

A POSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL POR MEIO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA*

Amanda Lima Sousa**

RESUMO

O artigo visa a analisar a possibilidade de se declarar o estado de coisas inconstitucional por meio da ação civil pública. Verificou-se a necessidade de se analisar tal hipótese a partir da observação de que existem situações em que direitos fundamentais são violados em sua perspectiva coletiva por omissão estatal, e que podem ser objeto de ação civil pública e o instituto do estado de coisas inconstitucional somente tem sido vislumbrado do ponto de vista das ações de controle concentrado. Para tanto, analisou-se os principais pontos discutidos na doutrina e na jurisprudência sobre o estado de coisas inconstitucional. Após descreveu as principais regulamentações normativas, bem como discutiu as questões mais relevantes acerca da ação civil pública enquanto instrumento de efetivação de direitos fundamentais. Posteriormente, analisou-se a possibilidade de se questionar um estado de coisas inconstitucional por meio da ação civil pública, passando pelas principais possibilidades oferecidas, como a abertura dialógica e a garantia de amplo acesso à justiça e os principais impactos dele decorrentes, como a questão do controle difuso de constitucionalidade, os limites da coisa julgada e o controle judicial de políticas públicas. O método selecionado foi o descritivo e exploratório, a abordagem foi qualitativa e os procedimentos aplicados para a obtenção dos resultados foram, principalmente a análise documental, legal e jurisprudencial e a revisão bibliográfica dos institutos abordados. Concluiu-se por meio da pesquisa que há a possibilidade de se decretar um estado de coisas inconstitucional por meio da ação civil pública.

Palavras-chave: estado de coisas inconstitucional; ação civil pública; direitos fundamentais.

* Trabalho de conclusão de curso na modalidade artigo científico apresentado como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito. Orientação: Profa. Dra. Cândice Lisbôa Alves.

** Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU), MG.

1 INTRODUÇÃO

A ação civil pública é uma ação constitucional com natureza de garantia fundamental, com fundamento no art. 129, III da Constituição Federal de 1988 (CF/88) e regulamentação na Lei 7347/85, sendo que esta ação tem por objeto principal a proteção dos direitos fundamentais coletivos e difusos.

A ação civil pública, enquanto garantia fundamental de proteção de direitos transindividuais é um importante instrumento de tutela de tais direitos no momento em que o Estado, responsável pela concretização dos direitos sociais, não promove as medidas necessárias para dar efetividade às normas veiculadoras de tais direitos, tanto do ponto de vista legislativo como administrativo. Diante do seu inadimplemento – que pode se fazer por meio de uma omissão quanto à concretização de direitos fundamentais, há a possibilidade da tutela judicial dos direitos fundamentais sociais.

Nesta mesma senda de se garantir a efetividade dos direitos fundamentais, iniciou-se no país a discussão acerca do estado de coisas inconstitucional, introduzida por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 (ADPF 347) que tramita, ainda sem resultado final, perante o Supremo Tribunal Federal (STF). Por meio de tal técnica de julgamento, criada pela Corte Constitucional Colombiana, busca-se dar maior efetividade aos direitos fundamentais que são violados massivamente por conta da omissão e inércia estatal da parte dos poderes constituídos que tenham tal dever.

Assim, se correlaciona o instituto do estado de coisas inconstitucional à ação civil pública uma vez que tal ação pode ter por objeto a tutela de direitos fundamentais massivamente violados por conta da omissão estatal, tal qual como exigido para declaração do estado de coisas inconstitucional. Todavia, o instituto colombiano, até o presente momento, somente tem sido vislumbrado do ponto de vista das ações do controle concentrado de constitucionalidade, sendo importante analisa-lo à luz do controle difuso, que se apresenta como forma de controle mais democrática e de realização de acesso à justiça.

Buscar-se-á, por meio deste trabalho analisar a viabilidade de se questionar a declaração de um estado de coisas inconstitucional por meio da ação civil pública,

assim como ponderar as possibilidades oferecidas e os possíveis impactos dele decorrentes.

Além da ação, existem intensos debates doutrinários acerca da possibilidade de adoção do instituto em solo brasileiro, bem como já existe um movimento na seara do legislativo, com o PL 736/15, do Senado Federal, em que se alteraria o NCPC e a lei da ADPF (lei nº 9882/99) para reconhecer a existência e a possibilidade de uso do instituto no controle concentrado, bem como no recurso extraordinário com repercussão geral, o que abre o debate da possibilidade de utilização do instituto também no controle difuso.

O instituto do estado de coisas inconstitucional é complexo, pois permite a tomada de uma série de medidas por parte do judiciário com relação aos demais poderes, o que poderia implicar em acusação de desrespeito à tripartição de poderes, entre outras. Todavia, é possível também realizar uma leitura do instituto à luz dos diálogos institucionais, o que se mostra como alternativa às críticas que têm sido realizadas, possibilitando uma maior efetividade na tutela jurisdicional.

O artigo visa, então, investigar se é possível questionar a existência de um estado de coisas inconstitucional em determinada situação concreta de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais e omissão estatal por meio de uma ação civil pública. Utilizou-se, para tanto, o método descritivo e exploratório, a abordagem de cunho qualitativo e os procedimentos aplicados para a obtenção dos resultados foram, especialmente a análise documental, legal e jurisprudencial e a revisão bibliográfica dos institutos abordados. Analisar-se-á o instituto do estado de coisas inconstitucional enquanto instrumento que visa dar maior efetividade de direitos fundamentais por meio de uma atuação diferenciada por parte do judiciário.

Após, estudar-se-á a ação civil pública enquanto garantia fundamental e instrumento de proteção de direitos fundamentais. Por fim, analisar-se-á a possibilidade da aplicação do instituto do estado de coisas inconstitucional em ação civil pública, passando pelas benesses trazidas por tal abertura, sem perder de vista os possíveis limites impostos à hipótese aqui trabalhada.

2 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

O instituto jurídico denominado “estado de coisas inconstitucional” foi concebido pela Corte Constitucional da Colômbia no final dos anos 90, com o objetivo de resolver demandas apresentadas à Corte em que haja um cenário de litígio que ultrapasse apenas a individualidade, chamado litígio estrutural, em que fique comprovado haver um déficit de políticas públicas ou a sua implementação e a necessidade de um arranjo estrutural entre os mais diversos entes, bem como intervenção judicial (CAMPOS, 2015, p.87), para que seja sanado, visando não somente ao reconhecimento do quadro de violações massivas de direitos fundamentais, mas também à construção de soluções estruturais, dialógicas e pactuadas (CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 382).

Sua primeira declaração ocorreu no ano de 1997, na Sentencia de Unificación (SU) – 559, quando a corte colombiana reconheceu a existência de um estado de coisas inconstitucional em caso relativo a direitos previdenciários dos professores municipais (COLÔMBIA, 1997).

