

**XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BELÉM – PA**

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

JULIANA RODRIGUES FREITAS

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. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFESM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

C755

Constituição e democracia [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara; Juliana Rodrigues Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-826-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Belém, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Belém - Pará - Brasil
<https://www.cesupa.br/>

XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Constituição e Democracia I durante o XXVIII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado em Belém-PA, de 13 a 15 de novembro de 2019, sob o tema geral “Direito, desenvolvimento e políticas públicas: Amazônia do século XXI”. O evento foi promovido por esta sociedade científica do Direito em parceria com o Centro Universitário do Pará – CESUPA e o seu Programa de Mestrado em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional. Foram parceiros a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPQ.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos do Direito Constitucional e dos reflexos do constitucionalismo na atuação dos Poderes da República no país.

Os temas abordados vão desde os direitos fundamentais constitucionalizados, passando pelo controle de constitucionalidade e as experiências diversas de exercício da democracia. Teoria e hermenêutica constitucionais, bem como a história do Direito Constitucional e a filosofia a ela relacionada, como não poderia deixar de ser, também estão presentes nos artigos.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares. Dessa forma, todos os artigos ora publicados guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Prof^a. Dr^a. Juliana Rodrigues Freitas - Centro Universitario do Pará - CESUPA

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - Faculdade Arnaldo/Escola Superior Dom Helder
Câmara

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO REGENTE INSTITUCIONAL (?):
UMA ANÁLISE CRÍTICA DA ADPF N° 347 E DO NECESSÁRIO RESPEITO AOS
PRÉ-COMPROMISSOS DEMOCRÁTICOS PELA JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL**

**THE SUPREME FEDERAL COURT AS INSTITUTIONAL RULER (?): A
CRITICAL ANALYSIS OF ADPF N° 347 AND THE NECESSARY RESPECT FOR
DEMOCRATIC PRE-COMMITMENTS BY CONSTITUTIONAL JURISDICTION.**

**Kayo César Araújo da Silva
José Guimarães Mendes Neto**

Resumo

Tomando como base literatura especializada, guiada por decisões jurisdicionais, busca-se analisar a origem do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), seu conceito e quais seriam os pressupostos autorizadores desta técnica decisória. Ao assim fazer, registra que o Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADPF n° 347/DF, ao utilizar-se do ECI, suspendeu os pactos democráticos deflagrando verdadeira decisão ativista pondo em xeque a Separação dos Poderes e evidente déficit na qualidade da Democracia brasileira, ao retirar, do Direito, a autonomia que tanto tem de ter.

Palavras-chave: Constitucionalismo, Democracia, Separação dos poderes, Ativismo judicial, Teoria da decisão

Abstract/Resumen/Résumé

Based on specialized literature, guided by jurisdictional decisions, we seek to analyze the origin of the unconstitutional State of Things (ECI), its concept and what would be the authorizing assumptions of this decision technique. In so doing, it notes that the Federal Supreme Court, in the case of ADPF No. 347 / DF, when using the ECI, suspended the democratic pacts, triggering a true activist decision, putting in check the Separation of Powers and evident deficit in the quality of Brazilian Democracy, by removing from law the autonomy that so much must have.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutionalism, Democracy, Separation of powers, Judicial activism, Decision theory

INTRODUÇÃO

O estudo busca apresentar o que seria a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), indicando, ao final, se a adoção da tese, pela Suprema Corte, registraria algum déficit na qualidade da Democracia brasileira. Busca-se, neste artigo, apontar a origem histórica do instituto, bem como seu conceito os quais os pressupostos que – em tese – autorizariam a deflagração da tese usada originalmente pela Corte Constitucional de Colômbia, adotada mais tarde Supremo Tribunal Federal.

O tema segue vivo e, desde a prolação da decisão em sede da Arguição de Descumprimento a Preceito Fundamental nº 347/DF, a Academia segue discutindo se a adoção da tese em questão tem força para pôr em cheque a atuação responsável por parte do Poder Judiciário, uma vez que o uso aleatório do instituto pode acabar suspendendo o pano normativo vigente.

Partindo dessa premissa, o estudo se divide em duas partes. Na primeira parte, explica-se a origem histórica, conceito e quais os pressupostos que acabaram autorizando o uso da tese de Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), inicialmente, orquestrada pela Corte Constitucional de Colômbia. Ao final do capítulo, adota-se posição conceitual sobre o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), bem como as características necessárias a serem observadas numa eventual declaração.

Sob o ponto de vista sistêmico, analisam-se os julgados que possuíam aderência temática com a falência do sistema carcerário. Nesses termos, discutiu-se o Recurso Extraordinário nº 580.252/MS, que anotou ser dever do Estado a indenização do preso que encontrava-se em situação degradante, a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 5.170/DF, que busca responsabilizar o Estado pelas más condições dos presídios e, por fim, o Recurso Extraordinário nº 641.320/RS, que decidia que a ausência de estabelecimento penal adequado não autorizaria manutenção do condenado em regime mais grave, até chegar na Arguição de Descumprimento a Preceito Fundamental nº 347/DF, importante decisão responsável por fazer uso do mecanismo interpretativo colombiano.

No segundo capítulo, passa-se a explicar os motivos que levaram o Partido Socialismo e Liberdade – PSOL a ajuizar a demanda e quais seriam os seus objetivos a fim de findar com a falência do sistema carcerário e como a Suprema Corte brasileira passou a solucionar este grave problema, emprestando da Corte Colombiana a tese que declarava o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI).

Na penúltima parte, o estudo passa a questionar o modelo decisório aplicado na ADPF n° 347/DF, uma vez que ele evidencia, não só a expansão do poder judicial, como, também, deflagra a autorização para atuação ativista por parte do Poder Judiciário, pondo em cheque a Separação dos Poderes e, conseqüente, autorização de desrespeito ao império da lei pelo Poder Judiciário.

Questiona-se, por fim, a legitimidade da democracia constitucional quando o Poder Judiciário, fazendo uso da supremacia judicial, passa a interrogar as instituições afastando o pilar constitucional que, entre os poderes da república, a harmonia e a independência entre eles.

