



Estado de Coisas Inconstitucional e Ativismo Judicial: Uma Abordagem Jusfilosófica

*Geraldo Carreiro de Barros Filho¹; Athena de Albuquerque Farias²;
Joelma dos Santos Barbosa Linhares Garcia³; Gisanne de Oliveira Marinho⁴;
Larissa Sampaio Gonçalves Carreiro⁵; Ítalo de Queiroz Diniz⁶*

Resumo: O Instituto do Estado de Coisas Inconstitucional no Direito Brasileiro é motivador deste trabalho por serem momentos processuais atípicos, embora existentes no cotidiano das cortes e por terem nesta relação a obrigatoriedade do exercício da hermenêutica própria, exigindo exercício dialético contínuo. Considerando o embate intelectual de grandes juristas do início do século XX acerca do tema proposto, que seja, Estado de Coisas Inconstitucional e Ativismo Judicial, propõe exercício de aproximação dos juízos de filósofos seus pontos de vista e saberes críticos; com análise da lógica construtiva, pela adequação do bom saber e sua aplicabilidade. Destarte, o exercício de hermenêutica jurídico-operacional, de dialética devidamente acatada na seara em estudo; por contraposição de ideias para se alcançar o objetivo proposto inicial e tentativa de trazer-se a lume o que se entende a respeito das influências explícitas e declinadas nos espaços jurídicos. Este fenômeno jurídico arrasta conjuntamente ao atrito institucional entre os três Poderes. Por fim considera-se que haja uma nova abordagem ao Direito contemporâneo e que se vislumbre a possibilidade de um “neopositivismo” conceitual. Tal declaração alerta para decisões futuras sinalizando aos Poderes que não se deve deixar ao largo situações que tragam a insegurança jurídica à seara do ordenamento jurídico pátrio por se perceber que o sistema processual jurídico é rede intrincada e transdisciplinar – processo dialético à aplicabilidade do direito que segue na busca do justo à lide.

Palavras-chave: Hermenêutica; Estado de Coisas Inconstitucional; Ativismo Judicial.

Unconstitutional State of Things and Judicial Activism: A Jusphylosophical Approach

Abstract: The Institute of Unconstitutional State of Things in Brazilian Law is motivating this work because they are atypical procedural moments, although they exist in the daily life of the courts and for having in this relation the obligation of the exercise of hermeneutics itself, demanding continuous dialectical exercise. Considering the intellectual clash of great jurists of the early twentieth century about the proposed theme, which is, Unconstitutional State of Things and Judicial Activism, proposes the exercise of approaching the judgments of philosophers their points of view and critical knowledge; with analysis of constructive logic, by the adequacy of good knowledge and its applicability. Thus, the exercise of legal-operational hermeneutics, of dialectics duly

¹ Mestre em Educação pela Anne Sullivan University, Grã-Bretanha. Professor do FACEL Faculdades, Brasil. Contato: carreirog@hotmail.com;

² Graduação em Direito. Pela Faculdade dos Guararapes, Jaboatão dos Guararapes – PE; Especialização em Direito Processual do Trabalho pelo Faculdades Integradas de Cruzeiro, Brasil. Contato: athena.farias@gmail.com;

³ Graduação em Ciências Econômicas pela Universidade Regional do Cariri; Licenciado Pleno em Disciplinas Específicas do Ensino Básico pela Universidade Estadual do Ceará, UECE; Especialização em Administração de Empresas pela Autarquia Educacional do Araripe - AEDA; Especialização em Metodologia do Ensino Fundamental e Médio pela Universidade Vale do Acaraú - UVA; Especialização em Docência do Ensino Superior pela Faculdade Kurios; Graduação em Direito pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras; Especialização em Direito Previdenciário; Especialização em Direito Penal pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras - FAFIC; Mestrado em Ciências da Educação - Universidad Politécnica Y Artística Del Paraguay; Mestra em Linguística pela Universidade Federal da Paraíba - UFPB. Contato: jsblinharesgarcia@hotmail.com;

⁴ Mestranda em Justiça Administrativa na Universidade Federal Fluminense. Graduação em Direito pela Universidade Federal Fluminense concluída em 2016. Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional do Rio de Janeiro. Contato: gihmarinho@gmail.com;

⁵ Acadêmica de Direito. Larissampaio_g@hotmail.com;

⁶ Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional do Ceará - 36.574.

adhered to in the area under study; by contrasting ideas in order to achieve the proposed initial goal and attempting to bring to light what is meant about explicit and declined influences in legal spaces. This legal phenomenon leads jointly to the institutional friction between the three Powers. Finally, it is considered that there is a new approach to contemporary law and that the possibility of a conceptual "neopositivism" can be glimpsed. Such a statement warns of future decisions by pointing out to the Powers that one should not leave out situations that bring legal uncertainty to the area of the national legal system because it is perceived that the legal process system is an intricate and transdisciplinary network - a dialectical process to the applicability of the law that follows in the search for the just to the front.

Keywords: Hermeneutics; State of Things Unconstitutional; Judicial Activism.

Introdução

A proposta deste trabalho é alavancar exercício dialético, próprio das ciências jurídicas, no que pese a legitimidade do direito como integrador social da capacidade dos operadores do direito em produzir justiça, e da incapacidade de alguns em evoluir na seara jurídica no que tange à aplicabilidade das decisões, bem como o fenômeno do protagonismo do Poder Judiciário no século XXI – tendo sido precedido pelo protagonismo do Legislativo no século XX e do Executivo no século XIX.

O Instituto do Estado de Coisas Inconstitucional no Direito Brasileiro, é *prima face*, motivador deste trabalho por serem momentos processuais atípicos, embora existentes no cotidiano das cortes e em última quadra por terem nesta relação a obrigatoriedade do exercício da hermenêutica própria, exigindo exercício dialético contínuo – quando se defronta no caso concreto.

Para se chegar ao cerne das questões levantadas, se empreendeu esforço de entendimento nos estudos de consagrados juristas e entendimentos jurisprudenciais produzidos nas cortes brasileiras, bem como as de alçada internacional; Seguindo em análise de teses defendidas, com argumentos diversos válidos nos cenários estudados.

Tal fenômeno – motivo deste artigo se apresenta por válido, visto que a sociedade é mutável, quer se fazer ouvir e inicia trajetória na busca por justiça, no que o Direito posto em todo ordenamento jurídico diz existir positivamente como válido, aceito e alcançável *erga omnes*.

Convida-se à leitura e que se distanciem de suas convicções e que se façam dispostos a “ouvir”, entender e criticar – assim ampliando a moldura de aplicabilidade legal.