No caso em tela, 45 (quarenta e cinco) docentes tiveram seus direitos previdenciários negados por autoridades locais, mesmo tendo contribuído para um fundo previdenciário, sob a alegação de que não havia recursos para o custeio. A Corte Colombiana reconheceu que o verdadeiro problema era estrutural e residia na deficiência da política geral de educação nacional, declarando o estado de coisas inconstitucional e buscando promover medidas que atingiram não somente as partes do processo, mas todos que estivessem em situação semelhante (CAMPOS, 2015, p. 108-111).

Desde então, foi aplicada ainda mais algumas vezes pela Corte, que com o tempo foi delimitando o alcance de tal instituto, que nasceu e foi moldado, até o presente momento, somente pela atuação dos juízes de tal corte ao analisarem os casos concretos submetidos à apreciação judicial.

Na construção que se fez sobre o estado de coisas inconstitucional, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, consideraram-se seus pressupostos: a) a constatação de uma massiva e generalizada violação de direitos fundamentais que se projete quanto ao número considerável de pessoas; b) a reiterada e persistente omissão, pelas autoridades competentes, do cumprimento de obrigações, bem como

defesa e promoção de direitos fundamentais, caracterizando uma falha estrutural; c) a sua superação deve requerer a atuação de diversos órgãos, com a criação de novas políticas públicas ou correção das defeituosas, alocação de recursos, ajustes institucionais, mudanças estruturais; d) a potencialidade de enxurrada de ações judiciais que possam decorrer dessa violação, (CAMPOS, 2015, p. 130-132).

No Brasil, o estado de coisas inconstitucional foi introduzido por meio da ADPF 347 (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347), em que o PSOL (Partido Socialismo e Liberdade) acionou o Supremo Tribunal Federal (STF) em sede de controle concentrado de constitucionalidade requerendo que fosse declarado o Estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro e que fossem determinadas diversas medidas com o escopo de superação do quadro de inconstitucionalidade, como por exemplo, o descontingenciamento do FUNPEN (Fundo Penitenciário Nacional) e a realização de audiências de custódia. Tal ação, até o presente momento encontra-se pendente de julgamento, tendo sido analisada pela Corte tão somente a medida cautelar.

Ainda não se sabe se o instituto será de fato incorporado ao sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. Todavia, o debate que se iniciou traz grandes inquietações acerca dos limites e das possibilidades oferecidos pelo instituto em tela.

Além do debate judicial e doutrinário, também já se fazem presentes inquietações na seara legislativa, vez que se encontra em tramitação o Projeto de Lei do Senado nº 736/15, que visa a alterar a Lei da ADPF (Lei 9882/99) e o novo CPC (Lei 13.105/2016) para normatizar o estado de coisas inconstitucional no Brasil, bem como o procedimento a ser adotado na aplicação deste instituto jurídico, conforme se explicará mais adiante. Tais constatações, neste momento são utilizadas para demonstrar a relevância do debate acerca das possibilidades que podem ser oferecidas pelo instituto.

O estado de coisas inconstitucional visa a tutelar as situações em que esteja ocorrendo uma falha estrutural, que nada mais é do que a falta de coordenação entre os Poderes Políticos na concretização das medidas necessárias para efetivar as normas constitucionais referentes a direitos fundamentais. Nas palavras do relator da ADPF 347 no STF, Ministro Marco Aurélio Mello (BRASIL, 2015a, p. 9):

A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa falha estrutural a gerar tanto a violação sistemática dos direitos, quanto à perpetuação e o agravamento da situação. A inércia, como dito, não é de uma única autoridade pública – do Legislativo ou do Executivo de uma particular unidade federativa –, e sim do funcionamento deficiente do Estado como um todo. Os poderes, órgãos e entidades federais e estaduais, em conjunto, vêm se mantendo incapazes e manifestando verdadeira falta de vontade em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade. Faltam sensibilidade legislativa e motivação política do Executivo.

Assim, o instituto do estado de coisas inconstitucional desponta como um instrumento muito importante para a garantia da efetividade dos direitos constitucionais, sendo a atuação judicial, a despeito das críticas que possam ser feitas, fundamentada na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, perspectiva por meio da qual todos os Poderes têm o dever de proteger direitos fundamentais, vez que representam uma verdadeira diretriz constitucional e funcionam como regras de atuação dos poderes públicos, a quem cabe garantir e realizar a atuar no sentido de concretizá-los (MARTINEZ, 2006, p. 03).

Além do mais, uma das promessas do instituto é superar bloqueios institucionais daqueles que não têm suas demandas atendidas pelos órgãos tradicionais de representação política ou não pode usufruir de seus direitos fundamentais pela falta de medidas por parte dos órgãos responsáveis.

A autora Vanice Regina Lírios do Valle trabalha com o conceito de “Bloqueios institucionais na efetivação de direitos fundamentais”, que se encaixa muito bem no estudo do estado de coisas inconstitucional, sendo que a autora define-os como “circunstância que se terá normalmente associada à inércia ou inadequação do agir legislativo ou administrativo” (VALLE, 2016, p. 06).

Dentre os motivos elencados pela autora para a ocorrência de tais bloqueios está o custo político da tomada de certas decisões, a não identificação da necessidade de disposição a respeito de certo tema no âmbito administrativo, e, mais especificamente na realidade brasileira, a centralização de recursos, bem como incerteza a respeito do compartilhamento de competências, dentre outros, além da “complexidade em si das tarefas que se põe à Administração Pública por seus diversos órgãos” (VALLE, op. cit., p. 07-08).

Nesse sentido, o estado de coisas inconstitucional, promovendo a articulação entre os poderes pode promover o “desbloqueio”, através de uma aplicação do instituto que seja voltada aos diálogos institucionais, que é outra promessa do

instituto, conforme entendimento do próprio Ministro Relator da ação no STF, Marco Aurélio Mello (BRASIL, 2015a, p. 18):

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

Assim, conforme visto, a utilização da teoria do estado de coisas inconstitucional pode promover uma mudança na própria relação dos poderes entre si, de forma a se averiguarem as falhas estruturais existentes na sociedade que impedem a fruição dos direitos constitucionalmente assegurados, além de se tomarem medidas efetivas, flexíveis e que priorizem o diálogo entre os poderes, fazendo com que estes cooperem entre si na consecução das medidas necessárias para a superação do quadro de inconstitucionalidades.

