XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

GILBERTO GIACOIA

ROMULO RHEMO PALITOT BRAGA

RICARDO ALVES BENTO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadoras: Gilberto Giacoia, Ricardo Alves Bento, Romulo Rhemo Palitot Braga – Florianópolis: CONPEDI, 2016.
Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-322-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Internacional. 3. Direito Penal. 4. Processo Penal. 5. Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

Integrando o XXV Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Curitiba, Paraná, de 7 a 10 de dezembro de 2016, na linha de extensão e circularidade do conhecimento, em seu desenvolvimento acadêmico-científico, como resultado das atividades de apresentação de artigos ligados pela vocação proposta pelo objetivo temático do Encontro, qual seja o de enfrentamento aos enormes desafios decorrentes dos avanços sociais globais ou locais, de modo a se reclamar cada vez mais a implementação concreta do conceito de sustentabilidade: "Cidadania e Desenvolvimento: o papel dos atores no Estado Democrático de Direito", cumpre seu mister o Grupo de Trabalho "Direito Penal, Processo Penal e Constituição I", trazendo a reflexão crítica do sistema penal em seu propósito meramente simbólico, de modo a buscar sua inserção no contexto da crise de efetividade do Direito e da Justiça que os dias atuais nos acomete.

Parte-se da renovada importância de manutenção deste espaço de incremento da pesquisa e da investigação acadêmica gestada nos programas de pós-graduação em Direito no Brasil, tão bem coordenada por seu Conselho Nacional, propiciando, crescentemente, o intercâmbio criativo de ideias e reflexões científicas, de modo a prosseguir contribuindo, decisivamente, ao aprendizado e difusão do conhecimento, por meio de uma produção cada vez mais qualificada.

Nesta perspectiva, os pesquisadores selecionados neste Grupo de Trabalho ("Direito Penal, Processo Penal e Constituição I") visitam e revisitam temáticas variadas e inter-relacionadas que vão, a partir do viés crítico da constituição colonialista do sistema de justiça penal brasileiro em sua origem patrimonialista, desde a defesa da antecipação da tutela penal econômica por meio dos crimes de risco na sociedade pós-moderna, ora focando a delimitação do bem jurídico ambiental e a responsabilidade de empresas por danos ecológicos incluindo a consideração do ecoterrorismo, ou a honra nesta mesma tutela sempre permeada e inspirada pelo princípio da dignidade humana; assim transitando em direção a enfoques garantistas na produção, aplicação e execução da lei penal, seja no horizonte criminológico de tipificação de condutas como a do crime organizado ou da lavagem de dinheiro relacionada à exploração ilícita de jogos, ora do caráter simbólico do crime de sonegação de contribuição previdenciária; seja no processo cautelar com uma análise crítica ao instituto da inafiançabilidade; ou na fase execucional no que diz respeito ao caráter punitivo da medida de segurança ou ainda de um estudo da desinternação progressiva como

instrumento de reinserção social; bem como alcançando outras questões processuais relevantes de grande atualidade e importância, como a que compreende a colaboração premiada, o sistema penal aberto pelo olhar do Direito Penal dentro da força normativa da Constituição, como ainda a defesa das audiências de custódia em função dos seus resultados práticos; e, conceitualmente, desenvolvendo abordagens sobre o direito fundamental à segurança jurídica na linha do princípio da proteção deficiente, a recepção teórica do estado de coisas inconstitucional, o processo de impechment nos aspectos supostamente autoritários da legislação processual penal, enfim, múltiplos focos, mas com o enredo comum de se tentar sustentar uma atuação menos romântica e mais eficiente, ideológica e efetiva da tutela estatal penal.

Conquanto em meio a um momento de crise institucional vivenciada na realidade social brasileira, prossegue o CONPEDI, ocupando seu lugar de destaque engajado na coordenação da política de pós-graduação na área do Direito, neste imenso Brasil de tantas contradições e contrastes, alimentando a esperança e o esforço de continuar inspirando a progressiva construção de uma sociedade melhor e mais justa.

É o que quer ensejar, como mais um contributo nesta direção, esta publicação.

Prof. Dr. Gilberto Giacoia - UENP

Prof. Dr. Romulo Rhemo Palitot Braga - UFPB

Prof. Dr. Ricardo Alves Bento

ELEMENTOS CRÍTICOS À RECEPÇÃO TEÓRICA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO ETAT DE L'ART BRASILEIRO

CRITICAL ELEMENTS TO THE THEORETICAL RECEPTION OF THE UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS IN BRAZILIAN ETAT DE L'ART

Thiago De Oliveira Rocha Siffermann
Anderson Luiz Brasil Silva

Resumo

Este trabalho tem por força apontar argumentos teórico-críticos ao uso da tese do Estado de Coisas Inconstitucional no Direito brasileiro. Para tanto, o trabalho tem por escopo compreender/explicitar o paradigma em que o fenômeno do Estado de Coisas Inconstitucional encontra-se inserido. Da compreensão do paradigma filosófico do fenômeno, será possível efetuar anamnese dos pressupostos e objetivos da teoria no contexto do Direito colombiano, a partir da análise de seus dois julgamentos principais, observando-se em quais condições tal modelo teórico foi aplicado no contexto colombiano.