A conclusão, então, assenta a ideia de que o uso do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), ao final, além de fraudar a regra de controle dos poderes pelos próprios poderes, registra o déficit da qualidade da Democracia brasileira, pelo fato de possibilitar que os Poderes Legislativo e Executivo acabem perdendo legitimidade de seus atos em virtude da decisão judicial que instrumentaliza a tese como resposta.

A separação dos poderes e a previsão de rol de garantias aos cidadãos previstas na Carta Constitucional de 1988 possuem objetivo claro de evitar que Estado, por qualquer razão, atue de maneira autoritária.

Admitir a naturalização do subjetivismo e da discricionariedade do julgador em nossa realidade constitucional, além de evidenciar o descompromisso com pacto democrático, demonstra o real perigo de se “depositar vinho velho em frasco antigo – com rótulo falso e propaganda enganosa” (STRECK, 2019, *online*). Que seja dada a Política, o poder político. Jamais, ao Direito. Eis o perigo real!

1. A DECLARAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL (ECI): ORIGEM HISTÓRICA, CONCEITO E PRESSUSPOSTOS PARA O SEU CABIMENTO

O reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) nasceu diante da sistematização por parte da Corte Constitucional de Colômbia quando, por meio da decisão T 025/2004, organizou o modo de aplicação da tese quando estivessem presentes seis fatores, configuradas pela ocorrência no ordenamento de

- (1) violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais, capaz de afetar um número significativo de pessoas;
- (2) a prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantir os direitos;
- (3) a adoção de práticas inconstitucionais a gerar, por exemplo, a necessidade de

sempre ter que se buscar a tutela judicial para a obtenção do direito; (4) a não adoção de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias necessárias para evitar a violação de direitos; (6) a existência de um problema social cuja solução depende da intervenção de várias entidades, da adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações e da disponibilização de recursos adicionais consideráveis; (7) a possibilidade de um congestionamento do sistema judicial, caso ocorra uma procura massiva pela proteção jurídica” (LIMA, 2015)

Tendo como objetivo proteger a dimensão objetiva desses direitos enredados por uma estrutura sistemática de direitos fundamentais (DO VALE; SILVA JUNIOR, 2016, p. 396), a Corte Constitucional de Colômbia acabou tomando, como premissa decisiva, a ideia de declarar determinada situação como sendo um Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) (CAMPOS, 2016, p. 96).

Ao se utilizar do instrumento do Estado de Coisas Inconstitucional, a Corte Colombiana deixava de restringir ao caso concreto, passando a assumir papel muito mais ativo, pelo fato de ter evidenciado o caráter sistemático de eventual omissão estatal. Aqui, a Corte passaria a buscar um modelo de coordenado de ação, a fim de alcançar “diferentes atores, voltado a reverter o quadro de massiva transgressão de direitos fundamentais” (CAMPOS, 2016, p. 97), objetivando não interferência em escolhas políticas, mas, sim, em assegurar que escolhas que serão concretizadas pudessem ter efeitos reais.

A primeira vez que o ECI foi declarado pela Corte Constitucional de Colombiana¹ se deu em processo envolvendo direitos previdenciários e de saúde de professores municipais. Tempos depois, o instrumento passou a ser utilizado para afastar diversas outras situações relativas aos problemas da sociedade colombiana, tais como a i) mora no pagamento de pensões, ii) melhorias no sistema carcerário do país, iii) em favor de defensores de direitos humanos, iv) determinar a convocação de concurso de notários e, por fim, v) situação das pessoas desalojadas em razão da violência na Colômbia.

Em cada um desses casos, o uso passou a proporcionar maior maturidade da corte colombiana para ao traquejo da tese de ECI, em especial, no caso da situação das pessoas desalojadas, a Corte teve a maturidade de não cometer as mesmas falhas que nos outros casos acabou cometendo (CAMPOS, 2016, p. 99).

Seu histórico desempenho e caminhar ativista perpassa, principalmente, em dois espaços de atuação: o controle das práticas políticas e das ações dos Poderes Executivo e

¹ É importante demonstrar que a declaração do ECI pela Corte colombiana não consiste em um isolado episódio de ativismo institucional, mas sim a todo um caminhar histórico nesse sentido. Inclusive, da América Latina, a Corte Constitucional da Colômbia é tida como uma das mais ativistas (CAMPOS, 2016, p. 99).

Legislativo, bem como a promoção dos direitos fundamentais, sociais e econômicos (CAMPOS, 2016, p. 100).

No caso do controle das práticas políticas e das ações dos Poderes Executivo e Legislativo, a Corte Constitucional, por exemplo, proferiu decisões significantes como as que “reduziram a capacidade de o Presidente declarar ‘estado de exceção’”, usando-se de controle não só quanto ao caráter procedimental da medida, mas também perfazendo controle judicial do mérito da possível questão que envolvia a declaração do estado de exceção (CAMPOS, 2016, p. 100-102). Além disso, a Corte também teve um papel principal quanto ao controle de constitucionalidade da reeleição presidencial quando em discussão no contexto colombiano, se valendo, também, da imposição de limites materiais ao legislador reformador, não obstante a Constituição apenas prever limites formais em face do legislador reformador (CAMPOS, 2016, p. 103).

No mais, quanto ao segundo espaço de atuação, a corte colombiana também teve participação fundamental para o avanço e desenvolvimento na defesa de direitos no país. Assim aconteceu, principalmente, no caso dos devedores hipotecários e do reconhecimento dos direitos dos casais homossexuais. Neste último caso, por exemplo, a Corte atuou de maneira progressiva, amadurecendo aos poucos até chegar ao momento do reconhecimento de direitos patrimoniais, sociais, de herança, união estável, formação de família e casamento aos homossexuais (CAMPOS, 2016, p. 107-112).

Nestes dois espaços, a Corte Constitucional de Colômbia se coloca como órgão de extrema atuação popular e ativista, razão pela qual se pode indicar que quando a mesma declara e estabelece o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), este ato deve ser indicado como mais um reflexo de sua característica institucional (CAMPOS, 2016, p. 120), sendo difícil a desincompatibilização da atitude como algo isolado ou excepcional². É neste ambiente que a Corte Constitucional da Colômbia exarou a *Sentencia* T – 025, em 2004, quando enfrentou um caso de violação massiva de direitos fundamentais, decorrentes de falhas estruturais, qual seja, o caso do deslocamento forçado de pessoas em razão do alto grau de violência na Colômbia (CAMPOS, 2016, p. 142)³, evidenciando, assim, flagrante violação de direitos fundamentais, fator este que exigiria, assim, uma intervenção estrutural.

