XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

MARCOS LEITE GARCIA

MARCUS FIRMINO SANTIAGO

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

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

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

D597

Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Lucas Gonçalves da Silva; Marcus Firmino Santiago; Marcos Leite Garcia– Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-565-2

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

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Sociedade. 3. Gestão. 4. Administração. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (26 : 2017 : São Luís/MA, Brasil).

CDU: 34

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

Universidade Federal do Maranhão - UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

O XXVI Congresso Nacional do CONPEDI, realizado na cidade de São Luís, MA, entre os dias 15 e 17 de novembro de 2017, proporcionou a reunião de diversos professores e pesquisadores dedicados ao estudo dos Direitos e Garantias Fundamentais. Tema de tamanha relevância e apelo entre os estudiosos que deu ensejo ao desdobramento do Grupo de Trabalho em dois, a fim de permitir mais aprofundado debate sobre questões extremamente atuais e relevantes.

Como de hábito nos Grupos de Trabalho do CONPEDI, o pensamento jurídico brasileiro foi representado por pessoas vindas de norte a sul do país, compondo um amplo espectro de orientações conceituais, em um rico diálogo entre diferentes escolas.

Os diversos artigos que ultrapassaram o filtro da avaliação cega foram apresentados por seus autores e ensejaram vibrantes discussões, que propiciaram substanciais conhecimentos a todos os presentes e certamente farão o mesmo aos leitores deste volume.

Os primeiros artigos abordam questões conceituais essenciais à plena compreensão e aplicação dos direitos fundamentais. Assim, o tema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais é tratado em dois textos. O antigo e sempre atual debate sobre a construção de categorias taxonômicas e a tormentosa categorização da dignidade humana são objeto dos dois estudos seguintes. O direito de resistência, preocupação presente desde as primeiras reflexões sobre direitos fundamentais, completa este parte inicial.

Não poderia faltar o sempre necessário debate sobre a atuação do Poder Judiciário, tema de dois outros textos.

Os direitos de liberdade foram amplamente visitados por meio de artigos que trataram da liberdade religiosa; da proteção ao domicílio; do direito ao esquecimento; e do aborto. O direito à saúde foi discutido à luz da celeuma acerca da assim chamada 'pílula do câncer'. E algumas das questões sociais mais candentes da atualidade foram contempladas por estudos que abordaram a igualdade e as diferenças de gênero; o auto-reconhecimento racial no âmbito do trabalho doméstico; e o meio ambiente do trabalho face às evoluções digitais.

Como se percebe, diversos dentre os principais marcos teóricos que embasam o debate contemporâneo sobre os direitos fundamentais são contemplados, conectando-se a questões atuais e altamente relevantes, que precisam ser enfrentadas à luz de diferentes (embora não necessariamente novos) paradigmas conceituais.

Coordenadores:

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - PPGD Universidade Federal de Sergipe - UFS

Prof. Dr. Marcos Leite Garcia - PPGD Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago - PPGD Centro Universitário do Distrito Federal - UDF

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E O RISCO DESSE ATIVISMO JUDICIAL

THE UNCONSTITUTIONAL THINGS OF STATE AND RISK THAT JUDICIAL ACTIVISM

Bruno Marcelo Ferreira Fernandes
Adalberto Simão Filho

Resumo

Esse artigo versa sobre o instituto do Estado de Coisas Inconstitucionais, a partir da sua aplicabilidade no direito comparado, e seus reflexos no sistema brasileiro. Fenômeno analisado com base na distinção entre ativismo judicial e judicialização, para se compreender como foi que ocorreu o agigantamento do judiciário frente aos outros poderes. Essa nova forma de interpretação e aplicação dos princípios constitucionais necessita ser vista apoiada na hermenêutica jurídica. Trata-se de uma matéria que necessariamente deve estar ancorada na teoria do direito, com o fim de se resguardar a segurança jurídica e a separação de poderes.

Palavras-chave: Estado de coisas inconstitucional, Ativismo judicial, Judicialização. riscos do ativismo

Abstract/Resumen/Résumé

This article deals with the institute of the State of Unconstitutional Things, from its applicability in comparative law, and its reflexes in the Brazilian system. Phenomenon analyzed based on the distinction between judicial activism and judicialization, in order to understand how it happened that the juridical enlargement of the judiciary in front of the other powers. This new form of interpretation and application of constitutional principles needs to be supported by legal hermeneutics. This is a matter that must necessarily be anchored in the theory of law, in order to safeguard legal certainty and separation of powers.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Unconstitutional state of things, Judicial activism, Legalization, Risks of activism

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa abordar o ativismo judicial e a judicialização, de maneira a analisar esse fenômeno a partir do direito comparado. Ainda, será apresentado com mais veemência o instituto do estado de coisas inconstitucionais – ECI, suscitado pela Corte Constitucional Colombiana. Ademais será tratado os riscos do ativismo judicial desmedido e a necessidade de abertura a uma discussão por parte da doutrina, de como deve ocorrer essa influência do judiciário em outros poderes.