No tocante à metodologia de pesquisa, este trabalho se cuidou de manter uma linha de pesquisa desde sua gênese, tecendo atentamente o que viria a ser um convite ao leitor às discussões propostas no texto e que este trouxesse críticas – bem facejas e ampliadoras de entendimentos futuros. Quanto ao tipo de pesquisa, a presente obra possui característica de pesquisa básica, pois objetiva gerar conhecimentos novos, úteis para o avanço da ciência – “envolvendo verdades e interesses universais” (SILVA, 2005), traça a linha de abordagem qualitativa - quanto à existência de uma relação dinâmica entre o mundo real e o sujeito da pesquisa. Quanto aos procedimentos técnicos de pesquisa, achega aos pressupostos numa “atitude concreta em relação ao fenômeno e estão limitadas a um domínio particular” (LAKATOS, p.106. 1992). Quanto às técnicas preceituais/processuais, que visam à coleta de dados, a documentação indireta foi a mais adequada, por abarcar a pesquisa documental e a bibliográfica. Quanto aos esforços de descrever as peculiaridades do universo pesquisado e seus fenômenos se tenta propor um diálogo entre a execução do direito, em atenção ao assistido com a exposição de conteúdo jurídico.

A teoria do conhecimento de Jürgen Habermas

O estudado filósofo em sua teoria do conhecimento alerta para a centralização metafísica no “ser”, em conjunto com o conhecimento dos objetos e dos fatos e do significado essencial do que prolata nas sentenças declaratórias – de foco nas relações dos homens e nesta sintonia, que se atente às ocorrências nas ciências jurídicas, vez que são espécie do gênero ciências humanas aplicadas.

Neste primeiro parágrafo se convida entendimento ao que pese o Estado Inconstitucional das Coisas e não da lei que arrimou a sentença e que decretou que o ilícito fosse sanado, mas que só à posteriori se percebeu o conflito infraconstitucional com o diploma magno – fenômeno que empresta a transcendência jurídica na forma de condução processual, passível de ajustes, não por má-fé, incapacidade ou inexperiência do prolator, tão somente – em defesa à tese levantada, por terem as relações humanas um *motu*

continuum e que exige dos Poderes constituídos celeridade nas atualizações das regras legais, para que a justiça seja feita em tempo hábil, sanando o dano de pronto.

Também deseja descortinar ao que tange o Ativismo Judicial – segundo momento de estudo deste trabalho; E que recebe atenção na semântica de Jürgen Habermas vez que a atitude do Poder julgador de se apresentar quando percebe a inatividade por parte dos demais Poderes, exigindo ao caso em concreto a solução que sentenciou por omissão daquele que deveria ser o protagonista no processo de solução do direito não atendido – causando danos ao detentor do poder por excelência: o povo.

Na análise dos estudos em comento, há que se empreender esforços no que vem a ser este instituto jurídico, tomando por paralelo a terceira ciência – a dos significados, em que Jürgen Habermas, *apud* Manfredo Araújo de Oliveira, que diz perceber na “semântica que fez de forma essencial das sentenças declarativas sua preocupação primeira”. (OLIVEIRA, 2012, p.87).

De certo que se trata sentença por proposição, cabendo bem no universo jurídico onde a prolação do magistrado exige seu cumprimento, embora se perceba casos onde a preocupação dos operadores diz em respeito ao precedente utilizado para solução ou protelação da solução à lide.

Em fechamento deste momento se busca percepção de que o bom entendimento de que o Ativismo Judicial sem ação à resolução do estado inconstitucional da situação em concreto, se não devidamente formatado, faz o Poder Judiciário não evoluir, ou evoluir mui lentamente no que tange à resolução de conflitos novos, fenômenos carentes de novas interpretações e entendimentos – e os precedentes se mantêm como barreiras ao novel diploma exigido.

Numa palavra, ontologia – sendo este visto por exercício teórico-investigativo do ser, estudo e/ou reflexão sobre o ser; Tudo se eleva ao que atinge o “ser” sempre bem atento a este, Jürgen Habermas em seu pragmatismo dicotômico do “pensar e do ser”, é paralelo jusfilosófico da dicotomia “língua e mundo”; E a qual se elenca questões, nas palavras do Manfredo Araújo de Oliveira, ao externar que o “X” determinado, “tem a ver com a ‘coisa’, o ‘tema’, o ‘conteúdo’” (OLIVEIRA. 2012, p.102) que bem deve ser achegado ao exercício hermenêutico, para bem da segurança jurídica, se o déficit ontológico for sanado à contento.

Finaliza-se este tópico com a percepção da existência de intricada rede entre o saber, o ser e assim a formação do pensamento científico e dos seus significados; para se lançar no tópico seguinte – exemplificativo das relações dos que detém o saber e o quanto tais saberes formam ponderações divergentes sobre o mesmo tema em estudo, porém e por serem operadores da ciência jurídica passam a compartilhar dos mesmos saberes.

Os Aspectos Jusfilosóficos: Juristas Philosophos na ótica do Lente Beviláqua

Clovis Beviláqua – Lente catedrático da Faculdade de Direito do Recife no ano de 1897, teve sua obra, motivo deste sub-tópico, publicada em 1959 por José Luiz da Fonseca Magalhães, editor da Livraria Magalhães, fundada em 1888. Desta obra se destaca o trecho abaixo e assim se dá continuidade quanto à percepção da vertente filosófica de Clóvis Beviláqua, ao enunciar: Como ele descreve Ruy Barbosa? Vide página 22, da obra:

Ruy Barbosa desvendou, aos olhos brasileiros, a sciencia do direito público que a America do Norte creara e nós quasi ignoravamos que existisse antes que a víssemos trasladada, em correctea e lucilante frase portugueza, pelo escriptor bahiano. Nenhum destes ainda assentou sobre a doutrina jurídica as construcções generalisadoras de uma philosophia do direito. Saturam-se com os princípios da sciencia; estão muito distanciados dos espíritos aridos, para os quaes todo o direito se acha concretizado na lei ou nalgum manual que lhe desarticula os editos em multiplas hypotheses para delicia dos causidicos. É um merito esse por certo. Entretanto é ainda mais longe que demora a philosophia. (BEVILÁQUA 1959, p.22)

Dentro da honra que lhe era peculiar, trazia palavras claras e galantes ao seu algoz, quando, acima, vemos Clóvis Beviláqua, colocar adjetivos, sem ranço, sem mágoa e sem culpa, por se entender parte dos que felizes têm Rui Barbosa, transcreve a todos sua crença; eis que se deve compartilhar tal oração em breves passagens, vejamos:

(...) CREIO mais nos milagres do Patriotismo, porque o Patriotismo é a firma social do amor e, como tal, é força irresistível e incomensurável; aos fracos dá alento, aos dúbios a decisão, aos descrentes fé, aos fortes ilumina, a todos une num feixe indestrutível, quando é preciso agir ou resistir; não pede inspiração ao ódio e não mede sacrifícios para alcançar o bem comum, *apud* José Augusto. (BEVILÁQUA 1959, p.197)¹

Observa-se, no reverberar do texto pesquisado - (Aula inaugural do curso Clóvis Beviláqua em 11 de agosto de 1959 no Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro), que se

atenta à alma ciosa da bem querência à pátria, ao amor e o entusiasmo, por quanto tais sentimentos se põem em sobressaltar o arrebatamento dos operadores do direto, d’antanho e de hoje.