² Campos (2016, p. 120), quando fala sobre esse padrão de atuação, conclui que a Corte Colombiana só torna evidente a “sua contínua postura ativista em defesa dos direitos fundamentais daqueles mais necessitados e marginalizados dentro da sociedade”.

³ Campos (2016, p. 143) fala, quando tenta transparecer a situação colombiana no auge dos anos 2000, indicando que haver evidência do deslocamento interno forçado de pessoas em razão da violência crônica. Nesse sentido, as pessoas estariam sendo forçadas “a migrar dentro do território, obrigadas a abandonar seus lares e suas atividades econômicas porque as ações violentas de grupos como as FARC ameaçam suas vidas, a integridade

A título comparativo para com os demais casos onde a Corte também chegou a declarar o Estado de Coisas Inconstitucional, é importante diferenciar esta da decisão paradigma, uma vez que a corte colombiana não só se interessou em definir que fossem promovidas políticas públicas direcionadas para remover a violação de direitos fundamentais. A corte foi além demonstrando sua preocupação com a supervisão do cumprimento da sentença decisional, realizando, para tanto, audiências públicas com o fito de debater as soluções formuladas, proferindo novas decisões e dirigindo ordens com o intuito de garantir amplo sucesso da decisão proferida (CAMPOS, 2016, p. 143).

Além de reconhecer o ECI ante a violação massiva de direitos fundamentais, a Corte concluiu pela legitimidade da intervenção estrutural por estar presentes todas as supracitadas características do ECI, de modo a provocar a saída da inércia das autoridades políticas, entretanto, sem diretamente exercer as competências atinentes aos outros poderes.

Ao mesmo tempo, ainda se preocupou com a dotação orçamentária, quando se reafirma a escassez de recursos, todavia, a Corte passa a decidir interferindo na elaboração de orçamento público exigindo, para tanto, a destinação dos recursos para devido auxílio à população deslocada. Ao final, determinou a elaboração de nova política pública e exigiu a produção de leis e de um marco regulatório eficiente que pudesse vir a sanar as violações a direitos (CAMPOS, 2016, p. 149).

A sentença de declaração do Estado de Coisas Inconstitucionais chama atenção pelo fato de ter sido a mais completa, ou seja, por envolver um amplo espectro de motivos que conduziram a declaração do Estado de Coisas Inconstitucionais, assim como o fato de envolver um complexo conjunto de ordens direcionadas a superar esse elevado estágio de violação aos direitos fundamentais (CAMPOS, 2016, p. 152).

A Corte Colombiana, no manejo deste instrumento, passa a inaugurar nova roupagem à declaração do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI). Ao invés de se ater a declaração de determinado estado de coisas como inconstitucional, passa a se preocupar com o conteúdo propriamente dito de sua decisão e garantir a implementação daquele objeto de sua decisão a partir do efetivo inspecionamento (DOS SANTOS; VIEIRA; DAMASCENO; DAS CHAGAS, 2015, p. 2.602).

física das famílias, não havendo segurança ou liberdade nesses contextos. Conflitos armados internos geram violência generalizada, violações massivas de direitos humanos, desordem pública e a necessidade de as pessoas fugirem de suas localidades para lugares mais seguros. Todavia, a sociedade civil e as autoridades públicas colombianas, por muitos anos, simplesmente ignoraram as condições às quais se submetiam essas pessoas durante e depois dos deslocamentos.”

Deste modo, ao se preocupar com a eficácia da sua decisão, o corte possibilitou a aplicação num outro contexto de declaração do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), uma vez que ela passa a monitorar as providências que foram determinadas e adotadas pelo governo. Todavia, a aceitação desses pressupostos não são unânimes como se registrou.

A princípio, oportuno destacar que a existência, por si só, de uma realidade inconstitucional, não credencia uma corte constitucional de fazer uso do ECI. Isto é, não basta apenas a desarmonia teórica da Constituição com a prática da vida em sociedade civil. De acordo com Campos (2016, p. 180-186), haveria de se ter quatro pressupostos necessários a configuração do Estado de Coisas Inconstitucional, quais sejam: 1) o da verificação de um quadro deficitário, bem como de violação massiva e contínua para com um número de diferentes direitos fundamentais e que, por sua vez, afeta um amplo contingente de pessoas; 2) o segundo pressuposto é o ato omissivo reiterado por parte dos poderes públicos para com o cumprimento de suas obrigações na defesa e garantia dos direitos fundamentais; 3) o terceiro tem a ver com as medidas necessárias para fins de superação do ECI, ou seja, para solucionar, necessário será se exigir o cumprimento de soluções e ordem a não só um órgão em específico, mas a todo um conjunto de órgãos. Isto é, significa que a solução do ECI perpassa pelo comprometimento de uma pluralidade de autoridades públicas; 4) por fim, o quarto pressuposto refere-se à potencialidade de congestionamento da justiça, ou seja, a possibilidade das incontáveis pessoas, que estão tendo seus direitos fundamentais violados, de intentarem a sua pretensão satisfativa no Poder Judiciário e assim congestionar mais ainda o sistema.

Aquiescendo a discussão, Sarmiento (BRASIL, 2015a) anui quanto a necessidade de respeito aos quatro requisitos para fins de se configurar o Estado de Coisas Inconstitucional. Diferentemente do apregoador, o Ministro Marco Aurélio (BRASIL, 2015b) considera serem três os pressupostos, excluindo, do debate, a ideia que registra a potencialidade de congestionamento do Poder Judiciário, caso aqueles que tiverem seus direitos violados passarem a questionar individualmente o Judiciário.

Distinguindo ainda mais, tem aqueles que defendem a ideia de que o fato da superação das transgressões a direitos fundamentais exigir uma atuação conjunta dos órgãos/autoridades públicas ser, na verdade, “decorrência lógica” do pressuposto da apatia reiterada e persistente destes/destas para superar a situação de violação a direitos fundamentais (FONTELES; VASCONCELOS, 2015, p. 11).