Ocorre que, até o presente momento, só se tem analisado o estado de coisas inconstitucional da perspectiva das ações de controle concentrado de inconstitucionalidade, sendo que, pelas diversas possibilidades que apresenta o instituto e, partindo ainda do pressuposto de que o país adotou o sistema misto de controle de constitucionalidade, é possível o instituto colombiano seja de grande valia para a solução de conflitos a nível local em situações concretas que demonstrem haver os requisitos necessários à sua decretação.

É diante deste novo olhar voltado a interesses locais e regionais que se questiona acerca da possibilidade de enquadramento e adequação do instituto do estado de coisas inconstitucional nas ações coletivas já previstas no Ordenamento Jurídico brasileiro, especialmente por meio da ação civil pública. Assim, faz-se necessário analisar tal ação enquanto instrumento de concretização de direitos fundamentais.

3 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA ENQUANTO INSTRUMENTO DE TUTELA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: características e requisitos

A ação civil pública é uma ação de natureza coletiva prevista no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Na Constituição Federal encontra-se prevista no art. 129, III, que a insere entre as funções institucionais do Ministério Público e na legislação esparsa encontra sua principal regulamentação na Lei 7347/85. Todavia, faz-se necessário mencionar que hoje já se reconhece um microsistema legislativo de processo coletivo, que regerá as ações coletivas como um todo, incluindo-se assim a ação civil pública, formado especialmente pela lei da ação civil pública e pelo Código de Defesa do Consumidor. Conforme explica Carvalho (2015, p. 5):

Há um emaranhado de leis especiais que normatizam o processo coletivo. Entre elas, é possível citar algumas: Lei da Ação Popular (Lei 4.717/1965); Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985); Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990); Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990); Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003); Lei do Mandado de Segurança (Lei 12.016/2009); Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992); Lei de apoio às Pessoas Portadoras de Deficiência (Lei 7.853/1989); Lei dos Investidores dos Mercados de Valores Mobiliários (Lei 7.913/1989); Lei do CADE (Lei 12.529/2011); Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001). O agrupamento dessa legislação específica, juntamente com a Constituição, dá origem ao *microsistema* do processo coletivo, cujo objetivo é dar-lhe unidade-lógica. Reconhece-se que o núcleo duro do *microsistema* do processo coletivo é formado pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor. Com efeito, o art. 21 da LACP estabelece a aplicação, no que for cabível, dos dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor (“Da Defesa do Consumidor em Juízo”). De outro lado, o art. 90 do CDC, ao cuidar da “defesa coletiva em juízo”, determina a aplicação do Código de Processo Civil e da Lei da Ação Civil Pública, “naquilo que não contrariar suas disposições”, cujo dispositivo tem seu correspondente no art. 19 da LACP.

Apesar de não estar prevista no rol do art. 5º da CF/88, pode ser considerada um remédio constitucional e tem sido enxergada atualmente como uma verdadeira garantia constitucional, vez que tem por principal escopo a proteção de direitos e interesses difusos e coletivos, que são direitos fundamentais, bem como pela abertura trazida pelo art. 5º, §3º da CF/88. Nesse sentido (SOUZA, 2015, n.p):

A Constituição Federal de 1988, pródiga no resguardo de direitos fundamentais, à evidência não poderia mostrar-se indiferente ante tão visível realidade, que atestava a natureza da ação civil pública como garantia poderosíssima para a tutela dos direitos coletivos em sentido amplo. Em consequência, a Carta Federal de 1988 – a par de outros significativos avanços em termos de tutela coletiva– culminou por asseverar

ser função institucional do Ministério Público “promover a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (art. 129, III). (...).

Em que pese topograficamente se encontre fora do rol trazido pelo art. 5.º da Magna Carta (ou, contextualmente, de seu Título II), de ver que a ação civil pública possui a natureza de garantia fundamental, tendo em vista o seu objeto e a sua essencialidade enquanto instrumento apto a assegurar a justiciabilidade dos denominados direitos fundamentais, mormente os de segunda e de terceira gerações.

Assim, tendo em vista sua natureza jurídica de garantia fundamental, com base no que foi acima mencionado, aplicam-se à ação civil pública todas as benesses que decorrem deste fato, conforme considerado por Gregório Assagra de Almeida (2015, n.p.):

Com base nesta cláusula aberta dos direitos e garantias constitucionais fundamentais, a *ação civil pública* possui também, seja pela sua relevância e dimensão social, seja por força do art. 5.º, XXXV, da CF, que garante o acesso amplo e irrestrito à justiça, natureza jurídica de *garantia constitucional fundamental*. Assim, pelo prisma constitucional, a ação civil pública tem aplicabilidade imediata (art. 5.º, § 1.º, da CF), não pode ser interpretada restritivamente e, além disso, tem preferência na tramitação processual e por seu intermédio deverá ser conferida a máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva, inclusive com efeitos que poderão ser transferidos, *in utilibus*, para o plano individual, tendo em vista a sua máxima utilidade.

Como ação coletiva que é, a ação civil pública apresenta rol restrito de legitimados ativos para propositura diferente das ações convencionais. Na Constituição Federal, é expressamente trazida a legitimação ativa do Ministério Público, conforme previsão do art. 129, III. Já na Lei 7347/85, no art. 5º, o rol de legitimados engloba, além do Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados e os Municípios, as autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedades de economia mista e as associações que, concomitantemente estejam constituídas há pelo menos um ano e incluam entre suas finalidades institucionais a proteção de algum dos bens jurídicos tuteláveis por meio de ação civil pública.

Com relação à necessidade de pertinência temática para propositura da ação existem diversos debates. Exige-se, todavia, para que a interpretação seja a mais favorável possível à máxima proteção dos bens jurídicos tutelados que seja realizado um juízo de proporcionalidade para averiguar o interesse de agir do proponente com relação ao objeto da ação, conforme propõe Rodolfo de Camargo Mancuso (2016, n.p.):

(...) O juiz verificará *in concreto* se o Ministério Público, a Defensoria Pública, o ente político, o órgão público, a associação, têm, efetivamente, *necessidade* da ação proposta para alcançar o objetivo declarado, e se ela se afigura *útil e adequada* em face da finalidade colimada. Especificamente no que concerne às associações, o interesse processual está diretamente relacionado à *correspondência* entre seus fins institucionais (Lei 7.347/85, art. 5.º, V, *b*, alínea com redação da Lei 13.004/2014) e o interesse perseguido na ação coletiva, no que se vem chamando *pertinência temática*, quesito que, por exemplo, é de ter-se desatendido quando o PROCON intente ajuizar ação civil pública visando à despoluição de um rio. Já quanto aos entes políticos e órgãos da administração descentralizada (art. 5.º, III, IV), aquela "coincidência" não vem expressa na lei, mas pensamos que ela é intuitiva, aferível por simples bom senso: não seria razoável que uma empresa pública, como a Companhia de Trens Metropolitanos, propusesse ação civil pública objetivando impedir a construção de aeroporto em área de preservação ambiental.