Em tempo, se devem acalentar entendimentos que as situações conflitantes não se deram apenas por sentimentos mesquinhos e defesa insana de suas teses.

Ainda neste diapasão, em breves lições de Norberto Bobbio, se alerta o leitor ao que pese o sétimo pecado capital – orgulho ou vaidade, conhecida como soberba, é associada a orgulho excessivo, arrogância e vaidade.

Em paralelo, segundo o filósofo São Tomás de Aquino, a soberba era um pecado tão grandiloquente que era fora de série, devendo ser tratado em separado do resto e merecendo uma atenção especial.

São Tomás de Aquino tratava em separado a questão da vaidade, como sendo também um pecado, mas a Igreja Católica decidiu unir a vaidade à soberba, acreditando que neles havia um mesmo componente de vanglória (soberba), devendo ser então estudados e tratados conjuntamente; onde não se deixando entreter por análises de cunho religioso, a, tão somente, é posta à guisa para alertar que os déspotas também podem ser esclarecidos, que tomam acento nas mais diversas searas sociais e que todos temos um lado sombrio.

Deve-se ocorrer ponderações e aprendizagem às assertivas de Norberto Bobbio (1997, p.65). Para tanto, a leitura dos seis momentos encontrados em sua obra é salutar exercício – quando se sentirem convidados a tal exercício, quais sejam:

- 1) uma participação mais ampla (não restrita a este ou aquele grupo), 2) a imparcialidade de juízo, 3) a escolha das ocasiões em que a intervenção é oportuna, 4) a renúncia à vantagem das consequências imediatas, 5) a consciência da autonomia da política, 6) a convicção de que em nossa época (...) a política da cultura(...) é obrigatória. (BOBBIO 1997, p. 65)

Todos são convidados a ponderar que “você pode aquilo que deve” e muito mais, que “você deve aquilo que pode” (BOBBIO 1997, p.65). Onde os sujeitos detentores do poder de decisão devem às suas ações seus justos resultados à bem da segurança jurídica.

De toda sorte, há embate entre dois “sujeitos”, quais sejam: os intelectuais e o poder e a este embate se sugere recordar o conto do sábio – rico de estudos, dos mais variados temas e ciente de todas as respostas, para todas as questões. Este se desespera por ninguém lhe fazer perguntas, por fim esclarece não ter respostas a dar, mas que sufraga votos de que,

após tê-lo escutado, alguma, qualquer, uma que seja, simplória que a fosse; perguntas o fizessem.

Lições à tomar; que de nada vale o poder do conhecimento aos ignorantes da fé na ciência e de nada serve o poder aos livres d'alma, se não há aplicabilidade da lei ao ordenado (o povo) e o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) é alerta neste trabalho visto que não se cogita tentar alegações à inconstitucionalidade de qualquer lei.

Antes disso, se busca alertar à inconstitucionalidade do estado em que se encontra a aplicação ou aplicabilidade da lei – então temos um exercício de ponderação, onde a premissa-tese diz que a lei é válida, a premissa-antítese diz que a aplicação da mesma lei é impossível (sem os devidos ajustes contemporâneos) e, à síntese, se veste da certeza de se encontrar em um embate de aplicar a lei ou se manter omissa, para ver o que será do resultado.

Encontra-se largo espaço entre a teoria e a prática, entre o direito e o justo, entre os poderes constituídos e o estado de direito; e no palco onde se descortina o cenário da peça a ser encenada, todos perdem, quais sejam: os teóricos do Direito (Legislativo), os operadores do Direito (Executivo), os aplicadores do Direito (Judiciário) – neste tripé há força centrípeta apontada à sociedade que paga pelo espetáculo e espera pelo desfecho.

Correto é que a hermenêutica e a dialética, exercício próprio das ciências jurídicas, traz apoio a fim de que o operador do direito tenha sucesso na empreitada de fazer justiça.

Estado de Coisas Inconstitucional – ECI

A fórmula “reconstrução do pensamento contido na lei” traz a assinatura do *primus inter pares* (primeiro entre os iguais/pares) da Escola Histórica do Direito, Friedrich Carl von Savigny, aqui se pede obséquio para breve apresentação, por ser o estudado jurista um dos mais respeitados e influentes juristas alemães do século XIX, que de forma impoluta; afirma o Professor Doutor Benjamin Herzog.

A obra estudada que teve por revisor da tradução o civilista, Professor Doutor, de Direito Civil da Faculdade de Direito do Largo São Francisco da Universidade de São Paulo Otávio Luiz Rodrigues Júnior, traz alerta acerca do que se deve ponderar no

entendimento de que o direito e sua aplicabilidade decorrem de constante mutação hermenêutica compassada à dialética transdisciplinar dos códigos positivados.

Não podendo deixar este momento, se compartilha, na pesquisa de ser Savigny o criador e maior desenvolvedor do pensamento conceitual do que vem a ser a relação jurídica – um vínculo processual subjetivo, que traz concretude por episódio fatural efetivo conduzido no ordenamento jurídico, qual seja: o fato jurídico.

No mesmo diapasão, atinge saber no fato do fenômeno advindo de relação social tipificada por norma jurídica específica, adequada e conceitual (Códigos Civil e Penal, por exemplos) e influenciador, da jurisprudência dos conceitos – subcorrente do positivismo jurídico, sendo antecessor na ideia de que o direito emana de fonte dogmática, por imposição do homem sobre o homem. Assim caracterizada pelo formalismo, da lei escrita sistematizada.

Destarte se tornando prevalentemente, ter base no processo legislativo, que hodiernamente é justificado por decisões originárias do poder judiciário, que se apressa em atenção às ações de recepção abrangente relativa ao sentido social – pós-positivismo digno do ativismo judicial, temática a ser tratada mais adiante.

A luz das verdades jurídicas, o Estado de Coisas Inconstitucional – ECI, é um alerta aos honrados magistrados no que tange à aplicabilidade e à efetivação do Direito requerido nas lides em caso concreto, visto que de nada vale condenação ou absolvição sem efetivação do justo, pretendido pelo autor.

O Professor Doutor Carlos Alexandre de Azevedo Campos (UERJ) identifica três pressupostos verossímeis e que arrimam as características do fenômeno jurídicoⁱⁱ – do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI); destarte se deve didaticamente esclarecer que estado diz respeito à situação, que coisas são episódios e que se encontrar qualificado por inconstitucional diz respeito ao fato de “ainda” não ser reconhecido por sinônimo de ilegítimo, mesmo que momentaneamente.