Independentemente do acerto quanto aos pressupostos, é bem verdade que a definição do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) não fica por inteira comprometida ou dissonante, uma vez que a ideia conceitual é a mesma para os autores citados, quando a

definem como técnica decisional na qual as cortes e juízes constitucionais verificam a existência de violação massiva e contínua a um diferente número de direitos fundamentais, por consequência a falhas envolvendo não só um poder, mas falhas estruturais, e assim se declara a completa contradição entre o que a Constituição dispõe e o que a prática nos evidencia, razão pela qual são expedidas ordens e soluções a serem dirigidas e exercidas por um amplo conjunto de órgãos e autoridades a implementarem e formularem políticas públicas efetivas que sejam voltadas a superação da realidade de coisas inconstitucional (CAMPOS, 2016, p. 187).

Para este artigo, adotará a disciplina doutrinária que defende que são apenas três as características da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), passando a excluir a concepção de que a potencialidade de congestionamento do Poder Judiciário possa vir a ser configurado como característica.

2. A ADPF Nº 347-DF E A POSTURA DA SUPREMA CORTE: ATIVISMO EM (DES)FAVOR DA DEMOCRACIA (?)

A título inicial, cumpre-se destacar que se tornaram cada vez mais constantes, na agenda dos trabalhos do Supremo, o debate acerca das condições de inconstitucionalidade envolvendo as prisões brasileiras. O Tribunal, por exemplo, no RE nº 580.252/MS e na ADI nº 5.170/DF, debateu acerca da responsabilização do Estado em indenizar (ou não), em razão dos danos morais sofridos pelos apenados no âmbito dos estabelecimentos penais.

Quanto ao primeiro, sob a Relatoria do Ministro Zavascki, seguido do acompanhamento do Ministro Gilmar Mendes, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu por acompanhar o voto guia, provendo o recurso garantindo ao preso, submetido a situação degradante e a superlotação na prisão, o direito a indenização do Estado por danos morais. Já, com relação ao segundo, o julgamento aguarda exame final da demanda.

O Supremo Tribunal Federal, no RE nº 641.320/RS, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, reconheceu repercussão geral do caso, passando a fixar tese no sentido de que: 1) a falta de estabelecimento penal adequado não autorizaria, por si só, a manutenção do apenado em regime prisional mais gravoso do que deva; 2) os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto para qualificação como adequados ou não. Além disso, seriam aceitáveis estabelecimentos que não se qualifique como colônias agrícolas, industrial ou casa de albergado ou estabelecimento adequado; 3) uma vez havendo déficit de vagas, deverá determina-se: a) a saída antecipada de

sentenciado no regime com falta de vagas; b) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sair antecipadamente ou for posto em prisão domiciliar em função da falta de vagas; c) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao condenado que venha a progredir ao regime aberto. No mais, considerou o Tribunal que, até tais medidas serem estruturadas, poderá ser deferida a prisão domiciliar para o apenado (BRASIL, 2016a).

Por todo esse histórico, a tese do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) acabou sendo usada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF nº 347/DF. Na ocasião, o Partido Socialismo e Liberdade – PSOL requereu o reconhecimento da figura do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) do sistema penitenciário brasileiro, bem como fosse adotado providências estruturais para solucionar a constante lesividade a preceitos fundamentais dos apenados, decorrentes da omissão de todas as instâncias de poderes.

De acordo com a inicial, a superlotação carcerária, bem como as condições degradantes do sistema prisional acabaria por caracterizar flagrantes inconstitucionalidades desta para com a Constituição Federal, uma vez que essa situação evidenciava ofensa de inúmeros direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, a vedação à tortura e diversos outros direitos sociais do apenado (BRASIL, 2015a), não deixando de falar que estas mazelas não provocam graves consequências apenas aos condenados, mas, também, a sociedade como um todo, uma vez que a condição em questão aniquila a possibilidade de ressocialização do condenado, além de contribuir para a continuidade crescente da reincidência criminal (BRASIL, 2015a).

Esta situação se torna dramaticamente caótica quando se evidencia uma multiplicidade de atos omissivos e comissivos por parte dos Poderes da República, isto é, a situação retratada acaba por ser gerada mediante a conflagração de falhas estruturais na adoção de políticas públicas e a omissão de qualquer tipo de suporte administrativo e legislativo fundamentais à correção de gravíssima inconstitucionalidade, razões estas que justificaria o reconhecimento da falência do sistema de prisão brasileira (BRASIL, 2015b)⁴.

Esta construção fática não deve direcionar para a responsabilização de um único Poder, mas, sim, a todos os três, como também deve ser atribuída à qualquer responsabilidade aos demais estados-membros desta federação, o que evidencia, também, ausência de coordenação institucional (BRASIL, 2015b).

⁴ Os cárceres brasileiros cada vez mais não servem para o fim da ressocialização dos apenados, pelo contrário, direcionam para o aumento da criminalidade, transformando, inclusive, delinquentes de menor potencial ofensivo em “*experts*” na prática delituosa de crimes bem mais complexos.

A responsabilidade atinente ao Poder Público é sistêmica (BRASIL, 2015b), sendo necessário para fins de uma atuação orgânica e coordenada (BRASIL, 2015b) por parte dos poderes públicos.

É, nesse cenário, que a legitimidade da atuação da Suprema Corte brasileira passou a ser questionada, quando decide, por conta própria, ditar a agenda dos demais poderes e instituições, definindo, inclusive, o que melhor seria nestas agendas. É importante registrar que o acolhimento dos termos previstas na inicial, bem como todo o discurso efusivo da maioria da corte, serve, dentre outras razões, para legitimar o fortalecimento do Poder Judiciário em desfavor dos outros poderes da república.

No local de garantir os termos da Constituição, o exercício do poder, através da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), tornou a Suprema Corte como grande regente dos demais poderes, definindo e impondo como outros poderes deveriam agir.

A declaração do Estado de Coisas Inconstitucionais, nesse caso, acaba por ser a mais nova e sofisticada forma de ativismo judicial, que acaba por ser fenômeno decorrente de uma atitude, de um exercício de vontade política do Poder Judiciário. Ou seja, a escolha por esse modo de agir faz com que haja expansão do alcance e sentido dos termos descritos no ordenamento jurídico⁵⁶.

Nas palavras de Abboud (2015, p. 707-709), a atuação do juiz pode vir a ser considerada como ativista quando decide caminhar de maneira insidiosa “sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes” (ABBOUD, 2015, p. 707-709).