No primeiro capítulo é conceituado o movimento da judicialização, sua origem e exemplos de como é percebida no direito comparado. Passa-se então a analisar a separação de poderes, os limites que há entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. E por fim a análise desse fenômeno da judicialização no Brasil.

O estado de coisas inconstitucionais-ECI, tese defendida pela Corte Constitucional Colombiana, é definido no segundo capítulo. Essa tese trata do agir proativo e expansivo do judiciário em casos que se confirma a violação massiva de direitos ou falhas estruturais, que envolvam outros órgãos. Por seguinte é abordado a aplicação desse instituto importado do direito comparado no Brasil.

O terceiro capítulo se debruça sobre o risco que há em se admitir a aplicação do instituto da declaração do estado de coisas inconstitucionais sem critérios. Defende a necessidade do magistrado se pautar numa análise hermenêutica para a aplicação dessa tese. Essa abordagem visa a segurança jurídica, e a assegurar a separação de poderes entre os órgãos.

Trata-se de um trabalho analítico e teórico, que foi desenvolvido através do método dedutivo.

1. A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO

1.1 Conceito

O judiciário, na condução de suas decisões e a expansão de suas atribuições frente ao Executivo e ao Legislativo, tem sido objeto de discussão por estudiosos, sobre os limites de sua atuação. A judicialização da política, também denominada de “ativismo judicial”, “governo dos juízes” e “judiocracia”, é definido como o efeito da ampliação da atuação do judiciário, no processo decisório. Trata-se de um fenômeno mundial, que se repetem nos demais países democráticos, percebido a partir do pós-segunda guerra, em que cortes constitucionais

protagonizaram decisões importantes de grande abrangência política, e decidiram sobre temas controvertidos na sociedade.

O movimento neoconstitucionalista surge a partir da necessária reformulação do constitucionalismo fraco, que não conseguira evitar o acontecimento de duas grandes guerras mundiais, de maneira a romper com o pensamento positivista. Com o foco do direito voltado para o constitucionalismo, se alcançou diversos avanços, embora, em contradição, fora concedido a tarefa da discricionariedade para as decisões ao judiciário. Dessa maneira, o novo constitucionalismo fora feito via poder Judicial.

Para Tassineri (2012):

> Aprofundando a temática, a judicialização da política deve ser compreendida como um fenômeno *circunstancial*, porque decorrente de um contexto de fortalecimento da jurisdição no pós-Segunda Guerra Mundial, e ao mesmo tempo, *contingencial*, no sentido de que o Judiciário é chamado a intervir pela inércia de algum dos outros Poderes do Estado.

Viana (1999. p. 11) define que:

> "O poder Judiciário começa a ser percebido como um estuário para as insatisfações existentes com o ativismo legislativo do Executivo, sendo convocado ao exercício de papéis constitucionais que o identificam como guardião dos valores fundamentais."

Grandes mudanças ocorridas na sociedade, ocasionaram a judicialização política, como a decadência da representatividade do Legislativo e do Executivo, frente a sociedade. Nesse tempo em que os indivíduos já não clamam por liberdades ou por maior participação, mas sim por reconhecimento a garantias e concretização de direitos.

De um lado se tem a judicialização, a partir da Constituição de 1988, que atribuiu ao judiciário o tratamento de inúmeros questões políticas, antes tratadas pelas outras esferas da sociedade. Por outro lado, houve uma maior complexidade das relações sociais e seus conflitos passaram a ser resolvidos via judiciário. Conforme definição dada por Axel Honneth, a judicialização pode ser distinguida através de dois pressupostos que seria a reificação e a judicialização.

A reificação é definida como o "esquecimento do reconhecimento". Diz respeito as maneiras de atribuir identidade aos indivíduos nas relações interpessoais e a geração de reciprocidade oriunda dessas relações. Essas relações deram origem a um novo modo de "coisificação", em que, segundo Honneth, "a generalização, na era capitalista, das trocas de mercado". Assim, referenciais como a tradição, a simbologia, que aproximam uma sociedade,

dão espaço a uma nova linguagem universal, eminentemente comercial, teleologicamente voltada a própria lógica do mercado (Honneth, 2012).