Emprende-se esforço em análise dos três momentos, abaixo tratados, com o propósito de seguir ao entendimento do que tange este capítulo.

O primeiro pressuposto

Diz respeito ao reconhecimento de uma violação massiva e generalizada de direitos fundamentais que afetem uma ampla parcela da população.

Todavia se deve ponderar ser impossível aos poderes constituídos e elaboradores de todo o ordenamento jurídico, transgredir a aplicação das leis, entretanto não é impossível à sociedade “evoluir” em suas condutas causando na aplicabilidade “mutacional” constitucional e infraconstitucional, que até a recepção e aceite doutrinário deste novo momento é tido por válido.

Este reconhecimento traz entendimento de se conhecer mais de uma vez, com relevo a algo, a alguém, a sentido ou sentimento. Este pressuposto aquilata que há violação de direito fundamental, *lato sensu*, que a todos atinge; mediata ou imediatamente – se pode causar insegurança jurídica ao ordenamento jurídico posto, válido e aplicado.

Ao final, o autor em estudo, assesta que tal situação-problema afeta uma “parcela da população” e, sendo assim não há que conjecturar se tal situação jurídica é *erga omnes* ou seria vista e entendida por *erga singulum*; respectivamente – atinge a todos ou atinge a alguns. De toda sorte que a abrangência do atingimento deve ser percebida como alteração à “placidez do lago” (onde qualquer movimento corrompe a calmaria).

Pede-se permissão ao uso metafórico da cena, para observar que a sociedade (povo e Estado), deseja a tranquilidade na relação de deveres e direitos, quer seja entre sociedade/sociedade, sociedade/Estado; quer seja entre os poderes estatais constituídos, sempre bem exemplificada no célebre sistema de freios e contrapesos (*freins et contrepoids* – século XVIII) de Charles-Louis de Secondat, o Montesquieu traz a proposta em sua obra: “O Espírito das Leis”ⁱⁱⁱ que “Pour qu'on en puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir” (MONTESQUIEU. 1758, p.169), obra com tradução *apud* a Professora de Direito Constitucional da Faculdade de Direito do Piauí Fides Ommati^{iv}: “Pois, como se pode abusar do poder, deve, pela disposição das coisas, o poder verifica poder”.

O segundo pressuposto

Trata da omissão reiterada das autoridades públicas na promoção de tais direitos.

A omissão por si é um problema de ausência do Estado em suas obrigações, quando o alerta se faz presente com a reiteração de tal situação-problema; às autoridades, estas deveriam ser destituídas, visto que já eram sabedoras do problema e “deram-de-ombros” ao ECI do direito atingido – a que se lembrar de que não tratamos da inconstitucionalidade da lei, mas do estado de quem é pelo diploma atingido.

A sociedade é o nascedouro natural das leis, sendo estas disponibilizadas, em prática, o quanto antes para que não haja vácuo jurídico em atenção ao direito válido socialmente, carente de validade – em melhor senso, toda transgressão atenta contra a ordem jurídica e toda omissão é na essência transgressão.

Neste exercício, se pondera que se o detentor do poder viola, por omissão, a norma que o mesmo impôs a todos (*jus imperii*) aos obrigados cabe atentar e “retribuir a gentileza” não se deixando intimidar e se achegando àquele poder mais próximo do direito, qual seja? O judiciário.

Este, que é o operador natural de todo Ordenamento Jurídico, toma pulso em atenção ao direito atingido exigindo do poder omissor, ausente de toda sorte, a correção do não-feito e o devido atendimento ao justo exigido nas Cortes.

O terceiro pressuposto

Relaciona-se às medidas necessárias para a superação desse estado de inconstitucionalidade.

Superar é próprio daquele que deseja galgar degraus em caminho do sucesso, da vitória – conquistar o reconhecimento de todos e resolver problemas, obstáculo que se achega e corrompe o *status quo* do ser.

As medidas a serem tomadas são de certa forma simples: agir e passar a ser proativo no tocante a que não se repita o ECI, indesejável a todos.

Posto que se há veracidade na crise de estrutura no fenômeno de Estado de Coisas Inconstitucional, a hipótese verossímil é que a violação observada, confirmada, se mantém

reiteradamente, quer seja pelo poder de onde a estrutura se deu, quer seja pela ação descabida da autoridade pública responsável ou pior dos cenários – em ambos se observa tal efeito.

No entendimento do Prof. Campos a superação do quadro surgirá pela coordenação de ações conjuntas entre esses mesmos poderes e autoridades públicas outrora violadores de direitos.

Prima facie o aplicador do direito, em todas as esferas de atuação não pode se calar diante do injusto, quer seja de sua competência ou não, visto que o Direito é ciência humana aplicada, é rede transdisciplinar; assim ensinam nas Instituições de Ensino Superior do Direito – assim exalta o jurista uruguaio e projetista do Código de Processo Civil uruguaio aceito e gênese da Lei n.º 10.418 de 11 de março de 1943, projeto que tem sua publicação datada de 1945; Eduardo Juan Couture Etcheverry (1904/1956): “Teu dever é lutar pelo Direito, mas no dia em que encontrares em conflito o direito e a justiça, luta pela justiça”. – Dez mandamentos do advogado (COUTURE 1948, p. 1).^v

Em que pese o assunto em tela, neste tópico se pondera que estado é momento que se observa fato decorrente das relações humanas, jurídica também e, primordialmente, onde todos buscam seus direitos e cabe ao Poder judiciário identificar as injustiças, colocando ordem nas pretensões, aplicando a lei e recebendo os anseios da população, seus fenômenos.

Não sendo possível o ajuste necessário, cabe ao aplicador prioritário – o juiz, sabido pelo corolário de: *judex est peritus peritorum* (o juiz é o perito dos peritos) tomar a decisão de atendimento a bem do princípio da ordem jurídica, declarando a momentaneidade do estado analisado como inconstitucional e em perigo, ou, definitivamente, proclamar que há injustiça permanente e que esta deva ser sanada, retornando ao seu estado constitucional devido.

De certo que os três momentos/pressupostos se entrelaçam e, se entende que a ausência de um deles – o seu não atendimento; sem a devida adequação da coisa, não a faz voltar ao estado **constitucional**, que é exigência à sua permanência na sociedade.

Os Jurisconsultos e o Estado de Coisas Inconstitucional

Este momento se deve trazer explicações acerca da importância desses estudados, se elenca: Ronald Dworkin, Dirley da Cunha Junior, Lênio Luiz Streck e George Marmelstein.

Qual a influências nas pesquisas? A fora o fato de que em toda pesquisa ser interessante e salutar os contrapontos na visão de doutrinadores consagrados, se buscou entendimentos nestes, quando poderiam ser de outros, mas em Ronald Dworkin diz ser um vírus que vem a contaminar a integridade constitucional.

