

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

MICHELE CARLOS TRANCHINA

**A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL PARA SUPERAÇÃO DO
ESTADO DAS COISAS INCONSTITUCIONAIS**

**CURITIBA
2018**

MICHELE CARLOS TRANCHINA

**A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL PARA SUPERAÇÃO DO
ESTADO DAS COISAS INCONSTITUCIONAIS**

**Monografia apresentada como
requisito parcial para a aprovação na
disciplina de Monografia I.**

**Orientador: Prof. Luiz Gustavo de
Andrade.**

**CURITIBA
2018**

MICHELE CARLOS TRANCHINA

**A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL PARA SUPERAÇÃO DO
ESTADO DAS COISAS INCONSTITUCIONAIS**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito da Faculdade de Direito de Curitiba, pela Banca
Examinadora formada pelos professores:

Luiz Gustavo de Andrade

Orientador: _____

Prof. Membro da Banca

Curitiba, de de 2018.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais e irmã por sempre terem confiado em mim. Agradeço a Camilla Czarneski Freiria por sempre estar ao meu lado, me apoiando. Agradeço aos professores da Instituição Unicuritiba pelos sábios ensinamentos durante minha graduação, em especial, ao Prof. Dr. Luiz Gustavo de Andrade, exemplo de advogado e professor.

A utopia está lá no horizonte. Me aproximo dois passos, ela se afasta dois passos. Por mais que eu caminhe, jamais alcançarei. Para que serve a utopia? Serve para isso: para que eu não deixe de caminhar.

(Eduardo Galeano)

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo a compreensão da teoria do estado de coisas inconstitucional e sua aplicação na realidade carcerária brasileira. A obra parte de uma análise dos efeitos do neoconstitucionalismo, superando o mero Estado Legislativo e estabelecendo o Estado Constitucional de Direito. Examinam-se, também, os fatores que ensejaram a expansão da jurisdição constitucional, bem como os fenômenos da judicialização e politização do Judiciário. Abordam-se, ainda, o ativismo judicial e a atividade interpretativa-expansiva da norma jurídica, tal como os riscos que determinadas decisões podem causar à democracia. Para analisar a legitimidade da atuação proativa do Judiciário, antes, apresentam-se as duas correntes filosóficas para uma pertinente interpretação constitucional, estabelecendo como destaque o substancialismo. Diante disso, estabelecem-se as bases para uma atuação ativista dialógica e cooperativa com os demais Poderes. Observa-se, de igual modo, a importância das atitudes ativistas de juízes na concretização dos direitos fundamentais. Após esse estudo normativo-interpretativo, o presente estudo perpassa a análise da teoria constitucional colombiana, atualmente conhecida como Estado de Coisas Inconstitucional. Abordam-se a teoria, os requisitos e pressupostos para caracterização do ECI. Examinam-se a aplicação de tal teoria na situação carcerária brasileira, além de demonstrar que os riscos da aplicação do ECI não são suficientes para obstá-los do nosso ordenamento jurídico, pelo contrário, a adequação de tal teoria será, sim, uma solução para superar o quadro sistemático de violações de direitos fundamentais dos presos. Entende-se, por fim, que apesar dos riscos na legitimidade democrática, o Judiciário com uma postura ativista dialógica alcançará a superação do quadro de inconstitucionalidade do sistema prisional brasileiro. Destaca-se, portanto, que é possível superar o estado de coisas inconstitucional pela via judicial, desde que haja diálogo com os demais atores institucionais.

Palavras-chave:

Neoconstitucionalismo – Judicialização da política – Jurisdição Constitucional – Ativismo Judicial – Estado de Coisas Inconstitucional.

LISTA DE SIGLAS

ADC	- Ação Direta de Constitucionalidade
ADI	- Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	- Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Ag	- Agravo
AI	- Agravo de Instrumento
CF	- Constituição Federal
CPC	- Código de Processo Civil
CNJ	- Conselho Nacional de Justiça
DEPEN	- Departamento Penitenciário Nacional
ECI	- Estado de Coisas Inconstitucional
HC	- Habeas Corpus
OAB	- Ordem dos Advogados do Brasil
PGR	- Procuradoria Geral da República
SUS	- Sistema Único de Saúde
STF	- Supremo Tribunal Federal
STJ	- Superior Tribunal de Justiça
RE	- Recurso Extraordinário

SUMÁRIO

RESUMO	6
LISTA DE SIGLAS	7
1 INTRODUÇÃO	10
2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO EM TEMPOS DE NEOCONSTITUCIONALISMO	12
2.1 NEOCONSTITUCIONALISMO.....	12
2.1.1 Macro Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	15
2.1.2 Princípio da Separação de Funções	16
2.2 EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O PROTAGONISMO DO JUDICIÁRIO.....	18
2.3 JUDICIALIZAÇÃO E POLITIZAÇÃO.....	21
2.3.1 Riscos da Judicialização Excessiva e da Politização do Judiciário.....	25
2.3.2 Direito e Política	28
2.4 VETORES HERMENÊUTICOS DESTINADOS A CONTESTAR DECISÕES POLÍTICAS.....	30
3 JURISDIÇÃO PRÓ-ATIVA E ATIVISMO JUDICIAL	34
3.1 PROCEDIMENTALISMO E SUBSTANCIALISMO.....	34
3.2 ATIVISMO JUDICIAL	37
3.2.1 Histórico do Ativismo Judicial.....	38
3.2.2 Conceito e Definição	41
3.2.3 Ativismo Judicial e Suas Cinco Dimensões do Supremo Tribunal Federal	44
3.3 ATIVISMO JUDICIAL COMO UMA FORMA DE PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL.....	46
4 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL	54
4.1 SURGIMENTO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: A CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA.....	54
4.2 A TEORIA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL.....	58
4.2.1 Conceito e Pressupostos do Estado de Coisas Inconstitucional.....	60
4.2.2 Análise do Estado de Coisas Inconstitucional sob o Ponto de Vista do Ativismo Judicial	64

4.3 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL APLICADO À REALIDADE BRASILEIRA	65
4.3.1 A Superlotação Carcerária e a Crise do Estado Democrático de Direito	65
4.3.2 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF 347/ DF	67
4.4 É POSSÍVEL SUPERAR O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL PELA VIA JUDICIAL?.....	70
CONCLUSÃO	75
REFERÊNCIAS	78

1 INTRODUÇÃO

Em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, inaugurou-se uma nova ordem constitucional no Brasil – o neoconstitucionalismo. Essa nova face constitucional redefiniu o papel da Constituição e a forma de organização política, superando o Estado meramente Legislativo e estabelecendo o Estado Constitucional de Direito. Diante disso, a Constituição assume o papel central no sistema jurídico brasileiro e suas normas constitucionais foram irradiadas para todos os ramos do Direito.

Não obstante esse avanço na teoria constitucional tenha sido de suma importância para o Brasil, a mera previsão de direitos fundamentais na Constituição não é, por si só, suficiente para obstar as violações diárias a esses preceitos constitucionais. O caso do sistema prisional é o melhor exemplo disso. Superlotação carcerária, péssimas condições de higiene, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, esses são, apenas, alguns dos diversos exemplos de afronta direta aos direitos fundamentais.

Muito embora a Constituição preveja, justamente, o contrário, nota-se que tal quadro de violação é sistêmica e estrutural. Há um bloqueio institucional no caso do sistema prisional. Diante dessa ineficácia dos três Poderes em assegurar tais direitos básicos aos presos, surge uma nova técnica decisória capaz de superar tal quadro, frontalmente, inconstitucional. Afasta-se, à frente, a análise normativa-interpretativa para invocar uma técnica surgida na Colômbia – o Estado de Coisas Inconstitucional. A declaração do ECI pelo Poder Judiciário é notadamente ativista, todavia, busca-se uma atuação conjunta com os outros atores institucionais a fim de não ameaçar o regime democrático.

Diante desse panorama, todo raciocínio jurídico é construído de maneira gradativa, sendo que, o presente estudo, foi dividido em três capítulos. A metodologia empregada é a dedutiva, somada à revisão bibliográfica e jurisprudencial.

O primeiro capítulo preocupa-se em abordar a expansão da jurisdição constitucional. Inicia-se demonstrando a nova ordem constitucional vigente e o papel da Constituição Federal. Abordam-se, ainda, os temas da judicialização, politização

do Judiciário e os riscos originados por esses institutos, sem deixar de estabelecer os critérios hermenêuticos destinados a contestar tal interferência judicial.

O segundo capítulo ocupa-se em apresentar o fenômeno do ativismo judicial. Apresentam-se duas correntes filosóficas antagônicas acerca do papel da Constituição na sociedade, privilegiando o substancialismo. Abordam-se, ainda, o conceito, os requisitos e as dimensões do ativismo judicial, além de demonstrar, em casos práticos, a aplicação de tal postura interpretativa-expansiva na concretização dos direitos fundamentais. Diante dessa postura proativa de juízes, diversas críticas despontam o debate jurídico. Autores como Hart e Dworkin debatem acerca da legitimidade ou não de tal atuação interpretativa-expansiva da norma jurídica.

No terceiro capítulo, o presente estudo afasta-se da mera análise da norma jurídica e busca apresentar a técnica decisória do ECI. Abordam-se, também, o conceito, requisitos e pressupostos para sua caracterização, além da concepção filosófica-teórica-constitucional do presente tema. Analisa-se, também, a aplicação de tal teoria na realidade brasileira, perpassando pelo julgamento da medida cautelar na ADPF 347 DF. Nota-se que o ECI não decorre da imposição normativa, mas sim da ineficácia do Poder Público para com o sistema carcerário. Constata-se que há um bloqueio institucional por parte do Estado, sendo necessária a atuação conjunta de diversos atores institucionais para superar tal inconstitucionalidade. Neste contexto, indagar-se-á se é possível superar o estado de coisas inconstitucional pela via judicial.

2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO EM TEMPOS DE NEOCONSTITUCIONALISMO

O neoconstitucionalismo se consolida na Europa com o fim dos regimes totalitários. No Brasil, o novo modelo constitucional se desenvolveu com a redemocratização e promulgação da Constituição de 1988. Superam-se os paradigmas, até então vigentes, do Estado legislativo de direito e inaugura-se uma nova ordem constitucional – Estado Democrático de Direito. A Constituição assume o centro do sistema jurídico e as normas constitucionais passam a irradiar todo o ordenamento. Tendo isto em vista, a aproximação do constitucionalismo com a democracia alcançou uma nova forma de organização política do Estado. A jurisdição constitucional se expande e questões políticas, sociais e morais são levadas à Juízo, ocorrendo o fenômeno da judicialização da vida. Em virtude de tais acontecimentos, o Poder Judiciário agiganta-se.

2.1 NEOCONSTITUCIONALISMO

O primeiro “movimento constitucional”¹ se desenvolveu na antiguidade clássica, após a manifestação do rudimentar sistema de organização política do povo Hebreu.² Este fenômeno disseminou o constitucionalismo no mundo e foi ganhar força e prestígio, apenas, a partir do século XVIII, com a efetivação do constitucionalismo moderno.

O constitucionalismo moderno, um movimento constitucional histórico, cultural, filosófico e político³, estruturado na separação dos poderes e na garantia dos direitos fundamentais, incendiou-se através dos processos revolucionários inglês, americano e francês. A carta política francesa, mais conhecida como Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão consagrou, em seu artigo 16,

¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Almedina, 2003. p. 51.

² CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 29.

³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017a. p. 29.

esses dois pilares do constitucionalismo moderno “toda sociedade em que a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes está determinada, não tem Constituição”⁴.

Essa nova face constitucional permaneceu inquestionável até meados do século XX, quando o Estado de Direito, notabilizado pelo Princípio da Legalidade, legitimou as barbáries ocasionadas pelos regimes totalitários.⁵ O Direito, nesta época, estava subordinado ao processo legislativo formal. A norma jurídica para ser válida teria que passar, unicamente, pelo crivo do legislativo, pouco importando o seu conteúdo.⁶ Nota-se que inúmeras normas jurídicas arbitrárias, imorais e injustas foram legitimadas pelo Estado Legislativo de Direito.

Após a tragédia cometida pelos Estados nazifascistas, constatou-se a fragilidade do sistema de validade meramente formal. O Direito não poderia mais se distanciar da moral. A partir dessa análise, desenvolve-se um novo paradigma constitucional – o Neoconstitucionalismo.

Essa nova ordem constitucional redefiniu o papel da Constituição e a forma de organização política, superando o Estado de Direito e inaugurando o Estado Constitucional de Direito.⁷ Esse fenômeno da constitucionalização tem como fundamento inicial a passagem da Constituição ao centro do sistema jurídico.⁸

Luís Roberto Barroso sistematiza o neoconstitucionalismo em três marcos, os quais são: histórico, filosófico e teórico.

Sob o plano histórico, com a queda dos Estados nazifascista, “verificou-se a necessidade de criarem catálogos de direitos e garantias fundamentais para a defesa do cidadão frente aos abusos cometidos pelo Estado”⁹. Além disso, constata-se um novo paradigma da jurisdição constitucional, identificando mecanismos

⁴ UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

⁵ CUNHA JUNIOR, 2014. p. 34.

⁶ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário**. São Paulo: Almedina, 2016. p. 105.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**, 2017b. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2017. p. 3.

⁸ BARROSO, 2017a. p. 521.

⁹ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. Panóptica, Vitória, ano 1, n.6, fev. 2007, p. 4. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

efetivos de controle constitucional.¹⁰ Assim sendo, a Constituição assume papel fundamental na organização política.

O aspecto filosófico do neoconstitucionalismo se sustenta no pós-positivismo, com a conseqüente superação dos modelos jusnaturalistas e positivistas.¹¹ Inaugura uma nova hermenêutica constitucional, diferenciando regra e princípio a fim de ampliar a efetividade da Carta Magna.¹² Descarta-se a mera aplicação silogística. O direito não é mais visto como um sistema hermético ocorre à superação do dogma da completude do ordenamento jurídico.¹³ Cabe ao Juiz deixar de aplicar uma regra jurídica ao perceber o conflito com um princípio constitucional.

Barroso organizou o marco teórico em três grandes vertentes, a força normativa da constituição, a nova interpretação constitucional e a expansão da jurisdição constitucional¹⁴, a qual será estudada sistematicamente no próximo tópico.

Uma das principais mudanças do neoconstitucionalismo foi o reconhecimento da força normativa da Constituição.¹⁵ A Lei Maior deixa de ser uma mera “carta de intenções políticas”¹⁶ e passa a valer como uma norma jurídica dotada de imperatividade. Além desse seu caráter impreterível, a Constituição torna-se o filtro de interpretação do ordenamento jurídico, validando as leis infraconstitucionais que estiverem em conformidade com a Lei Fundamental e invalidando as que estiverem em desacordo.

Isto posto, verifica-se uma alteração no modo de interpretação constitucional. Os modelos clássicos de hermenêutica jurídica foram revitalizados, ressaltando-se a teoria dos princípios sobre as regras¹⁷; a dignidade da pessoa humana assume um papel indispensável nesta nova constitucional, tornando-se o “vetor-mor”¹⁸ da hermenêutica jurídica.

Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional

¹⁰ CAMBI, 2007, p. 4.

¹¹ BARROSO, 2017b, p. 4.

¹² CAMBI, op. cit., p. 5.

¹³ PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa: Dos Conceitos Jurídicos Indeterminados às Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 20--. p. 31.

¹⁴ BARROSO, op. cit., p. 5.

¹⁵ CAMBI, op. cit., p. 6.

¹⁶ CAMBI, loc. cit.

¹⁷ Ibid., p. 54.

¹⁸ Ibid., p. 20.

de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.¹⁹

No Brasil, o neoconstitucionalismo foi tardio, e se desenvolveu somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Enquanto a Europa debatia acerca da nova fase do constitucionalismo, a sociedade brasileira se preparava para vivenciar a penúria da ditadura militar. Após intenso período de luta, em 1985 vislumbrou-se no país o período de (re)democratização. O regime autoritário e intolerante foi superado pelo Estado Democrático de Direito²⁰, consolidando o neoconstitucionalismo no país.

2.1.1 Macro Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

No período pós-guerra, a dignidade da pessoa humana “tornou-se um dos consensos éticos do mundo ocidental, materializada em declarações de direito e convenções internacionais”²¹. O princípio da Dignidade da Pessoa Humana foi transferido ao centro do ordenamento jurídico, sendo um dos fundamentos de validade da Constituição.

A Dignidade da Pessoa Humana é um “princípio jurídico de status constitucional”²², em que opera como justificação moral e como fundamento normativo dos direitos fundamentais. Diante da concepção jurídica, qualquer lei que viole a dignidade humana deverá ser considerada nula. Este princípio constitucional desempenha uma importante orientação na fonte interpretativa, servindo de alicerce nos casos de colisão entre direitos fundamentais ou lacunas do ordenamento jurídico.²³

¹⁹ BARROSO, 2017b, p. 7.

²⁰ Ibid., p. 8.

²¹ BARROSO, 2017a, p. 287.

²² BARROSO, loc. cit.

²³ BARROSO, loc. cit.

Barroso organiza este meta princípio em três elementos, valor intrínseco, autonomia de cada indivíduo e valor comunitário.²⁴ O primeiro deles relaciona-se a posição especial do ser humano. O ser humano não tem preço, não pode ser quantificado, visto que é o núcleo central de proteção de todo ordenamento jurídico. Cambi assevera que

[...] a dignidade humana é premissa antropológica do Estado Constitucional e o conceito chave de Direito Constitucional. Não pode haver Estado e, muito menos, Estado de Direito Constitucional sem se fazer referência à pessoa humana, porque a pessoa é um fim em si mesmo, não um meio para conseguir um fim, devendo o Estado estar a seu serviço, não o inverso.²⁵

Já a autonomia relaciona-se com a capacidade de autodeterminação, o homem não pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer o que não estiver previsto em lei. Tal-qualmente, é livre o ir e vir do indivíduo.

Em relação ao valor comunitário, compreende-se como sendo o vínculo do homem com a sociedade. Deste elemento, extraem-se os deveres e as responsabilidades impostos ao ser humano. Cambi afirma que

A dignidade humana serve de motor do desenvolvimento e do aperfeiçoamento da ordem jurídica, além de impulso tanto para o legislador quanto para órgãos judiciais na interpretação e na aplicação dos direitos fundamentais. É um standard geral para a interpretação dos outros direitos e, também, um postulado que deve reger e orientar a atividade normativa e jurisprudencial. Trata-se, enfim, do epicentro axiológico do ordenamento jurídico, o valor mais relevante da Constituição, condicionando a interpretação e aplicação de todo o direito vigente, além de balizar as relações entre Estado e cidadãos, e entre sujeitos privados.²⁶

À vista disso, o transladado princípio é utilizado corriqueiramente como fundamento das decisões da Suprema Corte. Vislumbra-se a sua vasta aplicação em julgamentos de grande repercussão, como nos casos do casamento de pessoas do mesmo sexo, aborto de feto anencefálico, pesquisa com células troncos, fornecimento de medicamento, dentre outros.

2.1.2 Princípio da Separação de Funções

²⁴ BARROSO, 2017a, p. 288.

²⁵ CAMBI, 2016, p. 511.

²⁶ CAMBI, loc. cit.

