

Introdução

Diante do cenário caótico estrutural em que se encontra o Brasil, principalmente no aspecto político e econômico, evidencia-se o Poder Judiciário diante da sua sobrecarga, quando demandado para solucionar tal problemática.

Gradativamente, fala-se em fenômenos que destacam a máquina judiciária como protagonista, como o Ativismo Judicial e o Estado de Coisas Inconstitucional, sendo que na maioria das vezes sobrelevam as críticas, sobretudo em relação a uma suposta violação ao Princípio da Separação dos Poderes, sob alegação de se transgredir o Estado Democrático de Direito.

É possível verificar a presença de ambos os fenômenos em casos concretos, a exemplo do julgamento da medida cautelar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 347 MC/DF, no qual diante do quadro de violação massiva de direitos fundamentais das populações carcerárias, em razão de omissões do Poder Público, urgiu a necessidade do Judiciário de reconhecer o Estado de Coisas Inconstitucional, como postulado na Arguição, bem como de adotar medidas proativas.

Inicialmente, faz-se mister contextualizar o Ativismo Judicial, de modo a percorrer suas peculiaridades, positivas e negativas, bem como fatores propulsores como a falta de representatividade e a crescente judicialização. Dessa forma, salientar-se-ão, principalmente, as modalidades Reveladora e Inovadora. Estudar-se-á, ademais, a sua aplicação numa conjuntura à luz do Princípio da Separação dos Poderes.

Por oportuno, analisar-se-ão as razões ensejadoras para a gradativa presença do Ativismo Judicial em decisões do Supremo Tribunal Federal - STF, bem como o papel desse órgão no ordenamento jurídico brasileiro, a sua competência e os seus limites diante da função precípua jurisdicional.

Posteriormente, abordar-se-á o fenômeno do Estado de Coisas Inconstitucional - ECI, de modo a elencar os pressupostos para sua configuração. Busca-se, também, averiguar o papel de Tribunais Constitucionais em “litígios estruturais”, evidenciando as declarações do ECI na Corte Constitucional da Colômbia.

Ademais, tratar-se-á da importação desse modelo para o Brasil, examinando o teor da decisão do STF, acerca do pedido liminar na ADPF 347/DF, de modo a ressaltar e analisar o fenômeno do Ativismo Judicial após a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, ante a

omissão de políticas públicas na questão prisional e diante da falta de coordenação entre os Poderes. Inquirir-se-á se fora respeitado o Princípio da Separação dos Poderes, sobretudo diante das “medidas estruturais” adotadas na aludida decisão.

Salientar-se-á o viés dialógico do Ativismo Judicial no reconhecimento do ECI, de modo a priorizar uma “construção coordenada” entre os Poderes, mediante a tomada de “medidas estruturais”, como o diálogo entre os Poderes, bem como a adoção de audiências públicas periódicas, a fim de haver debates, com a presença da sociedade civil interessada, sobre as melhores alternativas para solução de um “litígio estrutural”.

De modo a alcançar os objetivos propostos recorreu-se à pesquisa bibliográfica e documental, por meio de investigações em artigos científicos, decisões judiciais, legislações pertinentes, livros, revistas eletrônicas, e em outros informes oriundos de sites eletrônicos oficiais de instituições nacionais e internacionais.

II O Ativismo Judicial sob à luz do princípio da separação dos poderes

Acredita-se que o surgimento do termo Ativismo Judicial se inclina no campo filosófico-político, ao revés do jurídico, uma vez que se configurou como indagação central uma crítica à legitimidade do Poder Judiciário (RAMOS, 2015). Verifica a utilização desse termo, originariamente, em um artigo publicado, intitulado como “*The Supreme Court: 1947*”, cujo autor Arthur Schlesinger Jr. taxou alguns ministros da Suprema Corte norte-americana de ativistas e outros de praticantes de autocontenção, referindo-se àqueles como agentes que pretendiam efetivar o que assimilavam como justiça social e a estes como indivíduos preocupados com a forma e conservação da norma. (GOMES, 2009)

Decerto, anteriormente à origem do vocábulo “Ativismo Judicial” a sua aplicação já houvera ocorrido algumas vezes nos EUA. Luiz Roberto Barroso (2012), por exemplo, defende que o Poder Judiciário atuou de forma proativa pela primeira vez diante da decisão da Suprema Corte americana quanto à segregação racial. E se assim o foi, nota-se que desde o início, mencionado fenômeno se apresenta em situações delicadas e polêmicas.