Palavras-chave: Hermenêutica jurídica, Jurisdição constitucional, Estado de coisas inconstitucional

Abstract/Resumen/Résumé

This work has the aim to point theoretical and critical arguments to the use of Unconstitutional State of Affairs thesis in Brazilian law. Thus, the scope of work is to understand/explain the paradigm in which the state of the phenomenon of Unconstitutional State of Affairs is inserted. Understanding the philosophical paradigm of the phenomenon, it will be possible to perceive the requirements and goals of the theory in the context of Colombian law, from the analysis of the two main decisions, observing conditions in which such theoretical model was applied in the Colombian context.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legal interpretation, Constitutional jurisdiction, Unconstitutional state of affairs

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por força apontar argumentos teórico-críticos ao uso da tese do Estado de Coisas Inconstitucional no Direito brasileiro. Para tanto, o trabalho tem por escopo compreender/explicitar o paradigma em que o fenômeno do Estado de Coisas Inconstitucional encontra-se inserido.

Da compreensão do paradigma filosófico do fenômeno, será possível efetuar anamnese dos pressupostos e objetivos da teoria no contexto do Direito colombiano, a partir da análise de seus dois julgamentos principais, observando-se em quais condições tal modelo teórico foi aplicado no contexto colombiano.

Sabe-se da importância do Direito enquanto conjunto de normas para assegurar a preservação das condições existenciais do homem perante a sociedade, de forma a garantir a *Diké*, por meio da *phoronesis*. Isto é, a garantia do justo deve ser dada a partir da capacidade de julgamento, da prudência do homem julgador, decidindo-se conforme no e pelo Direito, mantendo assim sua integridade enquanto ordenamento jurídico e sua coerência decisória.

Da análise do modelo teórico na Colômbia, será observado as condições de possibilidade conformadoras da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional no *etat de l'art* do Direito brasileiro, a partir da percepção do fenômeno jurídico estrangeiro com fundamento nos pressupostos estabelecidos pela Constituição Brasileira de 1988, chegando a possíveis conclusões críticas da aplicação e utilização do modelo teórico do Estado de Coisas Inconstitucional no Direito brasileiro.

O Direito, a partir de um pressuposto etimológico, deve ser entendido em sua tradição como aquilo que é consagrado pela Justiça enquanto virtude moral (*ius*) e como *derectum*, enquanto ato de justiça, proferido pelo aparato judicial. Nesse sentido, depreende-se que a razão de justiça não é autoevidente, isto é, ela não se encontra previamente determinada pela natureza, mas tais premissas devem ser postas pelo sujeito racional da modernidade (BARRETO, CULLETON, 2010).

Tal razão de justiça é garantida por um conjunto de regras e princípios que regem o convívio humano em um determinado contexto histórico, dotando a definição de Direito de uma perspectiva concretizadora, do fenômeno jurídico enquanto conceito interpretativo, realizado em um único momento: *applicatio* - interpretação, aplicação e justificação em um único momento – a partir da compreensão do qual o sujeito tem de si mesmo na sua relação

intramundana e com os objetos. Desta forma, tem-se um aspecto de continuidade ao longo da história na definição do conceito de Direito.

O *etat de l'art* no Direito brasileiro funda-se sob o paradigma do Estado Democrático de Direito (*Demokratischenrechstaat*) exige a análise de quaisquer teorias tendo a Constituição como sua condição de validade e existência dentro do ordenamento jurídico. Sobre tal paradigma, é possível afirmar a superação do Estado Absolutista – em suas duas gradações: *Polizeistaat* e *Machtstaat* – limitando o exercício do poder e submetendo à política ao regime impessoal imposto pela lei (LEAL; BARRRETTO, 2006), poder este exercido pela livre formulação das preferências políticas por meios não-violentos por parte da própria sociedade (AIETA; BARRETTO, 2006).

Isto implica em afirmar que qualquer modelo teórico que busque suprimir as conquistas democráticas sedimentadas no contexto brasileiro deve ser afastada, sob pena de violar a garantia de vedação ao retrocesso social, em que pese o livre exercício das preferências políticas dos cidadãos aptos a influenciar nas decisões políticas dos representantes políticos e o exercício pleno dos direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição Brasileira, entendida como lócus de sentido para aos fins que se destinam o presente trabalho: buscar pela resposta constitucionalmente adequada quanto á importação e aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) no paradigma do Estado Democrático de Direito no Direito brasileiro.