Jean Jaques Rousseau a fim de superar o estado primitivo, marcado pela violência de todos contra todos, criou, ficticiamente, uma nova teoria do Estado, concebendo o que hoje denominamos de contrato social.²⁷ Neste pacto, cada indivíduo transferiu uma parcela de liberdade ao Estado com o intuito de conviver em segurança. A partir desse marco histórico, os contratualistas preocuparam-se em estruturar e organizar as atribuições desse poder, inclusive delimitando e separando suas funções.

O Estado, identificado “como grupo social máximo”²⁸, manifesta-se através do Poder político, um fenômeno sociocultural capaz de coordenar e impor limites aos próprios indivíduos. Esse poder não pode ser fracionado, visto que é uno e indivisível; legitimado apenas pela vontade do povo. Todavia, a fim de evitar abusos, o barão de Montesquieu foi o precursor na teoria da separação de funções, estabelecendo a cada órgão independente uma função específica.

No Brasil, o princípio da separação das funções é reconhecido por dois corolários, à especialização funcional e independência orgânica.²⁹ No que tange a especialização funcional, cada Poder deve possuir competências privativas. Na esfera da independência orgânica, uma mesma pessoa não pode exercer, ao mesmo tempo, mais de um Poder, além de que jamais uma função poderá destituir a outra, sendo possível apenas um mecanismo de “controle mútuo”³⁰. Diante disso, adotou-se no país o sistema de freios e contrapesos, a fim de “evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro”³¹.

Isto posto, o que demonstra a independência entre os órgãos não é a exclusividade no “exercício das funções, mas sim a predominância no seu desempenho”³². Atualmente, a separação dos poderes deve ser analisada de uma forma relativa, visto que há uma colaboração entre os Poderes a fim de conservar o bom funcionamento da atividade estatal.

Em virtude disso, constata-se que o princípio da separação de funções não é um fim em si mesmo, devendo funcionar como um instrumento para proteção dos

²⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Tradução por Ciro Mioranza. 2. ed. São Paulo: Escala, 2008. p. 30.

²⁸ DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 106.

²⁹ BARROSO, 2017a, p. 211.

³⁰ CUNHA JUNIOR, 2014, p. 429.

³¹ DA SILVA, op. cit., p. 107.

³² CUNHA JUNIOR, op. cit., p. 430.

direitos fundamentais.³³ Diante da nova roupagem constitucional, advinda com o neoconstitucionalismo, a Constituição adquiriu a condição de guardião do Estado, estando acima de todas as funções estatais. E este fato, conseqüentemente, relativizou o princípio da separação das funções, colocando em destaque a proteção estatal em assegurar os direitos fundamentais à população. “Sempre que os demais poderes comprometerem a integridade e eficácia dos fins do Estado, impedindo a concretização de direitos fundamentais, o Judiciário tem a função de controlá-los”³⁴. A estrutura rígida do princípio da separação das funções não se coaduna mais com o Estado Democrático de Direito.³⁵

Não podem os direitos sociais ficar condicionado à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido como o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente importantes.³⁶

Cada Poder exerce sua função típica e, de modo subsidiário e colaborativo, uma função atípica, com o intuito de melhor gerir as atividades estatais, sempre observando a proteção dos direitos humanos. Portanto, a tripartição do poder visa evitar que os órgãos estatais abusem das competências que lhe foram conferidas.

2.2 EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O PROTAGONISMO DO JUDICIÁRIO

A jurisdição constitucional é um elemento inevitável para definirmos o Estado Democrático de Direito. Nenhum poder está acima da Constituição ou pode, minimamente, afrontá-la.³⁷ O princípio da supremacia constitucional expressa muito bem esse valor, ao invalidar qualquer norma ou ato que entre em colisão com a

³³ CAMBI, 2016, p. 258.

³⁴ Ibid., p. 260.

³⁵ CUNHA JUNIOR, 2014. p. 431.

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1136549/RS. Requerente: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Requerido: Município de Esteio. Relator: Min. Humberto Martins. Benjamin. Brasília, 08 de junho de 2010.

³⁷ CAMBI, op. cit., p. 277.

Carta Magna. Tendo isto em vista, a desconfiança do sistema representativo e a burocracia estatal são fatores que inflamaram a expansão da jurisdição constitucional - ambiciosa e abrangente. Do aborto de fetos anencefálicos às cotas raciais na universidade, da união homoafetiva ao financiamento das campanhas eleitorais, tudo nos leva a uma expansão da jurisdição constitucional.

A constitucionalização do direito, a ascensão institucional do Poder Judiciário e a ampliação do acesso à justiça foram os três fatores que ensejaram a expansão da jurisdição constitucional no país.³⁸ Barroso sintetizou de forma ávida o significado da jurisdição constitucional como sendo “o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do poder público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional”³⁹.

Após o desastre sucedido na ditadura militar, inaugurou-se um novo paradigma constitucional – a constitucionalização do direito. A partir desse marco histórico, a Constituição assume o papel indispensável na concretização dos valores constitucionais, incumbindo ao Poder Judiciário, não apenas a função primordial de garantir os direitos nela estabelecidos, mas, sobretudo salvaguardar o processo democrático.

As normativas constitucionais passaram a ser irradiadas por todo ordenamento jurídico pátrio, submetendo a interpretação das demais normas à Lei Maior. Esta nova panorâmica, além de sujeitar à Constituição ao topo do ordenamento jurídico, controla, formal e materialmente, a validade da legislação infraconstitucional. A normativa que não estiver de acordo com o previsto no texto constitucional terá sua inconstitucionalidade declarada. Em suma Barroso atesta que

Justamente para assegurar a supremacia da Constituição, o ordenamento jurídico prevê um conjunto de mecanismos conhecidos por controle de constitucionalidade, a fim de considerar nulas as regras infraconstitucionais contrárias aos princípios e regras constitucionais. Por isso, a tarefa dos juízes não se limite à aplicação das leis, mas a de fazer justiça de acordo com o Direito.⁴⁰

³⁸ BARROSO, 2017a, p. 425.

³⁹ Ibid., p. 440.

⁴⁰ CAMBI, 2016, p. 274.

Diante disso, nota-se que o princípio da supremacia da Constituição e o controle de constitucionalidade foram os arquétipos que ensejaram a constitucionalização do Direito.

O outro pilar que sustentou a expansão da jurisdição constitucional foi a ampliação do acesso à justiça. A constitucionalização de todos os ramos do Direito criou mecanismos para que este fenômeno se concretizasse. Cambi afirma que “O direito fundamental ao acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF/88) está assentado no direito do cidadão ter seus direitos analisados pelo órgão judicial”⁴¹.

Após Constituição Federal de 1988, a sociedade brasileira passou a ter ciência de seus Direitos, os quais eram, anteriormente, suprimidos ou até mesmo ilusórios. Somando-se a isso, os novos rolos de direitos inaugurados pelas vertentes neoconstitucionais permitiram que a população dispusesse de recursos, antes inexistentes ou ineficazes, para a proteção de seus direitos fundamentais.

A simplificação do acesso ao poder judiciário, com a criação dos juizados especiais, a gratuidade da justiça, as tutelas de interesses coletivos, as consequentes substituições processuais, o fortalecimento das instituições como Ministério Público e Defensoria Pública, são exemplos de como a Lei Fundamental passou a ampliar o acesso à justiça.⁴²

A população, utilizando-se desses novos direitos e mecanismos, passou a ingressar perante o judiciário com as mais diversas demandas. A ampliação do acesso à justiça permitiu que os cidadãos se socorressem ao Poder Judiciário quanto aos mínimos litígios. Do essencial ao insignificante, os juízes e tribunais passaram a judicializar a vida.

O último sustentáculo da expansão da jurisdição constitucional estruturou-se na ascensão institucional do Poder Judiciário. O aperfeiçoamento desse aparelho estatal foi resultado lógico da ampliação do acesso à justiça. Na medida em que a população levava ao âmbito judicial o deslinde de seus conflitos, a estrutura institucional e o prestígio do Judiciário agigantaram-se. Em suma, Eduardo Cambi atesta que

Em países de modernidade tardia, como o Brasil, onde os direitos fundamentais sociais não foram minimamente concretizados, o papel do Estado, como instituição capaz de promover a efetivação desses direitos,

⁴¹ CAMBI, 2016, p. 318.

⁴² Id., 2007, p. 8.

indispensáveis à transformação social, depende da observância rigorosa da Constituição. A expressiva desigualdade social, incapaz de sequer promover eficientemente os direitos fundamentais de primeira geração, exige firmeza das instituições que compõem o sistema de justiça, em especial do Poder Judiciário no cumprimento das disposições democráticas contidas na Constituição Federal de 1988. Nos países periféricos, o Judiciário deve ser corresponsável pela afirmação dos direitos fundamentais sociais. Caso contrário, a prevalecer as posições mais conservadoras pela não interferência judicial, menores são as perspectivas de efetivação desses direitos e, conseqüentemente, mais distantes ficam esses países da promoção de critérios de desenvolvimento humano e de justiça social.⁴³

Diante das transformações institucionais, políticas, sociais e jurídico-sociais que ocorreram após a Constituição de 1988, um dos efeitos mais palpáveis foi a aludida ascensão do Judiciário, sobretudo do Supremo Tribunal Federal.⁴⁴

Por conseguinte, apesar de toda evolução do Judiciário, foi o Supremo Tribunal Federal a instituição que mais ganhou espaço e destaque na vida pública brasileira, transformando-se em um verdadeiro ator central do nosso sistema de governo.⁴⁵

Nesse ínterim, o protagonismo do Poder Judiciário tornou-se incontestável.

2.3 JUDICIALIZAÇÃO E POLITIZAÇÃO

A partir da Constituição de 1988, diante dos ideais neoconstitucionais, a ingerência do Poder Judiciário nas mais diversas questões da vida se tornou rotineira. Sob a nova égide constitucional, o Judiciário passou a ocupar um espaço, até então, inédito – o poder político. Esse fenômeno de transferência de parte do poder político ao Judiciário denominou-se de judicialização, ou seja, “significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo”⁴⁶.

⁴³ CAMBI, 2016, p. 234.

⁴⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 28.

⁴⁵ Ibid., p. 211.

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. REDE. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 18, abr./jun. 2009, p. 2. Disponível em : <<http://www.direitodoestado.com.br/rede/edição/18>>. Acesso em: 22 de set. 2017.

Essa nova ordem constitucional, estruturada no discurso dos princípios, na proteção dos direitos fundamentais e na supremacia da Constituição, possibilitou a transferência de parte do poder político ao Judiciário.⁴⁷ Barroso assevera

Judicialização significa que questões do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas em caráter final pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. Essa expansão da jurisdição e do discurso jurídico constituem uma mudança drástica no modo de pensar e de se praticar o Direito.⁴⁸

Constata-se que esse fenômeno de atuação dos juízes e membros dos tribunais na esfera do poder político é global, como se pode notar, por exemplo, nas eleições presidenciais dos Estados Unidos, quando a Suprema Corte decidiu sobre a validade das eleições, ocorridas no ano de 2000, entre os candidatos George W. Bush e Al Gore. Na Turquia, a Corte Constitucional decidiu preservar o Estado laico em detrimento ao perigoso avanço do fundamentalismo islâmico. Na Colômbia a judicialização foi ainda mais intensa, pelo fato da Suprema Corte alterar o paradigma estatal até então vigente. A Corte Constitucional colombiana impôs políticas públicas a fim de superar o estado de exceção declarado, decidiu questões de corrupção e contenção dos gastos das autoridades governamentais, protegeu, através da decretação do Estado de Coisas Inconstitucionais, às populações estigmatizadas.⁴⁹ “Todos esses e muitos outros problemas políticos altamente controversos foram articulados como problemas constitucionais”⁵⁰.

As Cortes Constitucionais de inúmeros países têm sido demandadas a resolver questões que pertenciam aos poderes de representação parlamentar. A judicialização redesenhou os papéis do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, ao decidir questões essenciais para a sociedade. Juízes e tribunais, sob essa nova égide, estão exercendo um papel significativo na produção de políticas públicas de moradia, saúde, educação, justiça criminal, meio ambiente, processo eleitoral,

⁴⁷ SANTOS, Douglas Henrique Marin dos. **Judicialização da Política: desafios contemporâneos à teoria da decisão judicial**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 31.

⁴⁸ BARROSO, 2017a, p. 440.

⁴⁹ Ibid., p. 441.

⁵⁰ HIRSCHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo**. Traduzido por Diego Werneck Arguelhes. *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, 2006. p. 140.

aborto, biodireito, união homoafetiva.⁵¹ Essas questões demonstram a ampla ingerência do Judiciário, principalmente, nas políticas públicas.

Isto posto, nota-se que o primeiro fator a possibilitar a judicialização foi o reconhecimento de um Poder Judiciário forte e independente, o qual, no Brasil, só se desenvolveu no período de redemocratização, com a consequente promulgação da Constituição de 1988. A partir desse marco, o “Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes”⁵². Os juízes recuperam suas garantias institucionais, como a autonomia administrativa e financeira, e as garantias funcionais, como a vitaliciedade, inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios. Eduardo Cambi reforça que

Não se pode abrir mão de um Judiciário independente, pois não há como concretizar os direitos fundamentais sem desvincular-se das pressões da maioria, dos detentores do poder, daqueles que financiam a imprensa ou quem quer que seja. Afinal, sem um Judiciário independente não há como se promover a democracia. O Poder Judiciário é um defensor objetivo e independente da ordem constitucional (higher Law), servindo como uma contraestrutura instituída ou um contrapoder que deve ser capaz de contrariar qualquer ato ou manobra violadoras da Constituição.⁵³

O segundo fator foi à crise do sistema representativo e o mau funcionamento do Poder Legislativo. Em todo mundo democrático é possível perceber a crise dos parlamentos e a dificuldade da representação política. Nos países em que o voto é facultativo, notam-se os elevados índices de abstinência e o desinteresse dos eleitores.⁵⁴ Nos países em que o voto é obrigatório, como o Brasil, constata-se que poucos eleitores se lembram em quem votaram. “Disfuncionalidade, corrupção, captura por interesses privados são temas globalmente associados à atividade política”⁵⁵. Em suma, Cambi atesta que

Confiar, unicamente, na concretização do interesse público, por parte dos administradores públicos, eleitos para isto, é fechar os olhos para a

⁵¹ CAMPOS, 2014, p. 210-211.

⁵² BARROSO, 2009, p. 3.

⁵³ CAMBI, 2016, p. 267.

⁵⁴ SARMENTO, Daniel. **Jurisdição constitucional e política**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 22.

⁵⁵ SARMENTO, loc. cit.

realidade brasileira, marcada por inúmeros políticos despreparados, oportunistas, corruptos ou que fazem uso inadequado do dinheiro público.⁵⁶

No Brasil, além desses dois fatores que ocasionaram a judicialização, pode-se acrescentar a constitucionalização do direito e o sistema de controle de constitucionalidade. O primeiro deles refere-se a constitucionalização abrangente e analítica. A Constituição Federal define a forma de Estado e a forma de Governo, regulamenta sobre a separação dos Poderes, protege os direitos fundamentais, à ordem social, tributária, e econômica, além de outros diversos assuntos. Constata-se que o Poder Judiciário passou a contemplar matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e pela legislação ordinária. Segundo o Ministro Barroso, “constitucionalizar é, em última análise, retirar um tema do debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis”⁵⁷. Já o segundo critério é o sistema de controle de constitucionalidade. No país, esse sistema é misto, pelo fato de adotarmos dois modelos, o americano, em que todo juiz no caso concreto pode pronunciar a invalidade de uma norma, como também o modelo europeu, o qual permite o ajuizamento de ações diretas ao STF.⁵⁸

Nesse sentido, Vanice Regina Lírio do Valle acertadamente afirma que a constitucionalização do direito após a Segunda Guerra Mundial, a legitimação dos direitos humanos e as influências dos sistemas norte-americano e europeu são fatores que contribuíram fortemente para concretização do fenômeno da judicialização do sistema político, inclusive o brasileiro.⁵⁹

Em decorrência desse fenômeno, já foram propostas perante o Supremo Tribunal Federal uma série de questões de relevância moral, política e social, extremamente, importante para a população. As pesquisas de células-troncos embrionárias (ADI 3510/DF), legitimidade de ações afirmativas e quotas sociais e raciais (ADI 3330), vedação ao nepotismo no âmbito dos três poderes (ADC 12/DF e Súmula vinculante 13), restrição do uso de algema (HC 91952/SP), criação do Conselho Nacional de Justiça na reforma do Poder Judiciário (ADI 3367), proibição do uso de amianto (ADI 3937/SP), não recepção da Lei de Imprensa (ADPF

⁵⁶ CAMBI, 2016., p. 317.

⁵⁷ BARROSO, 2017a, p. 442.

⁵⁸ Ibid., p. 443.

⁵⁹ TASSINARI, Clarissa. **A Atuação do Judiciário em Tempos de Constitucionalismo Contemporâneo**: uma crítica ao ativismo judicial. Revista da Faculdade do Sul de Minas, Minas Gerais, n. 2, jul./dez. 2012, p. 40.

130/DF), possibilidade de interrupção da gravidez de feto anencefálico (ADI 5581/DF), esses são apenas alguns dos temas que foram judicializados.⁶⁰

Além disso, outros grandes temas aguardam julgamento, como é o caso de fornecimento de medicamento, incluindo os que não estão na lista do Sistema Único de Saúde (SUS), vaga em creche e, talvez, a maior fonte de violação de direitos humanos em solo brasileiro, desde a escravidão – a situação carcerária dos presos.

Tornou-se comum, em qualquer das instâncias, decisões que interferem diretamente em políticas públicas e sociais. As Cortes Superiores passaram a proferir decisões de interferência nos assuntos dos demais poderes, inclusive impondo ao Legislativo e ao Executivo a criação de políticas voltadas a concretização de direitos fundamentais.⁶¹

Em suma, em numerosos países ao redor do mundo tem havido uma crescente deferência legislativa ao Judiciário, uma crescente intrusão do Judiciário em prerrogativas de legislaturas e executivos, e uma correspondente aceleração do processo por meio do qual agendas políticas têm sido judicializadas. Juntos, tais desenvolvimentos contribuíram para a crescente confiança em meios judiciais para clarificar e resolver controvérsias morais fundamentais e questões políticas altamente controversas, transformando tribunais superiores nacionais em importantes órgãos de decisão política.⁶²

Desta forma, constata-se que juízes e tribunais tornaram-se personagens centrais do Estado ao interferir sobre os mais importantes processos políticos do sistema de governo.⁶³ Não é difícil imaginar demandas políticas, sociais e morais sendo levadas ao Judiciário a fim de receber o “selo” de aprovação. Diante dessa nova roupagem constitucional, nota-se o caráter político da função jurisdicional. Em virtude disso, agiganta-se o fenômeno da politização do Judiciário, o que por sua vez merece um aprofundamento, pormenorizado, em razão dos riscos que as decisões políticas proferidas por juízes podem causar no regime democrático.

2.3.1 Riscos da Judicialização Excessiva e da Politização do Judiciário

⁶⁰ BARROSO, 2017a, p. 443.

⁶¹ CAMPOS, 2014, p. 211.

⁶² HIRSCHL, 2006, p. 163.

⁶³ CAMPOS, op. cit., p. 156.

Não havendo dúvidas do caráter político que juízes e membros dos tribunais estão exercendo no solo brasileiro, despertaram-se inúmeros questionamentos acerca dos riscos de uma judicialização excessiva e de uma politização do Judiciário.