Primeiramente, Elival da Silva Ramos (2015) ensina que a observância do Ativismo Judicial é diferenciada nos sistemas jurídicos de *commom law* e *civil law*, sobretudo porque no sistema anglo-saxônico esse fenômeno se torna mais dificultoso de ser identificado que no sistema da família romano-germânica, ao passo que a atuação do Judiciário está mais próxima

da do legislador, conquanto “em diversos segmentos da vida social, a regulação continua a ser, essencialmente, judiciária”. (RAMOS, 2015, p.111)

Prossegue o autor esclarecendo que no sistema *commom law* o fenômeno aludido tem uma conotação positiva:

(...) Não há, pois, necessariamente, um sentido negativo na expressão “ativismo”, com alusão a uma certa prática de jurisdição. Ao contrário, invariavelmente o ativismo é elogiado por proporcionar a adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas, em contraposição ao “passivismo”, que, guiado pelo propósito de respeitar as opções do legislador ou dos precedentes passados, conduziria a estratificação dos padrões de conduta normativamente consagrados. (RAMOS, 2015, p. 112)

Em estudos sobre Ativismo Judicial, Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016, p. 220) assinala cinco premissas normativas, quais sejam:

(...) ser uma questão de postura expansiva do poder político-normativo de juízes e cortes quando de suas decisões, e não de correção de mérito dessas decisões judiciais (...) não é aprioristicamente legítimo ou ilegítimo (...), possui um “caráter dinâmico e contextual da identificação e da validade do ativismo judicial”, há uma “pluralidade das variáveis contextuais que limitam, favorecem, enfim, moldam o ativismo judicial” e, por último, manifesta-se “como uma estrutura adjudicatória multidimensional”.

Quanto à última premissa, ressalta que o mencionado fenômeno é multifacetado, cujas dimensões podem resultar em um ativismo legítimo ou não, a depender de seu contexto. Dessa forma, ao exemplificar tal fenômeno na declaração do ECI, destaca a dimensão metodológica, sob o argumento de que há criatividade em sua formulação, bem como o escopo é de superar omissões devido a falhas estruturais. Aduz, ainda, que essa dimensão do Ativismo Judicial comporta uma “interpretação e aplicação expansiva e inovadora das normas e dos direitos constitucionais” (CAMPOS, 2016, p. 223)

Para Luís Flávio Gomes (2009), há duas vertentes distintas do Ativismo Judicial, a primeira diz respeito ao que complementa o Direito, uma vez que quando aplicado, o juiz apenas revela o direito já existente no ordenamento jurídico, ao passo que ativa o sentido e a extensão, geralmente de um princípio, eis, portanto, o Ativismo Revelador. A outra espécie do fenômeno, diferentemente, inova no ordenamento jurídico, e, por isso intitula-se como

“Inovador”, à medida que o juiz cria regra nova, violando, assim, competência do Legislativo, comportando-se de modo proativo.

Aos que defendem a necessidade do Ativismo Judicial nos pronunciamentos do STF, elucidam que mesmo nessas circunstâncias os ministros não agem de ofício, mas deslindam as causas que lhes são propostas, por serem de sua competência, consoante dispõe o artigo 102 da CF/88. Em outras palavras, o Supremo não se esquivava em sua obrigação de apresentar uma resposta às demandas que lhes são postas. (BARROSO, 2012)

Já os que criticam a aplicação do fenômeno ressaltam que o Ativismo Judicial desencadeia a supremacia judicial, bem como viola o Princípio da Separação dos Poderes, contrariando assim as premissas do Estado Democrático de Direito, e conseqüentemente ocasiona uma insegurança jurídica.

Elival da Silva Ramos (2015) trata do fator impulsionador denominado neoconstitucionalismo de modo crítico, eis que aponta existirem tamanhas fragilidades em sua elaboração, apresentando-se assim como um “modismo intelectual”, ao passo que não possui uma base teórica sólida. Sustenta também que o próprio marco teórico dessa vertente não se diferencia do constitucionalismo *tout court* cujas pretensões residem na segurança jurídica e na liberdade. Acrescenta o autor:

(...) nota-se, pois, que moralistas e realistas (ou sociologistas) jurídicos confluem na propagação do ativismo judicial, arregimentando sob as vestes reluzentes de um mal composto neoconstitucionalismo, as mentes das jovens gerações de juristas e operadores do direito”. (RAMOS, 2015, p. 303)

Segundo Barroso (2012), há fatores propulsores do aludido fenômeno, com destaque para a presença de Princípios, os quais representam características de abstratividade e de generalidade, que por sua vez ensejam maior liberdade ao juiz na sua interpretação; a judicialização da política, uma vez presentes direitos sociais na normativa constitucional, com o dever voltado aos Poderes Legislativo e Executivo para a implementação de políticas públicas; e a Constituição analítica adotada.

Quanto ao fator da judicialização, o autor ressalta três elementos, quais sejam da redemocratização do país, tendo como ápice o advento da CF/88, fator este desencadeador da expansão do Poder Judiciário. O segundo elemento é a constitucionalização abrangente, a analiticidade da Lei Maior, agregando mais matérias ao contexto da observância do Judiciário, e, conseqüentemente viabilizando o debate sobre ações concretas ou políticas públicas ao

alcance do Judiciário. E, por último, o fator do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, o qual possibilita ajuizar inúmeras questões ao STF, sobretudo por via de ação direta.