No que diz respeito a judicialização das relações sociais, essa perda de conectividade entre os indivíduos da sociedade, falta de reconhecimento e identidade se constitui como uma possível causa. A judicialização da política, por sua vez, tem um significado bem específico e concreto que é: a expansão do poder: a) dos juízes e a consequente transferência do poder de criação normativa, característico do Legislativo, para o judiciário; e b) a criação de métodos e técnicas decisórias fora daquilo que habitualmente tem sido utilizado (Honneth, 2012).

Há inúmeros exemplos, como os ocorridos no Canadá em que sua Suprema Corte se manifestou sobre se era constitucional ou não o teste de mísseis feitos pelos Estados Unidos em solo canadense. Em Israel, há outro caso relevante sobre a construção de um muro para separar a fronteira com a Palestina. Na Coreia o judiciário restituiu um mandato de um presidente que havia sido destituído por impeachment.

Esse agigantamento do Judiciário na decisão de políticas públicas que deveriam ser resolvidas pelo Executivo ou pelo Legislativo, acende uma luz de alerta, no que diz respeito ao ativismo judicial.

Diferença necessária e importante se dá com relação a esse tema, do ativismo judicial e a judicialização da política, que será melhor abordado no capítulo 3.

1.2 A separação de poderes e a judicialização da política

O princípio da separação dos poderes, está previsto no art. 2º da Carta Magna, que espelha o caráter representativo ao exercício dos poderes do Estado de forma democrática, subordinado a manifestação popular. Esse modelo foi idealizado por Montesquieu, em sua obra "O Espírito das Leis", em que atribuía uma rígida separação de poderes, e que ficava a cargo do juiz somente aplicar as palavras da lei *(bouche de la loi)*, de forma engessada, afastando a possibilidade da criatividade por parte deste.

Na atualidade já não mais se aplica essa separação de poderes de forma estanque, de modo que interferências mútuas são admitidas, de um poder no outro. Nas palavras de Canotilho, a separação de poderes se fundamenta de duas formas: a separação como limitação e controle do poder, e a separação como forma de organização do poder do Estado, da qual garante a esfera jurídico-subjetiva dos indivíduos (Canotilho, 1992, p. 369). Nesse contexto, o art. 2º da Carta Magna traz a definição de que os poderes são harmônicos entre si, de maneira

que há um sistema mútuo de freios e contrapesos (checks and balances), como forma de assegurar o equilíbrio e de afastar o arbítrio.

O modelo que fora apresentado por Montesquieu, de separação dos poderes dá lugar ao modelo de controles recíprocos, advindo do modelo constitucional americano.

Capeletti (1999, p. 49) ressalta que o agigantamento do Judiciário, frente aos outros poderes, se mostra necessário, para que haja o equilíbrio. Esse autor explica que:

> O judiciário, principalmente nos Estados Unidos, tornou-se um terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador. Os juízes tornaram-se os controladores não só da atividade (civil e penal) dos cidadãos, como também dos "poderes políticos", não obstante o enorme crescimento destes no estado moderno, e talvez justamente em virtude desse crescimento".

O princípio da separação de poderes tem um papel muito importante na limitação do poder e na organização do Estado. Dessa feita, há uma relação muito forte entre este e a judicialização, no que diz respeito aos limites de um e outro Poder.

1.3 A judicialização da política no Brasil

Embora já se discuta sobre o assunto há algum tempo, no direito comparado, como por exemplo, na obra de John Hart Ely (Democracy and distrust, 1980), de Charles Beard (The Supreme Court and Constitution, 1912 e de Jurgen Habermas (Direito e Democracia, 1992). No Brasil, esse tema ganhou maior relevo com a promulgação da Constituição de 1988, a partir da promulgação da Carta Magna de 1988. A doutrina aponta três grandes movimentos que deram origem a essa maior judicialização no Brasil, que foi: a redemocratização, a criação de uma constituição abrangente e a adesão do sistema de controle de Constitucionalidade.

A redemocratização diz respeito às garantias conferidas a magistratura, que deixou de ser um órgão de serviço técnico e especializado, para se tornar um poder político. O aumento da relevância do Ministério Público e de sua área de atuação e também da Defensoria Pública. Em suma, conferiu maiores poderes ao Judiciário e aumentou a demanda por direitos por parte da sociedade.

A Constituição mais abrangente "trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária"(Barroso, 2010). Foi constitucionalizado matérias políticas e assim, transformada em uma pretensão jurídica. Em casos como o acesso à educação em que era simplesmente uma prestação estatal,

agora constitucionalizada, passa a ser passível de ser exigida e cobrada por meio da sociedade de forma mais concreta, via judiciário.

