



**Centro Universitário de Brasília  
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD**

**CRISTIANE LOPES GONÇALVES**

**O RECONHECIMENTO DO ESTADO DE COISAS  
INCONSTITUCIONAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E AS  
SUAS POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS NA ORDEM JURÍDICA  
BRASILEIRA**

Brasília  
2016

**CRISTIANE LOPES GONÇALVES**

**O RECONHECIMENTO DO ESTADO DE COISAS  
INCONSTITUCIONAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E AS  
SUAS POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS NA ORDEM JURÍDICA  
BRASILEIRA**

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como pré-requisito para obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em “Novas Tendências do Direito Público”

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Aléssia Barroso Lima Brito Campos Chevitarese

Brasília  
2016

**CRISTIANE LOPES GONÇALVES**

**O RECONHECIMENTO DO ESTADO DE COISAS  
INCONSTITUCIONAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E AS  
SUAS POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS NA ORDEM JURÍDICA  
BRASILEIRA**

Trabalho apresentado ao Centro  
Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD)  
como pré-requisito para a obtenção de  
Certificado de Conclusão de Curso de  
Pós-graduação *Lato Sensu* em “Novas  
Tendências do Direito Público”

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Aléssia Barroso  
Lima Brito Campos Chevitaresh

Brasília, 23 de setembro de 2016.

**Banca Examinadora**

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Aléssia Barroso Lima Brito Campos Chevitaresh

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Patrícia Perrone Campos Mello

---

Prof. Dr. Gilson Ciarallo

**Dedico este trabalho a meus pais, pelo apoio incondicional em todas as minhas escolhas em todos os momentos de minha vida.**

Agradeço ao meu noivo, por sempre me incentivar e me apoiar ao longo de todo este trabalho. Agradeço aos meus colegas de gabinete do Supremo Tribunal Federal que me auxiliaram no estudo do tema, contribuindo para o nascimento e desenvolvimento deste trabalho.

*“Diz-se que ninguém conhece uma Nação até ter estado nas suas prisões. Uma Nação não deve ser julgada pela forma como lida com os seus privilegiados, mas pela maneira como trata os mais humildes” (Nelson Mandela, A Long Walk to Freedom).*

## RESUMO

O Brasil possui uma Constituição com grande viés social, garantindo inúmeros direitos fundamentais a sua população. Infelizmente, na prática, a implementação desses direitos pelos Poderes Públicos deixa a desejar. O Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) é um instituto criado pela Corte Constitucional Colombiana e declarado quando a Corte se depara com uma situação de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais que afeta um número amplo de pessoas. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da medida cautelar na ADPF 347/DF, que trata sobre as condições desumanas do sistema carcerário brasileiro, inovou ao apresentar esse instituto ao ordenamento jurídico do país. O objetivo do presente trabalho é levantar a discussão sobre a declaração do ECI no Brasil, procurando verificar quais as possíveis consequências do uso dessa ferramenta pelo Supremo Tribunal Federal em ações que envolvem a implementação de políticas públicas. Para alcançar esse objetivo foi necessário apoiar-se em normas, jurisprudência e doutrina sobre a proteção a direitos fundamentais, sendo feita uma investigação jurídico-comparativo entre julgados da Colômbia e do Brasil que envolvem esse tema. Diante disso, foi possível perceber o crescimento do papel do Judiciário em prol dos direitos fundamentais, o que traz uma nova configuração ao princípio da separação dos poderes. A declaração de um estado de coisas inconstitucional permite que o Poder Judiciário entre em diálogo com os demais Poderes, estipulando e acompanhado medidas em busca da efetivação de direitos fundamentais. Conclui-se que a introdução de um novo instituto no ordenamento jurídico brasileiro é positiva desde que traga efetivos resultados à sociedade já tão carente de seus direitos básicos.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais. Políticas Públicas. Separação dos Poderes. Estado de Coisas Inconstitucional.