De acordo com Ramos (2015) à doutrina é dada a incumbência de auxiliar o Poder Judiciário, em vista do equilíbrio entre a criatividade e a ousadia, com o escopo de concretizar a Constituição social-democrática, bem como acerca da observação dos limites advindos da adequada interpretação de seu texto normativo pretendo em se tornar concreto na realidade.

Por fim, ainda que sejam significativas as críticas ao Ativismo Judicial, há situações que legitimam esse fenômeno, com destaque para a promoção dos direitos fundamentais e a proteção das regras do jogo democrático. A propósito, o intuito da atuação proativa do Judiciário reside, sobretudo, em levar princípios e regras da CF que não foram expressamente previstas pelo legislador. Ademais, a judicialização apenas dá margem para duas tomadas de decisão do STF: prezar pela autocontenção ou incorrer no Ativismo Judicial, sendo que na expressiva maioria das vezes aquela prevalece, configurando-se, portanto, a regra, e este a exceção. (BARROSO, 2012)

II.1 O Princípio da Separação dos Poderes

O Princípio da Separação dos Poderes tem seu nascedouro nos ensinamentos de Aristóteles, John Locke e Jean-Jacques Rousseau, mas foi a partir da doutrina de Charles-Louis de Secondat (Montesquieu) que essa teoria fora consolidada e propagada. Com passagens nas Constituições das ex-colônias inglesas da América e fixação na dos Estados Unidos de 1787, o princípio mencionado influenciou expressivas Cartas, tendo se tornado um dogma constitucional inclusive, diante da Revolução Francesa, com a recomendação de ser assegurada em todas as Constituições em prol da garantia dos Direitos do Homem, conforme artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. (SILVA, 2014)

O aludido princípio é evidenciado no ordenamento jurídico brasileiro ao longo da normativa constitucional, sobretudo no artigo 2º da CF/88: “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Quanto à passagem dessa divisão de Poderes, cumpre salientar que se trata da designação constitucional de atividades típicas e atípicas para cada função governamental. É dizer, para a efetiva consecução de seus fins ao Legislativo cabe, precipuamente, a função de legislar, ao passo que ao Executivo de administrar e ao Judiciário de julgar, de modo a aplicar o Direito no caso concreto. (MENDES; BRANCO, 2015)

No que diz respeito às atividades atípicas, verifica-se que cada um dos Poderes pode exercer funções não comuns a sua natureza, com o escopo de manter a sua autonomia e independência. Desse modo, evidencia-se o exercício de tais atividades internamente em seus órgãos, mas também uma certa interferência de um Poder em outro com o intento de realizar um controle e consequentemente manter a harmonia. Exemplifica-se com o julgamento de crimes de responsabilidade do Presidente da República cabível ao Senado Federal, nos termos do artigo 52, I e artigo 86 da CF/88; da competência do Supremo Tribunal Federal em editar súmulas vinculantes, consoante disposto no artigo 103-A da CF; além da possibilidade do Presidente da República em adotar medidas provisórias com força de leis, conforme o artigo 62 da Lei Maior. (MENDES; BRANCO, 2015)

Por outro lado, o Princípio da Separação dos Poderes se apresenta como argumento dos críticos do Ativismo Judicial, em síntese sob alegação de que tal fenômeno usurpa a competência dos demais Poderes, sobretudo do Legislativo.

Nesse toar, Ramos (2015, p. 119) ressalta que:

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.

Sobreleva destacar que, segundo Silva (2014), a Teoria da Separação dos Poderes tem como pressuposto o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), que visa o equilíbrio entre as funções governamentais.

Nesse sentido, assevera Silva (2014, p. 113) que:

A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados. (SILVA, 2014, p. 112)

José Afonso da Silva (2014) ressalva que hoje há uma verdadeira “colaboração de poderes” no sistema parlamentarista e em técnicas da “independência orgânica e harmonia dos poderes” no sistema presidencialista, visto que a Teoria da Separação dos Poderes ganhou uma outra roupagem no Estado contemporâneo, trazendo novas formas de relacionamento entre os Poderes, não configurando mais a rigidez de antigamente.

II.3 O Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal

Foi perante a República, especialmente na Constituição de 1891, influenciada pela doutrina constitucional estadunidense, que a atribuição de guardião da Constituição Federal -CF foi designada ao Supremo Tribunal Federal, bem como as funções de zelar pela ordem federativa, de averiguação de constitucionalidade da aplicação do Direito, diante da interposição de recurso especial, e de solucionar conflitos entre a União e os Estados, ou mesmo entre os Estados-membros. (MENDES; BRANCO, 2015)

A propósito, a criação de um Tribunal Constitucional no Brasil se deve à necessidade de consolidar um instrumento de defesa da Constituição, esta entendida como valores sociais e políticos. (SILVA, 2014)

Gradativamente registram-se casos de Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal, com o escopo de assegurar a sua atribuição de guardião da Carta Magna. Luís Roberto Barroso (2012) cataloga alguns exemplos, como a ADI 3105/DF que dispôs sobre a Reforma da Previdência, quanto à instituição de contribuição dos inativos; a ADI 3510/DF, acerca das pesquisas com células-tronco embrionárias; a ADPF 54/DF, sobre a interrupção da gestação de fetos anencefálicos; o HC 91952/SP e a Súmula Vinculante 11, que dispuseram sobre a restrição do uso de algemas; e a PET 3388/RR, quando da demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol.