A terceira causa de judicialização compreendida como sistema de controle de constitucionalidade, adotado no Brasil, é tido como um dos mais abrangentes do mundo. Esse modelo é definido como hibrido, uma vez que tem influência tanto do modelo de controle de constitucionalidade americano (controle incidental e difuso), quanto do modelo europeu (controle concentrado). Dessa maneira, qualquer que seja a matéria política pode ser suscitada as cortes superiores para que decidam.

Atualmente vive-se um momento em que há uma grande carência da realização de direitos e na outra ponta uma Constituição altamente garantidora de direitos (Streck, 2016). Morais (1996, p. 67) ensina que:

> O Estado Democrático de Direito, teria a característica de ultrapassar não só a formulação do Estado Liberal de Direito, como também a do Estado Social de Direito – vinculado ao *Welfare State* neocapitalista – impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade. O Estado Democrático de Direito, ao lado do núcleo liberal agregado à questão social, tem como questão fundamental a incorporação efetiva da questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado garantir através do asseguramento mínimo de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade. Ou seja, no Estado Democrático de Direito a lei passa a ser, privilegiadamente, um instrumento de ação concreta do Estado, tendo como método assecuratório de sua efetividade a promoção de determinadas ações pretendidas pelo ordem jurídica.

O Estado democrático de direito assume um papel de realizador das vontades do Estado Social. A Carta Magna prevê o direito e os meios processuais, como o mandado de injunção, a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo, dentre outros, na busca da concreção da função social ainda não cumprida.

Na definição dada por Luis Roberto Barroso, há grande aproximação entre ativismo e judicialização, uma vez que estes seriam primos, oriundos da mesma família (Streck, 2016).

Na definição abordada por essa pesquisa, não há parentesco algum entre os dois institutos, por possuírem origens distintas.

O ativismo judicial, nas palavras de Tassinari e Oliveira (2012): “está umbilicalmente associado a um ato de vontade do órgão judicante. Já a judicialização diz respeito a expansão da sociedade, ao aumento do número de regulações capilarizadas no judiciário. A judicialização está ligada ao político, presente em democracias mais modernas.

O ativismo judicial é a situação em que o judiciário atua na construção de situação que garanta a efetivação de direitos fundamentais, que deveriam ter sido garantidos pelo poder

Executivo ou Legislativo, que por inércia desses, seja pela alegação de falta de recursos ou de inércia não atuam.

Capelletti (1999, p. 50) reconhece a importância desse maior relevo concedido ao judiciário como meio necessário para fazer o contrapeso à expansão dos "ramos políticos". O autor aponta o problema do ativismo judiciário:

> Na criatividade jurídica dos legisladores democraticamente eleitos (parlamentares) e dos administradores públicos (executivo) há maior grau de "legitimação" do que no "ativismo judiciário", já que a criatividade jurídica da magistratura é caracterizada pela tradição de independência política e isolamento.

Essa distorção do exercício das funções de fiscalizador da lei, que o judiciário tem, que agora passa a cumular a função de garantidor de direito fundamentais, embora, como dito acima, tenha representado avanços, é uma área pantanosa, que precisa ser melhor discutida, para que não haja excessos, uma vez que não há quem controle a atuação do judiciário. Outra questão é que o judiciário age sem legitimidade política, conferida pelo cidadão, e isso de certa forma fere o modelo democrático.

2. O ESTADO DE COISAS INCONTITUCIONAL

2.1 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAIS NO DIREITO COMPARADO

O Estado de Coisas Inconstitucionais (ECI) é um conceito que foi desenvolvido pela Corte Constitucional Colombiana (CCC), em que legitima o agir pró-ativo e expansivo do Judiciário, caso haja uma violação massiva de direitos ou de falhas estruturais que envolvam vários órgãos.

Em 1997 foi a primeira vez que se declarou o ECI, na Sentencia de Unificacíon (SU) – 559/1997, em que 45 professores tiveram seus direitos previdenciários recusados pelas autoridades municipais. A CCC, em investigação, concluiu que se tratava de um problema generalizado e não local, que alcançava um número incontável de professores em situação agravada. Constatou-se que havia uma deficiência política geral de distribuição de subsídios, feita pelo governo central às entidades territoriais.

Reconhecida a complexidade da situação, a Corte concedeu o direito aos demandantes e estendeu os efeitos da decisão para todos os professores que se encontravam na mesma situação. Na decisão do ECI a Corte determinou que fosse feita a correção da

inconstitucionalidade em prazo razoável; ordenou que fosse enviada cópia da sentença aos Ministros da Educação, da Fazenda e do Crédito Público, ao Departamento Nacional de Planejamento, aos Governadores, Prefeitos e Conselhos municipais para providencias de ordem orçamentárias e práticas. A CCC, na ocasião definiu sua atuação como um "dever de colaboração" entre os poderes, na busca de se assegurar os direitos fundamentais.