## ABSTRACT

Brazil has a Constitution with strong social bias, guaranteeing many fundamental rights to its population. Unfortunately, in practice, the implementation of these rights by public authorities is weak. The State of Things Unconstitutional (ECI) is an institute created by the Colombian Constitutional Court and declared when the Court is faced with a situation of massive and widespread violation of fundamental rights which affects a large number of people. The Supreme Court, in the judgment of the injunction in ADPF 347 / DF, which deals with the inhuman conditions of the Brazilian prison system, innovated by introducing the institute the legal system of the country. The objective of this study is to raise the discussion of the ECI statement in Brazil, seeking to verify what the possible consequences of the use of this tool by the Supreme Court in actions involving the implementation of public policies. To achieve this goal it was necessary to rely on standards, jurisprudence and doctrine on the protection of fundamental rights, being made of a juridical and comparative research between judged Colombia and Brazil involving this subject. Thus, it was possible to realize the judicial role of growth in favor of fundamental rights, which brings a new configuration to the principle of separation of powers. The declaration of an unconstitutional state of affairs allows the judicial branch of dialogue with the other branches, and accompanied by stipulating in search of effective measures of fundamental rights. It is concluded that the introduction of a new institute in the Brazilian legal system is positive provided that bring effective results to society already so lacking in their basic rights.

**Key words:** Fundamental Rights. Public Policy. Separation of Powers. State of Things Unconstitutional.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	09
<b>1 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	13
1.1 A contribuição do Direito Processual Constitucional para a efetivação dos direitos fundamentais.....	13
1.2 A interpretação constitucional como meio de implementação de direitos fundamentais.....	18
<b>2 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E O ATIVISMO JUDICIAL</b> .....	25
2.1 O Princípio da Separação dos Poderes.....	25
2.2 O Ativismo Judicial <i>versus</i> Força Criativa do Direito.....	32
<b>3 A CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA E O RECONHECIMENTO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL</b> .....	38
3.1 A Corte Constitucional Colombiana.....	39
3.2 Principais casos envolvendo a declaração de Estado de Coisas Inconstitucional.....	41
3.2.1 <i>Reconhecimento de direitos previdenciários a professores</i> .....	41
3.2.2 <i>Direito de petição de aposentados e mora Administrativa</i> .....	42
3.2.3 <i>Ineficiência do sistema carcerário</i> .....	43
3.2.4 <i>Caso do deslocamento forçado de pessoas vítimas da violência</i> .....	45
3.2.5 <i>Consequências da declaração do ECI: o ativismo judicial dialógico</i> .....	47
<b>4 A DECLARAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO</b> .....	52
4.1 A crise no sistema carcerário brasileiro.....	56
4.2 O julgamento da ADPF 347/DF.....	58
4.3 Observações doutrinárias a respeito da declaração de ECI no Brasil.....	62
<b>CONCLUSÃO</b> .....	68
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	70

## INTRODUÇÃO

No Brasil, é notória a carência de inúmeros serviços públicos que são oferecidos ou deveriam ser oferecidos à sociedade. A falta de uma efetiva implementação de projetos de políticas públicas traz um quadro grave de prestação de serviços, contribuindo para um constante cenário de insatisfação por parte da sociedade brasileira para com seus governantes.

Saúde, segurança e educação são institutos garantidos pela Constituição Federal e se enquadram, portanto, como princípios fundamentais a que fazem jus todo brasileiro. No entanto, diante do tamanho descaso de nossos governantes a esses princípios, a sociedade se vê inserida em um contínuo estado de inconstitucionalidade, o que a doutrina moderna denomina como “Estado de Coisas Inconstitucional” (ECI).

O fenômeno chamado Estado de Coisas Inconstitucional surgiu no constitucionalismo colombiano e relaciona-se com a violação massiva e generalizada de direitos fundamentais que afeta um número amplo de pessoas. Além disso, para o reconhecimento desse instituto, é preciso que exista uma omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de promoção dos direitos fundamentais. Reconhecida a situação de ECI, medidas podem ser tomadas para a superação do quadro de inconstitucionalidade.<sup>1</sup>

O instituto é novidade no sistema jurídico brasileiro. O Supremo Tribunal Federal discorreu de forma clara sobre o tema pela primeira vez no julgamento da ADPF 347/DF, que tratou sobre o sistema carcerário brasileiro. Antes disso, o ECI havia sido citado pelo Ministro Luís Roberto Barroso na Questão de Ordem veiculada nas ADIs 4.357 e 4.425, que cuidam da controvérsia existente acerca da atualização monetária dos precatórios, e no voto-vista do RE 580.252-RG, que trata sobre a possibilidade de preso obter indenização por dano moral decorrente da excessiva população carcerária.

---

<sup>1</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. *Consultor Jurídico - Conjur*, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em: 26 fev. 2016.