É importante ainda destacar que o Ministério Público, por disposição expressa do §1º, do art. 5º, da lei da ação civil pública, participará obrigatoriamente da ação, seja na qualidade de autor, seja na qualidade de fiscal da lei, ligado a sua missão constitucional de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis, prevista no art. 127 da CF/88.

Enquanto instrumento de tutela coletiva, a ação civil pública visa à proteção de diversos bens jurídicos, que vêm estabelecidos no art. 129, III, da Constituição como: o patrimônio público e social, meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos. Já no art. 1º da lei 7347/85, acrescentam-se ao rol o consumidor, os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a infração à ordem econômica, a ordem urbanística, a honra e a dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos.

É consenso doutrinário que não há taxatividade do rol de bens jurídicos tutelados pela ação civil pública, especialmente pela existência da cláusula de abertura que existe tanto na Constituição quanto no art. 1º, IV da Lei da Ação Civil Pública quanto à proteção de quaisquer outros interesses difusos ou coletivos. Nesse sentido, portanto, a ação civil pública desponta como um dos principais meios de tutela de direitos fundamentais na perspectiva coletiva, de forma a se tornar um instrumento de garantia de efetividade da norma constitucional.

A classificação mais básica dos direitos passíveis de tutela coletiva no Ordenamento Jurídico leva em consideração o disposto no art. 81, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor (CDC), que apresenta os conceitos legais de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, numa concepção, portanto, tripartite, sendo que o texto legal assim dispõe (BRASIL, 1985):

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Conforme explica Assagra (2015, n.p.), o texto acima procura classificar os direitos passíveis de tutela por meio da ação civil pública em três perspectivas: subjetiva (quanto à titularidade do direito); objetiva (divisibilidade ou não do direito material) e critério de origem, para saber se a origem e de situação fática ou de relações jurídicas.

Nas palavras do autor, com relação às principais características de cada um dos direitos:

Dentro do contexto da dimensão tripartite dos direitos ou interesses transindividuais, aponta a doutrina as suas principais características como sendo: 1) as dos direitos ou interesses difusos – transindividualidade real ou essencialmente ampla; indeterminação dos seus sujeitos; indivisibilidade ampla; indisponibilidade; vínculo meramente de fato a unir os sujeitos; ausência de unanimidade social; organização possível, mas sempre mais difícil; reparabilidade indireta; 2) as dos direitos ou interesses coletivos em sentido estrito – transindividualidade real ou essencialmente restrita ao grupo, categoria ou classe de pessoas; determinabilidade dos sujeitos; divisibilidade externa e indivisibilidade interna; disponibilidade coletiva e indisponibilidade individual; relação jurídica-base a unir os sujeitos; irrelevância da unanimidade social; organização ótima viável; reparabilidade indireta; 3) as dos direitos ou interesses individuais homogêneos – transindividualidade artificial (ou legal) ou instrumental; determinabilidade dos sujeitos; disponibilidade, salvo quando pela natureza do direito há disposição legal em sentido contrário; núcleo comum de questões de direito ou de fato a unir os sujeitos; irrelevância da unanimidade social; organização-ótima viável e recomendável; reparabilidade direta, com recomposição pessoal dos bens lesados.

Apesar de tais classificações, conforme mencionado acima, a interpretação acerca dos direitos tuteláveis por meio de ação civil pública é a mais ampla possível, por força da cláusula de abertura prevista tanto na Constituição quanto na Lei da Ação Civil Pública com relação a quaisquer outros direitos e interesses difusos ou coletivos.

Assim, faz-se importante a discussão existente acerca da possibilidade de tutela dos direitos a prestações materiais por meio da ação civil pública na perspectiva coletiva. Nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, os direitos a prestações materiais consistem nos direitos sociais por excelência, previstos principalmente no rol do art. 6º da CF/88, possuindo escopo de atenuar desigualdades fáticas, sendo que seu objetivo principal é uma utilidade concreta (MENDES; BRANCO, 2017, p. 148).

Com relação à justiciabilidade de tais direitos a prestações materiais, tem-se a discussão no sentido de se poderiam ser vindicada por meio de ação civil pública, vez que, na maioria dos casos, há uma postura ativista por parte do Judiciário, de interferência nas escolhas orçamentárias e de políticas públicas a serem promovidas, sendo as políticas públicas para os fins desse trabalho os programas de ação governamental que resultem em processo ou conjunto de processos juridicamente regulados (eleitoral, orçamentário, legislativo, administrativo, judicial) com escopo de atingir objetivos específicos relevantes socialmente e determinados politicamente, coordenando a iniciativa estatal e a privada (BUCCI, 2006, p.39).

Longe de se querer esgotar o tema, cuja discussão ainda se faz muito relevante, tem-se de um lado aqueles que enxergam tal possibilidade de vindicar pela via judicial a realização dos direitos a prestações materiais, por força da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, conforme já explicada no tópico anterior, que assegura a vinculação de todos os poderes, incluindo aí o Judiciário, a realização a garantia e realização dos Direitos Fundamentais, o que traria legitimidade ao judiciário para decidir quando provocado. Por estes, apresentamos Ileana Neiva Mousinho (2005, p. 142).

Diante da natureza transindividual dos direitos sociais, a ação civil pública é a via por excelência para exigir-se do administrador a implementação de políticas públicas, para concretização dos direitos fundamentais sociais dependentes de prestações estatais.

É o instrumento mais adequado porque a Lei n.º 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), com o delineamento constitucional posterior, prevê uma ação com vários legitimados a propô-la, o que aumenta a participação popular própria do Estado Democrático de Direito.

Noutro giro, existem as posições contrárias que asseveram que os direitos a prestações não são plenamente justiciáveis uma vez que tais direitos não podem ser efetivados para todas as pessoas sempre, pois sempre haverá escassez financeira

que faz com que o Estado faça escolhas devendo a exigência de satisfação de tais direitos serem ponderadas a depender do momento, pelos órgãos políticos eleitos, que, representando o povo delineiam a questão orçamentária do país. Tal é o posicionamento de Mendes e Branco (2017, p. 149):

Na medida em que a Constituição não oferece comando indeclinável para as opções de alocação de recursos, essas decisões devem ficar a cargo de órgão político, legitimado pela representação popular, competente para fixar as linhas mestras da política financeira e social. Essa legitimação popular é tanto mais importante, uma vez que a realização dos direitos sociais implica, necessariamente, privilegiar um bem jurídico sobre outro, buscando-se concretizá-lo com prioridade sobre outros. A efetivação desses direitos implica favorecer segmentos da população, por meio de decisões que cobram procedimento democrático para serem legitimamente formadas – tudo a apontar o Parlamento como a sede precípua dessas deliberações e, em segundo lugar, a Administração.