A questão crucial se cinge, portanto, na aferição do Ativismo Judicial nas decisões do Supremo. Para tanto, deve-se observar essencialmente as atribuições constitucionais previstas no artigo 102 da CF/88, eis que se trata das competências originárias do órgão. Assim, o que não estiver contido no dito dispositivo, em regra não deve ser tratado pelo STF, exceto se for função atípica. Aclarando, o que não compuser atividades típicas e atípicas do Poder Judiciário e mesmo assim constituir matéria de sua decisão, restará identificada como produto do Ativismo Judicial.

No mesmo sentido, observa-se a ascensão de outros fenômenos jurídicos na Suprema Corte, como a declaração de Estado de Coisas Inconstitucional. Isso se explica pelo fato de a Carta Maior prever mecanismos institucionais que permitem ao Supremo declarar o ECI e seguir com ordens estruturais dirigidas à superação desse estado. Outro exemplo é o mandado de injunção, “destinado à superação de omissões legislativas e administrativas e sendo possível a atuação normativa direta pelo juiz constitucional”. (CAMPOS, 2016, p. 259)

Assevera Campos (2016) que indiscutivelmente o instrumento principal quando da busca do reconhecimento de ECI é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, tendo em vista os seus requisitos condizentes com os objetivos da declaração desse fenômeno.

III A declaração de Estado de Coisas Inconstitucional

Outro fenômeno em ascensão é o Estado de Coisas Inconstitucional - ECI, cujo surgimento do termo e significado é observado na *Sentencia de Unificación* - SU 559, de 6/11/1997, proferida pela Corte Constitucional Colombiana (CCC). Caso esse formulado por uma demanda promovida por diversos professores, das cidades de Zambrano e Maria La Baja, que reivindicaram seus direitos previdenciários sistematicamente violados pelas autoridades públicas. (CUNHA JÚNIOR, 2015)

Lopes e Freire (2016, p. 298) narram que:

Na ocasião, a Corte Constitucional Colombiana constatou a existência de “omissões estruturais e problemas generalizados” que violavam não só os direitos humanos daqueles professores, mas de toda a classe de professores. O descumprimento da obrigação era geral. A referida Corte, por intermédio do que denominou de “dever de colaboração”, declarou o estado de coisas inconstitucional e ordenou a todos os municípios que estivessem naquela mesma situação que corrigissem a inconstitucionalidade dentro de um prazo razoável. Por fim, determinou o encaminhamento de cópias da sentença aos ministros da Educação e da Fazenda e do Crédito Público, ao diretor do Departamento Nacional de Planejamento, aos governadores e assembleias, aos prefeitos e aos conselhos municipais para que fossem tomadas as providências práticas e orçamentárias pertinentes.

A propósito, a Corte Constitucional Colombiana também fez menção ao reconhecimento do ECI em outras decisões judiciais, como a *Sentencia* T-762/15; a *Sentencia*

T-388/13; a *Sentencia* T-025/04; a *Sentencia* T-774/15; a *Sentencia* T-195/15; a *Sentencia* T-153/98. (COLÔMBIA)

A declaração de tal fenômeno é admissível diante da constatação de violações generalizadas, contínuas e sistemáticas de direitos fundamentais. De acordo com Campos (2016), esse fenômeno é vislumbrado quando se constata omissão inconstitucional decorrente de equívocos na coordenação entre os Poderes Executivo e Legislativo, de modo que ocasionam deficiências na promoção de políticas públicas. Pontua, em síntese, três pressupostos essenciais, quais sejam, a identificação de um quadro de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais de determinados grupos sociais; ações e omissões estruturais; e a tomada de medidas estruturais. Segue o autor afirmando que:

(...) configurada uma realidade de massiva e sistemática violação de direitos fundamentais, decorrente da deficiência institucional e estrutural do Estado e de insuperáveis bloqueios políticos, a Corte vai além de afirmar uma “inconstitucionalidade por omissão” para assentar a vigência de um “estado de coisas inconstitucional. (CAMPOS, 2016, p. 20)

Sucedo asseverando que a problemática não reside pura e simplesmente na violação de uma normativa constitucional, mas sim na obstrução da atuação efetiva de um direito fundamental. Em outras palavras, a omissão do poder público diante do dever de atuar quanto a um direito fundamental, mais que violar um dispositivo constitucional, impede a concretização desse direito.