Barroso elenca três objeções importantes, são elas: crítica político-ideológica, crítica quanto à capacidade institucional e crítica quanto à limitação do debate.⁶⁴ “Ninguém deseja o Judiciário como instância hegemônica e a interpretação constitucional não pode se transformar em usurpação da função legislativa”⁶⁵.

O primeiro problema assenta-se na crítica política-ideológica, juízes e membros dos tribunais não são agentes políticos eleitos pelo povo e suas decisões não deveriam se sobrepor em relação aos poderes representativos. Quando um juiz declara a inconstitucionalidade de um ato legislativo ou do executivo ocorre, o que Alexander Bickel denomina, “dificuldade contramajoritária”⁶⁶. A decisão de juízes e membros dos tribunais compostos por agentes políticos não eleitos se sobrepõem a uma vontade dos representantes do povo.⁶⁷ Em suma, constata-se que o Poder Judiciário exerce um controle contra as decisões da maioria dos cidadãos.

Além das severas críticas quanto à legitimidade democrática, outra dificuldade da judicialização e a politização do Judiciário decorre da melhor proteção dos direitos fundamentais. Segundo Jeremy Waldron, nas sociedades democráticas, as controvérsias acerca dos direitos fundamentais devem ser decididas através do Legislativo, o qual é o legítimo representante do povo.⁶⁸ Ainda, quanto ao critério político-ideológico, há críticas quanto ao cunho ideológico do Judiciário. Juízes e membros dos tribunais representariam uma elite conservadora, fazem parte de uma “aristocracia”. Nesta linha, a judicialização seria uma ação do Judiciário contra a própria democracia, ao criar um governo dos juízes.⁶⁹

A segunda crítica seria quanto à capacidade institucional. Não compete apenas ao Poder Judiciário interpretar a Constituição Federal. Essa atividade deve ser realizada pelos três poderes, todavia, em caso de divergência, compete ao Judiciário proferir a palavra final. Atenta-se, entretanto, que essa primazia não deve

⁶⁴ BARROSO, 2017a, p. 446.

⁶⁵ BARROSO, loc. cit.

⁶⁶ BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch**. 2. ed. New Haven, Connecticut: Yale University, 1986. p. 17.

⁶⁷ BARROSO, 2017a, p. 447.

⁶⁸ WALDRON, apud BARROSO, loc. cit.

⁶⁹ CAMBI, 2016, p. 267.

significar “que toda e qualquer matéria deve ser decidida em um tribunal”⁷⁰. Além disso, deve-se alertar sobre a possível corrupção dentro do dentro do Judiciário, como por exemplo venda de sentenças, liminares e votos.⁷¹

Assim sendo, nota-se que a judicialização excessiva é prejudicial ao regime democrático. Primeiramente, deve-se evitar a primazia do Judiciário em detrimentos dos demais Poderes. Nem sempre o Judiciário é o órgão mais qualificado para proferir uma decisão de mérito. Nos casos em que se exige uma qualificação técnica, como por exemplo, taxa de juros Selic, transposição de rios, ou até mesmo demarcação de terras indígenas, o Poder Judiciário não será a instituição mais adequada a proferir a decisão, podendo em muitas conjunturas, causar uma calamidade econômica, política, social e até mesmo moral. Somando-se a isso, constata-se uma outra adversidade, do essencial ao insignificante, os juízes e tribunais passaram a judicializar a vida.

A terceira crítica delimita-se quanto à limitação do debate. A judicialização das questões políticas promove, nesta análise, duas causas prejudiciais. A elitização do debate e a consequente exclusão das pessoas que não dominam a técnica jurídica.⁷² É notório que para compreender o mundo do Direito é necessário um conhecimento específico, o que acaba afastando o próprio povo, legítimo detentor do poder, do debate das questões políticas. Em virtude disso, é preciso não exacerbar a judicialização para não aleijar as pessoas do debate público.⁷³ “Não é possível ignorar o espaço da política como campo de mobilização popular e mecanismo de transformação social”⁷⁴. Além desse fator, a judicialização propicia um ambiente de debate movido por paixões e ideologias, o que acaba, consequentemente, prejudicando o debate jurídico, o qual deve se fundamentar pela racionalidade jurídica.⁷⁵ Cambi assevera que

⁷⁰ BARROSO, 2017a, p. 447.

⁷¹ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 21.

⁷² BARROSO, op. cit., p. 448.

⁷³ Ibid., p. 447.

⁷⁴ CAMBI, 2016, p. 342.

⁷⁵ Um grande exemplo disso ocorreu no debate da Suprema Corte acerca da extradição do italiano Cesare Battisti, ex-militante da esquerda, tendo o Professor Eros Grau proferido a seguinte lição: “Parece que não há condições no tribunal de um ouvir o outro, dada a paixão que tem presidido o julgamento deste caso”. RECONDO, Felipe. Caso Battisti expõe crise no STF, nov. 2009. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,caso-battisti-expoe-crise-no-stf,470173>>. Acesso em: 26 set. 2017.

Não há como medir se a transferência de determinadas decisões políticas para o Judiciário representa maior promoção da cidadania e da democracia. Em nenhum regime democrático o poder está, na prática, somente nas mãos do povo. Ainda, em nenhum lugar, a democracia proporciona a igualdade do poder político. A transferência de poder político ao Judiciário, certamente, fará com quem a maioria do cidadãos ganhe mais do que perca.⁷⁶

Todavia, apesar desses apontamentos, tais críticas não eliminam a importância do papel políticos dos juízes na democracia moderna.⁷⁷ Visto isso, a jurisdição constitucional corretamente exercida é, antes de tudo, uma garantia e não um risco ao regime democrático. É o que se passa a examinar no próximo tópico.

2.3.2 Direito e Política

As Constituições modernas promoveram uma aproximação inevitável entre direito e política. O compromisso das constituições contemporâneas inseriram legislação e jurisdição no mesmo ciclo democrático, em virtude, principalmente, da textura aberta dos enunciados normativos. Em decorrência disso, direito e política não possuem uma fronteira nítida e rigidamente definida.⁷⁸

Isto posto, a aproximação desses conceitos vem gerando situações de tensões e de conflitos aparentes em torno da jurisdição constitucional e política. As Constituições democráticas devem desempenhas duas funções. A primeira delas de forte caráter político, diz respeito a assegurar as regras do processo democrático, como permitir a participação política, a alternância do poder e o governo da maioria. No entanto, o princípio majoritário nem sempre se coaduna com o novo modelo constitucional vigente. Por exemplo, criar uma lei frontalmente violadora de direitos a minorias, como no caso das sociedades estigmatizadas, presos, homossexuais, apesar de amplo respeito “a vontade da maioria”, fere a segunda face da Constituição, que é - a proteção de valores e direitos fundamentais.

⁷⁶ CAMBI, 2016, p. 318.

⁷⁷ BARROSO, 2017a, p. 448.

⁷⁸ SARMENTO, 2015, p. 165.

Por essa razão, é função do Judiciário fazer valer os valores constitucionais a fim de garantir não só processo democrático, mas, sobretudo, os direitos fundamentais.

Todavia, quando não se separam, ao menos de forma relativa, direito e política, a democracia pode ficar fragilizada, em virtude do agigantamento do Poder Judiciário neste novo modelo institucional. Neste interim, a fim de se evitar a ingerência desmensurada do Judiciário nos demais Poderes e, conseqüentemente, a sepultura do regime democrático, no plano de aplicação do direito, nota-se o interesse de se separar esses conceitos.

O Ministro Barroso atesta que “na política, vigoram a soberania popular e o princípio majoritário. O domínio da vontade. No Direito, vigora o primado da lei (*the rules of law*) e do respeito aos direitos fundamentais. O domínio da razão”⁷⁹.

Diante disso, contata-se o desafio da jurisdição constitucional no presente momento, “não ir além da sua missão, nem ficar aquém do seu dever.”⁸⁰ Na lição de Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto

[...] de um lado, deve-se reconhecer o importante papel do Judiciário na garantia da Constituição, especialmente dos direitos fundamentais e dos pressupostos da democracia. Mas, de outro, cumpre também valorizar o constitucionalismo que se expressa fora das cortes judiciais, em fóruns como os parlamentos e nas reivindicações da sociedade civil que vêm à tona no espaço público informal.⁸¹

A grande maioria dos países ocidentais reserva uma parcela do poder a agentes políticos não eleitos, os quais são selecionados com base no conhecimento técnico, como é o caso do Poder Judiciário no Brasil.

Quando o Judiciário decide questões políticas, como no caso das cotas sociais na universidade, veda o nepotismo no âmbito dos três poderes ou restringe o uso de algemas, apesar de seu forte caráter jurídico, ao julgar, a natureza da decisão é inegavelmente política.⁸²

Assim sendo, apesar da necessidade de separar esses conceitos, não se pode descartar que, em algumas situações, segundo Daniel Sarmiento, Direito e

⁷⁹ BARROSO, 2017a, p. 451.

⁸⁰ SARMENTO, 2015, p. 37.

⁸¹ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional**. Teoria, história e métodos de trabalhos. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 240.

⁸² BARROSO, op. cit., p. 426.

política estão conectados por uma via de mão dupla.⁸³ A primeira via e, talvez, a mais movimentada se dá no sentido política-direito, quando, por exemplo, o processo legislativo cria novas leis, ou seja, esse percurso se desenvolve no processo político majoritário. A segunda via, direito-política, representa as limitações materiais e formais impostas pela Constituição ao processo legislativo, como, por exemplo, a proteção aos direitos fundamentais em detrimento da suposta vontade da maioria. Diante disso, constatam-se “movimentos da política e movimentos do direito, separados e identificados”⁸⁴.

A jurisdição constitucional é um elemento fundamental para a proteção do Estado Democrático de Direito. A Constituição, diante dessa nova roupagem constitucional, assumiu a posição suprema não apenas no ordenamento jurídico, mas, sobretudo na hierarquia política, não estando nenhum poder acima dela. Em virtude disso, ocorreu uma expansão da jurisdição constitucional e consequentemente do Judiciário – o maior zelador dos direitos fundamentais. Em suma, Cambi atesta que

O governo constitucional visa a proteção do conjunto da sociedade, impedindo que a vontade da maioria se sobreponha aos ditames legais ou que oprimam as minorias. Em outras palavras, a função básica da Constituição é retirar certas decisões do processo político, colocando os direitos acima das decisões da maioria, por intermédio de um sistema de direitos fundamentais que serve como critério último de validade de toda ordem jurídica.⁸⁵

Tendo isto em vista, os desafios a respeito da legitimidade dos juízes acerca das decisões, inegavelmente, políticas serão melhor abordados no próximo capítulo, quando delinear-se-á sobre o ativismo judicial e as tensões existentes entre procedimentalistas e substancialistas.

2.4 VETORES HERMENÊUTICOS DESTINADOS A CONSTESTAR DECISÕES POLÍTICAS

⁸³ SARMENTO, 2015, p. 141.

⁸⁴ SARMENTO, loc. cit.

⁸⁵ CAMBI, 2016, p. 266.

É indispensável uma reflexão a respeito dos limites da jurisdição constitucional a fim de evitar decisões discricionárias e antidemocráticas. Segundo o Professor Lenio Luiz Streck deve haver um direito fundamental à obtenção das respostas corretas e adequadas à Constituição, pois, caso contrário, ocorreria um caos no sistema jurídico vigente.⁸⁶ Streck entende que o texto constitucional não pode ser expandido. Em virtude disso, há uma preocupação com as decisões jurídicas que estejam em desconformidade com o regime democrático e constitucional, sendo necessário estabelecer critérios hermenêuticos destinados a combater tais decisões.

Para Streck, qualquer decisão ativista é prejudicial ao regime democrático, pelo fato da vontade do julgador substituir o debate político.⁸⁷ Um grande exemplo de decisão arbitrária e, conseqüentemente, equivocada ocorreu no caso do Deputado Federal Natan Donadon. Todavia, antes de adentrar no caso do político, insta ressaltar que o entendimento do STF acerca da perda do mandato parlamentar condenado criminalmente é de que tal decisão depende, unicamente, das Casas Legislativas, conforme dispõe a Constituição Federal⁸⁸. Em virtude disso, após Donadon ter sido condenado pelo STF, a sessão da Câmara dos Deputados o livrou da cassação do mandato, fato que causou uma indignação popular. O Ministro Barroso, na contramão do posicionamento adotado pelo STF e da própria Constituição Federal, concedeu uma liminar suspendendo os efeitos da sessão da Câmara, sob o fundamento de que Donadon foi condenado a cumprir pena em regime fechado, o que justifica uma cassação automática. Apesar do resultado da decisão ser conveniente, não é possível aprovar a fundamentação dada pelo Ministro, pois contraria a própria Constituição.⁸⁹ Esse é apenas um dos inúmeros casos ativistas em que a democracia foi superada pela juristocracia.

⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]**, [S.l.], v. 17, n. 3, p. 729, dez. 2016. ISSN 2179-7943. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/12206>>. Acesso em: 18 jan. 2018.

⁸⁷ STRECK, loc. cit.

⁸⁸ BRASIL. Constituição Federal. Artigo 55, inciso VI, § 2º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 76, de 2013).

⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. O Supremo não é o guardião da moral da nação. **Revista Consultor Jurídico**, set. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-set-05/senso-incomum-supremo-nao-guardiao-moral-nacao>>. Acesso em: 18 jan. 2018.

Diante do exposto, constata-se a importância dos limites da atividade jurisdicional, uma vez que, decisões arbitrárias fragilizam não apenas o regime democrático, como também a segurança jurídica e o direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição.⁹⁰ Neste sentido, Streck, um dos grandes críticos ao ativismo judicial, assevera que

Diante desse maior espectro de atuação do Judiciário, a questão que se coloca é como as decisões são construídas. Por isso, há que se ter cautela com recepções teóricas (equivocadas) que não se coadunam com a realidade brasileira ou que “escolhem” posturas subjetivistas, casos da Jurisprudência dos Valores ou da Ponderação Alexyana, ou sua versão tupiniquim. Nesta quadra da história temos que dar um salto da subjetividade para a intersubjetividade, dos donos dos sentidos para os sentidos que ocorrem em um *a priori* compartilhado. Desse modo, em vez de discricionariedade, das escolhas, teremos decisões que se acomodam em uma construção democrática do direito.⁹¹

Desta forma, no interior do debate jurídico norte-americano, surgem duas correntes, as quais são denominadas de *interpretativistas e não-interpretativistas*. Com o intuito de analisar os fundamentos de legitimidade do direito e das decisões judiciais, essa dicotomia promoveu avanços na hermenêutica-programática.

A corrente interpretativista defende uma posição conservadora. Isto posto, nesta concepção, juízes não podem fundamentar suas decisões com argumentos políticos, morais ou filosóficos, sendo possível sustentá-los, apenas, no domínio normativo dos textos constitucionais. “Sendo assim, ao interpretar a Constituição, o leitor tem de ter os olhos voltados apenas para o texto constitucional que se situa à sua frente, tendo como limite máximo de abertura uma busca pela intenção dos fundadores”⁹².

A segunda corrente estrutura-se na concretização dos direitos fundamentais, ou seja, busca sua fundamentação nos valores advindo da própria sociedade como os princípios da justiça, liberdade e igualdade. Essa corrente é denominada de *não-interpretativistas* pelo fato dos resultados obtidos não terem sido resultado da interpretação direta da lei, mas sim de valores advindos da sociedade. A corrente

⁹⁰ STRECK, 2016, p. 730.

⁹¹ STRECK, loc. cit.

⁹² FERNANDES, Bernardo Gonçalves. A Teoria da interpretação judicial para além do interpretativismo e do nãointerpretativismo. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f3173935ed8ac4bf>>. Acesso em: 24 fev. 2018.

não-interpretativista será melhor aprofundada no próximo capítulo, ao analisarmos o ativismo judicial.

3 JURISDIÇÃO PROATIVA E ATIVISMO JUDICIAL

Com a promulgação da Constituição de 1988, a jurisdição constitucional alterou suas concepções basilares e passou a preocupar-se em proteger e garantir os direitos fundamentais. Essa mudança paradigmática expandiu a jurisdição e permitiu aos juízes e membros dos tribunais adorem posturas proativas e expansivas a fim de garantir tais preceitos constitucionais. Para tanto, diversas teorias argumentativas e correntes filosóficas entram em confronto para que tal atitude dos interpretes não afrontem o regime democrático.

3.1 PROCEDIMENTALISMO E SUBSTANCIALISMO

A jurisdição constitucional é sinalizada por duas correntes filosóficas, via de regra, antagônicas: procedimentalismo v. substancialismo. Essas correntes distinguem-se, basicamente, em dois sentidos, o papel da Constituição na sociedade e o espaço da jurisdição constitucional.⁹³

O procedimentalismo preocupam-se com a busca de soluções imparciais dos juízes, negando critérios “conteudísticos objetivos”⁹⁴. Para autores que defendem essa corrente filosófica, como Ely e Habermas, o procedimentalismo não reconhece que a legitimidade da jurisdição constitucional esteja na proteção do conteúdo material da Constituição – como os direitos fundamentais. Sob esta análise, a jurisdição constitucional deveria apenas assegurar o processo democrático, limitando o papel da Constituição à uma simples tarefa de compreensão procedimental. As questões de cunho controvertido no campo político, moral ou econômico não devem estar na Constituição.⁹⁵ “Segundo Ely a noção de que os juízes podem inferir amplos direitos e valores morais a partir da Constituição é

⁹³ SARMENTO, 2015, p. 89.

⁹⁴ CAMBI, 2016, p. 266.

⁹⁵ Ibid., p. 360.

radicalmente antidemocrático”⁹⁶. Em virtude disso, a jurisdição constitucional deve interpretar a Carta Magna de modo a reforçar o processo democrático, garantindo a representação popular no processo político.⁹⁷

Constata-se que o procedimentalismo defende uma jurisdição constitucional contida, não autorizando a interpretação de juízes em decisões políticas, pelo fato do Judiciário não exercer, de modo algum, o poder político. Essa corrente critica a politização do Judiciário, rejeita a constitucionalização abrangente e rechaça a atuação deste poder no controle de políticas públicas.

Por outro lado, a corrente substancialista defende uma jurisdição proeminente. Para os defensores dessa teoria, “a Constituição deve conter – e juízes e tribunais devem implementar - direitos fundamentais, princípios e fins públicos que realizem os grandes valores de uma sociedade democrática”⁹⁸, abrangendo, por exemplo, preceitos como a busca pela justiça, igualdade e liberdade.⁹⁹

Os substancialistas perpetuam que o Poder Judiciário, mesmo em uma atuação contramajoritária, tem o dever de concretizar os valores de um Estado Democrático de Direito. Na defesa da corrente substancialista, Cambi atesta que “quer-se resgatar o *caráter transformador* da Constituição, para que se possa assegurar a devida força normativa aos princípios e regras constitucionais, capazes de realizar o núcleo axiológico das promessas emancipatórias não cumpridas”¹⁰⁰.

O principal articulador teórico desta corrente é o Filósofo Ronald Dworkin, defensor da “leitura moral da Constituição”¹⁰¹. Esta nova leitura constitucional só é efetivada diante de dois critérios, uma argumentação principiológica e o respeito a lisura do direito, superando, inevitavelmente, o positivismo jurídico.