Assim, conforme vislumbrado brevemente, há controvérsias de entendimento acerca dos limites da atuação do judiciário no que tange aos direitos a prestações materiais na tutela por meio de ação civil pública.

Contudo, ao se privilegiar a efetividade da norma constitucional dentro de um contexto em que há uma grave violação de direitos fundamentais, desponta a ação civil pública, por conta de todas as peculiaridades acima mencionadas, como um instrumento hábil para a realização de direitos a prestações materiais, especialmente por ser uma ação proposta perante juiz singular do local do dano, conforme competência definida no art. 2º da Lei 7.347/85, que vivencia a situação de violação e tem condições de tomar medidas mais eficazes para solucionar aquela situação em especial.

É dentro desta perspectiva que se consegue aproximar a ação civil pública do estado de coisas inconstitucional, pois, admitindo-se em sede de ação coletiva a discussão acerca da realização e efetivação de direitos que exigem prestações estatais, admite-se a possibilidade de discutir a omissão e a inércia dos poderes estatais em realizar as medidas necessárias para concretizá-los em determinada situação concreta, sendo a violação de tais disposições constitucionais coletiva, e, portanto, configurando os principais requisitos para a declaração de um estado de coisas inconstitucional conforme visto no tópico anterior.

Não seria outro o entendimento a ser adotado partindo do pressuposto da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Assim, nas palavras de Mousinho (2005, p. 159-160):

Ressalte-se, sempre, que a concretização dos direitos fundamentais é tarefa cometida a todos pela Constituição, porque aqueles direitos devem ser observados pelos Poderes Públicos e pelos particulares (eficácia vertical e horizontal). Uma Constituição dirigente como a brasileira vincula o legislador a editar leis orçamentárias que assegurem a efetividade dos direitos sociais a prestações através da alocação de recursos para as políticas públicas correlatas.

A partir do momento que o legislador não cumpre essa tarefa e nas leis orçamentárias são alocados recursos insuficientes para o implemento de políticas públicas minimamente eficientes, enquanto são destinados recursos para outras áreas não essenciais, surge a possibilidade de sindicarem-se as escolhas feitas pelo legislador, porque desconformes com as prioridades eleitas na Constituição.

Assim, faz-se necessário analisar os possíveis impactos e pontos positivos trazidos pela possibilidade de tutela de um estado de coisas inconstitucional por meio de ação civil pública e os limites que devem ser observados caso se admita tal a possibilidade, que será exposto no próximo tópico.

3. A TUTELA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL POR MEIO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA: LIMITES E POSSIBILIDADES

Conforme visto no tópico anterior, a ampliação do objeto da ação civil pública em solo Brasil permitiu trazer abertura para a discussão acerca da justiciabilidade dos direitos a prestações materiais dentro das ações coletivas, principalmente no que tange à omissão estatal quanto à realização de tais direitos.

O estado de coisas inconstitucional entra em cena não somente quando há omissão na realização dos direitos a prestações, mas quando qualquer direito fundamental estiver sendo massivamente violado e houver a omissão e inércia dos Poderes políticos na resolução de tal quadro de inconstitucionalidade, também abarcando, portanto, os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

A amplitude do objeto material da ação civil pública é uma característica que permite a inserção da técnica de decisão relacionada ao estado de coisas inconstitucional no Brasil. Além do mais, como o estado de coisas inconstitucional idealizado para atingir um considerável número de pessoas, também se demonstra

que há plausibilidade em se utilizar a via da ação civil pública, que trabalha a dimensão coletiva de tutela.

Outra questão positiva seria a abordagem estrutural. Como já foi exposto anteriormente, o estado de coisas inconstitucional trabalha com situações de falha estrutural, ou seja, aquela situação em que a solução da situação depende de um trabalho conjunto dos órgãos dos Poderes envolvidos na situação.

Assim, para uma falha estrutural, tem-se um remédio estrutural, próprio de ações coletivas que abarquem um grande número de afetados e que exige medidas diversas das que seriam tomadas em um processo bipolar. Conforme explica Sérgio Cruz Arenhart (2016, p. 6-7):

Um procedimento que se destine à discussão de políticas públicas exige, como é óbvio, amplitude muito maior do que a lógica bipolar dos processos comumente utilizados no Brasil. Exige a possibilidade de participação da sociedade, bem como a ampliação da latitude de cognição judicial, de modo a permitir que o Judiciário tome contato com todo o problema, sob suas várias perspectivas. (...). Impõe-se, por isso, pensar em um processo diferenciado, normalmente tratado sob o nome de processo estrutural. Nesses processos, objetiva-se decisões que almejam a alteração substancial, para o futuro, de determinada prática ou instituição. As questões típicas de litígios estruturais envolvem valores amplos da sociedade, no sentido não apenas de que há vários interesses concorrentes em jogo, mas também de que a esfera jurídica de vários terceiros pode ser afetada pela decisão judicial.

Nesse tipo de ação que requer medidas estruturais há discussão em torno da realização de políticas públicas, e também conforme já explicado anteriormente, o estado de coisas inconstitucional tem o condão de trazer uma abertura dialógica por parte do órgão julgador, fazendo com que o Judiciário passe a atuar como um coordenador das medidas a serem implantadas pelo Poder Público para a solução da inconstitucionalidade com diálogo, determinando a tomada, por parte de cada ente, de medida que seja de sua competência para promoção, sendo ordens flexíveis.

Todavia, existem situações que podem minar a declaração de estado de coisas inconstitucional por meio de ação civil pública, vez que a tomada de medidas estruturais que atingem um grande número de pessoas envolvidas pode esbarrar em questões de competência dentro do nosso sistema de controle de constitucionalidade e com relação aos efeitos da decisão proferida.

Primeiramente, há um grande debate doutrinário acerca da utilização da ação civil pública enquanto instrumento de controle difuso de constitucionalidade. Parte da doutrina constitucionalista, capitaneada por Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco crê que a ação civil pública não se demonstra como um instrumento de provocação do controle difuso de constitucionalidade por conta da previsão legal do art. 16, que prevê que a sentença em ação civil pública faz coisa julgada *erga omnes*.

De acordo com o posicionamento de Mendes e Gonet, que também foi o da jurisprudência brasileira por muito tempo, o processo coletivo como o que ocorre na ação civil pública, se assemelha muito ao de um processo objetivo, tal qual ocorre nas ações de controle concentrado e autorizar o controle difuso por meio da ação civil pública representaria, portanto, uma usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal por parte de um juiz de primeiro grau. Conforme explicam os próprios autores (MENDES e BRANCO, 2017, p. 1048-1049):

[...] ainda que se desenvolvam esforços no sentido de formular pretensão diversa, toda vez que na ação civil pública ficar evidente que a medida ou providência que se pretende questionar é a própria lei ou ato normativo, restará inequívoco que se trata mesmo é de impugnação direta de lei. Nessas condições, para que se não chegue a um resultado que subverta todo o sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, tem-se de admitir a completa inidoneidade da ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade, seja porque ela acabaria por instaurar um controle direto e abstrato no plano da jurisdição de primeiro grau, seja porque a decisão haveria de ter, necessariamente, eficácia transcendente das partes formais.