Este deve ser o papel da Constituição, enquanto lócus de fundamentalidade do ordenamento jurídico, calcadas na concepção de Constituição dirigente, tal como proposta por CANOTILHO (1994), como medida de transformação da realidade social realizada pelos próprios sujeitos, concretizando-se aquilo que HESSE (1998) afirma como a realização de uma ordem jurídica fundamental materialmente aberta.

É importante frisar a advertência de CANOTILHO (2002) quanto à "morte da constituição dirigente": "Compreender-se-á, assim, a relativização do dirigismo em certos escritos afirmámos que a constituição dirigente morreu". Entenda-se: morreu a "Constituição metanarrativa" da transição para o socialismo e para uma sociedade sem classes. O sujeito capaz de contar a récita e empenhar-se nela também não existe ("aliança entre o Movimento das Forças Armadas e os partidos e organizações democráticos"). O sentido da "morte" fica, pois, esclarecido. Só esta "morte" estava no alvo da nossa pontaria."

O trabalho em apreço tem por escopo a análise da tese alienígena do Estado de Coisas Inconstitucional proposta na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

347 (ADPF) segundo os pressupostos de legitimidade do ordenamento jurídico brasileiro, fundado em pressupostos legais e democráticos, de tal maneira a se respeitar a tradição democrática recentemente implementada em *terrae brasilis*, de forma a possibilitar avanços na jurisdição constitucional brasileira, respeitadas as conquistas alcançadas pela democracia constitucional brasileira no *etat de l'art* do Direito brasileiro.

Tal anamnese deve ser realizada de forma a refutar aquilo que WARAT (1994) chama de "senso comum teórico dos juristas", espaço reservado ao secreto, no qual são aceitas verdades tidas como absolutas a fim de se velar o componente político escondido por de trás, a partir de opiniões comuns dos juristas crédulos em uma realidade fundada em uma ilusão epistêmica, sedimentada no mito, definido pelo autor como "substituição do tempo histórico por uma sucessão de fábulas que apresentam as ações e acontecimentos como a concreção de protótipos eternos ritualmente alcançados".

O mito tem dupla função: é compreendido e imposto, concretizado a partir da fé no mito em serviço de uma dada ideologia, à função do poder. (WARAT, 1994)

2 A IMPOSSIBILIDADE DE ALCANÇAR A COISA EM SI

O Estado de Coisas Inconstitucional, da forma como defendida e teorizada na literatura jurídica atual, parece buscar a gênese dos problemas fulcrais de inconstitucionalidades na sociedade brasileira, buscando-se a motivação e causa do ser das coisas (*ousia*) inconstitucionais, como é possível se observar no próprio "mover filosófico" do "pai da metafísica", Aristóteles, que reflete sobre o "ser" e as inúmeras formas que pode ser referenciado e que mesmo assim não trataria de ser um "ser", apenas um, em sua gênese . A essência é por vezes modificada, por que é privada de si, de suas qualidades.

> "El ser se entiende de muchas maneras, pero estos diferentes sentidos se refieren a una sola cosa, a una misma naturaleza, no habiendo entre ellos sólo comunidad de nombre; mas así como por sano se entiende todo aquello que se refiere a la salud, lo que la conserva, lo que la produce, aquello de que es ella señal y aquello que la recibe; y así como por medicinal puede entenderse todo lo que se relaciona con la medicina, y significar ya aquello que posee el arte de la medicina, o bien lo que es propio de ella, o finalmente lo que es obra suya, como acontece con la mayor parte de las cosas; en igual forma el ser tiene muchas significaciones, pero todas se

> refieren a un principio único. Tal cosa se llama ser, porque es una esencia; tal otra porque es una modificación de la esencia, porque es la dirección hacia la esencia, o bien es su destrucción, su privación, su cualidad, porque ella la produce, le da nacimiento, está en relación con ella; o bien, finalmente, porque ella es la negación del ser desde alguno de estos puntos de vista o de la esencia misma. En este sentido decimos que el no-ser es, que él es el no-ser. Todo lo comprendido bajo la palabra general de sano, es del dominio de una sola ciencia. Lo mismo sucede con todas las demás cosas: una sola ciencia estudia, no ya lo que comprende en sí mismo un objeto único, sino todo lo que se refiere a una sola naturaleza; pues, en efecto, estos son, bajo un punto de vista, atributos del objeto único de la ciencia." (ARISTOTELES, 1999)

Contudo, deve-se frisar que o problema do ser, conforme anotado por STEIN (2005), é um problema hermenêutico. O ser relaciona e liga-se ao homem e lhe é condição de possibilidade de sentido. O ser, desta forma, não pode ser explicado em uma dimensão afastada da dimensão dos entes. Ser e ente se dão no mesmo movimento, isto é, são externalizados transcendentalmente, através da compreensão do próprio ser, que vê no homem a sua condição de realização.