De fato, é possível notar que o Brasil possui inúmeras situações que podem se enquadrar no conceito de Estado de Coisas Inconstitucional. Apesar de os magistrados já terem comportamentos proativos em diversos julgados, a novidade é que esse fenômeno permite que o Poder Judiciário tome medidas e exija comportamento proativo dos demais Poderes em busca da efetivação dos direitos fundamentais. A grande crítica doutrinária aparece nesse ponto, tendo em vista que os magistrados, em nome da Constituição Federal, poderiam ganhar super poderes, invadindo funções típicas do Executivo e do Legislativo.<sup>2</sup>

O presente trabalho procura contribuir com a análise desse novo fenômeno apresentado à ordem jurídica brasileira, verificando a possibilidade de uso de um instituto introduzido a pouquíssimo tempo pelo Supremo Tribunal Federal, mas que já traz inúmeras discussões. Para tanto, alguns pontos precisam ser esclarecidos, dentre os quais: como o Direito Processual Constitucional e o Poder Judiciário têm contribuído para a efetivação dos direitos fundamentais no Brasil; como se deu a evolução do princípio da separação dos poderes ao longo dos séculos; o crescimento do papel do Judiciário na sociedade moderna viola, ou não, o princípio da separação dos poderes; qual é o conceito de Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), instituto criado pela Corte Constitucional Colombiana; como foi a aplicação e as consequências do reconhecimento do ECI pelo Corte Constitucional Colombiana; como se deu a declaração do ECI no Brasil; e quais são as críticas e objeções dessa declaração feita pela doutrina moderna.

O objetivo geral do trabalho é compreender como se deu o reconhecimento de um Estado de Coisas Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e as possíveis consequências que a aplicação desse novo instituto dará à ordem jurídica brasileira. Os objetivos específicos, por sua vez, são: apresentar a importância da jurisdição constitucional como meio de implementação dos direitos fundamentais; analisar o conflito entre o princípio da separação dos poderes e o ativismo judicial; conceituar o instituto denominado “Estado de Coisas Inconstitucional” (ECI); apresentar como surgiu o ECI na Corte Constitucional Colombiana e de que forma o instituto vem sendo utilizado naquele contexto social; mostrar a dificuldade da implementação de políticas públicas no Brasil; compreender

---

<sup>2</sup> GIORGI, Raffaele; CAMPILONGO, José Eduardo Faria e Celso. *Estado de coisas inconstitucional*. Estadão, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

como o ECI foi utilizado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADPF 347/DF; apresentar as críticas e objeções levantadas pela doutrina moderna a respeito do ECI; e, por fim, verificar se o novo fenômeno poderá, ou não, contribuir na defesa dos direitos fundamentais no país.

A fim de se analisar toda a matéria apresentada, será necessário apoiar-se em normas, livros e doutrina que envolvem a discussão acerca da proteção aos direitos fundamentais, na tentativa de elucidar a teoria sobre o tema. Após, será feita uma análise histórica e cultural de como nossos governantes têm se posicionado sobre a questão na prática, procurando demonstrar como é frequente a omissão dos poderes públicos na implementação de políticas públicas de qualidade, o que acaba favorecendo uma atuação mais enérgica do Poder Judiciário em prol da efetividade de direitos protegidos constitucionalmente.

Diante disso, será apresentada uma discussão doutrinária sobre a aparente colisão entre o princípio da Separação dos Poderes e o Ativismo Judicial, fenômeno tão presente na atual ordem jurídica brasileira.

Em seguida, por meio de uma investigação jurídico-comparativo<sup>3</sup>, será apresentado o instituto denominado “Estado de Coisas Inconstitucional”, criado pela Corte Constitucional Colombiana e apresentado recentemente pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 347/DF. Será feita uma análise comparativa de como o instituto é utilizado pela Suprema Corte Colombiana e de como a Suprema Corte brasileira está tratando o fenômeno.

Como, ao contrário da Colômbia, no Brasil o ECI ainda não foi efetivamente colocado em prática, será feita uma análise com o objetivo de tentar compreender se essa ferramenta trazida de um país com realidades semelhantes a nossas pode contribuir para a implementação de políticas públicas que efetivamente protegem os direitos fundamentais.

Para auxiliar no raciocínio, a jurisprudência da Colômbia e do Brasil que envolvem políticas públicas e o reconhecimento do ECI será analisada, servindo de base para a compreensão desse novo fenômeno.