Dirley da Cunha Junior pondera que o fenômeno interfere nas estruturas dos poderes tripartites nacionais, nas suas próprias composições. Lênio Luiz Streck além de batizar o Estado de Coisas Inconstitucional de se camuflar de ativismo judicial. George Marmelstein passa a ótica da preocupação de que os operadores-magistrados venham a atender demandas com base na vontade em primeira mão e sair em busca da lei que arrime sua decisão.

Observa-se que há quatro opções de entendimentos, análises e possibilidades de aplicação do fenômeno ativismo judicial, sendo este uma das poucas unanimidades entre os quatro estudados – seu título reconhecido.

Os estudiosos das ciências jurídicas, conhecidos por jurisconsultos, tendem à defesa de teses aos fenômenos, tomando por baseando os saberes adquiridos por outros doutrinadores do universo jurídico, os julgados transitados em julgados, as avaliações do alcance das decisões prolatadas, além de suas próprias interpretações adquiridas na vivência, no cotidiano das academias e cortes.

Estes são os homenageados – poderiam terem sido outros, mas estes tomaram à frente na pesquisa por apresentarem definições que saltaram aos olhos do pesquisador.

A escolha se deu entre os que militam nas cortes, presidindo processos (MM. Dirley da Cunha Junior e George Marmelstein) o que se formara na produção de provas e acusação baseado nelas por militância no Ministério Público (Lênio Luiz Streck), outro que é jusfilósofo de enorme envergadura e reconhecimento internacional (Ronald Dworkin); mas todos trazem densidade ao trabalho desenvolvido.

Ronald Dworkin: Ativismo x Passivismo

Em sua obra *O Império do Direito* – o jusfilósofo estadunidense Ronald Dworkin (1931/2013), propõe crítica de entendimento ao que venha a ser ativismo do magistrado; em uma frase, ele diz que o “ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico”

(DOWRKIN. 2007, p. 451); crítica preocupante ao percebemos no verbete, de conotação patológica, que se tal tendência disseminar poderá pôr em xeque vez que “O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação, e não por *fiat*”. (DOWRKIN. 2007, p. 362)

Tal alerta mede a consequência de atos impensados ou imprecisos, por parte daquele que é titular no Poder Judiciário; ao observar quando “um juiz ativista (...) ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige”. (DOWRKIN. 2007, p. 451)

Que não se veja tão somente o ativismo, mas também seu oposto, que é o “passivismo” (jeito de quem sofre impulso e não tem iniciativa); passividade, que traz o propósito de julgamento cuidadoso, aprofundado, denso; sempre em atenção ao caso em concreto; que em solo pátrio se faz valer das súmulas vinculantes; onde o ativismo se acerca do princípio do livre convencimento do juiz, podendo este proferir sentença sem o devido conhecimento de causa e atingir tiranicamente os demais poderes – especialmente o Poder Executivo.

Dirley da Cunha Junior: Ativismo judicial estrutural

O jurista-magistrado em estudo – Professor Doutor Dirley da Cunha Junior, da cátedra de Direito Constitucional na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em artigo de sua lavra, publicado em seu sítio^{vi}, traça perfil do ECI como “novidade do momento”, no que tange o Direito Constitucional e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal, instituto que foi positivada quanto de sua adoção em decisão tomada e que pode receber consulta como APDF nº 347/DF, datada de 09 de setembro de 2015. Decisão que deferiu parcialmente o pedido de medidas cautelares em face do estado inconstitucional da Lei de Execuções Penais e em especial atenção ao sistema carcerário brasileiro.

Não se espera menos que isso do Magistrado com ampla experiência laboral na Corte e nas academias superiores – naquela onde aplica e nesta onde ensina a lei e sua aplicabilidade.

Prof. Dr. Dirley da Cunha Junior, PhD; observa que tal possibilidade jurídica surgiu na Corte Constitucional Colombiana, que lá como cá é sabedora das “violações generalizadas, contínuas e sistemáticas”, e da necessidade premente de ajustar as estruturas legais vigentes, primordialmente, quando se percebe na omissão do Estado – notoriamente o Poder Executivo, à população mais vulnerável.

Por fim ao entendimento do jurista, temos que o ECI espécie no gênero – “ativismo judicial estrutural” – por encontrar nas decisões judiciais a interferência na desatenção dos demais Poderes.

Destarte este Ativismo segue em rota de colisão ao princípio da autonomia dos Poderes, causando despesa a outro e causando desarmonia em caso concreto às suas relações.

Lênio Luiz Streck: Contraponto à nova fenomenologia – ECI^{vii}

A acidez do PhD em questão é sabida e de pronto vem taxar o ECI de “ativismo judicial camuflado”, ponderando que a crítica advinda dos que consideram conservadores os operadores do direito, que não absolvem ou absorvem as novas teses, estes recebem o exercício à contra censo daqueles que os acusam de utilizar o “argumento do espantalho”.

Todos os seres carregam em sua personalidade características decorrentes de sua formação social e não sendo este uma exceção – vez que Lênio Streck é promotor público aposentado, mas que militou com maior satisfação no júri – por própria afirmação.

Destarte salutar é seguir pesquisando, por influência de Streck, que adjetiva o trabalho de convencimento de operadores superficiais do direito; mas o quem vem a ser o argumento do espantalho? Superficialidade?

Amplia-se espaço às proposições e entendimentos ao que pese o “argumento do espantalho”, sendo este em definição breve e rasteira, se tratar de argumento sem formalismos e tendo por base de sustentação o engodo no que concerne à tese defendida e a antítese ofertada pelo opositor, assim criando espaço que pode ser tomado facilmente – refutando a tese inicial para, após tal peleja, adjudicar tal posicionamento ao promotor da antítese.

Streck observa que a Constituição de 1988 não é uma carta de intenções, que não pode ser vista e usada por esta ótica ou nosso Brasil se verá como um país inconstitucional do que tange à carta-mor, arrimo de todo ordenamento jurídico e seu artigo 3º se encontrará em carência de análise de identidade – se vendo e não se reconhecendo.

Interrogações surgem nos escritos do tema, que utilizamos para compartilhar este artigo; dúvidas que Lênio Luiz Streck põe à prova, quais sejam: “é o Judiciário que vai decidir isso? E como escolherá as prioridades dentre tantas inconstitucionalidades?”

Assim se tem outra ponderação a ser feita: o que é tutela estrutural?

Cremos que as respostas às três questões levantadas constam na referência abaixo:

Vejamos: os alemães inventaram a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (Unvereinbarkeitserklärung) e o apelo ao legislador (Appellentscheidung), com caráter mandamental e preventivo, respectivamente. Pode-se dizer que, ali sim, se tem uma senha de acesso que o Tribunal fornece ao legislador (embora lá isso sirva para outra coisa que não algo parecido com o ECI, ou seja, criaram-se novas técnicas de declarar inconstitucionalidades, em face exatamente das insuficiências dos modelos de declaração de inconstitucionalidade no caso de prestações positivas). (STRECK.2015, p.2)

Pode-se concordar com o estudado jurista, quando diz “trata-se de uma questão que envolve um atrito no e do diálogo institucional entre os poderes”. (STRECK. 2015, p. 6), retomando ao *status quo* ante, se encontra a harmonização dos Poderes, o povo se ajusta à tal relação como sempre foi e como nunca deveria deixado ser – mero espectador, que grita “bravo” à opera encenada em alemão arcaico ininteligível.