Desta forma, pode-se afirmar que não é possível obter a "origem" das inconstitucionalidades, mas tão somente pode-se perguntar acerca do fenômeno, a partir dos seus parâmetros de finitude. Assim, tendo o homem como sua própria condição existencial de afirmação do fenômeno, pode-se também afirmar o estudo do fenômeno do Estado de Coisas Inconstitucional sugere "tarefa de des-ocultação" (STRECK, 2014), analisando o fenômeno jurídico a partir da tradição do Direito, de forma a torna-lo novamente visível, em que o fenômeno "aparece e pode-ser-levado a mostrar-se" (STRECK, 2014).

3 DOS PRESSUPOSTOS DO ECI E SUA APLICAÇÃO EM COLÔMBIA

Inicialmente, deve-se analisar o Estado de Coisas Inconstitucional a partir de sua aplicação na Corte Constitucional Colombiana (CCC), entidade da justiça colombiana que vê no ECI a verdadeira possibilidade de, excepcionalmente, galgar eficácia nas decisões proferidas pela corte constitucional, dada pela inércia reiterada e prolongada das autoridades públicas em solucionar o problema que viola sistematicamente direitos e garantias fundamentais, que somente em colaboração pela pluralidade de entes públicos envolvidos seria capaz de alterar a situação litigiosa.

Diante de tal objetivo, a CCC, na Sentencia T-025/04, sugere os cinco pressupostos para a configuração do ECI como a enorme vulneração aos direitos daquele que é submetido

ao cárcere, o sem número de ações que tutelam os modos de se requerer ajudas e meios de se consegui-la, o excesso de procedimentos que se acumulam por utilização dessas tutelas, a onipresente violação de direitos que não podem ser imputados a uma única entidade e o antagonismo entre as normas e os meios para cumpri-las

> "Varios elementos confirman la existencia de un estado de cosas inconstitucional respecto de la situación de la población internamente desplazada. En *primer* lugar, la gravedad de la situación de vulneración de derechos que enfrenta la población desplazada fue expresamente reconocida por el mismo legislador al definir la condición de desplazado, y resaltar la violación masiva de múltiples derechos. En *segundo lugar*, otro elemento que confirma la existencia de un estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado, es el elevado volumen de acciones de tutela presentadas por los desplazados para obtener las distintas ayudas y el incremento de las mismas. En *tercer lugar*, los procesos acumulados en la presente acción de tutela, confirma ese estado de cosas inconstitucional y señalan que la vulneración de los derechos afecta a buena parte de la población desplazada, en múltiples lugares del territorio nacional y que las autoridades han omitido adoptar los correctivos requeridos. En *cuarto* lugar, la continuación de la vulneración de tales derechos no es imputable a una única entidad. En *quinto* lugar, la vulneración de los derechos de los desplazados reposa en factores estructurales enunciados en el apartado 6 de esta providencia dentro de los cuales se destaca la falta de correspondencia entre lo que dicen las normas y los medios para cumplirlas, aspecto que adquiere una especial dimensión cuando se mira la insuficiencia de recursos dada la evolución del problema de desplazamiento y se aprecia la magnitud del problema frente a la capacidad institucional para responder oportuna y eficazmente a él" (COLÔMBIA, 2004)

Assim, tem-se como primeiro requisito a gravidade da situação de violações de direitos frente foi expressamente reconhecida pelo legislador para definir as condições em que tais violações ocorrem, e destacar a múltipla violação de vários direitos.

Como segundo requisito, apresenta-se o elevado volume de tutelas movidas pelos que tiveram seus direitos violados. O terceiro requisito é apresentado como a tentativa frustrada de inúmeras autoridades públicas de várias partes do país em tomar a adequada medida corretiva, específica ao problema de sua região.

Como quarto requisito, depreende-se da decisão que deve ocorrer um processo de continuidade na violação de tais direitos em que não é atribuível a uma única entidade pública. Já o quinto requisito, refere-se à violação dos direitos em fatores estruturais em descompasso com os prazos previstos na norma jurídica e com os meios para cumpri-los, o que aprofunda a dimensão quanto á insuficiência de recursos, verificada a incapacidade institucional para reagir ao problema que viola continuamente direitos fundamentais.