Para o referido autor, não é suficiente a mera aplicação da lei, sendo necessário, primeiramente, interpretar a legislação, para depois, aplicar a melhor norma-princípio no caso concreto. Diante disso, Dworkin elaborou a teoria dos *Hard Cases*, isto é, dos casos difíceis, a qual percebe-se a ampla utilização da premissa

⁹⁶ CZELUSNIAK, Vivian Amaro; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Constitucionalismo e Democracia nas Análises Procedimentalista e Substancialista, v. 33, n. 65, p. 7, 2012. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n65p189>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

⁹⁷ CZELUSNIAK, RIBEIRO, loc. cit.

⁹⁸ BARROSO, 2017a, p. 119.

⁹⁹ BARROSO, loc. cit.

¹⁰⁰ CAMBI, 2016, p. 366.

¹⁰¹ DWORKIN, Ronald. **Direito da Liberdade: A leitura moral da Constituição Norte-Americana.** Tradução por Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 49.

basilar do substancialismo: a aplicação do direito, além da letra da lei. O julgador deve decidir mesmo quando a resolução para o conflito não está no texto, mesmo quando as normas positivadas não estabeleçam uma solução para o litígio.

Dworkin afirma que nos casos de lacuna da lei, ou nos demais Hard Cases, o juiz deve encontrar a melhor solução possível com base na interpretação da norma, construída a partir do histórico legislativo e cultural, na tradição, nos precedentes e na moralidade.¹⁰² Em virtude disso, constata-se que a jurisdição substancialista defendida por Dworkin visa solucionar os Hard Cases com base em uma política interpretativa-expansiva da norma. Para o filósofo, é melhor um Poder Judiciário ativista, garantidor de direitos, do que um Judiciário passivo, ineficaz. “O juiz deve escolher a resposta certa entre várias fontes”¹⁰³.

Neste íterim, supera-se a abordagem minimalista da interpretação jurídica, (re)organizando o papel dos princípios - agora primordiais no ordenamento jurídico. É a partir dessa análise que os juízes têm a possibilidade de anular as decisões dos atores meramente políticos sem desmantelar a democracia participativa.

Isto posto, deve-se esclarecer que a Constituição de 1988 é visivelmente substancialista, ao proteger diferentes temas que são fundamentais para o desenvolvimento humano, como educação, saúde, segurança, meio ambiente, família, cultura e previdência. A jurisdição constitucional não pode ficar refém do legislador ordinário para concretizar direitos fundamentais, isso seria uma afronta a própria Constituição brasileira. Os direitos fundamentais não podem esperar o bel-prazer dos nossos representantes políticos para serem garantidos. Isso, inevitavelmente, seria um retrocesso para o Brasil, um país já – tão desigual e violador de direitos. “A jurisdição constitucional deve desempenhar um papel iluminista, ajudando a empurrar a história”¹⁰⁴. Na lição de Barroso

A jurisdição constitucional pode, em nome do povo, corrigir os atos inconstitucionais praticados pelos seus representantes políticos. Quando assim age, não se volta contra o povo, mas para protegê-lo contra as ações e as omissões inconstitucionais dos seus governantes.¹⁰⁵

¹⁰² DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 89.

¹⁰³ CZELUSNIAK, RIBEIRO, 2012, p. 10.

¹⁰⁴ BARROSO, 2017a, p. 120.

¹⁰⁵ CAMBI, 2016, p. 355.

Cambi afere, magnificamente, que “o drama jurídico das Constituições contemporâneas está em como estabelecer e inaugurar novas técnicas e instrumentos capazes de efetivar os direitos fundamentais e promover os desenvolvimento social”¹⁰⁶.

As duas correntes filosóficas não são totalmente inconciliáveis, pode-se extrair pontos integrantes entre elas. Os substancialistas preocupam-se com os direitos fundamentais e os procedimentalistas com o princípio majoritário, ou seja, há decisões proferidas por atores políticos sem obstruir o processo democrático cuja finalidade essencial é a proteção dos direitos fundamentais.¹⁰⁷

Para teoria procedimentalista, os valores substantivos de uma sociedade devem ser escolhidos por meio de uma deliberação democrática, ou seja, pelos poderes representativos do povo, quais sejam o Poder Executivo e o Poder Legislativo. De acordo com esta teoria, o Poder Judiciário deve apenas garantir o exercício da democracia, não sendo possível, portanto, o chamado ativismo judicial, visto que a deliberação sobre os valores substantivos de uma sociedade por juízes não eleitos atentaria ao princípio democrático. Segundo a teoria substantiva da Constituição, ou constitucionalista da democracia, existem direitos fundamentais que representam valores mínimos escolhidos pelo povo no momento constituinte que devem ser protegidos inclusive contra maiorias eventuais. A Constituição, desse modo, se dirige a todos os cidadãos e a todos os Poderes do Estado, mas seu protetor e intérprete máximo, neste modelo, é o Poder Judiciário, que, por sua vez, irá interpretar os valores escolhidos pela sociedade quando da elaboração da Constituição permitindo dessa forma mais ideia de ativismo judicial na proteção e efetivação dos direitos fundamentais.¹⁰⁸

Em virtude disso, não há dúvida que nas zonas de colisões entre essas correntes, deve-se, inevitavelmente, proteger os direitos fundamentais. Tendo isto em vista, a expansão da jurisdição constitucional estimulou o Poder Judiciário no combate para concretização dos direitos fundamentais.

3.2 ATIVISMO JUDICIAL

¹⁰⁶ CAMBI, 2016, p. 369.

¹⁰⁷ BARROSO, 2017a, p. 121.

¹⁰⁸ BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz; KOZICKI, Katya. **Jurisdição Constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia.** Revista Sequência, n. 56, p. 163, 2008.

Diante dessa preocupação em garantir os preceitos constitucionais, o ativismo judicial ganha espaço no mundo jurídico, tornando-se, em muito dos casos, uma atuação legítima para superar violações a direitos. Com essa finalidade, juízes assumem o papel não mais de meros aplicadores da lei, mas, principalmente, de agentes de mudança social.

3.2.1 Histórico do ativismo judicial

Os Estados Unidos foi o palco do primeiro embate em torno do papel de juízes no cenário político. Em 1947, Arthur Schlesinher Jr, um historiador, criou o termo ativismo judicial ao publicar na Revista Fortune um artigo avaliando a posição dos juízes da Suprema Corte, nomeados pelo Presidente Roosevelt. O autor classificou os juízes da Suprema Corte em: (i) juízes ativistas com ênfase na proteção dos direitos das minorias e das classes dos mais pobres (ii) juízes ativistas cuja finalidade seria a proteção dos direitos da liberdade, (iii) juízes adeptos a autorrestrrição e (iv), juízes representantes do equilíbrio das forças.¹⁰⁹ Contudo, apesar da tentativa de classificar os juízes em quatro critérios, pode-se afirmar que a Suprema Corte estava dividida em juízes ativistas, liderados por Hugo Black, e autorrestritivos, liderados por Felix Frankfurter.

Para Schlesinher, os debates envolvendo os dois juízes resultava na tensão do exercício do Poder Judiciário na democracia. “Decidir sobre o ativismo ou autorrestrrição judicial é decidir a respeito do espaço decisório da Suprema Corte no sistema constitucional e político do país”¹¹⁰. Frankfurter não aceitava a possibilidade de juízes criarem um “mundo novo”, sendo que esta tarefa estaria reservada somente aos poderes eleitos. Quando um juiz interpreta uma lei além das palavras expressas pelo legislador, automaticamente, ele estará usurpando o Legislativo e conseqüentemente enfraquecendo a democracia.¹¹¹ Já os juízes ativistas substituem o legislador ao se depararem com violações de direitos das minorias e, principalmente, das liberdades civis. No mais Barroso atesta que

¹⁰⁹ CAMPOS, 2014, p. 43.

¹¹⁰ Ibid., p. 48.

¹¹¹ Ibid., p. 46.

Esse conflito pode ser descrito de diferentes maneiras. O grupo Black-Douglas acreditava que a Suprema Corte pode cumprir um papel afirmativo em promover o bem-estar social; o grupo de Frankfurter-Jackson advogava uma política de autorrestrição judicial. Um grupo é mais preocupado com o emprego do poder judicial em favor da própria concepção de bem social; o outro com expandir o campo de liberdade de conformação dos legisladores, mesmo se isso significar sustentar conclusões que eles particularmente condenam. Um grupo considera a Corte como instrumento para alcançar resultados sociais desejados; o segundo como instrumento para permitir que os outros poderes de governo alcancem os resultados que o povo deseja, sejam bons ou ruins. Em suma, a ala Black-Douglas parece estar mais preocupada em resolver casos particulares de acordo com as próprias concepções sociais; a ala Frankfurter-Jackson com preservar o judiciário em seu espaço estabelecido, mas limitando o sistema Americano.¹¹²

Embora Schlesinger tenha se preocupado em classificar os juizes da Suprema Corte, a grosso modo, de ativistas e autorrestritivos, pode-se aferir que a origem do ativismo judicial remota ao surgimento do *judicial review*, sobretudo, com o julgamento da decisão do caso *Marbury v. Madison*, em 1803. Marco inicial do controle de constitucionalidade difuso.

No final do mandato do Presidente John Adams, William Marbury foi nomeado para o cargo de juiz federal. Todavia, antes da posse de Marbury, Thomas Jefferson, do partido rival, foi eleito o novo Presidente dos Estados Unidos, e se recusou a nomeá-lo. Diante da negativa, Marbury foi até a Suprema Corte para que o secretário de Estado de Jefferson, denominado de James Madison, o nomeasse magistrado federal. Em virtude disso, o Presidente da Suprema Corte John Marshall, ao analisar a lacuna na lei, considerou o ato inconstitucional, ou seja, nulo, pelo fato de seu pedido estar baseado em uma inconstitucionalidade. Esse fato foi o marco inicial para o controle de constitucionalidade nos Estados Unidos.¹¹³ A decisão de Marshall foi notavelmente ativista, pelo fato da “falta de deferência da Suprema Corte ao Congresso Nacional e autoafirmação de espetacular poder decisório sem previsão constitucional clara”¹¹⁴.

Além desse marco para o ativismo judicial, o famoso caso *Dred Scott v. Sandford* também merece uma breve análise, em virtude da pior atitude proativa da Suprema Corte norte-americana e, talvez, mundial. Neste caso, a Corte declarou inconstitucional uma lei federal, confirmando o status constitucional da escravidão.

¹¹² BARROSO, 2017a, p. 444.

¹¹³ CAMBI, 2007, p. 9.

¹¹⁴ CAMPOS, 2014, p. 54.

Dred Scott era um escravo pertencente a Jhon Emerson, um major do Exército estadunidense. Emerson era frequentemente remanejado, em virtude do seu alto cargo militar, sendo que chegou a residir em diversos Estados, onde a escravidão era legalmente proibida, como em Rock Island, em Illinois, Fort Snelling, Território de Wisconsin. Dred Scott, como era escravo, sempre acompanhava o major. Todavia, com a morte de Emerson, em 1843, Scott foi até a Corte estadual de Missouri demandar acerca da aquisição do direito de liberdade, ao ter residido em estados absolutistas e que a escravidão era proibida. A demanda foi até a Suprema Corte estadunidense, depois de um arranjo a fim de garantir a jurisdição constitucional, tendo sido decidida em desfavor de Scott, ao negar a legitimidade processual para discutir a sua liberdade.¹¹⁵

Em suma, Carlos Alexandre de Azevedo Campos assevera que o “ativismo judicial de Dred Scott não está na afirmação de que negros não eram cidadãos e, sim, uma “raça infeliz”, “inferior”, simples “artigos de mercancia”. Estas afirmações compõem o caráter moralmente odioso da decisão”¹¹⁶. Diante de tal fato, aufere-se que a Suprema Corte constitucionalizou a escravidão e usurpou a função do Legislativo, por isto, esse caso é considerado a pior decisão da Corte Constitucional americana.¹¹⁷

Visto essas duas decisões históricas, o ativismo judicial foi uma expressão empregada nos Estados Unidos para qualificar a atuação proativa do presidente da Suprema Corte entre os anos de 1954 a 1969 – Earl Warren. Apesar de haver casos marcantes de atuações ativistas anteriores, como no caso de Marbury e Scott, foi no período presidido por Warren que o ativismo judicial ganhou um tom pejorativo, em virtude das práticas políticas progressistas em matérias de direitos fundamentais.¹¹⁸

As decisões de *Brown v. Board of education*, 1954, quando considerou ilegítima a segregação racial nas escolas de ensino público, a disputa de *Griswold v. Connecticut*, 1965, quando vedou ao Estado o direito de invadir o quarto de um casal, a fim de reprimir o uso de contraceptivos, são fortes exemplos de transformações efetivadas pelo Judiciário, sem qualquer manifestação dos demais poderes. Ainda merece destaque a decisão de *Roe v. Wade*, em 1973, quando vedou a criminalização do aborto até o terceiro mês. Essas foram decisões

¹¹⁵ CAMPOS, 2014, p. 54.

¹¹⁶ Ibid., p. 55.

¹¹⁷ CAMPOS, loc. cit.

¹¹⁸ BARROSO, 2017a, p. 444.

claramente progressistas na luta para a concretização não apenas dos valores fundamentais, sobretudo dos fins constitucionais. A Corte de Warren revolucionou o direito constitucional estadunidense.¹¹⁹ Em suma Campos atesta que

[...] orientada pela ideia de igual dignidade do homem e sob a perspectiva democrático-inclusiva, a Corte de Warren interpretou criativamente os princípios constitucionais, expandindo seu sentidos e afirmando direitos implícitos ou apenas vagamente definidos para promover a igualdade formal, notadamente na questão racial, a nacionalização das liberdades civis e a equidade do processo democrático, superando o status da Suprema Corte como reduto do conservadorismo antidemocrático e anti-igualitário. A dimensão de interpretação criativa da Constituição para afirmação de direitos fundamentais opostos ao Estado fez da Corte de Warren única no sistema político norte-americano e para o debate moderno sobre ativismo judicial.¹²⁰

A partir desse marco, iniciou-se uma reação conservadora e de autocontenção nos Estados Unidos. O ativismo judicial foi alvo de severas críticas, sendo definido como uma bomba-relógio constitucional. A Corte de Warren teria criado direitos sem uma adequada fundamentação, ocasionando iminentes perigos ao regime democrático.

Em virtude disso, constata-se que o berço da discussão sobre o ativismo judicial inaugurou-se nos Estados Unidos, sendo que, ao longo do tempo, a Suprema Corte foi alterando seus posicionamentos, ora proativos, ora autorrestritivos. A Corte de Warren foi o paradigma do ativismo judicial.

Importante destacar que o avanço da jurisdição constitucional e o inexorável papel político desempenhado pelas Cortes ensejou, no mundo, a proliferação do ativismo judicial nas mais diversas ordens jurídicas.

3.2.2 Definição e Conceito

O ativismo judicial merece uma atenção impetuosa em sua definição pelo fato de sua principal característica – a multidimensionalidade. A expansão do poder político-normativo dos juízes nos mais diversos países do mundo proporcionou

¹¹⁹ CAMPOS, 2014, p. 73.

¹²⁰ Ibid., p. 69.

diferentes conceitos do que se entende, hoje, como ativismo judicial. Segundo Campos, o ativismo judicial pode ser definido como

[...] o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes-políticos-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: **(a)** deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; **(b)** responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídicos-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; **(c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias.**¹²¹

Tendo isto em vista, Campos estruturou o ativismo em três marcos. A primeira característica diz respeito ao desenho institucional da Constituição e conseqüentemente do Poder Judiciário. A jurisdição constitucional, determinada pelo neoconstitucionalismo, priorizou, no Brasil, a corrente filosófica substancialista, tendo como principal objetivo a proteção aos direitos fundamentais. Essa nova ordem constitucional ensejou uma jurisdição proativa do Judiciário a fim de concretizar tais direitos aos cidadãos.

O segundo fator do ativismo judicial foi a expansão do poder político do Judiciário, em virtude da judicialização. As mais diversas questões políticas, morais e sociais foram constitucionalizadas pelo Judiciário. Ao invés dessas questões serem determinadas pelos poderes políticos tradicionais – Legislativo e Executivo, com a expansão da jurisdição constitucional, essas demandas foram transferidas para a arena judicial.

O terceiro marco foi a multidimensionalidade do ativismo. Constata-se que a dimensão mais importante do ativismo judicial é a interpretação ampliativa de normas e princípios a fim de solucionar o caso concreto. Os juízes e membros dos tribunais não estão mais limitados ao sentido literal da Constituição, pelo contrário, eles condicionam a Carta Magna com o papel de transformar a sociedade, interpretando criativamente as normas constitucionais indeterminadas.¹²² Ressalta-se que esse é o principal fator e, talvez, o mais perigoso do ativismo judicial, em razão da intensa interferência na esfera legislativa. A atividade criativa de juízes deve ser complementar, substitutiva do legislador, ou até mesmo corretiva. “O juiz ativista preenche lacunas, omissões legislativas, corregeria as leis, inovando, dando-

¹²¹ CAMPOS, 2014, p. 164.

¹²² Ibid., p. 166.

lhes novos sentidos os acondicionando-lhes novos significados, de modo, a conformá-las melhor aos princípios e valores constitucionais”¹²³. Além disso, evidencia-se as atividades de juízes ativistas no controle de políticas públicas, atuando na implementação de políticas na área de saúde, educação, meio ambiente até mesmo no sistema prisional.

Sob outra perspectiva, segundo o Ministro Barroso, o ativismo judicial

[...] está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.¹²⁴

Nesta definição promovida pelo Ministro, a primeira manifestação do ativismo judicial seria o caso de aplicação direta da Constituição nas situações em que há omissão normativa no texto constitucional. O principal exemplo, é o caso da vedação do nepotismo no âmbito dos três poderes. O plenário do Supremo Tribunal Federal primeiramente declarou a constitucionalidade da Resolução nº 7, de 2005, do Conselho Nacional de Justiça¹²⁵, a qual vedou o nepotismo no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário. Na sequência, o STF em julgamento ao recurso extraordinário do Rio Grande do Sul vedou o nepotismo no âmbito dos três poderes, aprovando a súmula de nº 13.¹²⁶ Outro exemplo interessante da aplicação da Constituição em situações não contempladas pelas normas constitucionais diz respeito ao caso da fidelidade partidária. O STF entendeu que a vaga no Congresso

¹²³ CAMPOS, 2014, p. 166.

¹²⁴ BARROSO, 2009, p. 3.

¹²⁵ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 07, de 2005. Disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_07.pdf>. Acesso em: 13 set. 2017.

¹²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 13. A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Nacional pertence ao partido político e não propriamente ao político. Ao privilegiar o princípio democrático a Corte criou outra hipótese de perda do mandato parlamentar. Constata-se que nesses dois exemplos o STF, sem nenhuma deferência aos demais poderes, decidiu, criando um direito.¹²⁷

Em relação a segunda manifestação do ativismo - a declaração de inconstitucionalidade de normas emanadas dos poderes representativos, ostensivamente, violadoras à Constituição, temos como principais exemplos as cláusulas de barreira e a “verticalização das coligações partidárias”¹²⁸.

A última manifestação do ativismo judicial abordada pelo Ministro é a imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. Essa manifestação do ativismo é, sem dúvidas, a mais importante no âmbito de concretização de direitos aos cidadãos. Insta ressaltar alguns exemplos práticos de políticas públicas, notadamente, ativistas na busca para efetivação dos direitos fundamentais – fornecimento de medicamento, disponibilização de vaga em creche, procedimento médico de transgenização, dentre outros inúmeros casos fundamentais a sociedade. Tais exemplos serão abordados no próximo tópico.