Do ponto de vista social, ganha importância entender institutos aplicados fora do contexto brasileiro, mas em realidades muito semelhantes a nossas. O reconhecimento de um Estado de Coisas Inconstitucional e a possibilidade de o

---

<sup>3</sup> GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re) pensando a pesquisa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 49.

Poder Judiciário dialogar com os outros Poderes em prol da proteção aos direitos fundamentais é um processo que pode trazer inúmeros benefícios à sociedade brasileira, já tão carente de seus direitos básicos.

Sob a ótica acadêmica, o presente trabalho busca aprimorar o debate a respeito desse novo instituto surgido no direito constitucional colombiano e apresentado, agora, à ordem jurídica brasileira. O Supremo Tribunal Federal inovou ao tratar do ECI no julgamento da ADPF 347/DF, apresentando uma nova ferramenta em busca da efetiva implementação dos direitos fundamentais. A presente monografia busca contribuir para o meio acadêmico com a discussão a respeito desse novo fenômeno.

Do ponto de vista da autora, o interesse pelo assunto surgiu pelo fato de estar inserida, no meu dia-a-dia, nas discussões trazidas pelo Supremo Tribunal Federal. Como servidora pública na referida instituição, foi possível perceber que a controvérsia envolvendo o ECI, quando do julgamento da ADPF 347/DF, trouxe inúmeros questionamentos dentro e fora da Suprema Corte. Contribuir para o aprimoramento da discussão sobre o instituto será de grande valia para compreender o seu funcionamento e a possibilidade de seu uso pelo Poder Judiciário brasileiro.

O presente trabalho foi estruturado em 4 capítulos.

No primeiro capítulo, será apresentada a importância da jurisdição constitucional, tanto formal quanto material, como meio de efetivação dos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente; no segundo capítulo, será colocado em discussão o aparente conflito entre o princípio da separação dos poderes e o ativismo judicial; no terceiro capítulo, será apresentado o instituto denominado “Estado de Coisas Inconstitucional” criado pela Suprema Corte Colombiana e as consequências de sua declaração nos principais julgados daquela Corte; no quarto e último capítulo será apresentado como o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado em temas envolvendo políticas públicas, como se deu a declaração do ECI pela Corte e como a doutrina tem se posicionado sobre a questão. Por fim, serão feitas as considerações finais sobre o tema.

## **1 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

A Constituição Federal de 1988 traz um grande número de direitos fundamentais, fato que enobrece a sociedade brasileira. Ocorre que, na prática, tais direitos nem sempre se tornam efetivos. Diante disso, a sociedade tem recorrido cada vez mais ao Poder Judiciário em busca da efetivação desses direitos, situação que tem trazido um novo papel para os magistrados, tudo em prol do Estado Democrático e Social de Direitos.

Será apresentada neste capítulo a importância da contribuição do Direito Processual Constitucional para a efetivação dos direitos fundamentais, demonstrando como as ações constitucionais são mecanismos de grande valia para a efetivação desses direitos. Em seguida, será apresentado como a interpretação constitucional também tem favorecido a implementação dos direitos constitucionais. Esse fenômeno tem contribuído para que a Suprema Corte alcance o deslinde de casos difíceis<sup>4</sup>, muitas vezes deixados de lado pelo Poder Executivo e Legislativo.

### **1.1 A contribuição do Direito Processual Constitucional para a efetivação dos direitos fundamentais**

A Constituição é o instrumento que traz os pilares de um Estado, contém o poder e favorece liberdades, enfim, é a voz da sociedade que a criou. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu art. 16, proclama que não teria Constituição a sociedade em que os direitos não estivessem assegurados, nem a organização estatal em que não se definisse a separação de poderes<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Caso difícil é a expressão usada por teóricos como Ronald Dworkin para definir casos de difícil solução, que apresentam lacunas ou obscuridade na aplicação da lei ao caso concreto e, por isso, não existe um raciocínio jurídico simples a partir de uma regra jurídica existente para a solução da controvérsia.

<sup>5</sup> DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_homem\\_cidadao.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf)>. Acesso em: 23 de mar. 2016.