Constatados tais requisitos, LIMA (2015) coloca a sistematização da seguinte linha de ação do Estado de Coisas Inconstitucional: inicialmente identifica e prova-se o quadro de violações sistemáticas de direitos fundamentais; segundo, a Corte Constitucional declara o Estado de Coisas Inconstitucional; em terceiro, comunica-se o ECI aos órgãos competentes para a solução do litígio violador de direitos fundamentais e adotam-se medidas de cunho administrativo para a resolução do conflito; em quarto, estabelece-se prazo para a apresentação de plano de solução elaborado pelas autoridades competentes; em quinto, apresenta-se plano de ação pelas autoridades competentes; em sexto, ocorre a execução do plano pelas entidades competentes; em sétimo, monitora-se o cumprimento do plano de ação pelo Poder Judiciário; em oitavo, findo o prazo concedido para a superação do ECI, verifica-se o cumprimento das medidas e da superação do ECI; em nono, caso não ocorra a superação do ECI, realiza-se novo diagnóstico, a verificar as responsabilidades pelo incumprimento; em décimo, realiza-se nova declaração de ECI e repete-se o esquema de atuação, com a intensificação da atuação judicial.

Tal atuação, segundo CAMPOS (2015), possui dois objetivos principais: superar bloqueios político-institucionais, além de aumentar a deliberação e o diálogo sobre as causas e soluções das coisas declaradas inconstitucionais. Estes objetivos, segundo o articulista, foram alcançados em graus de eficácia distintos nos dois casos mais relevantes de atuação da Corte Constitucional Colombiana na aplicação do ECI: Sentencia T-153/98 e Sentencia T 025/04. Na primeira tratava-se do mesmo problema da ADPF 347: o problema da superlotação e das condições desumanas das penitenciárias nacionais, enquanto que a segunda cuidava do deslocamento interno forçado de pessoas, dado o contexto de violência oriunda da atuação de grupos paramilitares no país.

O articulista afirma que a diferença no grau de eficácia entre as duas sentenças da CCC deu-se pela ausência de monitoramento pela CCC no primeiro caso, isto é, pela ausência de retenção/manutenção de jurisdição da CCC sobre a decisão. Já no segundo caso, formularam-se remédios para os problemas violadores de direitos fundamentais e monitorou-se via CCC, retendo-se a jurisdição, o que, segundo o autor, fez diferença para que o segundo caso lograsse êxito quanto à sua eficácia de concretização da minoração da violação de direitos fundamentais e no primeiro caso não.

De fato, ante a realidade e o contexto histórico-constitucional da Colômbia, é possível que a declaração do ECI tenha efeitos que incrementem o grau de eficácia das decisões judiciais promovidas pela CCC, através do diálogo permanente entre os órgãos

envolvidos sob jurisdição supervisionada e coordenada pela Corte Constitucional, bem como pela adoção de ordens jurídicas flexíveis entre os órgãos envolvidos.

Assim, pode-se afirmar que, a invocação do ECI em jurisdição colombiana deu-se para "suprir a ausência de um mecanismo jurídico-processual coletivo ou abstrato de proteção dos direitos fundamentais". (LIMA, 2015)

4 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A TEORIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Contudo, há de se ter cautela na qualificação às nomenclaturas atribuídas à Constituição, à guisa das qualificações colocadas por CANOTILHO (2002), como "constituição potável", "constituição culinária", "constituição programa", "constituição-carta", "constituição fechada", "constituição-código", "constituição dirigente", "constituição compromissória", "constituição-cidadã", "constituição-processo", a fim de se evitar velar ainda mais o fenômeno, encoberto por possíveis qualificações inautênticas perante à tradição conformadora de sentidos, relendo o fenômeno a partir de sua tradição autêntica, em busca de se concretizar a "tarefa hermenêutica" tal como proposta por STRECK (2014) revela que o Direito ao ser evidenciado, ao ser visível dependeu de uma ressignificação.

> "uma vez que tornar visível o próprio Direito pressupõe a possibilidade de (res)significá-lo, de dizê-lo. O Direito só é/será possível se existir o ser. É aí que a hermenêutica aqui proposta pretende construir condições (caminhos) para o-abrir-da-clareira: é por ela que será possível levar o ser desse ente a se manifestar como fenômeno, sendo Dasein (ser-aí) o ser do ente (homem) que compreende esse ser, e onde o aí (Da) é o lugar em que o ser (Sein) se mostra, mas ao mesmo tempo tende (inexoravelmente) a ocultar-se, o que nos deve levar ao (inquietante) trabalho de des-ocultá-lo." (STRECK, 2014)

Assim, é de se observar que o "estado de coisas surreal", nomenclatura dada por RODRIGUEZ (2015) ao fenômeno do ECI, originário da Colômbia, há de se conformar nos limites impostos pelo paradigma do Estado Democrático Brasileiro no Estado brasileiro.

Qualquer leitura que se faça do Estado de Coisas Inconstitucional que suprima garantias e direitos fundamentais previstos conquistados democraticamente pela Constituição Brasileira de 1988 estará violando os parâmetros de fundamentalidade da Constituição Cidadã, em atenção à faceta negativa do princípio da proporcionalidade em sentido hermenêutico, constituído pela vedação de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) e da vedação ao retrocesso social.