Isto posto, constata-se que o ativismo é uma atitude proativa e expansiva das normas constitucionais a fim de concretizar os fins e valores previstos na Constituição, interferindo no âmbito de atuação dos demais poderes - Executivo e Legislativo.

3.2.3 Ativismo Judicial e suas Cinco Dimensões do Supremo Tribunal Federal

Segundo o doutrinador Carlos Alexandre de Azevedo Campos há cinco dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, os quais podem ser

¹²⁷ BARROSO, 2009, p. 22.

¹²⁸ A verticalização ocorreu quando o “STF declarou a inconstitucionalidade da aplicação das novas regras sobre coligações eleitorais à eleição que se realizaria em menos de um ano da sua aprovação. Para tanto, precisou exercer a competência – incomum na maior parte das democracias – de declarar a inconstitucionalidade de uma emenda constitucional, dando à regra da anterioridade anual da lei eleitoral (CF, art. 16) o *status* de cláusula pétrea”. BARROSO, **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 14 out. 2017.

identificados como metodológico, processual, estrutural, de direitos e antidialógico.¹²⁹

A dimensão metodológica diz respeito sobre o modo de interpretar e aplicar as normas de direitos constitucionais seja expandindo ou reduzindo o seu alcance. “O Tribunal não se confina à aplicação passiva de normas preestabelecidas, mas se lança à tarefa de participar ativa e criativamente da construção da ordem jurídica, expandindo, restringindo, corrigindo, enfim modificando essa mesma ordem”¹³⁰. O papel do juiz não está mais atrelado, unicamente, a revelar solução contida no enunciado, mas também o de completar o trabalho do legislador, ou seja o intérprete judicial atua nas escolhas políticas. Além disso, cabe ressaltar os outros comportamentos decisórios do STF na interpretação conforme a constituição, na declaração de nulidade parcial e no controle das omissões legislativas inconstitucionais, os quais também foram englobados pela dimensão metodológica do ativismo judicial.¹³¹

A dimensão processual do STF pode ser identificada pela expansão dos processos constitucionais, ampliando, principalmente, as hipóteses de cabimentos dos recursos e das ações. Um dos principais exemplos foi a ampliação do uso do habeas corpus, o qual não ficou mais restrito a finalidade histórica de proteção a liberdade de locomoção. Todavia, o STF tem ponderando o alargamento de ações e recursos, pelo fato do forte risco que pode causar na funcionalidade da Suprema Corte. Pode-se afirmar que atualmente o STF vem adotando, em relação a sua dimensão processual, uma autorrestrição procedimental, tendo em vista as inúmeras ações e recursos que ocupam a agenda do Tribunal.¹³²

A dimensão estrutural é justamente o contraponto da definição de autorrestrição judicial. É a interferência rígida sobre os demais poderes. É quando o Judiciário, mas especificamente o STF, ocupa e atua nos espaços tradicionais do Executivo e Legislativo. Segundo Campos a dimensão estrutural ou horizontal

Não se trata exatamente da perspectiva de como o Supremo interpreta e aplica a ordem constitucional e infraconstitucional (*dimensão metodológica*), ou de como utiliza os instrumentos de decisão (*dimensão processual*), mas sim, de como ele se comporta diante das decisões prévias de outros poderes, ou melhor, do quando ele interfere nessas decisões e de como ele

¹²⁹ CAMPOS, 2014, p. 275.

¹³⁰ Ibid., p. 276.

¹³¹ Ibid., p. 277.

¹³² Ibid., p. 306.

vem atuando livremente em áreas tradicionalmente reservadas aos demais atores políticos.¹³³

Na dimensão de direitos, o STF tem avançado efetivamente nesse cenário de consolidação dos direitos fundamentais. E os exemplos são inúmeros, como o reconhecimento da união homoafetiva, direito ao aborto de feto anencefálico e a pesquisa com células-tronco, tópicos que já foram abordados nos capítulos anteriores. Nesta dimensão, o STF vem interferindo tanto na escolha da tutela estatal como nas políticas públicas, sempre visando o avanço na afirmação dos direitos fundamentais.¹³⁴

Por fim, há o ativismo antidialógico, sem dúvidas, o mais radical deles. Essa dimensão defende que a Corte Constitucional deva ter sempre a última palavra nas questões constitucionais, ou seja, o STF é o último e o único interprete da Constituição. Isto posto, pode-se afirmar que a “dimensão antidialógica é a única manifestação aprioristicamente ilegítima do ativismo judicial”¹³⁵.

Diante disso, é possível defender uma Suprema Corte ativista, voltado a expandir e afirmar os significados da Constituição, a fim de garantir os direitos fundamentais e evitar a soberania judicial.

3.3 ATIVISMO JUDICIAL COMO UMA FORMA DE PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL

A exigência de forte controle por parte do judiciário no que tange a proteção do mínimo existencial se reveste de verdadeira condição para o exercício da democracia.¹³⁶ O ativismo, munido desse caráter protecionista, reforça a ideia de que a inércia do Poder Público - ante deficiência na materialização dos direitos fundamentais - não pode culminar em prejuízo à população. “Vale mencionar que em momento algum se defende a ideia de intervenção do Poder Judiciário de forma

¹³³ CAMPOS, 2014, p. 315.

¹³⁴ Ibid., p. 322.

¹³⁵ Ibid., p. 338.

¹³⁶ ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. **Ativismo Judicial & Teoria dos Precedentes: Integração dos Poderes e Coerência nas Decisões do Judiciário**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 42.

desproposital. O que se procura demonstrar é que os direitos fundamentais devem ser assegurados de forma igualitária a todos os cidadãos.”¹³⁷

Como forma de irradiar os direitos fundamentais para a sociedade, assegurar o mínimo existencial do cidadão, bem como garantir os preceitos de um Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário adota, expressa e inequivocamente, uma postura ativista.

A omissão das formas de expressão do poder estatal representa a quebra do compromisso com os objetivos do Estado. Como a harmonia entre os poderes objetiva o atendimento integral dos objetivos estatais, cumpre ao Poder Judiciário, por meio da jurisdição, restabelecê-la, mediante a integração da conduta omissiva dos agentes públicos.¹³⁸

Diante desse quadro, quando o Judiciário é provocado a tutelar essas conjunturas de deficiência estatal, vislumbra-se o binômio *mínimo existencial v. reserva do possível*. Tendo isto em vista, cumpre conceituar cada um dos institutos, para que se possa fazer a análise dos casos concretos.

O mínimo existencial é entendido como a condição mínima de existência humana digna¹³⁹, ou seja, é o núcleo essencial dos direitos fundamentais¹⁴⁰, o qual, posto em conflito, não pode ser mitigado, “não pode ser objeto de intervenção do Estado e que exige prestações positivas”¹⁴¹. Em contrapartida, “a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades sempre infinitas a serem cumpridas na implementação dos direitos”¹⁴². Destarte, o litígio está prontamente instalado.

Na medida em que a população exige do Estado uma prestação positiva para concretizar direitos, a Administração Pública afirma não possuir recursos para promovê-las. Nesta ceara, o embate é levado ao Judiciário. Segundo Cambi

O tema preocupa, na medida em que cresce o número de demandas e de condenações judiciais obrigando o Estado a concretizar direitos, nos mais variados setores (saúde, educação, meio ambiente, segurança pública, etc.), exigindo a aplicação dos escassos recursos públicos. Assim, não basta dizer que o Estado tem responsabilidade na efetivação de direitos

¹³⁷ ANDREASSA JUNIOR, 2015, p. 42..

¹³⁸ CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 67-68.

¹³⁹ ANDREASSA JUNIOR, op. cit., p. 47.

¹⁴⁰ CAMBI, 2016, p. 475.

¹⁴¹ ANDREASSA JUNIOR, op. cit., p. 47.

¹⁴² CAMBI, op. cit., p. 474.

fundamentais, sendo imprescindível discutir como decisões judiciais podem vir a serem cumpridas, os seus impactos nos orçamentos públicos e a necessidade de melhor e maior planejamento e transparência nos gastos do governo.¹⁴³

Desse modo, percebe-se que a concretização dos direitos fundamentais está prejudicada pela reserva do possível. Todavia, conforme disposição de nossa Lei Maior, a população deve ter seus direitos assegurados, “jamais uma impossibilidade orçamentária remota ou inexistente do Estado em oferecer o mínimo existencial poderá impedir a eficácia dos direitos fundamentais considerados essenciais, justos e basilares.”¹⁴⁴ À vista disso, resta ao Poder Judiciário garantir o acesso da população ao mínimo existencial.

Diante dos inúmeros petítórios visando à obrigatoriedade do Estado em fornecer os direitos mais básicos aos cidadãos, o Judiciário profere decisões mandamentais no sentido de compelir o Executivo a realizar as prestações vitais a cada indivíduo, tal como, acesso à saúde, educação, cultura, meio ambiente, dentre outros.

Um exemplo que merece ser minuciado é a determinação legal para o fornecimento de medicamentos. Cidadãos brasileiros portadores de moléstias propõem os mais diversos tipos de ações perante o Poder Judiciário, a fim de que os juízes e membros dos tribunais, no exercício de sua função, imponham ao Executivo a obrigação de fornecer o medicamento ou o tratamento necessário. O fornecimento de medicamento é uma das situações que mais gera debate em relação ao tema *reserva do possível v. mínimo existencial*.¹⁴⁵

Já existe entendimento consolidado no âmbito dos Tribunais Superiores a respeito da existência de responsabilidade solidária dos entes federativos em relação ao fornecimento de medicação. O portador da moléstia que necessita da ajuda governamental para custear seu tratamento pode escolher contra qual dos entes irá demandar. Municípios, Estados, Distrito Federal e União detêm legitimidade passiva *ad causam* para figurar nas demandas que versam sobre esse tema.¹⁴⁶ Diante disso, o ente federado demandado não pode invocar qualquer óbice

¹⁴³ CAMBI, 2016, p. 474.

¹⁴⁴ ANDREASSA JUNIOR, 2015, p. 49.

¹⁴⁵ ANDREASSA JUNIOR, loc. cit.

¹⁴⁶ ARAUJO, Cynthia Pereira de. LÓPES, Éder Maurício Pezzi. JUNQUEIRA, Silvana regina Santos. **Judicialização da Saúde: Saúde Pública e outras questões**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 126-127.

no tocante a legitimidade com o objetivo de abster-se do cumprimento da obrigação, em consonância com o artigo 7º, inciso XI, da Lei nº 8.080/90¹⁴⁷. Nesse sentido, observa-se os mais vastos julgados que corroboram esse entendimento

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INTERPOSIÇÃO EM 29.8.2017. FORNECIMENTO DE ALIMENTO ESPECIAL A CRIANÇA PORTADORA DE ALERGIA ALIMENTAR. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. RE 855.178-RG. NECESSIDADE DE FORNECIMENTO DO ALIMENTO PLEITEADO. INEXISTÊNCIA NA LISTA DO SUS. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 279 DO STF. 1. É firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde. 2. O acórdão recorrido está alinhado à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, reafirmada no julgamento do RE 855.178-RG, Rel. Min. Luiz Fux, no sentido de que constitui obrigação solidária dos entes federativos o dever de fornecimento gratuito de tratamentos e de medicamentos necessários à saúde de pessoas hipossuficientes. 3. Para se chegar a conclusão diversa daquela a que chegou a Turma Recursal de origem, quanto à necessidade de fornecimento do alimento especial pleiteado, seria necessário o reexame de fatos e provas. Incidência da Súmula 279 do STF. 3. Agravo regimental a que se nega provimento, com previsão de aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC. Inaplicável o disposto no art. 85, § 11, CPC, porquanto não houve fixação de verba honorária nas instâncias de origem.¹⁴⁸

O Supremo Tribunal Federal, relativamente à responsabilidade estatal, reconheceu essa obrigação solidária dos entes federados, em sede de repercussão geral.¹⁴⁹ Desta feita, a Corte Suprema, abarcada pela corrente substancialista, reafirma sua posição ativista, determinando a solidariedade dos entes estatais no tocante a obrigação de fornecer os medicamentos quando demandada para tanto.¹⁵⁰

Ainda, no que tange à determinação de fornecimento de medicamentos pelo Poder Judiciário ao Executivo, entende-se que não há uma afronta à separação de

¹⁴⁷ BRASIL. Lei nº 8080/90, de 19 de setembro de 1990. Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população.

¹⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 1049831 AgR. Fornecimento de alimentação especial. Requerente: Melissa Afonso de Lima Vieira da Paz. Requerido: Estado de Pernambuco. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 27 de outubro de 2017.

¹⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 855178 RG. Fornecimento de medicamento. Requerente: Maria Augusta da Cruz Santos. Requerido: União. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 05 de março de 2015.

¹⁵⁰ ARAUJO, LÓPES, JUNQUEIRA, 2016, p. 184.

funções, pois o próprio texto constitucional estabeleceu um sistema de freios e contrapesos, conforme abordado no primeiro capítulo. Tendo isto em vista, prevalece um sistema harmônico e colaborativo entre os poderes para concretizar os fins e valores do Estado. Atualmente, não se pode mais analisar esse princípio como uma estrutura rígida, absoluta, como foi utilizado por muito tempo nos principais sistemas jurídicos ocidentais, pelo fato da nossa Constituição adotar, nitidamente, a corrente sustancialista. Essa estrutura rígida não se coaduna mais com os fins do Estado Democrático de Direito, sendo que compete ao Judiciário intervir nos casos expressos de afronta a direitos e garantias fundamentais. Assim, existindo direito subjetivo da parte – cidadão - concerne ao Poder Judiciário impor ao ente da Administração o cumprimento da obrigação.

O direito ao recebimento dos medicamentos decorre – diretamente - do direito à saúde, resguardado na Constituição Federal e instituto medular dentro do mínimo existencial. Inobstante, para fazer jus ao recebimento do tratamento é necessário o preenchimento de alguns requisitos, quais sejam, hipossuficiência do paciente (ou impossibilidade do pagamento do fármaco), necessidade comprovada e inexistência de medicamento para a moléstia a ser fornecido pelo SUS.¹⁵¹ Logo, preenchidos os requisitos, o paciente possui o direito subjetivo de receber a medicação. Entretanto, Gilberto Andreassa Junior assevera que

É evidente que na falta de razoabilidade do pedido, poderão os entes da federação (União, Estado ou Município) consignar a teoria da reserva do possível. Entretanto, tal alegação não pode ocorrer a todo como momento para a restrição de direitos fundamentais. Inclusive, o ônus da prova – quando da alegação de ausência de condições financeiras – deve ser sempre do Estado, o qual possui o dever de garantir uma qualidade de vida aos cidadãos.¹⁵²

Atualmente, a questão acerca do fornecimento de medicamento encontra-se a espera de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (até então suspenso por pedido de vistas), em sede de recurso repetitivo, o qual afetará milhares de causas idênticas até então sobrestadas. Apesar da irresignação dos entes estatais que recorrem até as últimas instâncias buscando a não-obrigatoriedade no fornecimento dos medicamentos, enquanto não ocorre o julgamento conjunto dos REs 566471 e

¹⁵¹ BIANCHI, André Luiz. **Direito Social à Saúde e Fornecimento de Medicamentos**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010. p. 132-133.

¹⁵² ANDREASSA JUNIOR, 2015, p. 50.

657718, os medicamentos pleiteados vêm sendo concedidos, com base nos artigos 6º e 196 da Constituição Federal.¹⁵³ Observa-se julgado nesta perspectiva

DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO À SAÚDE. MEDICAMENTO NÃO PADRONIZADO. FORNECIMENTO PELO PODER PÚBLICO. PRECEDENTES. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, apesar do caráter meramente programático atribuído ao art. 196 da Constituição Federal, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos. 2. O Supremo Tribunal Federal tem se orientado no sentido de ser possível ao Judiciário a determinação de fornecimento de medicamento não incluído na lista padronizada fornecida pelo SUS, desde que reste comprovação de que não haja nela opção de tratamento eficaz para a enfermidade. Precedentes.¹⁵⁴

Isto posto, vislumbra-se que o Poder Judiciário atua no sentido de resguardar o mínimo existencial do cidadão, garantindo a efetivação do Direito a saúde, tão relevante e, em contraponto, basilar, tendo por base uma fundamentação de cunho altamente axiológico e núcleo constitucional.

Outro exemplo bastante perspicaz da ingerência do Poder Judiciário perante o Executivo é no tocante ao pleito para vaga em creche. Inúmeros pais e mães, ao se depararem com a negativa de matrícula de seus filhos recém-nascidos ou de tenra idade nas creches ou centros de ensino, recorrem ao Judiciário para que seja efetivada a vaga então almejada.

A disponibilização de vaga em creche, como reflexo do Direito à educação, detém fundamento nos mais diversos aportes legais. Inicialmente com previsão na Constituição Federal, nos artigos 204, 205, 208, inciso IV, dentre outros dispositivos que dispõem a respeito da garantia à educação. Do mesmo modo, encontra-se a proteção desse direito também no Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90 – especialmente nos artigos 53 e 54, os quais contêm previsão expressa da obrigatoriedade do Estado em assegurar à criança e ao adolescente o Direito de acesso ao ensino.

Partindo de uma interpretação conjunta das normas que regem a temática, constata-se que existe a obrigação da Administração Pública em efetivar as matrículas dos infantes nos centros de ensino, as quais não estão sujeitas a uma

¹⁵³ BIANCHI, 2010, p. 126.

¹⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 926469 AgR. Fornecimento de medicamento. Requerente: Defensor Público Geral do Distrito Federal e Territórios. Requerido: Distrito Federal. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 07 de junho de 2016.

análise discricionária do administrador, o qual, por sua vez, tem o dever de implementar políticas públicas destinadas à concretização de direito fundamental, tendo em vista a reprovação na mitigação do mínimo existencial.

Nas hipóteses em que o Direito à educação não é efetivado pelo Poder Público, é imprescindível a intervenção do Poder Judiciário para salvaguardar tal comando normativo titularizado por crianças e adolescentes. Nesse sentido, colaciona-se

SUSPENSÃO DE LIMINAR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VAGA EM CRECHE. PROXIMIDADE DA ESCOLA À RESIDÊNCIA OU AO LOCAL DE TRABALHO. OBRIGAÇÃO ALTERNATIVA. FORNECIMENTO DE TRANSPORTE ESCOLAR. AUSÊNCIA DE RISCO DE LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - Decisão em ação civil pública que determinou ao município a disponibilização de vagas a crianças de 0 a 5 anos em creche da rede pública ou particular próxima à residência ou ao local de trabalho dos responsáveis legais. II - Determinação alternativa para fornecimento de transporte público caso não seja possível matricular o menor em creche próxima ao local de trabalho ou à residência dos responsáveis legais. III - Não constatado o risco de lesão à ordem e à economia públicas, deve ser mantido o indeferimento da suspensão da liminar.¹⁵⁵

Assim, na medida que os genitores se encontram desamparados pela Administração Pública, diante da negativa da matrícula na creche, aqueles se socorrem no Judiciário para que seja concretizada a disponibilização da vaga na rede de ensino. Atualmente a realidade brasileira é de crescimento no número de demandas com esse objeto, haja vista a ineficiência do Ente Federativo em materializar os direitos mais básicos da população. Observa-se

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. MATRÍCULA DE MENORES EM CRECHE PRÓXIMO À RESIDÊNCIA. EDUCAÇÃO INFANTIL. FORNECIMENTO DE VAGA EM CRECHE INFANTIL.
1. Este Tribunal Superior possui entendimento de que "compete à Administração Pública propiciar às crianças de zero a seis anos acesso à frequência em creches, pois é dever do Estado assegurar que tal serviço seja prestado mediante rede própria".¹⁵⁶

¹⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SL 770 AgR. Ação civil pública para disponibilização de vaga em creche. Requerente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Requerido: Município de Brusque. Relator: Min. Ricardo Lewandowski Brasília, 05 de março 2015.