Antonio Pérez Luño (2013) assevera que:

Las circunstancias jurídico-políticas y la propia evolución cultural, que han caracterizado el sucesivo devenir de los derechos y libertades desde la época moderna hasta el presente, han determinado una decantación del enfoque de los derechos humanos. Si en su gestación y primeras manifestaciones fueron contemplados sub specie aeternitatis, hoy no pueden dejar de ser concebidos sub specie historiae. Las profundas transformaciones económicas, científicas y tecnológicas acaecidas desde el periodo de la Ilustración hasta el presente han tenido sus consiguientes repercusiones en la esfera social, jurídica y política. Los Estados de derecho, que tienen uno de sus elementos constitutivos en el sistema de libertades, han experimentado importantes mutaciones y adaptaciones institucionales, con inmediata repercusión en la esfera de los derechos cívicos. Asimismo, la Comunidad internacional ha vivido en su seno cambios y evoluciones, cuya incidencia en el estatuto de los derechos humanos ha sido profunda y relevante.

Destaca Dirley da Cunha Júnior (2015) que nessas circunstâncias, observa-se a omissão de adoção de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias necessárias para evitar e superar determinada violação generalizada e massiva de direitos fundamentais. De modo que tal inércia desencadeia falhas estruturais das instâncias políticas e administrativas.

Nesse toar, a identificação do fenômeno – ECI – tem como escopo a construção de soluções estruturais voltadas à superação de um notório quadro de violação massiva de direitos das populações vulneráveis em face de omissões do Poder Público. A propósito, Cunha Júnior (2015) ressalta que a solução deve ser a partir da atuação conjunta e coordenada de todos os órgãos e autoridades envolvidos, com a implantação de mudanças estruturais. O autor cita exemplos de alocação de recursos e elaboração de novas políticas.

Campos (2016) também cita “medidas estruturais” na solução de litígios sistemáticos, consistindo na superação de bloqueios políticos, institucionais e deliberativos. Para tanto assevera que:

As cortes assumem papéis típicos de agente político: censuram a agenda do governo, apontam omissões inconstitucionais, verdadeiras falhas estruturais, estabelecem a necessidade de novas políticas públicas, definem os parâmetros e as finalidades dessas políticas, interferem na alocação de recursos orçamentários, buscam coordenar as atuações das instituições de governo e supervisionam os resultados dessas medidas. As cortes assumem para si a tarefa de agentes de transformação social em casos excepcionais. (CAMPOS, 2016, p. 217)

O autor prossegue apontando que “medidas estruturais” devem ser tomadas, como a promoção de audiências públicas periódicas, a fim de haver debates, com a presença da sociedade civil interessada, sobre as melhores alternativas para sanarem um litígio estrutural, e uma vez decididas, visualizar o nível de êxito ou deficiências que essas ordens estejam surtindo.

Nesse talante, verifica-se que o ECI permite ao juiz constitucional impor aos Poderes Públicos a tomada de decisões repletas de ações urgentes e necessárias ao afastamento das violações massivas de direitos fundamentais, bem como de supervisionar a sua efetiva implementação. (CAMPOS, 2016)

Destaca David Sánchez Rubio (2007, p. 23): “son muchos los seres humanos que no pueden ni disfrutar ni reapropiarse de sus capacidades reflejadas en la imagen de los derechos”. Afirma que na América Latina há muitos abismos entre o discurso e o ato normativo, entre este e a prática e a sua efetividade. E que, em que pese haja o reconhecimento da importância dos

direitos fundamentais e direitos humanos constitucionalizados, há uma persistente ausência de garantia e de aplicabilidade.

Portanto, meios como Ativismo Judicial pode ser aplicado como um engate a estimular a efetivação da norma, no discurso, na prática e na efetividade no que se refere aos direitos humanos.

Segundo Campos (2016), não há dúvidas da existência de Ativismo Judicial estrutural na declaração de ECI, sobretudo pela razão de que este não está consubstanciado em dispositivo constitucional, tampouco em infraconstitucional, sendo, destarte, criação do Judiciário, à luz de ordem objetiva de direitos fundamentais. Aliás, sobreleva que a declaração desse fenômeno é impreterível para a determinação pela Corte Constitucional (*lato sensu*) de supressão de falhas de políticas públicas, ensejando assim a possibilidade de trabalho interpretativo inovador.

Nesse diapasão, a consolidação do ECI comporta algumas críticas, inicialmente sob a afirmação de que o termo é demasiado abrangente ao passo que se torna difícil combatê-lo. (STRECK, 2014)

Lênio Luiz Streck (2014) apresenta as seguintes indagações:

(...)se a Constituição Federal não é uma carta de intenções e se é, efetivamente, norma, então o Brasil está eivado de inconstitucionalidades. (...) levando isso a fundo, é o Judiciário que vai decidir isso? E como escolherá as prioridades dentre tantas inconstitucionalidades?

Ressalvam Lopes e Freire a ineficiência da questão similar na Colômbia, para sugerir a cautela que deve ser tomada ao adotar o fenômeno do ECI (2016, p. 300):

Contudo, há que se ter em conta que a referida “técnica de decisão” colombiana não obteve êxito em sua própria terra. Por isso, se outros mecanismos referentes a essa técnica forem implementados pela Corte brasileira, quando do julgamento do mérito da ADPF nº 347, será importante levar em consideração os equívocos cometidos a fim de evitá-los. Daí a importância da “conversação” entre as diferentes ordens jurídicas em busca do “aprendizado recíproco e intercâmbio criativo”.