É de se observar que a atuação da Corte, nesse sentido, em que pese os argumentos de política e de sua eventual substituição frente à garantia de direitos fundamentais, deve ser limitada pela própria tradição que a conforma. Há uma tradição estabelecida pela Constituição Democrática de 1988 e pelo Constitucionalismo Contemporâneo que conformam a atuação da Corte Suprema. Tal posicionamento, em busca de uma reinvenção do princípio da separação dos poderes, respeitando o limite de suas funções institucionais, é exposta por STRECK (2012) quando esclarece sobre o ativismo judicial por meio da ênfase às decisões cujos argumentos são de cunho político, ou moral, quando as crenças e convicções suplantam a técnica e a imparcialidade. O autor, igualmente distingue o ativismo da judicialização, pois o último é resultado das relações entre os poderes do Estado.

> "um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados); já a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos, aqui, no deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional)" (STRECK, 2012)

Desta forma, em que pese a necessidade de atuação do Poder Judiciário nas demandas coletivas violadoras de direitos fundamentais, deve-se afirmar, com STRECK (2014) que o "Judiciário não pode substituir o legislador", uma vez que tal atitude da Corte Suprema, fragilizaria a própria autonomia do Direito no qual faz parte. Em apertada síntese, é possível, com TASSINARI (2014), ratificar e apontar uma possível distinção entre judicialização da política e ativismo judicial, na qual a primeira seria:

> "fenômeno contingencial, isto é, no sentido de que insurge na insuficiência dos demais Poderes, em determinado contexto social, independente da postura de juízes

> e tribunais, ao passo que o ativismo diz respeito a uma postura do Judiciário para além dos limites constitucionais" (TASSINARI, 2013)

Assim, o ativismo judicial é tido como uma postura behaviorista da Corte Suprema, deslegitimando os poderes democraticamente eleitos, provocando instabilidade à segurança da ordem jurídica estabelecida e desequilibrando a relação harmônica entre os Poderes da República. Nesse sentido, cabe a menção à lição de NETO (2015), ao afirmar que: "uma democracia comandada por juízes representa um obstáculo para a sociedade civil se apoderar (e se empoderar) dos debates do seu tempo". (NETO, 2015)

Diante da conjuntura teórica exposta, na cogitação da aplicação em petição inicial do Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347, de relatoria do ministro Marco Aurélio, o deferimento e decretação do ECI pelo Supremo Tribunal Federal (STF) constituiria atitude classificada por CAMPOS (2015) como "ativismo judicial estrutural", entendida pelo articulista como "interferência rígida e incisiva sobre as decisões dos demais poderes, faltando-lhes com deferência legal ou epistêmica, ou ocupando espaços tradicionais de atuação dos mesmos". (CAMPOS, 2015)

Nesse sentido, o autor insere ainda outras quatro espécies de dimensões do ativismo judicial: metodológica, processual, de direitos ou antidialógica.

Apesar de suas dimensões, é possível afirmar, com STRECK (2015), que qualquer espécie ou gradação de ativismo judicial é fundamentalmente incompatível com o paradigma do Estado Democrático de Direito, por ser medida lesiva aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos em detrimento de outros direitos e garantias politicamente considerados relevantes.

E aqui, cabe ressaltar que a ausência de controle de um Poder da República sobre outro – que se apresenta em relação de superioridade decisória, como seria o caso do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes ao aplicar o ECI - mostra-se uma violação a um ponto fulcral em uma democracia constitucionalmente estabelecida, valendo-se registrar o alerta de CAMPILONGO, DE GIORGI, e FARIA (2015), ao afirmar que "sob pretexto de dar eficácia aos direitos fundamentais, o Estado de Coisas Inconstitucional os ameaça", que completam ainda que o Estado de Coisas Inconstitucional tem a "pretensão de fabricar poder político sob a fantasia de normatividade jurídica". (CAMPILONGO; DE GIORGI; FARIA, 2015).

E os articulistas ainda deixam uma pergunta ao ar: quais seriam os limites e os mecanismos de controle desse poder?