¹⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1675146/DF. Disponibilização vaga em creche. Requerente: S. R. A. e Outro. Requerido: Distrito Federal. Relator: Min. Og Fernandes. Brasília, 29 de setembro de 2017.

DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. GARANTIA ESTATAL DE VAGA EM CRECHE. PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. PRECEDENTES. 1. A educação infantil é prerrogativa constitucional indisponível, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a creches e unidades pré-escolares. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. 3. Agravo regimental improvido.¹⁵⁷

Percebe-se que nossos Tribunais Superiores garantem prioridade absoluta no atendimento das crianças e adolescentes, em consonância com o artigo 227, *caput* e inciso V, § 3º, da Carta Magna. Desta feita, não é possível ao Estado invocar premissa de insuficiência orçamentária ou demais escusa a fim de justificar a frustração de direitos previstos constitucionalmente. Neste certame, observa-se que a reserva do possível é o argumento mais utilizado pela Administração Pública com o intuito de se abster dos preceitos mandamentais emitidos pelo Judiciário. Ademais, ainda que o Estado utilize do argumento de falta de recursos para se desonerar das obrigações a ele impostas, a Suprema Corte entende que o mínimo existencial deve ser resguardado.

Diante deste quadro, constata-se que juízes e membros dos tribunais possuem, hoje, um papel relevante na concretização dos direitos básicos aos cidadãos. Juízes não podem ser mais vistos como mero aplicadores da lei, mas, principalmente, como atores fundamentais na efetividade dos preceitos constitucionais.

¹⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RE 464143 AgR. Disponibilização vaga em creche. Requerente: Alessandra M. Sabatine Zamboni. Requerido: Município de Santo André. Relator: Min. Ellen Gracie. Brasília, 15 de dezembro de 2009.

4 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

O estado de coisas inconstitucional é uma técnica decisória desenvolvida pela Corte Constitucional da Colômbia cuja finalidade maior é superar um quadro massivo e sistemático de violações aos direitos fundamentais. A partir de 1997, a aplicação dessa teoria constitucional passou a se irradiar pelo mundo, sendo executada nos mais diversos ordenamentos jurídicos. Para a caracterização de tal quadro de inconstitucionalidade foi constatado que seria necessário preencher alguns pressupostos básicos, a fim de se evitar a supremacia judicial e, conseqüentemente, evitar uma afronta ao regime democrático. No Brasil, o ECI foi reconhecido no julgamento da medida cautelar da ADPF 347/ DF.

4.1 SURGIMENTO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: A CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

O Estado de Coisas Inconstitucional surgiu pela primeira vez na Corte Constitucional colombiana, quando juízes constitucionais constataram um quadro massivo e sistemático de violações de direitos fundamentais de um determinado grupo social, cuja superação desse sistema falido desenvolveu-se através de políticas públicas, expedidas por ordens judiciais flexíveis, voltadas a superação desse quadro degradante de direitos.

Embora o ECI tenha sido declarado pela primeira vez na Colômbia, as suas raízes e requisitos já teriam sido utilizadas pelos Estados Unidos, em 1954, no famoso caso *Brown x Board of education*, quando a Suprema Corte norte-americana declarou a inconstitucionalidade da segregação racionais nas escolas públicas. Diante disso, constata-se que o ECI é um rótulo utilizado pela Corte colombiana para caracterizar uma técnica de decisão empregada por juízes constitucionais, quando presente um quadro de violações de direitos de um determinado grupo específico, ou seja, quando se verifica uma falha estrutural por parte dos três Poderes.¹⁵⁸

¹⁵⁸ CAMPOS, 2016, p. 97.

O ECI foi declarado pela primeira vez em um caso envolvendo direitos previdenciários e de saúde dos professores municipais de Zambrano e María La Boja.¹⁵⁹ Os quarenta e cinco docentes tiveram seus direitos previdenciários negados pelas autoridades competentes. Apesar de os docentes contribuírem com o fundo previdenciário, na porcentagem de 5% de seus subsídios, não recebiam a cobertura necessária de seguridade social e saúde. As autoridades locais alegaram insuficiência de recursos orçamentários. A Corte reconheceu a violação desses direitos e constatou que havia uma falha estrutural, sendo que o descumprimento da obrigação estava disseminado pelo país. Em virtude disso, constatou que aproximadamente 80% dos professores dos municípios estavam sofrendo essa violação aos direitos fundamentais. Ainda, verificou-se que a omissão não poderia ser atribuída a um órgão específico, sendo que havia uma insuficiência estatal generalizada.¹⁶⁰ Diante disso, a Corte a fim de superar tais violações estruturais, dirigiu-se a proteção objetiva dos direitos fundamentais, não se limitando as partes no processo, como ocorre na maioria dos casos.¹⁶¹ Tendo isto em vista, a sentença proferida abarcou todos os professores que se encontravam na mesma situação de violações aos direitos previdenciários e de saúde. O ECI determinou aos municípios que corrigisse, em um prazo razoável, a inconstitucionalidade, além de ter encaminhado uma cópia a diversas autoridades a fim de organizar providências cabíveis.¹⁶²

¹⁵⁹ CAMPOS, 2016, p. 99.

¹⁶⁰ Ibid., p. 121.

¹⁶¹ Ibid., p. 123.

¹⁶² "CORTE CONSTITUCIONAL- Colaboración armónica con órganos del Estado/ESTADO DE COSAS-Notificación y requerimiento por violación de la Constitución/ACCION DE TUTELA-Notificación de irregularidad a las autoridades públicas y efectos

La Corte Constitucional tiene el deber de colaborar de manera armónica con los restantes órganos del Estado para la realización de sus fines. Del mismo modo que debe comunicarse a la autoridad competente la noticia relativa a la comisión de un delito, no se ve por qué deba omitirse la notificación de que un determinado estado de cosas resulta violatorio de la Constitución Política. El deber de colaboración se torna imperativo si el remedio administrativo oportuno puede evitar la excesiva utilización de la acción de tutela. Los recursos con que cuenta la administración de justicia son escasos. Si instar al cumplimiento diligente de las obligaciones constitucionales que pesan sobre una determinada autoridad contribuye a reducir el número de causas constitucionales, que de otro modo inexorablemente se presentarían, dicha acción se erige también en medio legítimo a través del cual la Corte realiza su función de guardiana de la integridad de la Constitución y de la efectividad de sus mandatos. Si el estado de cosas que como tal no se compadece con la Constitución Política, tiene relación directa con la violación de derechos fundamentales, verificada en un proceso de tutela por parte de la Corte Constitucional, a la notificación de la regularidad existente podrá acompañarse un requerimiento específico o genérico dirigido a las autoridades en el sentido de realizar una acción o de abstenerse de hacerlo. En este evento, cabe entender que la notificación y el requerimiento conforman el repertorio de órdenes que puede librar la Corte, en sede de revisión, con el objeto de restablecer el orden fundamental quebrantado. La circunstancia de que el estado de cosas no

Além disso, insta ressaltar a importância de outros dois casos na aplicação da teoria do ECI: o caso do sistema carcerário colombiano e o do deslocamento forçado. O primeiro deles envolvia a superlotação carcerária e a condição degradante e desumana dos presos nas penitenciárias de Bogotá e Medellín.¹⁶³ Diante disso, através de dados e pesquisas, a Corte constatou que o quadro de violações aos direitos dos presos não estavam restritas as duas penitenciárias, mas sim, presentes na maioria dos presídios do país, evidenciando a omissão estatal e a ausência de políticas públicas. Ainda, verificou que o Estado colombiano permanecia inerte e indiferente em relação a um dos maiores quadros de violações à dignidade da pessoa humana. A partir de estudos empíricos verificou-se um grau massivo de violações aos direitos básicos dos presos. Na penitenciária de Bogotá, constataram-se péssimas condições de higiene. Na penitenciária de Medellín, mais conhecida como Bellavista, apontou uma superlotação carcerária, sendo que diversos presos dormiam no banheiro, o que acarretou, infelizmente, doenças dermatológicas.¹⁶⁴ Em virtude disso, a Corte, voltada a defender a ordem constitucional violada, buscou resolver a deficiência estrutural do sistema carcerário, determinando ordens dirigidas a diferentes instituições a fim de solucionar as massivas violações aos direitos fundamentais. Contudo, a Corte colombiana falhou ao não fiscalizar e monitorar se as determinações estavam sendo cumpridas. Apesar da Corte ter identificado as falhas estruturais e expedido diversas ordens a diversas autoridades políticas, falhou ao não ter gerido e fiscalizado a execução dos trabalhos. Constatou-se que não foi suficiente a declaração do ECI para superar o quadro de violações decorrentes de falhas estruturais do sistema carcerário colombiano, pois os problemas persistiram.¹⁶⁵

Não obstante o ECI tenha falhado no sistema carcerário colombiano, percebe-se que no caso dos deslocados a declaração foi extremamente eficiente. “O deslocamento interno forçado de pessoas é um fenômeno típico de países mergulhados em violência, como é o caso da Colômbia”¹⁶⁶. O povo é obrigado a

solamente sirva de soporte causal de la lesión iusfundamental examinada, sino que, además, lo sea en relación con situaciones semejantes, no puede restringir el alcance del requerimiento que se formule.” Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

¹⁶³ CAMPOS, 2016, p. 128.

¹⁶⁴ Bogotá. Corte Constitucional Colombiana. 06 de março de 2000. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-256-00.htm>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

¹⁶⁵ CAMPOS, op. cit., p. 133.

¹⁶⁶ Ibid., p. 143.

abandonar suas casas e atividades econômicas em decorrência de ações violentas, principalmente, decorrente de grupos como a FARC. Este caso foi o mais importante da história da Corte Constitucional colombiana, pelo fato de mais de três milhões de pessoas sofreram com o deslocamento interno forçado. Constatou-se que os direitos a moradia, saúde e educação não eram asseguradas aos deslocados, evidenciando que essa parcela da população não possuíam o mínimo para sobreviver.¹⁶⁷ Lamentavelmente, esse caso foi o que acarretou o maior quadro de violações massivas de direitos aos colombianos.¹⁶⁸ A Corte constatou que havia, primeiramente, uma permanente e massiva violação aos direitos fundamentais; segundo, uma omissão de vários órgãos estatais; terceiro, que esses fatos estavam envolvendo um grupo de pessoas e por fim, que seria necessário uma ação conjunta e coordenada de várias entidades. Em virtude disso, a fim de superar esse quadro massivo de violações, a Corte colombiana reteve a jurisdição sobre o litígio e dispensou a atuação de advogados para a interposição dos pedidos, sendo possível reivindicá-lo através de associações ou pelas próprias pessoas lesadas. Assim, facilitou-se o primeiro caminho dos deslocados para superar a inconstitucionalidade - o amplo acesso aos direitos. Somando-se a isso, a Corte proferiu ordens interferindo na elaboração de orçamento aos deslocados. Ainda, determinou que fossem formuladas novas políticas públicas e por fim, exigiu a criação de leis e de um marco regulatório a fim de proteger a dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Tendo isto em vista, Carlos Alexandre de Azevedo Campos assevera que

O grande diferencial deste caso, em comparação aos demais nos quais também se declarou o ECI, foi o fato de a Corte ter retido jurisdição sobre o litígio para assegurar a implementação total de suas ordens. A Corte não se limitou a determinar fossem promovidas políticas públicas dirigidas a remover a violação de direitos, mas também supervisionou o cumprimento da decisão, realizou audiências públicas para debater as soluções formuladas e proferiu novas decisões e ordens dirigidas a conferir amplo sucesso à Sentencia T – 025, de 2004.¹⁶⁹

Diante disso, verifica-se que a principal marca da decisão dos deslocados não foi necessariamente o conteúdo, mas sim, a forma como atuou a Corte Constitucional Colombiana, preocupando-se efetivamente com a solução do caso

¹⁶⁷ CAMPOS, 2016, p. 144.

¹⁶⁸ Ibid., p. 142.

¹⁶⁹ Ibid., p. 143.

concreto. Após analisarmos o surgimento do ECI, é importante examinar a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional.

4.2 A TEORIA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

A teoria do ECI, sob uma perspectiva filosófica, encontra suas raízes na política liberal-igualitária, mais especificamente da noção de mínimo social, defendida pelo professor John Rawls. Para ele, as pessoas devem possuir condições sociais mínimas para conseguir exercer seus direitos. E a garantia do mínimo existencial é um elemento constitucionalmente essencial a fim da justiça alcançar seus fins, que, para Rawls, está atrelado a uma igualdade na distribuição de oportunidades. Cada indivíduo deve possuir um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades.¹⁷⁰ Há uma real preocupação com a desigualdade social e econômica. Sob este ângulo filosófico, a tese defendida pelo professor serve para justificar a atuação ativista da Corte colombiana na proteção do mínimo existencial, os quais são inevitavelmente violados nos casos do Estado de Coisas Inconstitucional.¹⁷¹

Sob a perspectiva teórica, a Corte Constitucional colombiana se sustenta em princípios do Estado Social de Direito, sendo que os direitos fundamentais passam a ser condição de legitimidade de atuação do Poder Público.¹⁷² Diante disso, nota-se que a “Corte raciocina com o dever do Estado colombiano de cumprir prestações positivas voltadas a assegurar aos cidadãos condições básicas de vida digna e promover a redução das desigualdades”¹⁷³. Ainda, a Corte sustentada por esse Estado Social obriga as autoridades a sanar e corrigir as desigualdades sociais,

¹⁷⁰ RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. Tradução de Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 73-74.

¹⁷¹ CAMPOS, 2016, p. 158.

¹⁷² COLOMBIA. Constitución Política de Colombia. Artículo 1º. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. Disponível em: <<http://www.constitucioncolombia.com/titulo-1/capitulo-0/articulo-1>>. Acesso em: 12 fev. 2018.

¹⁷³ CAMPOS, op. cit., p. 159.

impondo aos demais poderes a criação de medidas legislativas ou através de disposições orçamentárias.¹⁷⁴

A Corte Constitucional colombiana, sob o ângulo da teoria constitucional, se ampara no neoconstitucionalismo, “com a limitação do poder político majoritário em prol dos direitos das minorias e a proteção prioritária dos direitos fundamentais”¹⁷⁵. Tendo isto em vista, o primeiro capítulo do trabalho foi destinado justamente a explicar a nova teoria constitucional a fim de sustentar o Estado de Coisas Inconstitucionais. Segundo Campos, o neoconstitucionalismo

reconhece a normatividade e a importância dos princípios jurídicos; rejeita o formalismo no processo de interpretação e aplicação das normas constitucionais; enxerga os atores públicos e privados como vinculados às normas de direitos fundamentais; compreende o Direito sob a perspectiva da Moral ante a relevância normativa de princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade; admite doses do ativismo judicial e o exercício de poderes políticos se assim se manifestar indispensável para concretização de direitos fundamentais.¹⁷⁶

Ainda sob esta perspectiva, o ECI busca corrigir as falhas estruturais em prol da proteção objetiva dos direitos fundamentais, sendo que a Corte controla as omissões dos poderes públicos a fim de assegurar a efetividade de tais direitos. Diante disso, o ECI, sob o fundamento da teoria constitucional, utiliza a equidade e a solidariedade como instrumento para alcançar uma igualdade material. Portanto, a Corte deve implementar políticas e programas para lograr uma igualdade real de condições e oportunidades, além de dar cumprimento as suas obrigações constitucionais de proteção aos direitos econômicos, sociais e culturais básicos da população.¹⁷⁷

Visto as três perspectivas do ECI, insta ressaltar que tal teoria foi construída progressivamente, sendo possível dividi-la em três etapas, conforme leciona o professor Campos: iluminismo, tenebrismo constitucional e renascimento.¹⁷⁸

A primeira fase sistematiza os fundamentos, pressupostos e os impactos do ECI, além de constitucionalizar a interferência da Corte Constitucional nos demais

¹⁷⁴ CAMPOS, 2016, p. 159.

¹⁷⁵ Ibid., p. 160

¹⁷⁶ CAMPOS, loc. cit.

¹⁷⁷ Ibid., p. 161.

¹⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo, out. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em: 1 mar. 2018.

poderes. A segunda fase foi o período mais conservador da Corte e conseqüentemente o de maior retrocesso na jurisprudência constitucional colombiana. Isto se deu em virtude das disputas internas entre juízes e demais entidades, os quais não concordavam com a interferência judicial em benefício da justiça material. Nem a declaração do estado de inconstitucionalidade foi aceite. Já a terceira etapa é marcada pelo refinamento da teoria do ECI. A Corte assume um papel notadamente ativista, recusando diversos argumentos contrários ao ECI, como por exemplo, a falta de recursos orçamentários. Essa etapa preocupou-se, não apenas com a declaração do ECI, mas, principalmente, com a efetividade de suas decisões, impondo uma jurisdição supervisória, com monitoramento das determinações judiciais.

Isto posto, é essencial definir o conceito, características e requisitos para declaração do ECI.

4.2.1 Conceito e Pressupostos do Estado de Coisas Inconstitucional

Como se pode notar tanto o conceito como os pressupostos do ECI evoluíram com as diversas decisões da Corte Constitucional colombiana. Para declarar esse estado de inconstitucionalidade é necessário preencher requisitos a fim de se evitar a supremacia constitucional e um enfraquecimento no regime democrático. À vista disso, a Corte, no caso dos deslocados, definiu seis fatores essenciais para caracterização do ECI.

Um quadro massivo e generalizado de violações de direitos constitucionais que afetam um grupo de pessoas. Uma prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações. A reiteração de práticas inconstitucionais. A não expedição de medidas legislativas, administrativas e pressupostos essenciais para evitar a violação massiva desses direitos. A existência de um problema social cuja solução compromete a intervenção de várias entidades, requerendo um conjunto de ações completas e coordenadas de diversos poderes. Por fim, uma grande congestão judicial em virtude de várias pessoas buscarem tal tutela.¹⁷⁹

¹⁷⁹ CAMPOS, 2016, p. 177-179.

Não obstante a Corte tenha reconhecido esses seis pressupostos, aplicados no caso dos deslocados, para caracterizar o ECI, Campos adota apenas quatro requisitos para aplicação de tal teoria.