O Poder Constituinte Originário tem a importante função de transferir o pensamento de uma sociedade inserida em determinado contexto histórico para os termos da Constituição. O papel desse Poder só será colocado à prova em momentos de viradas históricas, quando a estrutura do Estado sofre transformação<sup>6</sup>, ocasião em que a sociedade decidirá se a Constituição vigente se adéqua àquele novo contexto histórico. Caso contrário, o Poder Constituinte Reformador é suficiente para estabelecer mudanças no texto constitucional, sem qualquer ruptura aos termos da Constituição vigente.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 possui forte apelo social-democrata<sup>7</sup>, fruto não só de uma sociedade duramente ferida após mais de vinte anos de ditadura militar, mas também influenciada por diversos movimentos sociais, tais como o uso alternativo do direito e o direito achado na rua. Dessa forma, a atual Carta Constitucional apresenta uma série de direitos fundamentais, o que certamente engrandece a nação. No entanto, infelizmente, a efetiva implementação desses direitos passa longe de ser realizada.

Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário têm o importante papel de colocar em prática (direito material) os termos da Constituição. O art. 2º da Magna Carta<sup>8</sup> estabelece que os três Poderes são independentes e harmônicos entre si, diante disso, pode parecer estranho que um Poder se destaque frente a outro. É justamente isso que tem ocorrido atualmente no Brasil.

Isso porque, *em primeiro lugar*, o parlamento pouco consegue acompanhar a sociedade complexa e em permanente transformação. Desse modo, legislar se converte, em regra, em assunto de especialistas, capacitados para equacionar o sem-número de problemas atribuídos ao Estado, o que desencadeia uma crise no Poder Legislativo, diante da sua incapacidade em atender aos reclamos da atualidade<sup>9</sup>.

*Em segundo lugar*, o Poder Executivo, frente a um parlamento em crise, passa a se deslocar para o centro do Poder Político, elaborando medidas provisórias e decretos que, muitas vezes, usurpam poderes do legislativo e violam os termos da

<sup>6</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 106.

<sup>7</sup> REIS, Daniel Aarão. *Ditadura e democracia no Brasil: Do golpe de 1964 à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Zahar, 2014, p. 161.

<sup>8</sup> Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

<sup>9</sup> DOBROWOLSKI, Sílvio. A inflação Legislativa e a Jurisdição Constitucional. In: MARTEL, Letícia de Campos Velho. (Org.). *Estudos Contemporâneos de Direitos Fundamentais*. Volume II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 222.

Constituição<sup>10</sup>. Além disso, é comum que parlamentares eleitos por agremiação partidária busquem simplesmente apoiar o desempenho do Executivo, quando pertencente às mesmas fileiras políticos-eleitorais<sup>11</sup>.

Por fim, *em terceiro lugar*, aparece o Poder Judiciário como o mediador dos outros dois Poderes, buscando alinhar as propostas apresentadas à sociedade aos termos da Constituição. Ademais, vale ressaltar que a presença na Constituição de amplos princípios e regras acarreta, inevitavelmente, uma ampliação do poder interpretativo dos juízes, principalmente com relação aos chamados direitos sociais<sup>12</sup>.

Em resumo, os três Poderes aparentam não estar harmônicos e equilibrados entre si, sempre prevalecendo um em detrimento da omissão do outro, situação que põe em prática a célebre frase atribuída a Thomas Hobbes (1588-1679) no sentido de que “não há vácuo no poder”.

Por outro lado, ressalta-se que a doutrina moderna tem se posicionado no sentido oposto, ou seja, o princípio da separação dos poderes está em harmonia justamente porque existe a possibilidade de um Poder interferir no outro e este seria o verdadeiro sentido da democracia<sup>13</sup>.

No Brasil, com a estabilização da democracia com a Constituição Federal de 1988, é possível perceber que o Supremo Tribunal Federal vem ganhando destaque em diversas situações. Manter a Constituição viva não é uma tarefa fácil diante da dinamicidade social, e o Poder Judiciário vem ocupando os espaços vazios deixados pelo Executivo e Legislativo.

O *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de segurança, o mandado de injunção e a ação de declaração de (in)constitucionalidade são os meios constitucionais que permitem o engrandecimento do papel do Supremo Tribunal Federal. Através dessas ações passou a ser possível efetivar direitos fundamentais garantidos constitucionalmente. É o Direito Processual Constitucional contribuindo para a defesa da Constituição.

---

<sup>10</sup> No Brasil, aparece o chamado “presidencialismo de coalizão”, fenômeno que designa a realidade de um país presidencialista em que a fragmentação do poder parlamentar entre vários partidos obriga o Executivo a uma prática que costuma ser mais associada ao parlamentarismo.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 222-223.