Outras autuações da CCC na declaração do ECI se deram nos casos: SU - T-068 de 1998, em que a Caixa Nacional de Previdência era muito morosa para responder as petições sobre o recálculo e pagamentos de diferenças das verbas previdenciárias feita por pensionistas e aposentados; e na SU - 250 de 1998 que ordenou a criação de políticas públicas eficientes de proteção dos direitos humanos. Em todos os casos se comprovou haver uma violação sistêmica e generalizada de direitos e também falhas estruturais. Buscou-se garantir, com a decisão, os direitos de todos aqueles indivíduos que se encontravam na mesma situação.

Os casos mais enfáticos declarados pela Corte Colombiana sobre o ECI foram o de superlotação das penitenciárias do país - Sentencia de Tutela - T 153/1998 e o de deslocamento forçado de pessoas – Sentencia de Tutela - T 25/2004.

No primeiro caso foi discutida a superlotação e as condições desumanas a que estão sujeitos os presos em penitenciárias. Confirmou-se, por meio de um estudo empírico, que havia um problema generalizado nas penitenciárias de todo o país. Dessa maneira, a corte acusou a violação massiva de direitos fundamentais, previstos na Constituição. Exigiu uma atitude positiva dos órgãos responsáveis pela manutenção de presídios e do poder Executivo. Elaborou um plano de metas a serem cumpridas pelos órgãos, que constava a construção e a reparação de novas entidades, e um requerimento ao Presidente da República para que agisse com uma atitude assertiva, a fim de garantir os direitos internos dos presos.

O cumprimento dessas ordens propostas pelo Judiciário não surtiu muitos efeitos. Os principais problemas apurados foram à falta de flexibilidade, de acompanhamento e de diálogo entre os Poderes para se definir juntos a situação e os problemas a serem resolvidos.

O segundo caso, de deslocamento forçado de pessoas, por conta do contexto massivo de violência, foi considerado a decisão mais importante emitida pelo Corte Colombiana. Trata-se do caso de pessoas que foram obrigadas a deixar seus lares e suas atividades, por causa das ações violentas de grupos como as FARC, que ameaçam a integridade física das famílias e suas liberdades. Constatou-se que a grande maioria dessas famílias era composta por mulheres cabeça de família ou idosos. Pessoas que se encontravam desprovidas de direitos como saúde, trabalho, educação e moradia. A CCC reconheceu a falta de direitos Constitucionais e declarou o ECI, com abrangência a todos os necessitados.

Através do ECI foi acusado a precariedade a que viviam essas pessoas, e a determinação de criação de políticas públicas inclusivas, orçamentárias a fim de ampará-las. De forma mais acertada, ao modelo de ECI declarado no sistema carcerário, a corte determinou ordens mais flexíveis e abriu portas a um diálogo entre os poderes, como forma de harmonizar o ativismo judicial.

2.2 ESTADO DE COISAS INCONSITUCIONAIS NO BRASIL

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal declarou o ECI na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, proposta pelo partido Socialismo e Liberdade (PSOL) que pediu providências a respeito da violação de direitos fundamentais e da condição subumana a que são submetidos os encarcerados no país. Na decisão, por maioria, os ministros, deram provimento à medida cautelar e determinaram que fosse providenciada pelos Juízes e Tribunais audiências de custódia, com a presença dos presos, perante a autoridade judiciária. Estabeleceu aos Juízes que aplicassem sempre que possível as penas alternativas à prisão. À União, determinou que fosse utilizado de forma mais prática o Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) com o intuito de resolver as inconstitucionalidades vividas pelos detentos, como: superlotação, tortura, violência sexual, celas imundas e insalubres, comida imprestável, proliferação de doenças infectocontagiosas.

Os pressupostos para a declaração do ECI, conforme definidos pela Suprema Corte, são:
a) vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas;
b) prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantia e promoção dos direitos;
c) a superação das violações de direitos pressupõe a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais, que podem depender da alocação de recursos públicos, correção das políticas públicas existentes ou formulação de novas políticas, dentre outras medidas. (STF, ADPF 347)

Quando declarado o ECI, se configurará um “litígio estrutural”, ou seja, um reconhecimento de que grande número de pessoas foram atingidas por violações de direitos.