⁵ Embora o ativismo judicial tenha proximidades com a Judicialização, inexistente razão alguma aos que tentam pôr, na mesma origem, quando os dois formatos de atuação judicante.

⁶ É um fato da vida moderna o fenômeno de expansão da Judicialização da política. Tate (1995, p. 28 – 31), explicando sobre o quadro, registra haver condições facilitadoras ao processo de Judicialização da Política, sendo “importante ressaltar que esse fenômeno se modula de acordo com as necessidades existentes em cada país” (SILVA, 2015, p. 155). Em suas palavras, a expansão dos poderes dos juízes tendem a acontecer quando um ordenamento jurídico carrega as seguintes características: 1) a democracia como elemento influenciador da Judicialização da Política, fator este que permitiria, aos juízes, a participação no processo de tomada de decisões, quando o assunto caminhava à aplicação de políticas públicas; ii) a separação dos poderes, mesmo entendendo ser condição constitucional o modelo de Montesquieu; iii) os direitos políticos, através da ideia de que indivíduos e/ou minorias detém direitos fundamentais e que, estes direitos, poderão vir a ser usados para opor à vontade da maioria o que, de sobremaneira, passa a aumentar a importância da atuação jurisdicional; iv) o uso dos tribunais por grupos de interesses, que passaram a perceber os processos de decisão judicial como efeito da dedicação à temas correlatos à valorização dos direitos humanos, o que, em outras medidas, acabam por sitiar o plenário dessas casas com assuntos com a devida pertinência temática, v) e pela oposição, o que acaba por transformar a corte constitucional numa espécie de terceiro grau do que é debatido pelo Poder Legislativo e, por fim, vi) a ineficácia das instituições majoritárias como sendo um dos grandes motivadores da própria manutenção da Judicialização da Política, a qual haveria dificuldade de serem pautadas e, posteriormente, efetivadas as demandas sociais, restando, aos tribunais, o papel de pôr um fim a esses conflitos.

É, por meio do ativismo judicial, que o juiz suspende os pré-compromissos democráticos, como a Constituição e as Leis, passando a aplicar no local delas, quesitos inerentes a subjetividade do julgador. Abboud (2016, p. 710), explicando um pouco mais, indica haver certa incongruência na definição daquilo que viria ser ativismo.

Em suas palavras, denuncia que o emprego do termo vem sendo colocado com verdadeira poluição semântica, não só para explicar fenômenos distintos, como, também, para justificar decisões judiciais aleatórias. Esse entendimento, por si só, já demonstraria violação ao império da Lei e a sua nocividade ao Estado Democrático de Direito.

Em síntese, o ativismo judicial deve ser entendido como todo e qualquer pronunciamento judicial onde a legitimidade do sistema jurídico vigente é sobrestada em favor das convicções subjetivas do julgador. Exatamente nesse ponto que a crítica deve se ater, pois não se pode legitimar o uso da discricionariedade judicial por meio das convicções pessoais de quem quer seja, em detrimento do que constam nas fontes normativas (ABBOUD, 2016, p. 716).

É, sob esta ótica que se observa a declaração do ECI por parte da Suprema Corte brasileira como uma incontestada forma de ativismo judicial, a qual possibilitaria a sobreposição da atuação discricionária sobre aquela que deveria vir a ser vinculada ao direito.

Streck (2015, p. 01), quando se refere ao próprio nome da tese em questão, afirma ser de difícil à assimilação para o futuro debate e, quiçá, combate, uma vez que, ele é posto num ambiente que vive sob as regras do Presidencialismo de Coalizão.

As tensões existentes entre o Executivo e o Legislativo acabam, ao final, por fortalecer, cada vez mais, o Poder Judiciário, passando a vitaminar o seu protagonismo, construído sobre o pano do ativismo, como foi o caso da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI).

Para Abboud (2016, p. 739), a declaração do ECI não passa “de uma escancarada Judicialização de políticas públicas no plano federal e em face aos Estados”. Conclui, o autor, informando que não lhes é vedada toda e qualquer forma de políticas públicas. Todavia, a própria vagueza e a fluidez semântica do termo “Estado de Coisas Inconstitucional (ECI)” permite com que ele se torne um álibi para o cometimento de qualquer tipo de ativismo”, o que demonstraria grave risco para o “princípio da separação de poderes e a própria engenharia constitucional brasileira”, fator principal que registra a inadequação da tese colombiana pelo Supremo Tribunal Federal.

Streck (2015, p. 1), falando ainda sobre o ECI, oferece uma outra crítica ao dizer que a Constituição Federal não deve ser encarada como uma carta de intenções e, sim, como

norma fundamental. A colocação do primeiro faz gerar uma série de contradições que, ao final, evidenciam diversas inconstitucionalidades existentes entre o pano normativo e a realidade fática brasileira.

Está nesse país, marcado pelos “sem-teto, sem-saúde, sem-educação e sem-segurança” que a respectiva tese despreza o fato do sistema jurídico não possuir “estruturas, meios e organizações que lhe permitam corrigir essas mazelas por sentenças judiciais” (DE GIORGI; FARIA; CAMPILONGO, 2015).

No mais, a importação da tese do ECI não só coloca políticas públicas a disposição do Poder Judiciário, como, também, proporciona um estado social fundado em decisões judiciais (STRECK, 2015, p. 02-03), o que evidenciaria grave equívoco no caminhar dos passos dos poderes da República.

É importante deixar claro que a disseminação do ideal de Justiça constitucional⁷ nasce no pós Segunda Guerra Mundial. Sampaio (2002, p. 38), ao explicar este movimento que surgia, indica o renascimento das técnicas provenientes da Constituição de Weimar⁸ e da Constituição da Áustria de 1920⁹ que, até então, seguiam sendo sepultas nas duas grandes Guerras.

Nesse sentido, países que vivam sob a *hedge* do totalitarismo¹⁰, aqueles que eram classificados como países de economia periférica na Europa¹¹ e na América Latina¹², ou como os outros países socialistas¹³ e ex-socialistas¹⁴, sem dispensar a lembrança naqueles que

⁷ Esse ideal passou a ser visto, para as novas jurisdições que virão se formar, como um vetor afirmativo que irradiaria estabilidade institucional necessária para aquele país, possibilitando, a eles, uma maior garantia de não dissolução do sistema por vontades despóticas e arbitrárias.