O primeiro deles é um quadro de violação massiva, sistemática, contínua e grave de diferentes direitos fundamentais, alcançando um número amplo de pessoas. Constata-se que a violação não é exclusivamente jurídica, mas também social. Ainda, a Corte não deve tutelar apenas os demandantes, pois assim estaria omitindo os enunciados constitucionais, sendo necessário proteger a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.¹⁸⁰ Segundo Campos, para caracterizar o primeiro pressuposto do ECI três aspectos devem estar presente, são eles:

(i) não se trata de violação a qualquer norma constitucional, mas apenas àquelas relativas, direta ou indiretamente, a direitos fundamentais, e não basta qualquer violação de direitos, mas apenas aquela espacial e qualitativamente massiva, sistemática e contínua; (ii) não basta o envolvimento de um direito fundamental específico, e sim uma variedade desses (liberdades fundamentais, direitos sociais e econômicos, dignidade humana, mínimo existencial); (iii) não se trata de violações que alcancem populações locais ou restritas, e sim número elevado e amplo de pessoas e grupos, máxime, minorias e grupos vulneráveis.¹⁸¹

O segundo requisito é a omissão reiterada e persistente, não apenas de uma autoridade pública, mas sim do próprio funcionamento deficiente do Estado. A omissão de diversas autoridades públicas representa uma falha estrutural no sistema, gerando, infelizmente, um quadro massivo e persistente de violações aos direitos fundamentais. Constata-se que a omissão estatal inconstitucional pode decorrer de diversos fatores, como falta de regulamentação normativa, omissão legislativas, ausência de coordenação de leis e medidas administrativas, ou seja, trata-se de falhas estruturais iniciadas em omissões normativas inconstitucionais. E essas falhas decorrem, via de regra, da ausência ou deficiência de políticas públicas. Em virtude disso, nota-se que o ECI está relacionado com as questões policêntricas, isto é, que não há apenas um único e violento problema, mas sim, uma rede complexa e interligada, sendo necessária a solução de todos eles para sepultar o estado de inconstitucionalidade.¹⁸²

¹⁸⁰ CAMPOS, 2016, p. 180.

¹⁸¹ CAMPOS, loc. cit.

¹⁸² Ibid., p. 182.

O terceiro pressuposto relaciona-se com as medidas necessárias para superar o estado de inconstitucionalidade. Constata-se a relação com o segundo requisito. Será declarado o ECI quando a superação do quadro de violações massivas e sistemáticas de direitos “exigir a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, mas a um conjunto desses. A responsabilidade deve ser atribuída a uma pluralidade de atores públicos”¹⁸³. Portanto, para solucionar tal inconstitucionalidade é necessária a fixação de remédios estruturais.

O último pressuposto, na concepção de Campos, preocupa-se com a funcionalidade do ECI, evitando prevenir problemas de congestionamento judicial. Busca resolver o quadro massivo e sistemático de direitos de uma única forma, alcançando grande parte dos afetados. Todavia, esse requisito só faz sentido em Cortes Constitucionais com fácil acesso, caso que, infelizmente, não ocorre no Brasil. A própria Constituição concentrou à jurisdição constitucional. Portanto, o ECI pode ser definido como

A técnica de decisão por meio da qual corte e juízes constitucionais, quando rigorosamente identificam um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais do Estado, declaram a absoluta contradição entre os comandos normativos constitucionais e a realidade social, expedem ordens estruturais dirigidas a instar um amplo conjunto de órgãos e autoridades a formularem e implementarem políticas públicas voltadas à superação dessa realidade inconstitucional.¹⁸⁴

Diante de tal quadro, a declaração do ECI se manifesta como uma senha de acesso para as Cortes Constitucionais proferirem sentenças estruturais. A Corte é acionada para resolver mudanças sociais em larga escala e não para solucionar um caso concreto de inconstitucionalidade. As sentenças estruturais utilizam remédios transformativos, ou seja, buscam reformas estruturais a fim de superar tal inconstitucionalidade. Nota-se que o litígio é estrutural e alcança o maior número de pessoas possíveis. “Essa forma estrutural da tutela seria não só necessária, mas a única adequada a modificar esse arranjo e a tornar as instituições compatíveis com os valores e comandos da constituição.”¹⁸⁵ E isso ficou evidente desde a primeira aplicação dos requisitos do ECI, isto é, desde o esforço da Corte estadunidense na superação da segregação racial nas escolas públicas sulistas. A Suprema Corte não

¹⁸³ CAMPOS, 2016, p. 183.

¹⁸⁴ Ibid., p. 187.

¹⁸⁵ Ibid., p. 191.

conseguir superar a segregação em *Brown I*, pois apenas tentou criar um sistema único de ensino, proibindo a discriminação nas escolas, todavia tais medidas não foram suficientes, em virtude do alto número de descumprimento das obrigações judiciais.¹⁸⁶ Diante da reiterada omissão das instituições a Corte passou a impor ordens mais específicas, além de supervisionar o seu cumprimento. Através das sentenças estruturais, a Suprema Corte norte-americana impôs diretrizes reconstrutivas para o processo de transformação total de todas as autoridades envolvidas.¹⁸⁷

Além desse exemplo, vale a pena ressaltar o destaque da Corte Constitucional indiana ao proferir sentenças estruturais. Na Índia, o ECI está sendo utilizado no combate à fome. Apesar da ausência dos arranjos institucionais nesse país, a Suprema Corte indiana demonstra de forma exemplar como é possível mesmo diante das dificuldades ser um agente de transformação social. O acesso facilitado à jurisdição constitucional não resulta do esquema constitucional, mas sim, da jurisprudência da Suprema Corte, que, nas palavras de Campos, “viabilizou a si mesma o papel de enfrentar os poderes políticos em favor de diferentes grupos desprotegidos e minoritários, como cidadãos indianos mis pobres, crianças, mulheres e homossexuais”.¹⁸⁸ A técnica foi minimizar a legitimidade ativa a fim de assegurar um amplo acesso à jurisdição, permitindo não apenas petições em defesa própria, mas, principalmente, organizações civis e de proteção dos direitos humanos. A Corte indiana declarou o ECI e determinou que novas políticas públicas de distribuição de grãos fossem implantadas, monitorando tal quadro através de conselheiros locais, os quais tinham o dever de acompanhar o andamento das medidas. Ainda, em 2013, implantou-se uma nova legislação na Índia para prover comida e segurança nutricional a fim de que as pessoas possam viver com dignidade.¹⁸⁹

Visto os pressupostos as características e a sentença estruturante, é importante verificar os critérios de superação do ECI.

“Não obstante a relevância da retenção da jurisdição sobre os casos para o sucesso da implementação das medidas estruturais, essa prática não pode durar

¹⁸⁶ CAMPOS, 2016, p. 192.

¹⁸⁷ Ibid., p. 193.

¹⁸⁸ Ibid., p. 197.

¹⁸⁹ Ibid., p. 200.

mais do que o estritamente necessário”.¹⁹⁰ Assim sendo, a participação das Cortes Constitucionais devem seguir até a superação das violações e falhas estruturais que deram causa ao ECI. Portanto, os mesmos critérios adotados para declarar o ECI devem ser utilizados para verificar a superação.

4.2.2 Análise do Estado de Coisas Inconstitucional sob o Ponto e Vista do Ativismo Judicial

A declaração do ECI, como já foi visto anteriormente, revela uma interferência do Judiciário na esfera política dos demais poderes, isto é, as cortes constitucionais ao declarar o ECI, acabam, inevitavelmente, proferindo decisões notadamente ativistas. Isso pode ser constatado em qualquer um dos casos em que o ECI foi declarado, como por exemplo, no caso dos deslocados; a corte constitucional estabeleceu novas políticas públicas, apontou as omissões inconstitucionais, censurou a agenda de governo, interferiu na alocação dos recursos e orçamentos públicos, supervisionou o cumprimento das obrigações, além de ter coordenado os demais órgãos a fim de superar o estado de inconstitucionalidade, ou seja, a corte ao proferir o ECI assume o papel ativista de transformador social.¹⁹¹ Todavia, insta ressaltar que a declaração do ECI busca relacionar a atuação dialógica dos três poderes.

A declaração do ECI pode-se enquadrar nas cinco dimensões do ativismo judicial, já observado no capítulo anterior, são elas: metodológico, processual, de direitos, estrutural e antidialógico, sendo que a última deve ser evitada a qualquer custo.

O ECI não possui uma previsão constitucional expressa, sendo uma criação judicial destinada a ordem objetiva dos direitos fundamentais. Diante disso, constata-se a dimensão metodológica do ativismo judicial, ao criar não somente o ECI, mas envolver um trabalho interpretativo inovador. Ainda, é possível presenciar a dimensão processual do ativismo judicial na declaração do ECI. A Corte utiliza instrumentos subjetivos para tutelar uma ordem constitucional objetiva. Na dimensão

¹⁹⁰ CAMPOS, 2016, p. 210.

¹⁹¹ Ibid., p. 217.

dos direitos, a declaração do ECI interfere nas políticas públicas a fim de garantir os direitos fundamentais. A dimensão estrutural é a que melhor caracteriza o ECI, pois as Cortes Constitucionais interferem e apontam as ineficiências das políticas públicas, detectam as omissões e falhas estruturais, determinam novas ordens a fim de superar o estado de inconstitucionalidade, controlam e monitoram o sucesso das determinações judiciais. “O juiz ativista em sentido estrutural não acredita que deva ser deferente ao legislador ou a agentes administrativos em virtude da capacidade jurídico-constitucional ou da capacidade epistêmica do outro poder”¹⁹². O ativismo judicial estrutural, presente no ECI, é considerado legítimo se dialogar com os demais poderes e a sociedade. Por fim, o ativismo judicial antidialógico deve ser evitado a qualquer custo, pois aprioristicamente ele é considerado ilegítimo.

Isto posto, é evidente que o ativismo judicial estrutural é o que melhor define o ECI, contudo não se pode evitar a importância dos diálogos institucionais a fim de minimizar a supremacia judicial.

4.3 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL APLICADO À REALIDADE BRASILEIRA

Após conceituarmos o ECI, insta ressaltar a aplicação de tal teoria constitucional à realidade brasileira. O julgamento da medida cautelar na ADPF 347/DF alterou o paradigma constitucional brasileiro e, além de fortalecer a corrente filosófica substancialista, permitiu que tal teoria decisória fosse reconhecida no Brasil.

4.3.1 A Superlotação Carcerária e a Crise do Estado Democrático de Direito

O sistema prisional brasileiro é, inexoravelmente, o maior violador dos preceitos constitucionais do país. Infelizmente, a célebre frase proferida por Dante

¹⁹² CAMPOS, 2016, p. 224.

Alighieri, em sua obra *A Divina Comédia*¹⁹³ – “abandonai toda a esperança, vós que entraís”, poderia estar escrita em qualquer presídio ou delegacia brasileira. Os estabelecimentos prisionais no país são, indubitavelmente, desumanos e bárbaros.¹⁹⁴ Ainda, Daniel Sarmiento atestou que

As prisões brasileiras são, em geral, verdadeiros infernos dantescos, com celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos. Homicídios, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos são frequentes, praticadas por outros detentos ou por agentes do próprio Estado. As instituições prisionais são comumente dominadas por facções criminosas, que impõem nas cadeias o seu reino de terror, às vezes com a cumplicidade do Poder Público. Faltam assistência judiciária adequada aos presos, acesso à educação, à saúde e ao trabalho. O controle estatal sobre o cumprimento das penas deixa muito a desejar e não é incomum que se encontrem, em mutirões carcerários, presos que já deveriam ter sido soltos há anos. Neste cenário revoltante, não é de se admirar a frequência com que ocorrem rebeliões e motins nas prisões, cada vez mais violentos.¹⁹⁵

Em estudo realizado pelo CNJ¹⁹⁶, publicado no ano de 2017, o número de presos no país alcançou o número de 654.372. O Brasil é o 4º país do mundo em número de pessoas presas, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, China e Rússia. Todavia, se considerarmos com a prisão domiciliar o Brasil ocuparia a terceira população carcerária do mundo.

Além disso, no último levantamento oficial realizado pelo DEPEN¹⁹⁷, em 2014, constatou-se um déficit de 231 mil vagas no sistema prisional, além de possuir uma taxa de ocupação média dos estabelecimentos de 161%, ou seja, um espaço para custodiar dez presos existe, aproximadamente, 16 encarcerados. Não obstante ocorra uma superlotação nos estabelecimentos prisionais, lamentavelmente, o Brasil continua aumentando sua taxa de aprisionamento. Entre 2000 e 2014, aumentou em

¹⁹³ *A Divina Comédia*, iniciada em 1308, mas só concluída ao final da vida de Dante Alighieri, é um poema épico estruturado em três partes, as quais descrevem a trajetória de Dante em busca de Deus, acompanhado por Virgílio e sua amada Beatriz. O inferno, primeira parte da obra, retrata o sofrimento dos homens destinados a esse abismo. Um local sórdido, repugnante, lascivo, destinado aos pródigos, gulosos, hereges, corruptos.

¹⁹⁴ Daniel Sarmiento, na exordial de arguição de descumprimento de preceito fundamental 347/DF, comparou de forma ávida o sistema prisional brasileiro com o inferno dantesco.

¹⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF, Medida Cautelar. Relator: MELLO, Celso de, j 09/09/2015.

¹⁹⁶ Levantamento dos Presos Provisórios do País e Plano de Ação dos Tribunais, fev. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

¹⁹⁷ Levantamento dos Presos Provisórios do País e Plano de Ação dos Tribunais, fev. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

119% a taxa de aprisionamento, ou seja, se em 2000 havia 137 presos para cada 100 mil habitantes, em 2014, a taxa ultrapassou 299 pessoas. Na contramão dos países que possuem o maior número de presos, o Brasil continua a elevar sua taxa de aprisionamento. Estados Unidos, Rússia e China tiveram sua taxa de aprisionamento negativa, o que nos leva a afirmar que se o Brasil continuar com essa política criminal, infelizmente, possuirá, logo mais, o maior número de presos do mundo.¹⁹⁸

Diante disso, nota-se que o sistema prisional brasileiro é, indubitavelmente, incompatível com a Carta Magna, pois afronta diversos princípios constitucionais. Para Sarmento,

{...} nossa Lei Fundamental consagra o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), proíbe a tortura e o tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), veda as sanções cruéis (art. 5º, XLVII, “e”), impõe o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (art. 5º, XLVIII) assegura aos presos o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX), e prevê a presunção de inocência (art. 5º, LVII). Estes e inúmeros outros direitos fundamentais – como saúde, educação, alimentação adequada e acesso à justiça – são gravemente afrontados pela vexaminosa realidade dos nossos cárceres. O quadro é também flagrantemente incompatível com diversos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo país, como o Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, ofendendo, ainda, a Lei de Execução Penal.¹⁹⁹

Isto posto, percebe-se que não faltam normas, sejam elas constitucionais, infra ou até internacionais, destinadas a garantir direitos humanos aos presos. Constata-se que é a falta de vontade política do Estado, incluindo os diversos poderes e instâncias, que obsta a superação de tal quadro de inconstitucionalidade.

4.3.2 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF

¹⁹⁸ Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional, Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen, jun. 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2018.

¹⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF, Medida Cautelar. Relator: MELLO, Celso de, j 09/09/2015.

“Diz-se que ninguém conhece uma Nação até ter estado nas suas prisão”, foi assim, mencionando a célebre frase de Nelson Mandela, que Daniel Sarmento iniciou a peça denominada, hoje, como ADPF 347/DF. A inicial foi ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, a qual foi formulada pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ. O principal objetivo da ADPF era o reconhecimento do estado de coisas inconstitucionais do sistema carcerário brasileiro.

A ADPF, prevista no artigo 102, § 1º, da Constituição Federal, volta-se, justamente, contra atos dos Poderes Públicos que lesam os preceitos constitucionais. Ainda, para seu cabimento, é necessário que não haja outro instrumento apto a satisfazer a ameaça ou lesão aos preceitos fundamentais. Visto isso, a ADPF é a ação constitucional adequada a fim de socorrer as violações decorrentes do sistema prisional brasileiro.

O ECI do sistema prisional brasileiro chegou ao STF por meio da ADPF 347/DF, relatoria do ministro Marco Aurélio.

O PSOL argumentou que os pressupostos para a declaração do ECI estavam preenchidos. Primeiro, constatou-se um quadro de violações massivas de diversos preceitos fundamentais, como a inobservância dos princípios da dignidade da pessoa humana, vedação a tortura e tratamento desumano, acesso à Justiça, e aos direitos sociais básicos - segurança, educação e saúde. Além disso, apurou-se que tal quadro de inconstitucionalidade havia uma multiplicidade de atos, comissivos ou omissivos, decorrentes da ineficácia do Poder Público. E por fim, analisou-se que a solução ao problema deveria envolver uma ação conjunta de todos os poderes a fim de diminuir o hipercarceramento e a melhoria das condições carcerárias.²⁰⁰

A ADPF 347/DF defendeu que, com a declaração do ECI, o STF tomaria a posição central de coordenar as demais instituições, além de supervisionar a efetiva implementação das medidas para superar o quadro de inconstitucionalidade.

Em relação aos pedidos da medida cautelar, apenas dois dos oito pedidos foram concedidos cautelarmente, os quais foram à realização das audiências de custódia e a determinação para que a União libere o saldo acumulado do Fundo

²⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF, Medida Cautelar. Relator: MELLO, Celso de, j 09/09/2015.

Penitenciário Nacional, evitando assim novos contingenciamentos. Os demais pedidos cautelares foram indeferidos.²⁰¹

Em relação ao mérito o PSOL postulou (i) o reconhecimento do ECI do sistema carcerário brasileiro, (ii) elaboração de um plano visando à superação, dentro de três anos, do quadro dramático dos estabelecimentos prisionais, (iii) que este plano contenha propostas voltadas à redução da superlotação dos presídios, contenção e reversão do processo de hipercarceramento, diminuição dos presos provisoriamente, adequação dos estabelecimentos prisionais aos parâmetros normativos vigentes, a separação dos custodiados de acordo com os critérios de idade, gênero e natureza do delito, garantia de segurança, alimentação, educação, acesso à justiça, assistência médica e trabalho remunerado, eliminação da tortura e tratamento adequado para grupos vulneráveis nas prisões, (iv) que o plano preveja os recursos a fim da efetivação das medidas, (v) que o plano seja submetido à análise do CNJ, PGR, Defensoria Pública da União, Conselho Federal da OAB e outras instituições que desejem se manifestar, (vi) que o Tribunal delibere e homologue o plano ou imponha providências alternativas ou complementares, (vii) após a homologação do plano, este deve ser encaminhado aos Governadores dos estados e do Distrito Federal para que apresentem ao STF planos próprios, em conformidade com o nacional, a fim de suprir o ECI, (viii) que estes planos estaduais sejam submetidos à análise do CNJ, PGR, MP e Defensoria da respectiva unidade federativa, Conselho Seccional da OAB, além de outros órgãos e instituições que desejem se manifestar, (ix) Tribunal delibere sobre cada plano estadual e distrital, (x) que o STF monitore a implementação dos planos nacionais, estaduais e distrital.²⁰²

Embora a medida cautelar tenha sido realizada pelo pleno no dia 08 de setembro de 2015, a ministra Rosa Weber pediu vista dos autos, o qual ainda não possui data para seu julgamento.

Diante disso, pode-se inferir que o Estado de Coisas Inconstitucional ganhou forma e força na realidade jurídica brasileira. Do ponto de vista teórico, tal decisão foi o marco do ECI na jurisdição constitucional brasileira.

²⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF, Medida Cautelar. Relator: MELLO, Celso de, j 09/09/2015.

²⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF, Medida Cautelar. Relator: MELLO, Celso de, j 09/09/2015.

4.4 É POSSÍVEL SUPERAR O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL PELA VIA JUDICIAL?