No mesmo sentido a posição do ex-ministro do STF, Teori Zavascki, em obra especializada sobre processo coletivo (2016, n.p.):

Ocorre que as sentenças proferidas em ações civis públicas para tutela de direitos transindividuais (art. 16 da Lei 7.347/1985) e em ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos têm, em certos casos, eficácia subjetiva *erga omnes*, o que pode acarretar, quando nelas se exerce o controle de constitucionalidade, um efeito semelhante ao que decorre da sentença proferida no âmbito do controle abstrato. A verificação concreta desse fenômeno é previsível especialmente em ações coletivas quando, considerando os termos da demanda, nela figuram, como substituídos no processo, todos os possíveis destinatários da norma cuja inconstitucionalidade serve de fundamento do pedido. Em situações assim, ainda que não tenha havido pedido explícito de declaração de invalidade da norma em abstrato, a sentença de procedência acaba tendo, na prática, a mesma eficácia universal que decorre da sentença no controle concentrado, já que, por via transversa, ela retira da norma questionada todo o seu

potencial de aplicação, que fica inteiramente esgotado, inclusive para o futuro.

Todavia, já há algum tempo a doutrina e a jurisprudência tem reconhecido a possibilidade do controle de constitucionalidade incidental na ação civil pública, desde que seja a causa de pedir e não o pedido principal da ação civil pública. Conforme se extrai dos julgados a seguir, do STJ e do STF nesse sentido (BRASIL 2004; 2015b):

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONTROLE DIFUSO VERSUS CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. Proclamou o Supremo Tribunal Federal não ocorrer usurpação da própria competência quando a inicial da ação civil pública encerra pedido de declaração de inconstitucionalidade de ato normativo abstrato e autônomo, seguindo-se o relativo à providência buscada jurisdicionalmente - Reclamação nº 2.460-1/RJ. Ressalva de entendimento. RECLAMAÇÃO - NEGATIVA DE SEGUIMENTO. A contrariedade do pleito formulado a precedente do Plenário revela quadro ensejador da negativa de seguimento à reclamação. O Tribunal, por unanimidade, julgou prejudicada a reclamação, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim, Presidente. Presidiu o julgamento a Senhora Ministra Ellen Gracie, Vice-Presidente. Plenário, 23.09.2004.

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. Ação Civil Pública. SEGURIDADE SOCIAL. ASSISTÊNCIA SOCIAL. ART. 203, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ESTRANGEIROS E REFUGIADOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 4º DO DECRETO Nº 1.744/95. POSSIBILIDADE. CONTROLE DIFUSO. CAUSA DE PEDIR. RETORNOS DOS AUTOS À ORIGEM PARA REGULAR PROCESSAMENTO DA LIDE. 1. Recurso especial proveniente de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, com o objetivo de compelir a União e o INSS a concederem o benefício assistencial previsto no art. 203, inciso V, da Constituição Federal aos estrangeiros residentes no Brasil, bem como aos refugiados, desde que em situação regular. 2. O acórdão recorrido reformou a sentença de primeiro grau para dar provimento aos recursos da União e do INSS para reconhecer e declarar a carência da ação por incompetência do juízo para o julgamento da ação civil pública. 3. É firme o entendimento do STJ no sentido de que a inconstitucionalidade de determinada lei pode ser alegada em ação civil pública, desde que a título de causa de pedir - e não de pedido -, como no caso em análise, pois, nessa hipótese, o controle de constitucionalidade terá caráter incidental. Precedentes: REsp 1.326.437/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 05/08/2013; REsp 1.207.799/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 03/05/2011. 4. Não há falar em carência da ação ou incompetência do órgão sentenciante, porquanto é cabível a ação civil pública como instrumento de controle difuso de constitucionalidade, conforme já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal. Retorno dos autos à instância de origem para apreciação do mérito da demanda. Recurso especial provido. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Tal entendimento corrobora com o de parte da doutrina que preza pela eficácia dos direitos fundamentais tutelados em sede de ação civil pública, vez que limitar a possibilidade de controle também limitaria muito a eficácia da decisão que se busca em sede de tutela coletiva. Ademais, deve-se ressaltar que conforme o próprio texto legal prevê, a sentença é erga omnes, mas somente nos limites territoriais do órgão prolator, ou seja, há uma determinação mínima quanto àqueles que são atingidos pelos efeitos da coisa julgada, não descaracterizando o controle difuso inter partes.

A consideração acerca da possibilidade do controle de constitucionalidade por meio de ação civil pública envolve a situação do estado de coisas inconstitucional na medida em que tal instituto envolve diretamente a questão da inconstitucionalidade.

Todavia, no estado de coisas inconstitucional não se busca uma declaração de inconstitucionalidade normativa, mas sim de uma realidade fática de violação de direitos fundamentais por omissão estatal. Busca-se assim, o controle da omissão estatal de forma que o Judiciário possa retirar os poderes constituídos da inércia, determinando a promoção das medidas necessárias para que se saia do quadro de inconstitucionalidade.

Além do mais, o controle de constitucionalidade difuso se destaca na jurisdição constitucional por ser um meio mais democrático e de garantia de acesso à justiça, visto que a inconstitucionalidade pode ser arguida por qualquer cidadão e o controle pode ser realizado por qualquer juiz, respeitadas as normativas constitucionais e infraconstitucionais pertinentes. Nas palavras de Lênio Luis Streck (2018, p. 185):

Com efeito, o controle difuso de constitucionalidade, mantido até hoje inclusive em países como Portugal, retira do órgão de cúpula do Poder Judiciário o monopólio do controle de constitucionalidade, servindo de importante mecanismo de acesso à justiça e, conseqüentemente, à jurisdição constitucional. A importância do mecanismo do controle difuso mostra-se absolutamente relevante, uma vez que permite que juízes de primeiro grau e tribunais em suas composições plenárias, mediante incidente de inconstitucionalidade devidamente suscitado, realizem a filtragem constitucional, que vai desde a simples expunção de um texto inconstitucional até a correção de textos através dos institutos da interpretação conforme a Constituição e da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.

Assim, admitido o controle de constitucionalidade na ação civil pública pela perspectiva difusa, há que se falar ainda, para que se possa tutelar um estado de coisas inconstitucional por essa via, do controle judicial de políticas públicas.

