruins podem ter consequências sociais e econômicas negativas, devem ser abordadas por meio de processos democráticos, como é o controle de constitucionalidade, e ainda, ter a devida atenção das instâncias ordinárias para promover melhorias.

O estado de coisas inconstitucional por meio de arguição de descumprimento de preceito fundamental é verdadeiro gatilho para que a jurisdição constitucional possa adequar a realidade brasileira ao texto constitucional.

Nem sempre a declaração de inconstitucionalidade será a melhor forma para se resolver um problema, e talvez nem se revolva.

Novos desafios estão sendo apresentados a jurisdição constitucional e através dos diálogos institucionais entre os Poderes, como foi verificado neste trabalho, negócios jurídicos processuais e acordo, por meio do consenso, mesmo sem um resultado ótimo, poderemos ter um bom resultado e maior concretização da norma constitucional no cumprimento de suas promessas.

A Constituição Federal de 1988 é uma constituição fruto da redemocratização, que passa necessariamente pela reconstrução e reconhecimento de direitos e garantias fundamentais, é uma Constituição de Direitos.

E para garantir os Direitos constitucionais, a arguição de descumprimento de preceito fundamental aliada ao estado de coisas inconstitucional, é gatilho para concretizar o texto constitucional a realidade brasileira e combater as massivas violações aos direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 5ª ed. Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

---

<sup>118</sup> O cidadão como legitimado para propositura da ADPF estava no texto original da Lei 9882/92, entretanto, tal dispositivo foi vetado pelo Presidente da República na época.

\_\_\_\_\_. **Ativismo Judicial: Os Perigos de se Transformar o STF em Inimigo Ficcional.** São Paulo: Thomson Reuters, 2022.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional pós-moderno.** São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional.** Trad. Luís Afonso Heck. In: Revista Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 217:55-66, jul./set. 1999

ALMEIDA, Silvio Luiz de **Racismo estrutural.** São Paulo : Sueli Carneiro ; Pólen, 2019. 264 p. (Feminismos Plurais / coordenação de Djamilia Ribeiro)

ARENHART, Sérgio Cruz. **Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão.** Revista de Processo Comparado | vol. 2/2015 | p. 211 - 229 | Jul - Dez / 2015DTR\2016\46.

AUSTIN, J. (1975) **How to Do Things with Words.** [edition unavailable]. Harvard University Press. Available at: <https://www.perlego.com/book/2039360/how-to-do-things-with-words-second-edition-pdf> (Accessed: 17 May 2023).

- BADARÓ, Gustavo. **Legalidade penal e homofobia subsumida ao crime de racismo: um truque de ilusionismo.** Disponível em [https://www.academia.edu/39348378/Legalidade\\_penal\\_e\\_a\\_homofobia\\_subsumida\\_ao\\_crime\\_de\\_racismo\\_um\\_truque\\_de\\_ilusionista\\_Ao\\_julgador\\_cabe\\_interpretar\\_a\\_lei\\_mas\\_n%C3%A3o\\_a\\_reescrever?fbclid=IwAR2bu3NS\\_0RFPD5pFgx32SztjJWJdJQS4vuoOlZfe5hGph1ITje5PT4QLZw](https://www.academia.edu/39348378/Legalidade_penal_e_a_homofobia_subsumida_ao_crime_de_racismo_um_truque_de_ilusionista_Ao_julgador_cabe_interpretar_a_lei_mas_n%C3%A3o_a_reescrever?fbclid=IwAR2bu3NS_0RFPD5pFgx32SztjJWJdJQS4vuoOlZfe5hGph1ITje5PT4QLZw)

BAHIA, Alexandre Melo Franco; MATOS, Amanda Melillo de. **A figura do “amicus curiae” como um instrumento de participação de minorias na jurisdição constitucional brasileira.** Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política (2. : 2015 : Belo Horizonte, MG) Separação de poderes, democracia e constitucionalismo / organizadores: Thomas Bustamante, José Adércio Leite Sampaio, Adriana Campos Silva, Ana Luísa Navarro Moreira - Belo Horizonte : Initia Via, 2016

BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas.** Rev. Direito Práx., Rio de Janeiro, Vol. 9, N. 4, 2018, p. 2171-2228.

\_\_\_\_\_. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Revista Direito do Estado, Salvador, ano 4, n. 13, p. 71-91, jan./mar 2009.

BRASIL. **Constituição Federal.** 1988 Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 20 jul. 2023.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em Direito.** In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurpídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHAES, Andréia. **Decisão Judicial e Políticas Públicas**. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2019.