Dessa maneira, a Corte determina remédios estruturais a fim de se estabelecer a execução de políticas públicas, que não seriam possíveis de serem feitas por meio de decisões tradicionais.

Para que ocorra a declaração do ECI é importante destacar que haja uma violação que envolva as três esferas, Legislativo, Executivo e Judiciário. Há casos em que há o direito previsto como garantia ao cidadão, mas que não é observado e aplicado. Como exemplo cita-se a Lei nº 7214 /1984 – Lei de Execução Penal e a Lei Complementar nº 79/94 – Lei do Fundo Penitenciário Nacional, que preveem garantias, mas que persiste uma omissão reiterada dos órgãos e de autoridades públicas em aplicá-las em favor dos presos. Esse cenário de inércia, de ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes, representa uma falha estrutural que gera uma violação sistêmica dos direitos.

3. OS RISCOS DA FALTA DE CRÍTERIO NA APLICAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAIS

Diante da decisão da ADPF 347, surgiram várias críticas de parte da doutrina, sobre a atuação e alcance do Judiciário em poder aplicar o ECI. Dentre os críticos, destaca-se o posicionamento dos professores Lênio Streck, Raffaele de Giorgi e Celso Campilongo.

Os professores apontam a possibilidade de o ECI produzir decisões arbitrárias e absurdas. De que esse instrumento outorga ao STF poder de declarar a inconstitucionalidade da própria Constituição e a possibilidade de promover o fechamento dos tribunais e do Congresso. Violação a separação de poderes, ilegitimidade democrática e ainda o fim das fronteiras entre o Direito e a Política.

Se admitida essa tese do Estado de Coisas Inconstitucionais, possibilita-se que seja declarada a inconstitucionalidade de inúmeras situações, como do valor do salário mínimo, insuficiente para arcar com todas as garantias previstas na Carta Magna, ou o direito à moradia e à segurança pública.

Giorgi, Faria e Capilongo ensinam que: O ECI tem origem na ideia de “razão de Estado”. A consequência é que a declaração de um ECI ameaça o princípio da separação de poderes (De Giorgi, 2015). Surge a pergunte de até quando a atuação do judiciário em questões políticas vai ser eficaz na garantia de direitos?

Na definição dada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 347, cabe a declaração do ECI, quando há “litígios estruturais”, e houver também inércia por parte do Estado. Assim a corte determinará a aplicação de “remédios estruturais”, como forma de solucionar os problemas que não seriam possíveis de resolver de maneira tradicional. Diante dessas situações a Corte poderá atuar de forma ativista, pela não atuação dos outros poderes

(Executivo e Legislativo) seja por desinteresse, político, como nos casos do sistema carcerário, seja por burocracia do sistema.

Sobre qual fundamento jurídico é dada legitimidade a um Tribunal optar por uma solução e descartar todas as outras?

O professor Carlos Campos, em tese apresentada para a obtenção de título de doutoramento diz que:

> O ECI funciona como a 'senha de acesso' da corte à tutela estrutural: reconhecido o ECI, a corte não desenhará às políticas públicas, e sim afirmará a necessidade urgente que o Congresso e Executivo estabeleçam essas políticas, inclusive de natureza orçamentária (Campos, 2016).

De acordo com o professor Campos, o ECI para ser aplicado necessita preencher os pressupostos, de manifesta violação massiva de direitos, omissões estatais sistêmicas e causa estrutural que envolva mais de um órgão. Esse cumprimento afasta o risco de ubiquidade e fluidez do instituto. Dessa maneira, não seria qualquer situação que configuraria o ECI, mas somente os casos em que se confirma a inércia estatal e uma flagrante incapacidade institucional. O referido autor sustenta ainda:

> Por certo que, não se trata de inércia de uma única autoridade pública, nem de uma única unidade federativa, e sim do funcionamento deficiente do Estado como um todo que tem resultado na violação desses direitos. Os poderes, órgãos e entidades federais e estaduais, em conjunto vem se mantendo incapazes e manifestado falta de vontade política em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade. Falta sensibilidade legislativa quanto ao tema da criminalização das drogas, razão maior das prisões. O próprio Judiciário tem contribuído com o excesso de prisões provisórias, mostrando falta de critérios adequados para tanto. Falta estrutura de apoio judiciário aos presos. Trata-se, em suma, de mau funcionamento estrutural e histórico do Estado como fator do primeiro pressuposto, o da violação massiva de direitos (Campos, 2016).