Campos (2016) por sua vez, obtempera que para se evitar a supremacia judicial, as Cortes Constitucionais devem privilegiar esse fenômeno numa roupagem dialógica, é dizer de haver uma “construção coordenada” entre os Poderes com escopo de proteger os direitos fundamentais. Assim, não caberá única e exclusivamente ao Judiciário a última palavra sobre o sentido da Constituição, mas sim a todos os Poderes, de modo a prevalecer o diálogo entre

eles, e, conseqüentemente, extirpa-se a atribuição de erro a um só Poder, quando este incorrer em equívoco diante de uma interpretação constitucional. Desse modo, diante desse viés observa-se necessariamente um dever de equilíbrio entre constitucionalismo e democracia.

III.1 O Estado de Coisas Inconstitucional iminente ante a crise penitenciária brasileira

Inspirando-se na inovação da Corte Constitucional da Colômbia, o Supremo Tribunal Federal, na sessão plenária de 9 de setembro de 2015, declarou de forma inédita no ordenamento jurídico brasileiro o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, diante do sistema carcerário brasileiro, cujo pedido adveio da ADPF 347/DF, protocolada em 27 de maio de 2015, e com acórdão acerca do pedido de medida cautelar publicada no Diário de Justiça Eletrônico em 19 de fevereiro de 2016¹. (CUNHA JÚNIOR, 2015)

Obtemperam Lopes e Freire:

A adoção dessa tese, que não encontra previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro, pelo STF denota o reconhecimento da similitude entre os problemas brasileiros e colombianos, mormente quanto à grave violação de direitos humanos e inobservância a preceitos fundamentais, os quais foram constatados nos sistemas carcerários dos dois países. (LOPES; FREIRE, 2016, p. 287)

Na origem da ADPF 347/DF, impetrada pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, pleiteou-se, liminarmente, o reconhecimento do ECI diante do sistema penitenciário brasileiro e que, conseqüentemente, fossem adotadas providências estruturais em face de violações aos preceitos fundamentais dos presos. Foi relatado que direitos fundamentais estavam sendo violados como a dignidade da pessoa humana, a vedação à tortura e ao tratamento desumano, o direito de acesso à justiça e a direitos sociais, especificamente à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos, diante da superlotação e condições degradantes do sistema prisional.

César Muñoz (2017) junto com a *Human Rights Watch*² em análise sobre a crise penitenciária, no Brasil, declarou que:

¹ A ADPF 347/DF está em trâmite, com autos conclusos ao relator, até a presente data: 29 mai. 2019.

² Tradução livre: “Observatório dos Direitos Humanos”.

O que estamos vendo é uma falha absoluta do estado, que basicamente lava as mãos sobre o que acontece dentro das prisões, renunciando o controle dentro das instalações. Em muitas prisões que visitei pelo Brasil, são os criminosos que têm o controle lá dentro. As autoridades precisam começar a se responsabilizar quando esse tipo de coisa acontece.

A adequação da via eleita foi sustentada pela violação a preceitos fundamentais decorrentes do Poder Público, bem como pela inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesividade. Quanto ao alcance do sentido de “preceito fundamental”, Machado (2005) leciona que somente as normas constitucionais gravadas com a cláusula de fundamentalidade podem ensejar o ajuizamento da ADPF.

Assim, uma vez se tratar essencialmente da dignidade da pessoa humana do preso, bem como sua integridade física e moral, a Arguição proposta foi conhecida por unanimidade.

O PSOL obtemperou que a necessidade de ajuizar a ação urgiu da evidência de atos omissivos e comissivos de todos os Poderes. Sendo que, quanto ao Executivo verificou-se que os órgãos administrativos não criaram a quantidade de vagas prisionais suficiente para atender a demanda da população carcerária. Ademais, observou-se que a União contingenciou recursos do Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN, uma vez que não os repassou aos estados membros. No que diz respeito ao Judiciário, argumentou o desrespeito ao direito à audiência de custódia, tendo este valor imprescindível para a diminuição da superlotação carcerária. E por fim, quanto ao Legislativo, asseverou a observância da criação de políticas criminais insensíveis, denominadas de legislação simbólica decorrente do conhecido populismo penal, as quais tão somente contribuem para superlotação dos presídios e conseqüente falta de segurança na sociedade.

Ao deferir parcialmente o pedido liminar formulado na ADPF 347/DF, o Relator Min. Marco Aurélio Mello assim determinou:

- (a) a proibição do Poder Executivo de contingenciar os valores disponíveis no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, bem como a liberação do saldo acumulado do FUNPEN, pela União, para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos; e
- (b) aos Juízes e Tribunais que passassem a realizar audiências de custódia para viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária, num prazo de até 24 horas do momento da prisão. (STF, ADPF 347 MC, Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 9/9/2015, DJe-031 19/2/2016)

Posteriormente, por maioria dos votos, a proposta do Min. Luís Roberto Barroso também foi deferida, determinando a concessão de cautelar de ofício “para que se determine à União e aos Estados, e especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional”. (STF, ADPF 347 MC, Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 9/9/2015, DJe-031 19/2/2016).