Ainda, com CAMPILONGO, DE GIORGI e FARIA (2015), pode-se, em observância ao processo histórico-institucional do Direito brasileiro, inserir a seguinte reflexão:

> "Maçãs estragadas podem ser encontradas em variadas cestas. A causa do estrago pode estar nas cestas ou, então, nas próprias frutas. Nada leva a crer que a cesta de um tribunal seja mais resistente que a da política, nem que suas maçãs sejam mais duráveis. Substituir o sistema político por uma Corte Constitucional é só depositar vinho velho em frasco antigo – com rótulo falso e propaganda enganosa. É seguir na aventura com cesta frágil e maçãs podres, acarretando fardo indigesto para quem beber do vinho e comer da fruta. Quebram-se as garrafas, rompem-se as cestas, mistura-se tudo e, metáforas à parte, perde-se a diferença funcional entre o papel da política e o papel do Direito." (CAMPILONGO; DE GIORGI; FARIA, 2015)

Desta forma, pode-se concluir que qualquer espécie de ativismo fere não o pressuposto da democracia – o qual exige a influência da sociedade no processo decisório político de seus representantes – mas sim o pressuposto do Rechtsstaat: limitação de poderes estabelecidos. Em outras palavras, não cabe o governo de um dos Poderes perante os demais, sob pena de regredir-se ao *Polizeistaat* ou ao *Machtstaat*, ou ao que Ran Hirschl chama de *juristocracy*.

É importante que se diga que o ativismo trás consigo a peja a arbitrariedade, fazendo o direito regredir e ficar disponível ao talante daquele que o orienta segundo as próprias convicções. A judicatura enquanto função de zelo ímpar, é reduzida a uma pérfida condição, que retrata o maligno julgador, aquele ao qual não podemos opor fatos, circunstâncias, pessoalidades, pois indiferente à realidade pesara sobre si e sobre o outro o único significado, a única verdade.

Ainda, com STRECK (2015), pode-se afirmar que, diferentemente do contexto colombiano – na qual incorria na ausência de instrumentos processuais que ensejaram a declaração do ECI -, no contexto brasileiro é possível inserir outros instrumentos processuais para a prevenção dos direitos fundamentais violados pela omissão dos Poderes constituídos, como o Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, apelo ao legislador (*Appellenscheidung*), inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (*Unvereinbarkeitserklärung*). Assim, o levantamento de tal tese, em *terrae brasilis*, mostraria-

se desnecessário, tendo em vista a possibilidade de invocação de outros instrumentos constitucionais para a supressão das violações a direitos fundamentais.

Além disso, importa afirma ainda que qualquer declaração de inconstitucionalidade deve ter objeto específico, de forma a orientar a atuação da Corte Suprema na decisão da solução constitucionalmente adequada. Nos casos observados e nos próprios requisitos do ECI, observam-se pedidos genéricos e excessivamente abstratos, velando o próprio aparecimento do objeto da pretensão na ação, o que pode dificultar ainda mais em efetivar a jurisdição constitucional ao caso concreto.

Em uma última sentença, é de se afirmar o problema atual do Supremo Tribunal Federal em gerir o próprio quantitativo de processos atualmente pendentes de julgamento pela Suprema Corte. De que forma seria possível, este mesmo órgão, dotado de limitações e com um extenso quantitativo de processos judiciais pendentes de julgamento, coordenar, ordenar, e estabelecer metas gerais de políticas públicas para os pedidos de declaração de ECI?

A partir de uma Corte Suprema organizada com seus julgamentos pendentes e dotada de uma jurisprudência coerente e íntegra, seria possível fazer aquilo que sugere VALLE (2015), a partir de um experimentalismo através de monitoramento pela Corte Suprema dos resultados das decisões judiciais tomadas pela Suprema Corte e do estabelecimento de um plano de ação entre diferentes níveis de governo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, do conteúdo apresentado, é possível apresentar as seguintes conclusões:

Qualquer espécie de ativismo fere não o pressuposto da democracia – o qual exige a influência da sociedade no processo decisório político de seus representantes – mas sim o pressuposto do *Rechtsstaat*: limitação de poderes estabelecidos. Em outras palavras, não cabe o governo de um dos Poderes perante os demais, sob pena de regredir-se ao *Polizeistaat* ou ao *Machtstaat*, ou ao que Ran Hirschl chama de *juristocracy*.

É possível inserir outros instrumentos processuais para a prevenção dos direitos fundamentais violados pela omissão dos Poderes constituídos, como o Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, apelo ao legislador (*Appellenscheidung*), inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (*Unvereinbarkeitserklärung*). Assim, o levantamento de tal tese, em *terrae brasilis*, mostraria-se desnecessário, tendo em vista a

possibilidade de invocação de outros instrumentos constitucionais para a supressão das violações a direitos fundamentais.

Qualquer declaração de inconstitucionalidade deve ter objeto específico, de forma a orientar a atuação da Corte Suprema na decisão da solução constitucionalmente adequada. Nos casos observados e nos próprios requisitos do ECI, observam-se pedidos genéricos e excessivamente abstratos, velando o próprio aparecimento do objeto da pretensão na ação, o que pode dificultar ainda mais em efetivar a jurisdição constitucional ao caso concreto.