⁸ Segundo Sampaio (2002, p. 38), “Por atribuir ao Tribunal Superior do *Reich* também o poder de fiscalização da constitucionalidade das leis dos *Länder*”.

⁹ Esse tribunal trazia “a criação de uma corte especializada em conflitos constitucionais e uma competência, por provocação dos governantes, federais e estaduais, de anulação de atos normativos, que violassem a constituição federal, com eficácia geral” (SAMPAIO, 2002, p. 38)

¹⁰ Segundo Tonelli (2013, p. 43), “por volta da metade da década de 20 do século XX, o termo totalitário foi utilizado para significar, no nível de avaliação, as características do estado fascista em oposição a um estado liberal. Normalmente, utiliza o termo totalitarismo como referência aos regimes fascista da Itália, Nazista da Alemanha e Stalinista na união Soviética. Não se deve confundir Estado Totalitário com Estado Autoritário. O Totalitarismo caracteriza-se, fundamentalmente, por constitui-se numa ideologia oficial que diz respeito a todos os aspectos da atividade do homem; por um partido de massa dirigido tipicamente por um ditador, por ser um sistema de terrorismo policia, o monopólio tendencialmente absoluto nas mãos do partido, o controle e uma direção central de toda a economia através de coordenação burocrática das unidades produtivas e uma utilização dos meios de comunicação para propaganda do regime. obsta diferenciar totalitarismo de autoritarismo.”

¹¹ Chipre de 1960, a Turquia de 1961, em Malta de 1964.

¹² A exemplo da Guatemala de 1965 e do Chile de 1970/1980, Bolívia com a emenda de 1994, Colômbia de 1991 e Peru de 1993.

¹³ A Checoslováquia de 1968 e a Polônia de 1982/1985.

¹⁴ Albânia em 1998, Bulgária de 1991, Bósnia-Hezergóvina em 1995, Croácia de 1990, Eslovênia de 1991, Hungria de 1989, Iugoslávia de 1992, Macedônia de 1991 e Polônia de 1997.

se formaram com a extinção da União Soviética¹⁵ acabaram passando por surtos democráticos, após a queda do muro de Berlim (em 1989), tornando o capitalismo hegemônico e, conseqüentemente, as estruturas institucionais apresentadas por este modelo.

Diante disso, os nascimentos dos mais diversos modelos democráticos, nos mais variados países, seguiam a regra do governo eleito pelo povo. Mas isso, por si só, não garante a “instauração de um regime democrático capaz de assegurar princípios como o primado da lei, o respeito aos direitos dos cidadãos e o controle e a fiscalização dos governos.” (MOISES, 2008, p. 13).

Tanto no Leste Europeu, como na Ásia e América Latina, países que consolidavam processos eleitorais hígidos passavam a conviver com a existência de governos que, frequentemente, violavam princípios de igualdade, faziam uso da corrupção e a malversação de fundos públicos para realizar seus objetivos, além de impedir o funcionamento dos mecanismos de accountability vertical, social e horizontal.

Em outras palavras, é importante registrar que, agora, não basta mais assimilar a Democracia como “competição, participação e contestação pacífica do poder” (MOISES, 2008, p. 13), mas, sim, a qualidade da Democracia nesses países. Agora, exige-se maior qualidade.

Para isso, a doutrina, acertadamente, elegeu oito pressupostos para a medir a qualidade do sistema político. Assim, conforme afirma Moisés (2008, p. 15), citando Diamond e Molino (2004), um regime democrático implicaria estabelecer, basicamente, as seguintes condições, divididas em dois grupos: uma ligada às regras e práticas de procedimento e, outra, com ligação direta ao seu conteúdo.

As cinco primeiras correspondem a regras e práticas de procedimentos, sendo também relativas ao seu conteúdo: o primado da lei, a participação e a competição políticas, e as modalidades de accountability (vertical, social e horizontal); as duas seguintes são essencialmente substantivas: de um lado, o respeito por liberdades civis e os direitos políticos e, de outro, como consequência do anterior, a progressiva implementação da igualdade política e de seus correlatos, a igualdade social e econômica; por último, é mencionado um atributo que integra procedimentos a conteúdos, ou seja, a responsividade de governos e dos representantes, por meio do que os cidadãos podem avaliar e julgar se as políticas públicas, assim como o funcionamento prático do regime (leis, instituições, procedimentos e estrutura de gastos públicos) correspondem aos seus interesses e às suas preferências.

¹⁵ Armênia e Azerbaijão, ambas em 1995, Bielo-Rússia de 1994, Chechênia em 1992, Letônia em 1991, Lituânia de 1992, a Rússia e Uzbequistão, ambos em 1993.

Na democracia atual, não basta, apenas, o direito de votar e ser votado. Exige-se, dentre outros, o desempenho formal e substancial das instituições, a qual leva a maneira de como os poderes estão a operar entre si. É, nesses termos, que se questiona a supremacia judicial concretizada pelo uso do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) por parte do Supremo Tribunal Federal quando, por razões estranhas, decide importar da Corte Colombiana o raciocínio e aplica-lo ao julgar a ADPF n° 347-DF.

Conforme se viu, a ação buscava obter, por meio do Judiciário, usando do fundamento do ECI, determinada ordem dirigida ao Governo Federal, de cada estado e do DF, que formulassem, num prazo prefixado, plano nacional de combate às precárias condições do sistema carcerário, bem como a proposição de imediato descontingenciamento das verbas publicas, além de determinar ao CNJ que viesse ser coordenado diversos mutirões carcerários.

O Ativismo é escancarado, uma vez que a fluidez e a vagueza semântica do ECI permitiria que a atuação judicante caminhasse no sentido de frustrar as regras do pacto democrático, autorizando que, em nome de princípios genéricos e abstratos, a Separação dos Poderes, nos moldes prostrados no texto constitucional, pudesse vir a ser questionados, se usada a tese geradora do fortalecimento desmedido e desregrado em favor e nas mãos do Poder Judiciário (STRECK, 2015, p. 03) que, em nome da Constituição, atua em sua defesa, seja lá qual for o significado desta afirmação¹⁶¹⁷.