<sup>12</sup> ROMBOLI, Roberto. A Função Interpretativa do Juiz Comum e a Influência sobre Ela Exercida pela Jurisprudência Constitucional. In: ROMBOLI, Roberto; e ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa. (Org.). *Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Arraes, 2015, p. 43.

<sup>13</sup> ARCKEMAN, Bruce. *A Nova Separação dos Poderes*. Tradução: Isabelle Maria Campos Vasconcelos, Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Imprensa, 2009.

Cabe destacar que, de início, as ações constitucionais pouco acrescentavam para a efetivação dos direitos fundamentais. Por exemplo, o Supremo Tribunal Federal, na ADI 1.458-MC/DF, em 1996, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde face ao Presidente da República e ao Congresso Nacional, que visava à declaração de inconstitucionalidade por omissão parcial da medida provisória que estabelecia o salário mínimo, em razão da insuficiência do valor definido para atender à imposição prevista no art. 7º, IV, da Constituição. Nesse julgamento, a Suprema Corte entendeu que

Na realidade, o reconhecimento formal do estado de omissão inconstitucional imputável ao Poder Público somente pode gerar, nos precisos termos do que prescreve o art. 103, § 2º, da Carta Política, mera comunicação, ao órgão inadimplente, de que se acha em mora constitucional.<sup>14</sup>

Observa-se que, quanto aos efeitos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, predominou uma interpretação que transformou o instituto em inútil, do ponto de vista jurídico, no sentido de não resultar qualquer interesse jurídico atendido, mesmo em caso de procedência do pedido.

Tal entendimento não prevaleceu, evoluindo o Supremo Tribunal Federal em prol da efetiva garantia dos preceitos constitucionais. O mandado de injunção, por exemplo, passou de efeitos de mera notificação de mora para o assinalamento de prazo para ultimação do processo legislativo e sanção presidencial, prevendo que o decurso do prazo sem cumprimento da decisão permitiria ao impetrante a obtenção judicial da satisfação do direito material, que deveria ter sido regulamentado pela norma faltante. Nesse sentido, confira-se o seguinte trecho da ementa do MI 283-5, julgado sob a relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence:

4. Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para:
- a) declarar em mora o legislador com relação a ordem de legislar contida no art. 8., par. 3., ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e a Presidência da República;
  - b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada;
  - c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela

---

<sup>14</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.458-MC/DF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347068>>. Acesso em: 25 mar. 2016.

via processual adequada, sentença líquida de condenação a reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem;

d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável.<sup>15</sup>

Percebe-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal passou a exigir comportamento ativo das instituições públicas como forma de proteção aos termos da Constituição. Tal comportamento, apesar de positivo, permaneceu insuficiente à adequada proteção aos direitos fundamentais e constituiu, nas palavras de Liana Cirne Lins, “em verdadeiro ‘cala-boca social’, cuja função é fazer aparentar estarem supridos os reclamos sociais mais urgentes”<sup>16</sup>.

De qualquer forma, as ações constitucionais são os principais meios de se efetivarem direitos sociais, tendo em vista que o processo constitucional é o

*locus* inafastável no qual o debate dialético entre as teses favoráveis e contrárias ao adimplemento dos direitos fundamentais, inclusive e mormente sociais, será travado. Assim, em qualquer caso serão os direitos fundamentais justiciáveis: o cabimento ou descabimento da exigibilidade de um dado direito social somente poderá ser averiguado em concreto, e não abstratamente, o que vale dizer, verificado através de um processo.<sup>17</sup>

Em síntese, o processo é o meio correto de se buscar um direito fundamental, no entanto, nem sempre os efeitos da decisão dada pelo Supremo Tribunal Federal tornarão efetivo o direito pleiteado.

Conclui-se que não há direito fundamental que possa ser respeitado quando as instituições destinadas a julgá-los não são, elas próprias, resguardadas pela fundamentalidade. Daí a importância de o devido processo legal ser um princípio constitucionalmente protegido.

Vale ressaltar que os meios processuais são apenas uns dos pontos importantes para se alcançar os direitos fundamentais. Além deste, é preciso que os

<sup>15</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 283/DF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81766>>. Acesso em: 25 de mar. 2016.