CASARA, Rubens R. R. **Processo penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”**. Tese (doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2015 (No Prelo)

\_\_\_\_\_. **Devemos temer o "estado de coisas inconstitucional"?**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional/>.

CAÚLA, Bleine Queiroz; RODRIGUES, Francisco Lisboa. **O Estado de Coisas Inconstitucional ambiental**. Revista de Direito Público Contemporâneo, Instituto de Estudios Constitucionales da Venezuela e Universidade Federal de Rural do Rio de Janeiro do Brasil, a. 2, v. 1, n. 2, julho/dezembro 2018.

CHAVES. Álvaro Guilherme de Oliveira. **Prisões Preventivas da Operação Lava Jato (2014-2017): Pesquisa Empírica e Crítica Garantista**. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília Faculdade de Direito, 2021.

COELHO, Inocêncio. (2015). **Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial**. Revista Brasileira de Políticas Públicas. 5. 10.5102/rbpp.v5i2.3157.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 35, nº 138, abr./jun. 1998. p. 43.

COSTA, Thiago Luiz da. **O papel da ADPF no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro**. 1. Ed. São Paulo: Amanuense, 2021.

DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. 2 ed. ver. Atual. –Salvador: JusPODVIM, 2016.

DIDIER JR., F.; FERNANDEZ, L. A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NO SISTEMA BRASILEIRO DE JUSTIÇA MULTIPORTAS. **Revista da AJURIS - QUALIS A2, [S. l.]**, v. 50, n. 154, p. 145–184, 2023. Disponível em: <http://revistadaajuris.ajuris.org.br/index.php/REVAJURIS/article/view/1407>. Acesso em: 28 ago. 2023.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **O império do direito**. 3ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2014.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. 3ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2019.

FERNANDES, Bernado Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. ver. Atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **A DEMOCRACIA ATRAVÉS DE DIREITOS. O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. Tradução: Alexander Araujo de Souza, Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, André Karam Trindade, Hermes Zaneti júnio e Leonardo Maenin. Revisão: Alexandre Araujo de Souza. 1 ed. em e-book. Saõa Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FREIXO, Marcia Aparecida de Andrade. **O ativismo judicial e o princípio da separação dos poderes**. Revista Intervenção, Estado e Sociedade, v.1, n.1, janeiro de 2014.

GARAVITO, César Rodriguez. **Cortesycambiosocial: como la Corte Constitucional transformoel desplazamiento forzado em Colombia**. Colombia: Ed. Dejusticia, 2010

GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. **Estado de coisas inconstitucional**. Estadão, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisasinconstitucional,10000000043>>.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991

IRTI, Natalino. **Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica**, In. Alessandra Carleo (Org.). Calcolabilità giuridica. Bologna: Il Molino, 2017.

JOBIM, Marco Félix. Medidas estruturantes na Jurisdição Constitucional: da Suprema Corte Estaduniense ao Supremo Tribunal Federal. 3ª ed. - Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2022.

JOBIM, MARCO & JUNIOR, ZULMAR. **ATIVISMO JUDICIAL E SUAS MÚLTIPLAS DEFINIÇÕES**. Revista Eletrônica de Direito Processual. 22. 10.12957/redp.2021.62269. – acesso em 03 de maio de 2023

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009

KROSHINSKY, Matthäus. **ADPF dos acordos de leniências como questão constitucional**. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2023-jul-12/matthaus-kroschinsky-adpf-leniencias-questao-constitucional/#\\_ftn1](https://www.conjur.com.br/2023-jul-12/matthaus-kroschinsky-adpf-leniencias-questao-constitucional/#_ftn1).

LASPRO, Oreste Nestor de Souza; SILVA, Juliana Shiguenaga. **Revisão dos acordos de leniência e a recuperação judicial**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mai-09/direito-insolvencia-revisao-acordos-leniencia-recuperacao-judicial/>.

LINDB. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm)

LORDELO, João Paulo. **Noções Gerais de Direito e Formação Humanística**. Salvador: JusPODIVM, 2017.