¹⁶ Em recente publicação, Mendes (2018, *online*), ao escrever sobre à postura da Suprema Corte brasileira, afirma que a atuação judicante caminha para uma espiral de autodegração, uma vez que a instituição teria ultrapassado a condição de poder moderador para a de poder tensionador, uma vez que ela multiplicaria incertezas, tensionado diversos conflitos. Para isso, lança diversas perguntas à corte. *In verbis*: "(...) Se Delcídio do Amaral (PT-MS), Eduardo Cunha (MDB-RJ), Renan Calheiros (MDB-AL) e Aécio Neves (PSDB-MG) detinham as mesmas prerrogativas parlamentares, por que, diante das evidências de crime, receberam tratamento diverso? Se houve desvio de finalidade no ato da presidente Dilma Rousseff (PT) em nomear Lula (PT) como ministro, por que não teria havido o mesmo na conversão, pelo presidente Michel Temer (MDB), de Moreira Franco (MDB) em ministro? Se o STF autorizou a prisão após condenação em segunda instância, por que ministros continuam a conceder habeas corpus contra a orientação do plenário, como se o precedente não existisse? Se a restrição ao foro privilegiado já tem oito votos favoráveis, pode um ministro pedir vista sob alegação de que o Congresso se manifestará a respeito? Pode ignorar o prazo para devolução do processo? Se lá chegam tantos casos centrais da agenda do país, como pode um magistrado, sozinho, manipular a pauta pública ao seu sabor (por meio de pedidos de vista, de liminares engavetadas etc.)? Se o auxílio-moradia para juízes, criado em 2014, custa ao país mais de R\$ 1 bilhão por ano, como pôde um ministro impedir que o plenário se manifestasse até aqui? Se a criminalização do porte de drogas responde por grande parte do encarceramento em massa brasileiro, como pode um pedido de vista interromper, por anos, um caso que atenuaria o colapso humanitário das prisões? Se um ministro afirma que Ricardo Lewandowski "não passa na prova dos 9 do jardim de infância do direito constitucional", que Luís Roberto Barroso tem moral "muito baixinha", que Marco Aurélio é "velhaco", que Luiz Fux inventou o "AI-5 do Judiciário", que Rodrigo Janot é "delinquente" e que Deltan Dallagnol é "cretino absoluto", e além disso tem amigos espalhados entre o empresariado e a classe política julgados pelo STF, como expressará isenção nesses casos? Se a Lei Orgânica da Magistratura proíbe juízes de se manifestarem sobre casos da pauta, como podem ministros antecipar posições a todo momento nos jornais?" (Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml>, acesso em 29 de janeiro de 2018)

¹⁷ Além disso, destaca-se o uso retórico do ECI, uma vez que não haveria qualquer necessidade de se lançar mão desta tese no contexto brasileiro, pois já existe legislação processual penal suficiente para atingir os mesmos fins.

Acontecendo, assim, caminharíamos para um momento – se é que já não estamos – de aniquilação normativa da separação de poderes (pilar do Estado Democrático de Direito), fator este gerador de graves questionamentos direcionados à qualidade de nossa democracia.

Não se constrói um país maduro e pronto para superar o autoritarismo por meio de decisões judiciais em qualquer questão fático-problemática. Não é para isto que a jurisdição constitucional deveria servir. A higidez das instituições deve ser respeitada!

Bonavides (2004. p. 127 – 150), ao dedicar estudo à legitimidade da jurisdição constitucional brasileira, orientou importante crítica à atuação da Suprema Corte brasileira, usando como premissa básica, a questão da supremacia judicial, uma vez que, no decorrer da construção do posicionamento da corte, passou-se a evidenciar uma “queda qualitativa no que diz respeito ao emprego desses mecanismos constitucionais de proteção jurisdicional do regime e de suas estruturas” no controle de constitucionalidade concentrado.

É, neste pilar, que o tom crítico a tese do ECI prevalece, uma vez que o uso do argumento faz correr o risco de vir a se tornar judicializável qualquer questão, seja ela do direito ou da política, passando a tornar admissível, por parte do STF, um modo de atuar que adentre “em qualquer matéria, ainda que não haja previsão no texto constitucional para tanto” (ABBOUD, 2015, p. 741).

Não se está, aqui, buscando negar a importância do judiciário e, muito menos, a centralidade de seu papel no cumprimento dos termos descritos na Constituição Federal de 1988, mas, sim, o seu modo de operar¹⁸ e qual a consequência disso para Democracia. Nas palavras de Abboud (2016, p. 741):

Admitir que o STF se pronuncie sobre qualquer mazela do cenário brasileiro é ignorar a fórmula democrática posta na Constituição. Em termos mais diretos é ignorar a própria democracia constitucional. Nossa afirmação não é nenhuma novidade, ela deita raízes no conceito de governo misto e que está retido em Montesquieu e nas observações relativas a necessidade de um poder que controla o poder.

Entendemos, portanto, que o tom de crítica ao ECI é não só válido como imprescindível, pois demonstra preocupação para questões pontuais, umbilicalmente ligadas ao modelo de decisão ativista, usado para aplicar legitimidade do sistema jurídico.

Portanto, nada justificaria a atuação ativista do Judiciário neste quesito, tampouco deve ser admitido a sua superposição (STRECK, 2015, p. 04-05).

¹⁸ O tom crítico aqui quer é proporcionar melhores reflexões e lembranças de que a Corte Suprema tem como objeto de controle de constitucionalidade as normas jurídicas, não, portanto, a realidade empírica (STRECK, 2015, p. 03).

Portanto, a guisa de conclusão, é importante registrar que compartilhamos de tais críticas, uma vez que a sua otimização acabaria por gerar maior qualidade da Democracia, uma vez que a atuação dos poderes, caminhará para a convivência harmônica e independentes entre si, possibilitando, ao Poder Judiciário, racionalização de sua atuação, o que, em outras palavras, o devido respeito à premissa do Estado de Direito, evitando que tiranias, de qualquer que seja o Poder Público – Executivo, Legislativo ou Judiciário – volte a acontecer. A América Latina, bem como todo o restante do mundo, já experimentara muitas delas. Não se pode dar azo para que uma nova floresça.