<sup>16</sup> LINS, Liana Cirne. Da Jurisdição Constitucional ao Direito Processual Constitucional: Delineamento de um Direito Processual Constitucionalmente Adequado a partir da Reflexão sobre a Judicialização dos Direitos Fundamentais Sociais. In: MARTEL, Letícia de Campos Velho. (Org.). *Estudos Contemporâneos de Direitos Fundamentais*. Volume II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 282.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 285.

cidadãos tenham acesso a estes meios e que estes sejam realmente capazes de promover as garantias constitucionais.

A defesa da Constituição deve seguir um processo claro o bastante para permitir a proteção aos direitos fundamentais. O Poder Judiciário tem observado o caminho do denominado Direito Processual Constitucional, ou seja, tem respeitado o formalismo em suas decisões. Entretanto, o direito material que se visa tutelar, especialmente os sociais, fica, por vezes, a desejar, podendo se chegar à conclusão de que uma decisão judicial pouco efetiva é, na realidade, uma negação ao acesso à justiça.

## **1.2 A interpretação constitucional como meio de implementação de direitos fundamentais**

Como dito anteriormente, o Direito Processual Constitucional contribui de maneira formal para o alcance dos direitos fundamentais. A interpretação constitucional, por sua vez, irá contribuir na forma material para a implementação desses direitos.

Em uma sociedade plural, difícil é pensar que o operador do direito é o único detentor do monopólio da interpretação constitucional. Cidadãos, grupos, organizações sociais, órgãos estatais, sistema público, mídia, opinião pública, entre outros, representam forças produtivas de interpretação constitucional em sentido amplo, atuando, pelo menos, como pré-intérpretes.<sup>18</sup>

A ideia de que vários personagens podem influenciar o processo de interpretação constitucional é fruto da existência de uma sociedade democrática de direitos. É a democratização da interpretação constitucional, de modo que a teoria da interpretação constitucional deve ser garantida sob a influência da teoria democrática.<sup>19</sup>

Em resumo, todos aqueles que se submetem à ordem constitucional são capazes de influenciar no processo de interpretação. Esse significado aberto de

---

<sup>18</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Plurallista e “Procedimental” da Constituição*; tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Imprenta: Porto Alegre, S. A. Fabris, 2002, p. 27.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 29.

análise é fruto também do conceito republicano, o qual deverá ser observado no momento da análise de um caso concreto.

O Poder Judiciário tem um papel de destaque na interpretação constitucional, tendo em vista que todas as normas editadas pelos Poderes Legislativo e Executivo são capazes de passar pelo crivo dos magistrados. Vale ressaltar que não é só o comportamento comissivo desses Poderes que pode ser analisado, mas também o comportamento omissivo.

Nas palavras de Nuno Piçarra, o poder mais adequado e idôneo para garantir os valores fundamentais adotados na Constituição é o judicial, pois sua função se apresenta “despida de qualquer compromisso ou intenção política conjuntural, visando apenas a salvaguarda e a atualização daqueles valores”<sup>20</sup>.

Portanto, o Poder Judiciário, por ser autônomo e independente de amarras políticas é uma instituição essencial para a guarda da Constituição, contribuindo para manter vivos os dispositivos constitucionais diante da dinamicidade social.

Cumprido ressaltar que o papel de destaque do Poder Judiciário na interpretação constitucional acaba lhe dando status de “superpoder”, tornando-o, nas palavras de Ingeborg Maus, o “superego da sociedade”. Isso porque o judiciário, ao introduzir pontos de vista morais e de “valores” na jurisprudência, acaba ganhando legitimação, imunizando suas decisões contra qualquer crítica

como também conduz a uma liberação da Justiça de qualquer vinculação legal que pudesse garantir sua sintonização com a vontade popular. Toda menção a um dos princípios “superiores” ao direito escrito leva – quando a Justiça os invoca – à suspensão das disposições normativas individuais e a se decidir o caso concreto de forma inusitada. Assim, enriquecido por pontos de vista morais, o âmbito das “proibições” legais pode ser arbitrariamente estendido ao campo extrajurídico das esferas de liberdade.<sup>21</sup>

Esse tipo de comportamento, segundo a professora alemã, faz com que a Justiça ascenda ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, o que pode trazer notória regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> PIÇARRA, Nuno. *A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Editora Coimbra, p. 260, 1989.

<sup>21</sup> MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. Tradução: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, nº 58, 2000, p. 189.

<sup>22</sup> *Ibid*, p. 187.