George Marmelstein Lima: Em linha de ação processual no caso concreto^{viii}

Pelo doutoramento em Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI, o Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra e Professor de Direito Constitucional e Filosofia do Direito – achega uma pesquisa sobre a Judicialização da Ética (MARMELSTEIN 2015): um projeto de transformação da ética em direito orientado pela expansão do círculo ético, norteia do que se iria encontrar na formação do Magistrado George Marmelstein.

Se tendo apresentado o perfil do magistrado-pesquisador que se observe partícula extraída do texto referenciado, ao que pese o tema ECI, onde o “processo de diálogo

institucional é o que se pode extrair de mais valioso do modelo colombiano”. (MARMELSTEIN. 2015, p. 03); assim se entender ser o ativismo um processo dialético institucional interpares – dos Poderes Constitucionais tripartites.

Tal declaração alerta para decisões futuras sinalizando aos Poderes que não se deve deixar ao largo situações que tragam a insegurança jurídica à seara do ordenamento jurídico pátrio por se perceber que o sistema processual jurídico é rede intrincada e transdisciplinar – processo dialético à aplicabilidade do direito que segue na busca do justo à lide.

Sugestão que se promova breve retorno linhas acima quando já sinalizava no título de sua tese trazia no título o termo Judicialização, que nos entendimentos do Ministro do STF Luiz Roberto Barroso, opina ser “preciso ter a compreensão do fenômeno”, tratando da diferença entre o que seja ativismo judicial e o que vem a ser “Judicialização” – sendo que este “representa em grande parte a transferência de poder político para o Judiciário, principalmente, para o Supremo Tribunal Federal. (BARROSO 2009)^{ix}. Texto pesquisado e que se intitula: Judicialização é fato, ativismo é atitude.

Quais ações se devem tomar, para solução adequada e segura? Há linha de ação sugerida, pelo magistrado, sem que se pule etapas e, assim como se fez na análise de Habermas, se convida ao exercício hermenêutico dos tópicos do Juiz George Marmelstein, em sua obra do ano de 2015.

De início, que se promova identificação e comprovação das violações postas em comento com inspeções, relatórios, perícias, testemunhas, etc – que devidamente remete o leitor ao que encontra nos últimos termos das petições iniciais, comumente apresentadas nas varas nacionais: “Protesta provar o alegado por todos os meios de prova admitidos em direito, especialmente pela produção de prova testemunhal e pericial, e, caso necessário, pela juntada de documentos, e por tudo o mais que se fizer indispensável à cabal demonstração dos fatos articulados na presente inicial”.

Em segunda ação, se exige a declaração de que a “Coisa” se encontra em estado de inconstitucionalidade – decisão que cabe exclusivamente aos Magistrados, reconhecidamente por sua natureza laboral e perícia no ordenamento jurídico pátrio.

O seguinte momento (terceiro), em atenção ao princípio da publicidade a comunicação de confirmação de que se trata comprovadamente de um fenômeno em condição de inconstitucionalidade, onde os que devam ter a informação de pronto são, nas

palavras do Magistrado George Marmelstein “os órgãos relevantes, sobretudo os de cúpula e aos responsáveis pela adoção de medidas administrativas e legislativas para a solução do problema”. (MARMELSTEIN. 2015, p.04)

Seguindo os nove tópicos-exercícios, a bem da hermenêutica e segurança jurídica, o quarto momento alerta para que se consigne prazo almejando à solução planejada, após a constatação da inconstitucionalidade, pelos responsáveis diretos do caso em concreto.

O quinto e sexto tópicos formam conjunto contíguo ao anterior e que exige apresentação cronológica das metas a serem atingidas e plano de revisão caso haja percalços no transcorrer das ações decididas por corretas, e assim tomadas em sequência.

E que haja comprometimento e não somente envolvimento das entidades, com monitoramento (tópico 7), no que pese o cumprimento das ações planejadas, pelas entidades responsáveis sob a “auditoria” do Poder Judiciário – levando em conta que o fato não tenha ocorrido neste e que deverá promover análise do implemento das medidas e a superação do estado inconstitucional da coisa – no caso em concreto, o que ocorre após o término do prazo conferido.

Por fim, se deve observância, nos dois tópicos finais, para o caso de o plano aprovado não ter surtido o efeito desejado e a superação da inconstitucionalidade confirmada persistir desse modo, se dará nova interpretação (mais aprofundada ao fenômeno) e nova declaração – reendosso, exigindo uma atuação de maior intensidade e contundência.

Assim se observa que por esta conduta, o Poder judiciário extrapola os limites do texto normativo e decide sem o devido respaldo legal; característica do que se conhece por atuação *praeter legem* – instituto jurídico que designa os costumes não abrangidos pela lei, mas que completam o sistema legislativo, que cria obrigação onde não havia até então.

Ponderando ser o principal papel do Poder Judiciário a implementação de soluções legais, e que estas atinjam e atendam a todos que careçam de tal manifestação da Corte, violar sistematicamente direitos consagrados, pode causar “voluntarismo judicial” (MARMELSTEIN. 2015, p.05), para além do princípio da razoabilidade, ou a diretriz do bom senso – também reconhecido como princípio da adequação dos meios aos fins; método aproveitado no Direito Constitucional pátrio para solver a colisão de princípios jurídicos, quais sejam: valores, bens e interesses.

Considerações Finais

Considerando o embate intelectual de grandes juristas do início do século XX, se deve aproximar do momento contemporâneo com quatro outros pensadores e aplicadores do Direito, quais sejam: Dworkin, Cunha Junior, Streck e Marmelstein; que influenciaram na pesquisa com seus entendimentos acerca da temática ECI. Ronald Dworkin se preocupando com um pragmatismo que seja contagioso ao ambiente e a operação de aplicação da lei, podendo causar indolência na serventia da lei, visando a justa medida na lide, alertando que “os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação, e não por fiat” e não por proximidade interpretativa.

Na ótica do magistrado Dirley da Cunha Junior, o cenário/status inconstitucional de “coisa” é tratado como novel instituto, violador contumaz e sistemático da estrutura vigente e aceita por válida no ordenamento jurídico pátrio.

Na mesma esteira, o membro do ministério público rio grandense do sul, Lênio Luiz Streck – observa que carece de densidade no ECI e que, assim, este estado é tão denso quanto a teoria do argumento do espantalho, que busca assustar o predador por este supor que será atingido mortalmente pelo boneco/gente. Também assim este fenômeno jurídico arrasta conjuntamente ao atrito institucional entre poderes.