\_\_\_\_\_. **Vieses Implícitos e Técnicas de Automação Decisória: Riscos e Benefícios.** Revista ANNEP de Direito Processual Vol 1, No. 2, Art 44, 2020 <https://doi.org/10.34280/annep/2020.v1i2.44>

MAGALHÃES, Breno Bahia. **O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos.** Rev direito GV [Internet]. 2019;15(2):e1916. Available from: <https://doi.org/10.1590/2317-6172201916>

MELLO, Celso de. **Discurso na posse do então Presidente do STF, Min. Gilmar Mendes, em 23 de abril de 2008.** Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursosCMposseGM.pdf>

MENDES, Gilmar Ferreira BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 14. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

\_\_\_\_\_. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n 9882, de 3.12.1999.** 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade.** Disponível em: [https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/munster\\_port.pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/munster_port.pdf)

NEGRELLEY, Leonardo. **O ativismo judicial e seus limites frente ao Estado Democrático.** Anaisvdo XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza - CE dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo.** São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. **Entre Têmis e Leviatã: uma reação difícil.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. **A constitucionalização simbólica.** São Paulo: Martins Fontes, 2011.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito.** São Paulo. RT. 2008

OTTONI P. **John Langshaw Austin e a Visão Performativa da Linguagem.** DELTA [Internet]. 2002;18(1):117–43. Available from: <https://doi.org/10.1590/S0102-44502002000100005>.

PETENO MAGNUSSON, L.; GAIOSKI PAGANI, L. A.; MOREIRA DE PAULA, J. L. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A FUNÇÃO ILUMINISTA DOS TRIBUNAIS: A QUESTÃO DOS DESACORDOS MORAIS RAZOÁVEIS NA ARENA POLÍTICA.** Revista Eletrônica Direito e Política, [S. l.], v. 17, n. 1, p. 267–295, 2022. DOI: 10.14210/rdp.v17n1.p267-295. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/article/view/18662>. Acesso em: 19 jul. 2023.

PINTO, Élide Graziane. **Estado de Coisas Inconstitucional na política pública de saúde brasileira**. Futuros do Brasil. Ideais para ação. Centro de Estudos Estratégicos da Fiocruz. jul 25 2017.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010

SCAVUZZI, Maria. **Juízes fazem justiça? Decisão judicial e democracia constitucional**. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2021.

SILVA, Alexandre Vitorino. **Estado de Coisas Inconstitucional e Processo Estrutural – Alexandre Vitorino Silva**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2020.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. Malheiros Editores, 2012

SIMIONI, Rafael Lazzarotto; SOUZA, Fafina Vilela de. **O mito da pirâmide de Hans Kelsen**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-02/simioni-souza-mito-piramide-hans-kelsen/>.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **O direito e as políticas públicas no Brasil**, E-book: Atlas, 2013.

STRECK, Lenio. **Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da crítica da hermenêutica do direito**. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento; Casa do Direito, 2020

\_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso**. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

\_\_\_\_\_. **Teoria da Constituição e Estado Democrático de Direito: ainda é possível falar em Constituição Dirigente?** Revista Juristas, João Pessoa, a..III., n. 92, 19/09/2006

\_\_\_\_\_. **O que é isto, o ativismo judicial, em números?** Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>

\_\_\_\_\_. **Imprescritibilidade de injúria racial: a moral deve corrigir o Direito?** Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-03/lenio-streck-imprescritibilidade-injuria-racial>

TAVARES, André Ramos. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: aspectos essenciais do instituto na constituição e na lei**. In: TAVARES, André Ramos. ROTHENBRUG, Walter Claudius (org.). Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei 9882/99. São Paulo: Atlas, 2001.

VALLE, Vanice Lírio do. **Estado de Coisas Inconstitucional e Bloqueios Institucionais: Desafios para a Construção da Resposta Adequada** In: Teoria Institucional e



Constitucionalismo Contemporâneo. Org. BOLONHA, Carlos; BONIZZATO, Luigi; e MAIA, Fabiana. Curitiba: Juruá, 2016.

\_\_\_\_\_. População de rua e ADPF 976: STF desenha a solução sem conhecer o problema. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-ago-31/interesse-publico-populacao-rua-adpf-976-stf-desenha-solucao-conhecer-problema2>.

VALLE, Vanice Regina Lírio do Valle; SILVA, Cecília de Almeida. **Constitucionalismo cooperativo ou a supremacia do Judiciário?**. Jurispoiesis (Rio de Janeiro), v. 12, 2009.

VILHENA, Oscar. **Supremocracia**. Revista de Direito do Estado. Ano 3, n.12, p. 55-75, out/dez. 2008.

VITORELLI, Edilson. **Processo Estrutural: Teoria e Prática**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

WALDRON, Jeremy. **Principles of legislation. Political Theory**. Harvard University Press, 2016

\_\_\_\_\_. (2016) **Political Political Theory**. [edition unavailable]. Harvard University Press. Available at: <https://www.perlego.com/book/1133522/political-political-theory-pdf> (Accessed: 17 May 2023).

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: Teoria dos Precedentes normativos formalmente vinculantes**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.