Parte da doutrina sustenta ainda que esse ativismo judicial é admitido em momentos que se identifica a falência de políticas públicas, e a não atuação generalizada de diversos órgãos. As determinações judiciais não ocorrem de forma ditatorial, mas sim de forma flexível, com base no diálogo e na cooperação entre os diversos poderes estatais, cabendo a estes estabelecer as políticas em que ocorrerá todo o processo, inclusive a orçamentária. A Corte somente atua como uma chave de acesso à tutela estrutural, desempenhando o papel de possibilitar o diálogo entre os demais órgãos.

A crítica sobre o ECI ser o *password* para a tutela estrutural (Streck, 2015) é criticada por Lenio Streck, no sentido de que o Judiciário não desenha as políticas públicas, e com isso, é necessário que haja uma maior delineação na doutrina de como pode ser instaurado o ECI. Definir "referências conteudísticas e procedimentais" (Streck, 2015). Ele acrescenta ainda que

a falta de parametrização de aplicação do ECI pode fazer com que este seja um guarda-chuva no qual todas as situações em que o judiciário quiser atuar, sejam passíveis de instauração do ECI.

Os caminhos da política pública é um encargo do Executivo, e que é executado através de representatividade, por indivíduos eleitos, pautados num orçamento. Não cabe ao judiciário, guardião da Constituição, agir de forma arbitrária e sem limites.

Outra questão pertinente é a efetividade do ECI, pois qual é a sanção do não cumprimento de uma decisão do judiciário imposta aos outros poderes? E as decisões políticas proferidas pelo Judiciário sem base alguma nos orçamentos definidos pelo Executivo?

3.1 O Estado de Coisas Inconstitucionais e os riscos desse ativismo judicial

Acima, foi delimitada a diferença entre ativismo e judicialização. A judicialização é uma consequência da atual sociedade contemporânea moderna. Já o ativismo judicial, de acordo com a definição dada pelo autor francês Antoine Garapon nada mais é que "a escolha dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar" (Garapon, 1998, p. 54).

Garapon faz um link entre o ativismo e o desejo - ato de vontade. A questão a ser tratada, ligada ao ativismo é em face da Teoria do Direito, sobre a interpretação. Aqui se enfrenta um ato de vontade, e é a hermenêutica jurídica que tem condições de tratar desse tema.

A atuação sem medidas do judiciário na política, quando aplicada em níveis elevados, embora de início traga uma sensação de maior justiça ao cidadão, por participar mais ativamente da resolução de seu problema, traz uma consequência de sinal contrário. Esses indivíduos passam a buscar seus direitos não mais na política representativa, em que exige de seus representantes eleitos pelo voto, mas sim na judicialização.

O ativismo judicial praticado, de forma positiva, por um magistrado visa a proteção de direitos fundamentais e garantia de direito previstos na constituição. Direitos como assistência aos desamparados, dignidade da pessoa humana proteção à criança, etc. Ocorre que a aplicação da Constituição Federal a casos concretos, por parte do judiciário, demanda uma atividade interpretativa, que invade a ceara de outros poderes. Essa atuação se mostra em descompasso aos limites e deveres delimitado pelo Legislador (Grau, 2006, p. 47).

Mesmo assim, a não atuação do Legislativo e do Executivo, que tem obrigação de dar efetividade aos direitos previstos na Constituição e que se mostram inertes obriga a atuação do judiciário em fazer valer os direitos dos desamparados. Este ativismo judicial te que ocorrer no

sentido de que a atuação do magistrado seja pautada na construção do caso concreto a partir de uma aplicação hermenêutica.

Teixeira (2010) aponta que:

> O ato de decidir não pode estar limitado a dar uma resposta ao caso concreto. O julgador orientado pela mera necessidade de responder acaba se afastando da necessidade de julgar, isto é, da necessidade de ponderar os principais elementos que compõem o caso concreto; de considerar também as omissões dos demais Poderes pelas quais as partes já foram submetidas; de analisar, enfim, os impactos que a sua decisão produzirá na realidade material e como ela terminará se constituindo, ou não, em um instrumento de proteção dos direitos fundamentais e de garantia da supremacia da Constituição.

No atual cenário de sociedade com relações cada vez mais complexas, elevada burocratização e aumento da resolução de conflitos pelo judiciário, ocorre, na contramão, um distanciamento da relação entre o indivíduo e o Estado. Esse distanciamento se dá no sentido de que o jurisdicionado não se vê como participante da sociedade, por não se enxergar legitimado no executivo ou no legislativo de cobrar por efetividade de direitos.

Garapon ensina que "o debate judicial individualiza os desafios: a dimensão coletiva existe, mas de forma incidente. Visa um compromisso mais solitário do que solidário. Através dessa forma direta de democracia, o cidadão litigante tem a sensação de dominar melhor a sua representação" (Garapon, 2006). Diminui a participação política da sociedade, que é o esteio de uma democracia.