Não se pretende, por meio deste trabalho, aprofundar-se no debate extenso existente acerca da legitimidade do Judiciário para realizar controle de políticas públicas. Mesmo sendo tal prática questionada por uma boa parte da doutrina brasileira, é certo que tal postura do Judiciário já acontece com bastante frequência hodiernamente, principalmente no que tange à realização dos direitos a prestações materiais, que foram explicados no tópico anterior.

Quanto ao controle judicial de políticas públicas por meio de ação civil pública, também tem sido entendida como uma forma de se garantir a efetividade dos direitos fundamentais, afinal de contas, não se pode esperar que os órgãos estatais viessem a agir por si sós para concretizar os direitos fundamentais que estão sendo violados no caso concreto, sob o argumento único da separação dos poderes.

Tal concepção parte da própria dimensão objetiva dos direitos fundamentais que, conforme já explicado, é o pano de fundo da própria ideia do estado de coisas inconstitucional. A intervenção do judiciário trata-se, na verdade, de efetiva garantia não só dos direitos fundamentais, mas do próprio Estado Democrático de Direito impera no país, de forma a se fazer valer o próprio sistema de pesos e contrapesos, repelindo a discricionariedade administrativa ilimitada (SOUZA, 2015, n.p.).

Também neste sentido (FENSTERSEIFER, 2016, p. 3):

Com relação à suposta “invasão” do Poder Judiciário no âmbito das funções constitucionais conferidas ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo, em desrespeito ao princípio da separação dos poderes, é importante destacar que a atuação jurisdicional só deve se dar de maneira excepcional e subsidiária, já que cabe, precipuamente, ao legislador o mapeamento legislativo de políticas públicas sociais e, posteriormente, ao administrador a execução de tais medidas. Agora, diante da omissão e descaso do órgão legiferante ou do órgão administrativo em cumprir com o seu dever constitucional, há espaço legitimado constitucionalmente para a atuação do Poder Judiciário no intuito de coibir, à luz do caso concreto, violações àqueles direitos integrantes do conteúdo do mínimo existencial, já que haverá, no caso, o dever estatal de proteção do valor maior de todo o sistema constitucional, expresso na dignidade da pessoa humana (...). O controle judicial de *políticas públicas sociais* deve ser visto também como um mecanismo conferido ao cidadão, individual ou coletivamente considerado, de controle sobre a atividade política do administrador e do legislador.

Todavia, ao próprio controle judicial devem ser estabelecidos limites, afim de que não haja uma supremacia do judiciário em relação aos demais poderes, o que também seria prejudicial ao Estado Democrático de Direito e ao sistema de freios e contrapesos. Não se busca um poder ilimitado ao Judiciário, mas a garantia de concretização dos direitos fundamentais que deveriam ter sido realizados e não foram por omissão dos próprios Poderes constituídos responsáveis por implementá-los.

Assim, o Judiciário deve buscar, acima de tudo, nesses casos que confrontam diretamente a omissão estatal, atuar de forma dialógica, conforme já mencionado, o que traz um ponto positivo ao estado de coisas inconstitucional, pois a forma que é conduzida, na sua origem colombiana, dá ensejo a uma abertura dialógica, que é uma de suas principais vantagens, assim como foi exposto no tópico próprio referente ao tema.

A adoção de uma postura dialógica, na visão de Clèmerson Merlin Clève, implica na conclusão de que não existe uma última palavra definitiva, bem como no fato de que a manutenção do diálogo permitirá que a situação se resolva por aquela instituição que tem os requisitos necessários para resolvê-lo de forma satisfatória, conforme se extrai da seguinte afirmação (CLÈVE, 2015, p. 189):

Em substituição a uma leitura tradicional da separação dos poderes, a prática dos diálogos institucionais procura evidenciar pelo menos dois aspectos a respeito da formulação de decisões de casos controvertidos. Primeiro, as decisões, tomadas em qualquer um dos poderes, passam a ter um caráter parcialmente definitivo, pois, podem ser contestadas em outras instâncias públicas. Segundo, cada espaço de poder possui características que o potencializam ou o inibem para a realização de tomada de decisões. Isso reafirma a necessidade de canais de diálogo entre as instituições, pois, uma pode ter melhores condições que outra para lidar com o caso concreto em apreço.

Em suma, é importante tutelar corretamente a situação de um estado de coisas inconstitucional, de forma que se garanta a efetividade dos direitos fundamentais, sendo admitida, portanto, no Brasil a sua tutela também por meio de ação civil pública dentro daquilo que for autorizado pela competência jurisdicional do local, pautando-se sempre pelo respeito às regras processuais vigentes para os processos coletivos.

Ademais, estender a tutela do estado de coisas inconstitucional à ação civil pública representa uma grande forma de se realmente garantir a concretização de

direitos na perspectiva coletiva, pois relegar tal controle apenas na perspectiva concentrada de controle de constitucionalidade por meio de ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) significaria dificultar a solução de problemas graves que ocorrem em determinadas localidades, afinal a ADPF segue uma série de particularidades e tem uma legitimidade ativa muito restrita.

É certo que a ação civil pública também possui determinadas exigências e pouca abertura quanto à legitimidade ativa, todavia, permite que sejam tratadas perspectivas micro, situações que não podem ser relegadas a uma possível ação de controle concentrado, o que permite inclusive dizer que, ao ampliar as possibilidades da ação civil pública para incluir o estado de coisas inconstitucional se obtenha uma maior democratização dos processos coletivos, aumentando a participação popular e permitindo uma tutela mais efetiva de direitos e a concretização também da garantia de acesso à justiça, corolário do Ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido (MOUSINHO, 2005, p. 150-151):

À luz do princípio do amplo acesso ao Judiciário, as ações para garantia dos direitos fundamentais não podem ser restritas às instâncias superiores, como são: as ações diretas de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. A amplitude do acesso à justiça – também um direito fundamental – conduz à utilização da ação civil pública para a garantia de direitos fundamentais de dimensão difusa ou coletiva e o alargamento das matérias cognoscíveis pelo Judiciário (...). Conclui-se, portanto, que uma vez que os direitos sociais e prestações estão previstos na Constituição Federal, criando direitos subjetivos públicos para os cidadãos e para a coletividade em geral, a ação civil pública é a via adequada para concretizá-los, em sua dimensão coletiva, através de determinação judicial de implementação de políticas públicas.

Assim, a tutela do estado de coisas inconstitucional pela ação civil pública demonstra-se possível e pode representar um grande avanço na perspectiva da efetividade de direitos fundamentais.