Conclui-se este tópico com saberes interpretativos do meritíssimo George Marmelstein, que dá ao ECI a alcunha de ação por “voluntarismo judicial”, sendo que tal adjetivo denota violação contumaz de direitos sacramentados em sua aplicabilidade – assim o voluntarismo tende a ser enxergado por uma prevalência da vontade emocional e afetiva sobre os poderes adstritos do intelecto. Destarte, que o estado inconstitucional de coisas passa a ser observado como fenômeno que não se deve, ao seu emprego, selar decisões que se aportam no princípio do livre convencimento do juiz, que prolatará sua decisão – ao caso em concreto, se valendo mais de sua ótica que de todo arcabouço jurídico disponível: códigos, pareceres, jurisprudência, súmulas, precedentes.

O Princípio da inafastabilidade da função jurisdicional; se bem entendido por todos os amantes das ciências jurídicas, traz saberes de que nada pode afastar o magistrado de suas funções, embora se observe algumas anomalias próprias do ser humano falho (a

infallibilidade papal é também questionada), mas até que se promova novel diploma este servidor-juiz tem o dever de agir em diapositivo aos anseios da população.

Por fim, mas não finalmente, se percebe nas ciências jurídicas há uma rede intrigada de saber e ações a tomar onde o ECI ainda permanecerá, a teoria dos precedentes não deixará de ser parte processual e o ativismo judicial manterá a magistratura, em conjuntos com os demais institutos tratados, atuante ao justo.

Em últimas considerações, se convida à ponderação sobre a ocorrência tripartite do que vem a se encontrar na abordagem proposta – a relação entre os três momentos em estudo e se percebe que exige exercício hermenêutico a cada um destes estudos e ponderação dialética entre eles; Ponderação esta que alavanca o operador do direito, que passa do momento puramente jusfilosófico, positivista que seja, para a militância pós-positivista – momento este também conhecido por práxis no universo jurídico.

Conclusos momentâneos este trabalho empreendeu esforços com o firme propósito de que haja uma nova abordagem ao Direito contemporâneo e que se vislumbre a possibilidade de um “neopositivismo” conceitual.

Referências

- ASENSI, F. **Curso prático de argumentação jurídica**. São Paulo: Campus-Elsevier, 2010.
- BASTOS, C.R. **Curso de Direito Constitucional**, 21ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000.
- BECCARIA, C.B. Marchesi de, 1738-1794. **Dos delitos e das penas**. Cesare Beccaria, tradução de Paulo M. Oliveira, prefácio de Evaristo de Moraes. São Paulo: EDIPRO, 1. Ed, 2013.
- BOBBIO, N. **Os intelectuais e o poder: dúvidas e opções dos homens de cultura na sociedade contemporânea**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira – São Paulo: Editora UNESP, 1997.
- BULOS, Uadi Lâmega. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. Saraiva, 2010.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra, 1993.
- CASELLA, P.B. **Manual de direito internacional público** / Paulo Borba Casella, Hidelbrando Accioly e G. E. do Nascimento e Silva. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de (org.). **Precedentes judiciais no NCPC**. Coleção Novo CPC e novos temas. Salvador: Juspodivm, 2015

DIMOULIS, Dimitri, LUNARDI, Soraya Gaspareto. **Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade**. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). As novas faces do ativismo judicial. Salvador: JusPODIVM, 2011, p. 459-473.
DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

_____. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ENGICH, K. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6ª ed. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian, 1977

ENRIQUEZ, E. **O Homem do século XXI: Sujeito autônomo ou indivíduo descartável**. RAE-eletrônica, v. 5, n. 1, Art. 10, jan/jun. 2006 – FGV-EAESP Acesso em 07/15/2015. Disponível em <http://www.rae.com.br/electronica/index.cfm?FuseAction=Artigo&ID=4263&Secao=PENSATA&Volume=5&numero=1&Ano=2006>.

FARIA, J.E. **Sociologia jurídica: direito e conjuntura**. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010 – (Série GV law).

FERRAZ Jr, T.S. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 4ª Edição Revista e ampliada.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis, Vozes, 1987. 288p.

_____. FARGE, Arlette. **El Desorden de las familias. Lettres de cachet de los Archivos de la Bastilla**. París: Gallimard, Julliard, 1982

FREITAS, A.T. **Consolidação das leis civis**. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. 2v. (Coleção “História do Direito brasileiro”. Direito Civil).

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meurer. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

GIL, A.C. **Como elaborar projetos de pesquisa**, São Paulo, Atlas, 1991

_____. **Métodos e técnicas de pesquisa social**, São Paulo, Atlas, 1999.

GODOI, A.S.M. O "**Critical Legal Studies Movement**" de Roberto Mangabeira Unger: um clássico da filosofia jurídica e política. Artigo desenvolvido em 12/2006.

HÄBERLE, P. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HESPANHA, A.M. **História das instituições jurídicas: épocas medieval e moderna**. Coimbra: Almedina, 1982.

HESSE, Konrad, **Die normative Kraft der Verfassung (1959) “A Força Normativa da Constituição”** (Fabris, 1991) - Traduzido para o português por Gilmar Mendes.

KOCH, I.G.V. **Desvendando os segredos do texto**. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Martins Fontes. São Paulo, 1999.

LAKATOS, E.M.; MARCONI, M.A. **Fundamentos de metodologia científica**. São Paulo: Atlas, 1993.

_____. **Metodologia do trabalho científico**. São Paulo: Atlas, 1991.

LACOMBE, A.J. **A cultura jurídica**. In: HOLANDA, Sérgio Buarque de. História da civilização brasileira. 5. ed. São Paulo: Difel, 1985, t. II, v. 3.

LASSALLE, F.L. **A Essência da Constituição**, 5ª ed., São Paulo, Lumen Juris, 2000.

_____. **Que é uma Constituição?** Edições e Publicações Brasil, São Paulo, 1933.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito (I e II)**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983 e 1985.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

McAULIFFE, K, **Precedent at the ECJ: The Linguistic Aspect?**, *Current Legal Issues*, vol. 15, 2013, 483-493

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Ativismo e protagonismo judicial em xeque**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2106, 7 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12587>>. Acesso em: 24 fev. 2015.

PERELMAN, C. **Tratado da argumentação: a nova retórica** / Chaim Perelman, Lucie Olbrechts-Tyteca; tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão; [revisão da tradução Eduardo Brandão]. - 2ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2005. - (Justiça e direito).

PETRI, M.J.C. **Manual de linguagem jurídica** / Maria José Constantino Petri. - 2. ed. rev. e atual. - São Paulo : Saraiva, 2009.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19ª ed. São Paulo, Saraiva, 2002.