Essa outorga de poderes na atuação política pelo Judiciário, se não delimitada, abre espaço para uma atuação sem limites, uma vez que não há no modelo atual, um controle a decisão dada pela Corte Suprema. E dessa maneira, para que haja o equilíbrio entre os poderes é necessário que se discuta meios da aplicação do Estado de Coisas Inconstitucionais, para que não haja um abuso de poder por parte do judiciário.

É necessário que haja a discussão na doutrina de quais são os critérios e os limites que permearão a instauração do Estado de coisas inconstitucionais. Esses limites, consistem em se voltar não a simples solução do caso concreto, mas sim em sopesar causas e consequências. Em afastar as condutas ativistas descritas como: a) atuação do judiciário como legislador positivo; b) invasão do judiciário na ceara de outros poderes; c) a desconsideração de precedentes jurisprudenciais; e d) decisões judiciais viciadas por decisionismo político (Dworkin, 2009, p. 14).

CONCLUSÃO

Este artigo se propôs a apresentar os riscos da falta de critérios na atuação do judiciário frente às políticas públicas. Apresentou o conceito do que vem a ser esse ativismo judicial, sua origem no direito comparado e início de aparição no Brasil.

Traçou as principais diferenças que há entre judicialização e o ativismo judicial, em que o primeiro, presente no direito comparado, em democracias modernas, emerge de um contexto social por busca de mais direito, por parte dos cidadãos. Consequência essa, também, oriunda do movimento da globalização, de maior acesso a informação. Ainda que a judicialização gere consequências jurídicas, sua origem não é do próprio direito.

A judicialização surgiu com maior expressividade, no direito comparado, após a segunda guerra, como resultado de uma maior inflação legislativa e de um contexto social de maior exigência de direito por parte dos cidadãos

O ativismo judicial, em contrapartida, compreende uma atuação positiva dos magistrados, que atuam de forma nociva, no processo de maneira que invadem a ceara de atuação de outros órgãos, numa atitude investida de juridicidade.

Dessa feita, o ativismo, diferente da judicialização que compreende uma situação decorrente de elementos externos ao direito, é um problema que precisa ser enfrentado a partir da teoria do direito.

O estado de coisas inconstitucionais, definido como a atuação ativista por parte do judiciário, impreterivelmente tem de ser discutido, inicialmente, na doutrina, como forma de se balizar e definir meios de atuação e de instauração. O risco de um instituto que a princípio apresenta boas intenções, poderá no futuro ser utilizado de maneira arbitrária, desvirtuando assim sua utilidade previamente pensada.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. 2010. Disponível em: < http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670 174218181901.pdf > Acesso em: 22/07/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 347/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurelio. Pesquisa de Jurisprudencia, Acórdãos, 09 setembro 2015. Disponível em: < file:///C:/Users/bruno%20marcelo/Downloads/texto_308712125%20(1).pdf > Acesso em: 09/08/2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de Coisa Inconstitucional. Disponivel em: http://jota.uol.com.br/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional

CANOTILLHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional. 5. ed. Coimbra: Almedina,1992.

CAPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1999.

DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. *Opinião: Estado de coisas inconstitucional***.** Estadão, São Paulo, 19 set 2015. Disponível em: http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043 Acesso em 26/07/2016

GARAPON, Anotoine. O guardador de promessas. Justiça e Democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação direito.*4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 247

HONNETH, Axel *apud* TEIXEIRA, Anderson Vichinkenski. Ativismo Judicial Rev. direito GV vol.8 no.1 São Paulo Jan./June 2012

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Do direito social aos interesses transindividuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996,

Ronald Dworkin, O Direito com interpretação, in: Anderson V. Teixeira; Elton S. Oliveira, orgs., *Correntes contemporâneas do pensamento jurídico.* Barueri: Manole, 2009,

STRECK, Lenio Luiz. Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de Ativismo**.** Disponível em in: http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo acesso em 27/07/2016

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11ª ed., 2016 Livraria do Advogado. Versão digital.

TASSINARI, Clarissa. A atuação do judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo: uma crítica ao ativismo judicial. 2012. Disponível em: http://www.fdsm.edu.br/adm/artigos/7abc42e3c238ed40fa16761147b48b1d.pdf

TASSINARI, Clarissa. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Judicialização da Política e Ativismo Judicial. Notas para uma necessária diferenciação.

VIANA, Luiz Werneck. CARVALHO, Maria Alice Rezende de. MELO, Manuel Plácidos Cunha. BURGOS, Marcelo Baumann. A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro, Revan: 1999.