4 CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto, admite-se a tutela de um estado de coisas inconstitucional por meio de ação civil pública, visto que tal possibilidade decorre amplamente da dimensão objetiva dos Direitos Fundamentais e da ação civil pública enquanto garantia fundamental e instrumento de proteção de direitos na dimensão coletiva, bem como da garantia ao amplo acesso à justiça.

É certo que, até que haja uma incorporação do instituto do estado de coisas inconstitucional ao Judiciário brasileiro ou ao Ordenamento Jurídico do país, haverá discussões acerca de sua legitimidade, tendo em vista que tal instituto já parte de uma premissa de tutela estrutural, em que o Judiciário acaba despontando com certo protagonismo e ampliando suas potencialidades.

Todavia, não se pode admitir, em um Estado Democrático de Direito, calcado na vinculação de todos os Poderes e órgãos estatais à proteção e concretização de Direitos Fundamentais, haja um silêncio ou apego demasiado às formalidades legais quando se vislumbra uma situação de violação massiva e generalizada de Direitos Fundamentais e os Poderes constituídos se omitam ou quedem inertes diante de tal situação, que é justamente o quadro que permite a decretação de um estado de coisas inconstitucional.

Assim, tratando-se de violação massiva e generalizada, foge-se do espectro da tutela individual de direitos para a tutela coletiva, em que a ação civil pública desponta como uma garantia fundamental e um dos principais instrumentos para a proteção dos direitos e interesses difusos e coletivos, que são direitos fundamentais, lembrando ainda que o objeto material dessa ação, conforme já consolidado, é amplíssimo por conta da abertura promovida pelo §3º do art. 5º da CF/88.

Conclui-se, assim, que o estudo acerca da ação civil pública, no Brasil, evoluiu o suficiente para que se admita neste país a tratativa do estado de coisas inconstitucional por meio de tal ação, de forma que se garanta na sua máxima potencialidade a efetividade dos Direitos fundamentais.

THE POSSIBILITY OF DECLARING A UNCONSTITUCIONAL STATE OF AFFAIRS TROUGH A PUBLIC CIVIL ACTION

ABSTRACT

The article aims to analyze the possibility of declaring unconstitutional state of affairs by means of public civil action. It was verified the need to analyze this hypothesis from the observation that there are situations in which fundamental rights are violated in its collective perspective by State's omission, and that can be the subject of a public civil action and the Institute of the unconstitutional state of affairs have only been glimpsed from the perspective of the concentrated control of constitutionality actions. To this end, it was analyzed the main points discussed in the doctrine and jurisprudence on the unconstitutional state of affairs. After describing the main normative regulations, as well as discussing the most relevant issues concerning public civil action as an instrument for the realization of fundamental rights. Subsequently, it was analyzed the possibility questioning a unconstitutional state of affairs by a public civil action, through the main possibilities offered, such as dialogical opening and the assurance of ample access to justice and main impacts of it, such as the issue of diffuse control of constitutionality, the limits of the *res judicata* and the judicial control of public policies. The method selected was the descriptive and exploratory, the approach was qualitative and the procedures applied to obtain the results were, mainly the documental, legal and jurisprudential analysis and the bibliographic review of the institutes approached. It was concluded through the research that there is the possibility of declaring an unconstitutional state of affairs by a public civil action.

Key words: unconstitutional state of affairs; public civil action; fundamental rights.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. Objeto material da ação civil pública: algumas questões polêmicas. In:(coord.). **Ação civil pública após 30 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/106532786/v1/document/107449614/anchor/a-107449614>>. Acesso em: 21 de novembro de 2018. Não paginado.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, v. 2, n., p.001-002, dez. 2015.
- BRASIL. Lei nº 7347, de 24 de junho de 1985. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm>. Acesso em: 20 nov. 2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ementa. RECURSO ESPECIAL - 1487032 2014.01.98449-3. Relator: Humberto Martins. Brasília, DF. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 09 mar. 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa. Reclamação nº 2687. Brasília, DF, 23 de setembro de 2004. Diário da Justiça. Brasília, 18 fev. 2005.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Senhor Ministro Marco Aurélio de Mello na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347. Brasília, 5 de setembro de 2015. Disponível em: <<redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em 29 Nov. 2017.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: Maria Paula Dallari Bucci (org.). **Políticas Públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da inconstitucionalidade por omissão ao "Estado de coisas inconstitucional"**. 2015. 248 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Centro de Ciências Sociais, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.
- CARVALHO, Fabiano. Princípio da eficiência no processo coletivo: constituição, microssistema do processo coletivo e Novo Código de Processo Civil. In: MILARÉ, Édis (coord.). **Ação civil pública após 30 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/106532786/v1/document/107449510/anchor/a-107449510>>. Acesso em: 21 de novembro de 2018. Não paginado.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Diálogos Institucionais**: estrutura e legitimidade. Revista de Investigações Constitucionais,

Curitiba, v. 2, n. 3, p.183-206, set./dez. 2015.

COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. **SU - 559**. 1997. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em: 01 dez. 2017.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**: teoria e prática - 8. ed. rev. Ampl. e atual. – Salvador: JusPODVIM, 2016.

FENSTERSEIFER, Tiago. A legitimidade da defensoria pública para a tutela coletiva dos direitos fundamentais sociais: mínimo existencial, ação civil pública e controle judicial de políticas públicas. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/20616/Tiago_Fensteresifer_-_DPSP_.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2018.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública**: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7347/85 e legislação complementar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/98613042/v14/document/114542576/anchor/a-114542576>>. Acesso em: 21 de novembro de 2018. Não paginado.

MARTINÉZ, Julian Tole. La teoría de la doble dimension de los derechos fundamentales en Colombia: el estado de cosas inconstitucionales, um ejemplo de su aplicacion. **Cuestiones Constitucionales**, Cidade do México, n. 15 p.253-316, jul. a dez. 2006.

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

MOUSINHO, Ileana Neiva. **Os Direitos Sociais e as Política Públicas**: possibilidades e limites de sua efetivação por meio da ação civil pública. 2005. 256 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2005.

SOUZA, Motauri Ciocchetti de. Justiciabilidade dos direitos sociais, discricionariedade administrativa e a ação civil pública enquanto garantia fundamental. In: MILARÉ, Édís (coord.). **Ação civil pública após 30 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/106532786/v1/document/107449930/anchor/a-107449930>>. Acesso em 21 de novembro de 2018. Não paginado.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Estado De Coisas Inconstitucional e Bloqueios Institucionais: Desafios para a construção da resposta adequada, in: BOLONHA, Carlos. BONIZZATO, Luigi e MAIA Fabiana (coords.). **Teoria Institucional e Constitucionalismo Contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2016.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/101605132/v7/document/119306926/anchor/a-119306926>>. Acesso em 21 de novembro de 2018. Não paginado.