_____. **Lições Preliminares de Direito**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça** - tradução Edson Bini, revisão técnica Alysson Leandro Mascaro - Bauru, SP : EDIPRO, 2000.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Metodologia Jurídica**. Buenos Aires. Depalma. 1994

SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político**. Petrópolis. Vozes, 1992.

SILVA, E.L., MENEZES, E.M. **Metodologia da pesquisa e elaboração de dissertação**. 4. ed. rev. atual. – Florianópolis: UFSC, 2005

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. 130p.

_____. **TCCs no Direito: como não se deve escrevê-los – retratos da crise.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-dez-10/senso-incomum-tccs-direito-naoescreve-los-retratos-crise>. Acessado em: 10/12/2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e, Coordenador. **Código de Processo Civil Anotado.** Atualizado em 23/12/2015. AASP e OAB/PR. 2015

VENÂNCIO FILHO, A. **Das arcadas ao bacharelismo.** 2.ed. São Paulo: Perspectiva, 1982.

VILLEY, M, **Filosofia do Direito - Definições e fins do Direito - Os meios do Direito,** São Paulo: Martins Fontes, 2008. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar.

WARAT, L.A.. **Surfando na pororoca: o ofício do mediador.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

_____. **Introdução Geral ao Direito: Interpretação da Lei. Temas para Reformulação.** Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, Porto Alegre.

_____. **Introdução geral ao direito. O direito não estudado pela teoria jurídica moderna.** Porto Alegre: Safe, 1997.

_____. **Manifesto do surrealismo jurídico.** São Paulo: Acadêmica, 1988.

_____. **O Direito e sua linguagem.** 2ª versão. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, RS. 1984.

_____. **À procura de uma semiologia do poder.** REVISTA N.º 3. Ano 2 - 1.º semestre de 1981 - p. 79-83.

_____. **As falácias jurídicas.** Revista Sequência. UFSC, v. 06 n. 10 (1985). Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/16702>. Acesso em: 26/07/2016.

WOLKMER, A.C. **Fundamentos de história de direito /** Antonio Carlos Wolkmer, organizador. 3ª ed. 2.tir. rev. e ampl. - Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

YOSHINO, K. **Mil vezes mais justo: o que as peças de Shakespeare nos ensinam sobre a justiça.** São Paulo: Martins Fontes, 2014. 301 p.

Notas de Fim

ⁱ Clóvis Beviláqua e a Faculdade de Direito do Recife - JOSÉ AUGUSTO – v.11 / 1959. Acesso em 18/04/2017. Disponível em: <http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/issue/view/50>.

ⁱⁱ Publica artigo acessado em 15/03/2017. <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>

ⁱⁱⁱ Do original: L’Esprit des Lois”, Paris, Ernest Flammarion Editeur, s/d – 1758, lib. XI, ch. VI, pág. 169

^{iv} Dos Freios e Contrapesos, Senado Federal. R. Inf. Brasília. a.14 n. 55 jul/set. 1977.

^v Artigo publicado em 17 de setembro de 2014 acessado em 26/05/2017. <http://www.juristasunam.com/algo-mas-sobre-los-mandamientos-del-abogado-de-couture/12264/>

^{vi} Estado de Coisas Inconstitucional, acesso em 22/02/2016. Site JUSBRASIL. <http://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/264042160/estado-de-coisas-inconstitucional>

- ^{vii} OBSERVATÓRIO CONSTITUCIONAL. Revista Consultor Jurídico, 24 de outubro de 2015, 8h00. Acesso em 22/02/2016. Site CONJUR. <http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>
- ^{viii} Publicado em 02/10/2005 e acessado em 08/03/2017. <https://direitosfundamentais.net/2015/10/02/o-estado-de-coisas-inconstitucional-eci- apenas-uma-nova-ondada-verao-constitucional/>
- ^{ix} Revista Consultor Jurídico, 17 de maio de 2009, 9h07. <http://www.conjur.com.br/2009-mai-17/judicializacao-fato-ativismo-atitude-constitucionalista>
- ^x Artigo publicado em 21/03/2013 e acessado em 27/12/2016. Revista Eletrônica de Direito. <http://npa.newtonpaiva.br/direito/?p=781>
- ^{xi} Norbert Rouland é Professor na Universidade de Aix-Marseille III, onde leciona antropologia jurídica e história do direito.
- ^{xii} LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito (I e II)**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983 e 1985.
- ^{xiii} Traducido por Luis Alfonso Paláu, Medellín, abril – mayo 17 de 2014, especialmente para el micro- seminario conmemorativo de los 30 años de la muerte de Foucault, realizado en la Mediateca Arthur Rimbaud de la Alianza Francesa de San Antonio
- ^{xiv} Áreas de atuação: Filosofia, Filosofia do direito, Epistemologia, Linguística e Teoria da argumentação jurídica Mediação e Arbitragem, Relações Humanas e Humanização dos Operadores do Direito, Educacion jurídica, Educação e Direitos humanos. Plataforma Lattes <http://lattes.cnpq.br/7753450996263035>.
- ^{xv} WARAT, Luis Alberto. Introdução Geral ao Direito: Interpretação da Lei. Temas para Reformulação. Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, Porto Alegre.
- ^{xvi} Kmiec, Keenan D. (2004). "A Origem e Significados Atuais do 'Ativismo Judicial' ". Cal. L. Rev . 92 : 1441, 1447.
- ^{xvii} Custos Legis. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal. Ano I – Número 1 – 2009 – página 1 de 20
- ^{xviii} SUNSTEIN, Cass. Radicals in Robes: why extreme Right-wing courts are wrong for américa, New York: Basic Books, 2005
- ^{xix} OAB-CE e o Conselho Federal da OAB, protocolou, ADI no STF, objetivando a suspensão dos efeitos da Lei nº 15.834/2015, que aumenta o valor cobrado nas custas judiciais Ceará e teve o pedido acatado pelo ministro Teori Zavascki, concedendo liminar de suspensão.
- ^{xx} R. Pol. Públ, São Luís, Número Especial, p. 379-384, julho de 2014
- ^{xxi} Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume XIII. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. www.redp.com.br ISSN 1982-7636: As Medidas Estruturantes e a Efetividade das Decisões Judiciais no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Publicado em 2014. Acesso em 16/04/2016.

Como citar este artigo (Formato ABNT):

BARROS FILHO, geraldo C. de; FARIAS, Athena de A.; GARCIA, Joelma dos S. B. L.; MARINHO, Gisanne de O.; CARREIRO, Larissa S. G.; DINIZ, Ítalo de Q. Estado de Coisas Inconstitucional e Ativismo Judicial: Uma Abordagem Jusfilosófica. **Id on Line Revista multidisciplinar e de Psicologia**, 2018, vol.12, n.39, p.808-830. ISSN: 1981-1179.

Recebido: 29.12.2017

Aceito: 30.01.2018