Ainda, pode-se colocar o problema atual do Supremo Tribunal Federal em gerir o próprio quantitativo de processos atualmente pendentes de julgamento pela Suprema Corte. De que forma seria possível, este mesmo órgão, dotado de limitações e com um extenso quantitativo de processos judiciais pendentes de julgamento, coordenar, ordenar, e estabelecer metas gerais de políticas públicas para os pedidos de declaração de ECI?

A partir de uma Corte Suprema organizada com seus julgamentos pendentes e dotada de uma jurisprudência coerente e íntegra, seria possível fazer aquilo que sugere VALLE (2015), a partir de um experimentalismo através de monitoramento pela Corte Suprema dos resultados das decisões judiciais tomadas pela Suprema Corte e do estabelecimento de um plano de ação entre diferentes níveis de governo.

Logo, qualquer modelo teórico que busque suprimir as conquistas democráticas sedimentadas no contexto brasileiro deve ser afastada, sob pena de violar a garantia de vedação ao retrocesso social, em que pese o livre exercício das preferências políticas dos cidadãos aptos a influenciar nas decisões políticas dos representantes políticos e o exercício pleno dos direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição Brasileira, entendida como lócus de sentido para aos fins que se destinam o presente trabalho: buscar pela resposta constitucionalmente adequada quanto á importação e aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) no paradigma do Estado Democrático de Direito no Direito brasileiro.

Nesse sentido, dado o referido contexto, o Estado de Coisas Inconstitucional parece não ter possibilidade de aplicação no contexto do Direito brasileiro, uma vez que já aparecem outros instrumentos constitucionais que reproduzam os efeitos sugeridos pelo ECI, além da limitação quantitativa da própria Corte Suprema no uso de suas atribuições, bem como pelo risco à limitação dos Poderes estatuída pelo *Rechtsstaat* enquanto direito fundamental do cidadão.

Com o Neoconstitucionalismo, a leitura de toda a sistemática jurídica carece utilizar a percepção principiológica derivada do entendimento do Tribunal Guarda da Constituição. Neste ponto, todo entendimento legislativo, doutrinário e jurisprudencial pautar-se-á, necessariamente pela normativa declinada pelo STF.

Em uma última palavra, a ausência de controle de um Poder da República sobre outro – que se apresenta em relação de superioridade decisória, como seria o Poder Judiciário ao aplicar o ECI em relação aos demais Poderes - mostra-se uma violação a um ponto fulcral em uma democracia constitucionalmente estabelecida, valendo-se a afirmação de CAMPILONGO, DE GIORGI, e FARIA (2015), ao afirmar que o ECI "sob pretexto de dar eficácia aos direitos fundamentais, o Estado de Coisas Inconstitucional os ameaça", afirmando ainda que o ECI tem a "pretensão de fabricar poder político sob a fantasia de normatividade jurídica". (CAMPILONGO; DE GIORGI; FARIA, 2015). E em último argumento, é possível deixar a seguinte proposta pelos articulistas: quais seriam os limites e os mecanismos de controle desse poder?

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES: **Metafísica. Madrid**: Editorial Espasa Calpe, 1999.

BARRETO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo. **Dicionário de filosofia política**. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Portugal: Coimbra Editora, 1983.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Disponível em: <http://jota.info/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional/>. Acessado em: 1 de dezembro de 2015.

_____, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal.** Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. **O estado adjetivado e a teoria da constituição**. Disponível em: <www.pge.rs.gov.br/upload/revista_pge_56.pdf/>. Acessado em: 1 de dezembro de 2015.

COLOMBIA. **Sentencia T-025/04**. Disponível em: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm/. Acessado em: 1 de dezembro de 2015.

CAMPILONGO, Celso; DE GIORGI, Rafaele; FARIA, José Eduardo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Disponível em: <http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043/>. Acessado em: 1 de dezembro de 2015.

LIMA, George Marmelstein. **O Estado de Coisas Inconstitucional** – ECI: apenas uma nova onda do verão constitucional?. Disponível em: <http://direitosfundamentais.net/2015/10/02/o-estado-de-coisas-inconstitucional-eci-apenas-uma-nova-onda-do-verao-constitucional/>. Acessado em: 1 de dezembro de 2015.

NETO, Wilson Levy Braga da Silva**. O estado de coisas inconstitucional e o direito à cidade**. Disponível em: <http://estadodedireito.com.br/o-estado-de-coisas-inconstitucional-e-o-direito-cidadee/>. Acessado em: 1 de dezembro de 2015.

STEIN, Ernildo. **Uma breve introdução à filosofia**. Ijuí: Unijuí, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e (m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

_____, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Brasil: Editora Saraiva, 2012.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Livraria do Advogado Editora, 2013.

VALLE, Vanice Regina Lirio do. **An Unconstitutional State of Affairs in the Brazilian Prison System**. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2015/09/an-unconstitutional-state-of-affairs-in-the-brazilian-prison-system//>. Acessado em: 1 de dezembro de 2015.