Logo após o julgamento da medida cautelar na ADPF 347/DF, inúmeras críticas ao ECI foram formuladas. Lenio Streck, um dos grandes críticos do ativismo judicial, em sua coluna publicada no ConJur, depreciou a aplicação do ECI no Brasil.²⁰³ Para o professor, o ECI, além de ser um ativismo camuflado, é um substrato frágil, sendo possível aplicá-lo, via de regra, em qualquer caso de violação aos direitos fundamentais. Ainda, a crítica aborda também a “ilegitimidade” do Judiciário ao intervir na esfera dos demais poderes, sendo, nesta concepção, uma afronta ao princípio da separação de poderes. Streck ainda analisa o risco do subjetivismo decisório, sendo tal decisão uma ameaça à democracia.²⁰⁴

Em relação ao risco de ubiquidade e do uso difuso do ECI, alerta-se que não é qualquer decisão judicial em desacordo com a Constituição que permitirá a declaração do ECI, pelo contrário, a excepcionalidade é um dos pressupostos para aplicação de tal teoria constitucional. Nota-se que decisões ruins ou em desacordo com os preceitos fundamentais não são, por si só, fundamentos para aplicar a teoria constitucional colombiana. A excepcionalidade é um critério primordial para a declaração do ECI. Para Campos, tal crítica não merece à devida atenção,

Não será qualquer violação de direitos que justificará o manejo da técnica pelo STF, mas apenas aquelas que, de forma objetiva, se manifestar generalizada e estiver relacionada a um estado permanente de inércia estatal, de bloqueios políticos e de flagrante incapacidade institucional.²⁰⁵

Isto posto, a ubiquidade é evitada quando se levam a sério os pressupostos para configuração do estado de coisas inconstitucionais. Por este motivo, não se pode cogitar na aplicação do ECI nos casos de afronta aos direitos à saúde, educação, pois são temas que constam na agenda política e social.

²⁰³ STRECK, Lenio Luiz. Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo, out. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em: 1 mar. 2018.

²⁰⁴ STRECK, loc. cit.

²⁰⁵ CAMPOS, 2016, p. 294.

A crítica em relação ao uso difuso também não merece ser reconhecida. Primeiramente, constata-se que nem toda tutela processual é adequada para declarar o ECI, pois, segundo os pressupostos de tal teoria constitucional, há uma necessidade de proteção em larga escala, alcançando o maior número de pessoas. Tendo isto em vista, o instrumento mais correto para superar tal quadro de inconstitucionalidade é a ADPF. Ainda, tal crítica esbarra na competência, sendo o STF o órgão judicial competente. Diante disso, o uso difuso do ECI deve ser descartado.²⁰⁶

Os argumentos em relação aos riscos do subjetivismo decisório também devem ser preteridos. Conforme analisado neste capítulo, o ECI possui pressupostos para sua configuração, os quais servem para descartar as decisões arbitrárias. A declaração do ECI é um critério objetivo, ao se preencher tais requisitos, vistos anteriormente, está caracterizado o estado de coisas inconstitucionais. Constata-se que a declaração do ECI não é fruto da vontade dos juízes, mas sim de um quadro fático de recorrentes violações de direitos.

Ainda, a atuação ativista do STF não é um risco à democracia. O Judiciário necessita da atuação dos demais atores institucionais para superar o quadro de inconstitucionalidade. Nota-se que a postura judicial ativista não vai corrigir a ineficácia dos demais poderes, e sim promover diálogos democráticos. O STF não vai criar políticas públicas, pelo contrário, irá apenas justificar a necessidade de urgência de tal ato, para que os demais poderes estabeleçam tais medidas. Diante disso, não há uma supremacia judicial, mas sim diálogos de cooperação institucional. “O ativismo é apenas de partida, mas no percurso e na chegada, há deliberação e diálogo”²⁰⁷ Segundo o Ministro Marco Aurélio

Nada do que foi afirmado autoriza, todavia, o Supremo a substituir-se ao Legislativo e ao Executivo na consecução de tarefas próprias. O Tribunal deve superar bloqueios políticos e institucionais sem afastar esses Poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias. Deve agir em diálogo com os outros Poderes e com a sociedade. Cabe ao Supremo catalisar ações e políticas públicas, coordenar a atuação dos órgãos do Estado na adoção dessas medidas e monitorar a eficiência das soluções.²⁰⁸

²⁰⁶ CAMPOS, 2016, p. 298.

²⁰⁷ Ibid., p. 305.

²⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF, Medida Cautelar. Relator: MELLO, Celso de, j 09/09/2015.

Para Robert Dahl, a democracia ocorre quando assegura-se aos cidadãos o direito de participar igualmente nas decisões importantes da comunidade.²⁰⁹ Todavia, os presos não votam e não podem ser votados, fato que os excluem temporariamente da sociedade. Os custodiados não exercem, em uma análise superficial, participação política e não possuem voz juntos aos seus representantes, fato que os deixam à margem das agendas políticas. Ainda, dificilmente um político se preocupará com essa população estigmatizada, pois essas pessoas são impopulares. A candidatura de um político estaria fadada ao fracasso ao tentar lutar por direitos básicos aos presos. A sociedade não aceita a criminalidade, os transformando em grupos vulneráveis. Diante disso, apenas a interferência do Poder Judiciário, exercendo um exercício contramajoritário, pode enfrentar esses bloqueios políticos e institucionais. Campos assevera que

Em vez de ir contra a Constituição e os direitos fundamentais, o ECI pode servir para diminuir a distância entre o garantismo textual e a realidade desigual e desumana em diferentes quadras. Em vez de possibilitar a declaração de “inconstitucionalidade do Brasil”, o ECI pode contribuir a torna-lo um país mais inclusivo e deliberativo em torno da dignidade da pessoa humana, inclusive daqueles em favor dos quais a democracia representativa não opera.²¹⁰

Ainda, ressalta-se que a intervenção judicial, além de poder superar tal quadro de inconstitucionalidade, aumentará o diálogo e as deliberações com as demais instituições a fim de solucionar o ECI. A intervenção judicial não ameaçará à democracia, pois atuará em conjuntos com as demais instituições. O ativismo estrutural ampliará os canais de mobilização social.²¹¹

Além disso, a declaração do ECI não viola o princípio da separação dos poderes. Como já visto no primeiro capítulo do presente estudo, hoje, esse princípio constitucional passou por sérias reformulações. Não se aceita mais uma análise estática da separação das funções, ao contrário, atualmente, há um modelo dinâmico, cooperativo e dialógico, tendo como critério mais importante à efetividade da Constituição Federal – os direitos fundamentais. Segundo o Ministro Marco Aurélio, na medida cautelar da ADPF 347/DF

²⁰⁹ DAHL, Robert. **A Democracia e seus críticos**. Tradução Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Editora: WMF Martins Fontes, 2012, p. 34

²¹⁰ CAMPOS, 2016, p. 305.

²¹¹ CAMPOS, loc. cit.

No tocante ao possível óbice atinente à separação de Poderes, à alegação das capacidades institucionais superiores do Legislativo e do Executivo comparadas às do Judiciário, há de se atentar para as falhas estruturais ante o vazio de políticas públicas eficientes. É impertinente levar em conta, no caso examinado, essas formulações teóricas, uma vez que é a própria atuação estatal deficiente o fator apontado como a gerar e agravar a transgressão sistêmica e sistemática de direitos fundamentais. A intervenção judicial é reclamada ante a incapacidade demonstrada pelas instituições legislativas e administrativas, o que torna o argumento comparativo sem sentido empírico. Daí por que a intervenção judicial equilibrada, inclusive quando há envolvimento de escolhas orçamentárias, não pode ser indicada como fator de afronta às capacidades institucionais dos outros Poderes, se o exercício vem se revelando desastroso.²¹²

Um argumento que merece destaque relaciona-se com o risco da efetividade do ECI. Como visto anteriormente, o ECI no caso do sistema carcerário não foi efetivo na Colômbia. A Corte colombiana falhou ao não acompanhar as ordens proferidas, ou seja, errou ao não monitorar as decisões. Diante de tal ineficácia é de se suspeitar que o ECI também possa falhar no Brasil. Todavia, tal argumento não serve para obstar a aplicação da teoria colombiana, mas sim, para servir de alerta ao STF, na missão de monitorar as ordens emanadas.

Ainda, um outro argumento que não foi amplamente difundido diz respeito ao risco de importar teorias sem realizar um estudo significativo de sua adequação à realidade brasileira.²¹³ E, realmente, tal crítica deve ser bem vista, pois não é toda teoria interpretativa que deve ser importada ao Brasil. Todavia, tal argumento não pode afastar a aplicação do ECI no país, pois há uma visível semelhança na aplicação da teoria no caso do sistema carcerário. Apesar de não ter sido efetivo na Colômbia, tal aplicação no Brasil, há de tudo para dar certo.

Por fim, deve-se ressaltar que é possível superar o ECI pela via judicial, desde que haja um diálogo e cooperação entre os atores institucionais. O Judiciário, sem auxílio dos demais Poderes, não atingiria os valores inerentes ao ECI. Neste caso, observa-se que o ativismo judicial não pode ser antidialógico, pois há uma necessidade de atuação conjunta para superar tal quadro de inconstitucionalidade. A aplicação do ECI é uma técnica que permite levar os direitos fundamentais à sério sem afrontar a democracia e os princípios constitucionais. Portanto, compete a Corte

²¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF, Medida Cautelar. Relator: MELLO, Celso de, j 09/09/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 19 fev. 2018.

²¹³ CAMPOS, 2016, p. 312.

Constitucional brasileira o papel fundamental de dialogar com os demais atores institucionais e tornar a Constituição muito mais do que uma mera carta de papel.

CONCLUSÃO

Apresentada as premissas neoconstitucionais, verificou-se a mudança paradigmática em torno da jurisdição constitucional. Não obstante o neoconstitucionalismo tenha sido tardio no Brasil, essa nova ordem constitucional foi fundamental para instaurar o Estado Democrático de Direito. Neste arcabouço, a Constituição assume o papel central no ordenamento jurídico e suas normas constitucionais são irradiadas para todos os ramos do Direito.

Em virtude da constitucionalização, a população passou a ter ciência de seus direitos, além disso, novos mecanismos de acesso à justiça foram criados a fim de dar efetividade à Constituição. Em razão de tal fato, diversas demandas sociais, morais e, até mesmo, políticas foram trazidas ao Judiciário. Do aborto de feto anencefálico a vedação ao nepotismo ocorreu o fenômeno da judicialização da vida.

A constitucionalização do Direito, o acesso à justiça e o fenômeno da judicialização foram às estruturas capazes de expandir a jurisdição constitucional brasileira. Esse marco alterou, substancialmente, o modo dos juízes e membros dos tribunais julgarem o caso concreto. Supera-se a mera aplicação da lei e busca-se o real sentido da norma jurídica. Com isso, o Poder Judiciário agigantou-se e diversos questionamentos acerca da juristocracia foram despertados.

Em torno de tal discussão, duas correntes antagônicas são sinalizadas. A primeira delas foi o procedimentalismo, o qual defende uma jurisdição constitucional contida, meramente legalista, não reconhecendo o exercício do poder político dos juízes. E o substancialismo, o qual salvaguarda a proteção dos direitos fundamentais, os princípios e valores de um Estado Democrático de Direito. Na zona de colisões entre essas correntes, deve-se, inevitavelmente, proteger os direitos fundamentais. A expansão da jurisdição constitucional, contudo, caminha para uma análise substancialista.

Esse novo modo de interpretar a Constituição ensejou uma proatividade por parte dos julgadores. Juízes, a fim de garantir os valores constitucionais, passaram a expandir o sentido e o alcance da norma jurídica. O ativismo judicial se manifesta por uma multiplicidade de atos, todavia, para averiguar a legitimidade de tal fenômeno deve-se analisar o caso concreto. Afere-se, contudo, que o ativismo judicial antidialógico não pode ser entendido como uma boa interpretação normativa, pois fere, inevitavelmente, o regime democrático.

Não se pode deixar de ressaltar que a postura ativista nos últimos anos ensejaram grandes avanços sociais. A permissão da pesquisa de células-tronco embrionárias, possibilidade de interrupção de feto anencefálico, fornecimento de medicamento e vaga em creche são bons exemplos de atitudes ativistas que produziram avanços na sociedade.

Não obstante esse avanço na teoria constitucional tenha sido de suma importância para o Brasil, a mera previsão de direitos fundamentais na Constituição não foi suficiente, por si só, para impedir violações diárias a esses preceitos. O sistema prisional vive, hoje, um verdadeiro inferno dantesco, com celas imundas, superlotadas e em péssimas condições de higiene. Infelizmente, a ineficácia do Poder Público para com o sistema prisional não foi capaz de assegurar seus direitos básicos, previstos, inclusive, na Carta Magna. Diante desse bloqueio institucional, o Brasil importou uma técnica decisória colombiana, a fim de superar tal quadro sistemático, estrutural de violações aos direitos fundamentais.

Apresentou-se no presente trabalho, os requisitos e as características do Estado de Coisas Inconstitucional. Observou-se, também, que a aplicação do ECI não decorre, primeiramente, da imposição normativa, mas, sobretudo da ineficácia do Poder Público. Ainda, a aplicação do ECI foi muito bem definida, exigindo a presença de quatro requisitos para caracterização de tal teoria. O ECI, portanto, é uma técnica decisória por meio do qual juízes identificam um quadro de violação massivo e sistemático de direitos fundamentais, os quais são decorrentes de falhas estruturais do Estado. E, desta forma, estes juízes declaram a absoluta contradição entre o comando normativo constitucional e a realidade social, emanando ordens a diversos atores institucionais a fim de solucionar tal inconstitucionalidade.

O ECI é, indubitavelmente, uma técnica decisória ativista e necessária na aplicação do sistema prisional brasileiro. Há, hoje, um absoluto bloqueio institucional no sistema carcerário, sendo inevitável a aplicação de tal teoria para superar o quadro caótico de violações aos direitos fundamentais.

Diante disso, ressalta-se que é possível superar o ECI pela via judicial, desde que haja um diálogo e cooperação entre os atores institucionais. O Judiciário, sem auxílio dos demais Poderes, não atingiria os valores inerentes ao ECI. A aplicação do ECI é uma técnica que permite levar os direitos fundamentais à sério sem afrontar a democracia e os princípios constitucionais.

Conclui-se, contudo, que a aplicação do ECI no sistema prisional é de suma importância e indispensável para sanar a inconstitucionalidade. Todavia, espera-se que o sistema carcerário seja o primeiro e a único caso que tenha sido necessário adotar tal teoria constitucional no Brasil.

REFERÊNCIAS

ADPF 347/DF, Medida Cautelar. Relator: MELLO, Celso de, j 09/09/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 14 fev. 2018.

ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. **Ativismo Judicial & Teoria dos Precedentes: Integração dos Poderes e Coerência nas Decisões do Judiciário**. Curitiba: Juruá, 2015.

ARAUJO, Cynthia Pereira de. LÓPES, Éder Maurício Pezzi. JUNQUEIRA, Silvana regina Santos. **Judicialização da Saúde: Saúde Pública e outras questões**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.

BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz; KOZICKI, Katya. **Jurisdição Constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia**. Revista Sequência, n. 56, 2008.

BARROSO, **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 14 out. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. REDE. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 18, abr./jun. 2009, p. 2. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede/edição/18>>. Acesso em: 22 de set. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2017.

BIANCHI, André Luiz. **Direito Social à Saúde e Fornecimento de Medicamentos**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010.

BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch**. 2. ed. New Haven, Connecticut: Yale University, 1986.

Bogotá. Corte Constitucional Colombiana. 06 de março de 2000. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-256-00.htm>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 07, de 2005. Disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no

âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_07.pdf>. Acesso em: 13 set. 2017.

BRASIL. Constituição Federal. Artigo 55, inciso VI, § 2º.

BRASIL. Lei nº 8080/90, de 19 de setembro de 1990. Art. 7º.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1675146/DF. Disponibilização vaga em creche. Requerente: S. R. A. e Outro. Requerido: Distrito Federal. Relator: Min. Og Fernandes. Brasília, 29 de setembro de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1136549/RS. Requerente: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Requerido: Município de Esteio. Relator: Min. Humberto Marins. Benjamin. Brasília, 08 de junho de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RE 464143 AgR. Disponibilização vaga em creche. Requerente: Alessandra M. Sabatine Zamboni. Requerido: Município de Santo André. Relator: Min. Ellen Gracie. Brasília, 15 de dezembro de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 1049831 AgR. Fornecimento de alimentação especial. Requerente: Melissa Afonso de Lima Vieira da Paz. Requerido: Estado de Pernambuco. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 27 de outubro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 926469 AgR. Fornecimento de medicamento. Requerente: Defensor Público Geral do Distrito Federal e Territórios. Requerido: Distrito Federal. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 07 de junho de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 855178 RG. Fornecimento de medicamento. Requerente: Maria Augusta da Cruz Santos. Requerido: União. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 05 de março de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SL 770 AgR. Ação civil pública para disponibilização de vaga em creche. Requerente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Requerido: Município de Brusque. Relator: Min. Ricardo Lewandowski Brasília, 05 de março 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 13.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. Panóptica, Vitória, ano 1, n.6, fev. 2007, p. 4. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário**. São Paulo: Almedina, 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

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

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Almedina, 2003.

COLOMBIA. Constitución Política de Colombia. Artículo 1º.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

CZELUSNIAK, Vivian Amaro; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Constitucionalismo e Democracia nas Análises Procedimentalista e Substancialista, v. 33, n. 65, p. 7, 2012. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n65p189>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DAHL, Robert. **A Democracia e seus críticos**. Tradução Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Editora: WMF Martins Fontes, 2012.

DWORKIN, Ronald. Direito da Liberdade: A leitura moral da Constituição Norte-Americana. Tradução por Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. A Teoria da interpretação judicial para além do interpretativismo e do nãointerpretativismo. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f3173935ed8ac4bf>>. Acesso em: 24 fev. 2018.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. Traduzido por Diego Werneck Arguelhes. Fordham Law Review, v. 75, n. 2, 2006.

Levantamento dos Presos Provisórios do País e Plano de Ação dos Tribunais, fev. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional, Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen, jun. 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2018.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa**: Dos Conceitos Jurídicos Indeterminados às Políticas Públicas. Rio de Janeiro: Elsevier, 20--.

RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. Tradução de Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RECONDO, Felipe. Caso Battisti expõe crise no STF, nov. 2009. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral, caso-battisti-expoe-crise-no-stf,470173>>. Acesso em: 26 set. 2017.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Tradução por Ciro Mioranza. 2. ed. São Paulo: Escala, 2008.

SANTOS, Douglas Henrique Marin dos. **Judicialização da Política**: desafios contemporâneos à teoria da decisão judicial. Curitiba: Jaruá, 2014.

SARMENTO, Daniel. **Jurisdição constitucional e política**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional**. Teoria, história e métodos de trabalhos. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]**, [S.l.], v. 17, n. 3, p. 729, dez. 2016. ISSN 2179-7943. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/12206>>. Acesso em: 18 jan. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo, out. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em: 1 mar. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. O Supremo não é o guardião da moral da nação. **Revista Consultor Jurídico**, set. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-set-05/senso-incomum-supremo-nao-guardiao-moral-nacao>>. Acesso em: 18 jan. 2018.

TASSINARI, Clarissa. A Atuação do Judiciário em Tempos de Constitucionalismo Contemporâneo: uma crítica ao ativismo judicial. Revista da Faculdade do Sul de Minas, Minas Gerais, n. 2, jul./dez. 2012.

TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.** Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 20 ago. 2017.