CONCLUSÃO

O Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) aparece, de fato, por meio da *Sentencia* T 025/2004, assumindo papel muito mais ativo, diante de eventual omissão estatal. Aqui, a Corte passaria a buscar um modelo de coordenado de ação, a fim de alcançar superação da flagrante violação massiva de direitos fundamentais, passando a exigir intervenção por parte do Estado, na dimensão dos Três poderes da República, cumulado com coordenação de todos os estados-membros da Federação.

Diante disso, para a conflagração do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), exige-se que sejam percebidos três pressupostos: 1) o da verificação de um quadro deficitário, bem como de violação massiva e contínua para com um número de diferentes direitos fundamentais e que, por sua vez, afeta um amplo contingente de pessoas; 2) o segundo pressuposto é o ato omissivo reiterado por parte dos poderes públicos para com o cumprimento de suas obrigações na defesa e garantia dos direitos fundamentais; 3) o terceiro tem a ver com as medidas necessárias para fins de superação do ECI, ou seja, para solucionar, necessário será se exigir o cumprimento de soluções e ordem a não só um órgão em específico, mas a todo um conjunto de órgãos. Foi, nesse sentido, inclusive, que a Suprema Corte considerou. Quando do julgamento da ADPF nº 347, o tribunal passou reconheceu a tese, indicando a falência de nosso sistema carcerário brasileiro, passando a adotar diversas providências estruturais, na tentativa de reestabelecer os moldes prostrados pela Corte Colombiana.

Todavia, seu modo de atuar deixou claro a evidente supremacia judicial que, ao final, tornava a decisão do Supremo Tribunal Federal ativista, ou seja, a atuação da Corte teria o condão de suspender o pacto democrático pondo, no seu lugar, às convicções pessoas do

juiz. Fato este absolutamente perigoso, uma vez que o exercício do poder passa a tomar corpo sem racionalização jurídica alguma.

Não se pode, sob qualquer desculpa, enxergar esse movimento como fortalecedor da Democracia e, é, em relação à diminuição de sua qualidade, que a crítica construída aqui se orienta, busca gerar maior qualidade da Democracia. A atuação dos Poderes, quando se destinam à convivência harmônica e independente entre si, acaba por lhes vincular à premissa do Estado de Direito, evitando que, tiranias, de quaisquer Poder voltem a ser postas em evidência. Ao Direito, a racionalidade jurídica, apenas. É disto que se trata.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)**. Estud. av., São Paulo, v. 18, n. 51, p. 127-150, Aug. 2004. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200007&lng=en&nrm=iso>. Acessado em: 31 Jan. 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142004000200007>.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4983-CE, Relator Ministro Marco Aurélio, Plenário, julgado 06/10/2013.

BRASIL. **Partido Socialismo e Liberdade - PSOL**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental com pedido de concessão de Medida Cautelar nº 347-DF. Advogado Daniel Sarmento. 2015a.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 – DF. Relator Ministro Marco Aurélio. Plenário. Julgado: 09/09/2015. 2015b.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional (ECI)**. Salvador: JusPodivm, 2016.

DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. Opinião: **Estado de Coisas Inconstitucional (ECI)**. Estadão, São Paulo, 19 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

DO VALE, Luis Manoel Borges; SILVA JÚNIOR, Denarcy Souza e. **Sobre ativismos e discricionariedades: STF e o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI)**. Coords. Antonio Celso Baeta Minhoto, Celso Hirochi Iocohama, Marcelo Labanca de Araújo. Florianópolis: CONPEDI, 2016. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/73sz1nf2/6c6xh93L4GguINWA.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

DOS SANTOS, Helena Maria Pereira; VIEIRA, José Ribas; DAMASCENO, Luana Regina D'Alessandro; DAS CHAGAS, Tayná Tavares. **Estado de Coisas Inconstitucional (ECI): um estudo sobre os casos colombiano e brasileiro**. Quaestio Iuris. v. 08, n. 04, Número Especial. Rio de Janeiro, 2015. pp. 2.596-2612. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/20941/15320>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

FONTELES, Samuel Sales; VASCONCELOS, Fabíola Farias. **O inconstitucional estado de coisas e o risco de canutização do judiciário.** Artigo publicado no I Congresso Brasileiro de Direito Processual Constitucional: Conteúdos do Processo Constitucional no Cenário Latino-Americano. Foz do Iguaçu/Paraná. 2015.

MOISES, José Álvaro. **Cultura política, instituições e democracia: lições da experiência brasileira.** Rev. bras. Ci. Soc., São Paulo, v. 23, n. 66, p. 11-43, Feb. 2008. Available from http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092008000100002&lng=en&nrm=iso. access on 31 Jan. 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69092008000100002>.

SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio. **A Constituição Reinventada Pela Jurisdição Constitucional.** Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002.

SCHUMPETER, J. A. **Capitalism, socialism and democracy.** Nova York, Harper & Row Publishers. 1950.

STRECK, Lenio Luiz. **Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) é uma nova forma de ativismo.** 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

_____. **O Supremo, o contramajoritarismo e o “Pomo de ouro”.** 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jul-12/senso-incomum-stf-contramajoritarismo-pomo-ouro>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

TATE, Chester Neal. **Why the expansion of judicial power?** In: TATE, C. N.; VALLINDER, T. (Eds.). *The Global Expansion of Judicial Power.* New York/ London: New York University Press, 1995.

TONELLI, Maria Luiza Quaresma. *A Judicialização da Política e a Soberania Popular.* 2013. 126 f. tese (doutorado) – Faculdade de Filosofia, letras e ciências humanas. Departamento de Filosofia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

MENDES, Conrado Hübner. **Na prática, ministros do STF agriem a democracia, escreve professor da USP.** São Paulo: 28/01/2018. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml>. Acesso em 21 jan 2018.

LIMA, George Marmelstein. **O Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) – ECI: apenas uma nova onda do verão constitucional?.** São Paulo: 02/10/2015. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2015/10/02/o-estado-de-coisas-inconstitucional-eci- apenas-uma-nova-onda-do-verao-constitucional/>. Acesso em 20 jan 2018.

SILVA, Kayo César Araújo da. **A (im)possibilidade de mudança social por meio da Justiça Constitucional.** In: *Justiça Constitucional.* Orgs: SANTIAGO, Marcus Firmino e MEIRA, Liziane Angelotti. Brasília: IDP, 2014.