IV O Ativismo judicial à luz da ADPF 347/DF

Diante do quadro constatado de evidentes violações aos direitos fundamentais, de modo reiterado e massivo, questiona-se a legitimidade do Ativismo Judicial presente nas ordens estruturais, após a declaração do ECI, à luz do julgamento da medida cautelar da ADPF 347/DF.

Dessas ordens, observa-se que o próprio Judiciário as estabeleceu também a si próprio, bem como ao Executivo.

No caso em concreto, asseverou o Relator, Min. Marco Aurélio Mello (2016), que o STF se apresenta como órgão capaz a superar os bloqueios políticos e institucionais, de modo a retirar os demais Poderes de sua inércia, bem como de “catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados”. Prossegue afirmando que:

Não lhe incumbe, no entanto, definir o conteúdo próprio dessas políticas, os detalhes dos meios a serem empregados. Em vez de desprezar as capacidades institucionais dos outros Poderes, deve coordená-las, a fim de afastar o estado de inércia e deficiência estatal permanente. Não se trata de substituição aos demais Poderes, e sim de oferecimento de incentivos, parâmetros e objetivos indispensáveis à atuação de cada qual, deixando-lhes o estabelecimento das minúcias. Há de se alcançar o equilíbrio entre respostas efetivas às violações de direitos e as limitações institucionais reveladas na Carta da República. (STF, ADPF 347 MC, Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 9/9/2015, DJe-031 19/2/2016).

Quanto aos entraves políticos, o Relator sobrelevou o fato de a tutela das questões dignas de encarceramento ser de pouco prestígio popular. Explica também que os condenados criminalmente são impedidos de votar e que são minoria socialmente desprezada, razões pelas quais não atraem tampouco a preocupação política, desencadeando o chamado “ponto cego legislativo”, com raras exceções.

No que tange os direitos fundamentais da pessoa presa, diante desse sistema penitenciário falho, observou o Ministro que:

A maior parte desses detentos está sujeita às seguintes condições: superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual. (STF, ADPF 347 MC, Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 9/9/2015, DJe-031 19/2/2016).

Diante dessa conjuntura de violações massivas e reiteradas aos direitos fundamentais no sistema carcerário nacional, o Ativismo Judicial se demonstra num viés Revelador, ao passo que expõe os direitos fundamentais do preso já existentes no dispositivo constitucional, mas que ainda não foram concretizados. É dizer, urge a necessidade de o Judiciário determinar que o Poder Executivo garanta a dignidade da pessoa presa, por exemplo mediante a liberação do saldo acumulado do FUNPEN para o repasse aos estados-membros, a fim de que estes aperfeiçoem seu sistema penitenciário, seja com a construção de novas unidades presidiárias, seja com o desenvolvimento de programas de ressocialização.

Ademais, observa-se também a existência de Ativismo Judicial na concessão de cautelar de ofício para o devido encaminhamento de informações – um diagnóstico e um plano de ação – sobre a situação prisional ao STF, pela União e pelos Estados. Nesse sentido vislumbra-se um viés dialógico do fenômeno, à medida que se busca viabilizar a obtenção de informações precisas do assunto, para a construção de soluções conjuntas entre os Poderes.

Sobreleva destacar que não há discricionariedade à Administração Pública quanto ao cumprimento dos deveres e garantias constitucionais, devendo zelar pela execução dos direitos fundamentais, sobretudo em proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana. Restando ao Judiciário a incumbência de ordenar a prestação do serviço estatal quando inexistir a atuação específica do Estado, a fim de se efetivar determinada política pública. (CARDOSO; PESSOA; SOUSA, 2015)

Portanto, frisa-se o caráter Revelador do Ativismo Judicial na aludida decisão, porquanto se evidenciaram direitos renunciados na normativa constitucional aos detentos, mas que não estavam sendo garantidos, devido a omissões emanadas da Administração Pública. E mais, depreende-se da análise do julgado, a roupagem dialógica do Ativismo Judicial aplicado,

haja vista o escopo de interação institucional com fito de um objetivo comum. (LOPES; FREIRE, 2016)

Destarte, diante do Ativismo Judicial Revelador, quando das “medidas estruturais” adotadas após a declaração da ECI na ADPF 347 MC/DF, não se observa a supremacia judicial, tampouco a violação do Estado Democrático de Direito, mas sim a extração de direitos constitucionais para a realidade social. A propósito, constata-se da decisão da medida cautelar ordens estabelecidas ao próprio Judiciário, destacando-se assim o escopo dialógico, haja vista se buscar o trabalho conjunto dos Poderes para sanar a problemática do sistema penitenciário brasileiro.

V CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fenômenos vanguardistas no ordenamento jurídico, como o Ativismo Judicial e o Estado de Coisas Inconstitucional, são comumente criticados, sob o argumento de serem verdadeiros mecanismos motivadores da supremacia do Judiciário, da violação da Separação de Poderes e de, conseqüentemente, desrespeitarem substancialmente o Estado Democrático de Direito.

Todavia, faz-se mister uma reflexão da legitimidade desses fenômenos, diante da conjuntura de uma nação que apresenta problemas de ordem estrutural, sobretudo devido a omissões inconstitucionais na construção e organização de políticas públicas efetivas, em prol dos direitos fundamentais. Elucidando, observa-se o sistema penitenciário brasileiro, cujos “olhos” políticos e administrativos – e por que não dizer também judiciários – mais parecem estar com vendas. Eis que a ADPF 347/DF trouxe à tona a observância de falhas estruturais notórias, como falta de criação de vagas prisionais para atender de forma digna a crescente demanda carcerária, contingenciamento de recursos da FUNPEN, destinados aos estados membros para a melhoria de suas penitenciárias e ausência de audiências de custódia, além da legislação simbólica quanto a políticas criminais, haja vista serem inservíveis.

Diante de quadros como esse, o Ativismo Judicial se apresenta como meio propulsor de “desenraizar” os Poderes de sua inércia, a fim de que cumpram os seus respectivos deveres, em prol da garantia de direitos fundamentais da pessoa presa. Aliás, diante da provocação ao Judiciário para que se manifeste sobre tal cenário falido, plausível é o posicionamento proativo desse Poder, mediante o reconhecimento de um ECI e a conseqüente determinação de “medidas estruturais” a fim de sanar o litígio sistemático e persistente.

Entretanto, para se obstar a supremacia judicial, os Tribunais Constitucionais, ao declararem um ECI, devem estar revestidos com o Ativismo Judicial sob o viés dialógico, com o escopo de haver uma “construção coordenada” entre os Poderes, a fim de resguardar e dar a devida efetividade aos direitos fundamentais. Faz-se necessária, portanto, a formulação de ordens flexíveis e o seu constante monitoramento jurisdicional, para com os demais Poderes. Frise-se que, também, deve-se zelar pelo Ativismo Judicial Revelador, cujos preceitos fundamentais são extraídos da normativa constitucional para a sua concretização na realidade.

Destarte, não caberá única e exclusivamente ao Judiciário a última palavra sobre o sentido da Constituição, mas sim a todos os Poderes, subsistindo o diálogo e o trabalho conjunto entre eles, a fim de se observar, consecutivamente, um dever de equilíbrio entre constitucionalismo e democracia.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. RFD- Revista da Faculdade de Direito- UERJ, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br>> Acesso em: 18 out. 2017.

_____. *Judicialização, ativismo Judicial e legitimidade democrática*. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, 2012, pp. 23-32. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 1º mai. 2019.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 7 mai. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 347/DF*. Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. 19/02/2016, acórdão. DJE 19/02/2016 - ATA Nº 13/2016. DJE nº 31, divulgado em 18/02/2016. Por maioria e nos termos do voto do Relator. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 19 abr. 2019.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: Ed. JusPodvium, 2016.

CARDOSO, Henrique Ribeiro; SOUSA, Otavio Augusto Reis de; PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. *Possibilidade e limites do controle judicial das ações e das omissões da Administração Pública na implantação de políticas públicas com sede constitucional*. Ano 15 - n. 61 | julho/setembro - 2015 Belo Horizonte | p. 1-270 | ISSN 1516-3210 A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/viewFile/25/369>>. Acesso em: 8 mai. 2019.

COLÔMBIA. *Corte Constitucional de Colombia*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co>>. Acesso em: 5 mai. 2019.

CUNHA JÚNIOR., Dirley da. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 2015. Disponível em: <<https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/264042160/estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acesso em: 5 mai. 2019.

GOMES, Luiz Flávio. *STF - ativismo sem precedentes?* 2009. Disponível em: <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,stf-ativismo-sem-precedentes,379413>>. Acesso em: 18 abr. 2019.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; FREIRE, Cylviane Maria Cavalcante de Brito Pinheiro. *Direitos Fundamentais & Justiça*. Ano 10, n. 35, p. 285-312. Belo Horizonte: jul./dez. 2016.

LUÑO, Antonio Henrique Pérez. *Las generaciones de derechos humanos*. 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/REDESG/article/view/10183/pdf_1#.XP7zZYhKjIU>. Acesso em 5 jun. 2019.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Direito Constitucional*. Vol. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. revista e atualizada. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015.

MUÑOZ, César. 'Estado lava mãos', diz pesquisador espanhol sobre crise prisional no AM. 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2017/01/estado-lava-maos-diz-pesquisador-espanhol-sobre-crise-prisional-no-am.html>>. Acesso em: 2 jun. 2019.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015.

RUBIO, David Sánchez. *Repensar Derechos Humanos – De la anestesia a la sinestesia*. S. L. 1ª ed. España: Editorial MAD, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo*. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 20 abr. 2019.