De fato, percebe-se que, atualmente, a sociedade deposita grande cresça e esperança nas decisões do Poder Judiciário, o que pode ser considerado uma “carta branca” para os mais variados tipos de comportamento dos magistrados. A sociedade e as instituições devem estar atentas aos comportamentos arbitrários, porém, diante da falta de implementação de políticas públicas de qualidade, recorrer ao Judiciário acaba sendo o caminho natural em busca da efetivação dos direitos fundamentais.

Com relação à efetivação dos direitos fundamentais, a maneira como o Supremo Tribunal Federal vem interpretando a Constituição merece destaque. Isso porque, em muitos julgados, esses direitos só são protegidos devido à forma de como se dá a interpretação constitucional. Tal situação é especialmente presente nos casos de comportamentos omissivos por parte do Executivo e Legislativo. Nos ensinamentos de Roberto Romboli:

...visando não frustrar o significado assumido em matéria da Carta constitucional, não parece possível reconhecer ao legislador, ou seja, à maioria parlamentar, a possibilidade de frustrar, na essência, com a sua inércia, a existência de um direito constitucional. É o que parece ocorrer no caso dos assim chamados direitos certos, porém não tutelados, quando, após o reconhecimento da existência de um direito constitucional, lhe é negada proteção, invocando-se como justificativa a falta de intervenção do legislador (...).

A jurisprudência constitucional, em várias oportunidades, tem convidado nestas circunstâncias o próprio juiz a procurar a solução e assegurar a tutela dos direitos fundamentais, buscando-a diretamente nos princípios constitucionais.<sup>23</sup>

Portanto, em situações de clara omissão por parte dos demais Poderes, muitos magistrados têm se apoiado nos princípios constitucionais, em seu sentido mais aberto, para assegurar direitos. Esses magistrados são chamados de não interpretativistas. Convém fazer a diferenciação entre os interpretativistas e os não interpretativistas<sup>24</sup>.

São interpretativistas aqueles que admitem ser inviável ao aplicador do direito restringir-se à literalidade do texto constitucional, porém, consideram incompatível com o princípio democrático qualquer criatividade judicial em sentido forte, ou seja, qualquer forma de interpretação dos enunciados normativos que

---

<sup>23</sup> ROMBOLI, op. cit., p. 59.

<sup>24</sup> GONÇALVES, Cristiane Lopes. A Interpretação Constitucional e a Criação Judicial do Direito. In: ROCHA, Lilina Rose Lemos; CHEVITARESE, Aléssia Barroso Lima Brito Campos (Coord.). *Questões Atuais de Direito Constitucional*. Brasília: Uniceub: ICPD, 2016, p. 11-30.

ultrapassem o âmbito do seu significado linguisticamente possível, pois isso implicaria atribuir aos juízes uma legitimidade privativa dos titulares de mandatos políticos.<sup>25</sup>

A ideia é que a criação de normas é atividade restrita aos detentores de mandatos políticos, em respeito ao sufrágio da maioria do eleitorado. Assim, haveria um desequilíbrio no sistema de freios e contrapesos se fosse dado aos juízes criar normas jurídicas a pretexto de aplicá-las, de modo que o ativismo judicial seria incompatível com a ordem constitucional.

Os não interpretativistas, por sua vez, entendem que, em nome do sentido material da Constituição, é legítima a invocação de valores substantivos como justiça, igualdade e liberdade, entre outros, para propiciar à magistratura uma competência interpretativa mais forte<sup>26</sup>.

Com esse tipo de pensamento, os não interpretativistas acreditam que é possível manter a Constituição viva diante das mudanças da sociedade, fato que harmoniza com a chamada mutação constitucional, mudanças materiais que ocorrem na Constituição sem que se tenha alterado substancialmente o seu documento original.

A estabilidade democrática do Brasil após a Constituição Federal de 1988 permitiu que os pensamentos não interpretativistas aparecessem nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal. A liberdade de decidir dos magistrados associada à dificuldade do Congresso Nacional em analisar temas complexos, permitiu que o ativismo judicial ganhasse força nos Tribunais brasileiros.

Frente a uma sociedade sedenta por soluções de casos complexos, inviável é o silêncio do Poder Judiciário, daí porque, diante de uma visão consequencialista, pode-se observar que o ativismo judicial, instituto que será explorado mais a frente neste trabalho, tem feito mais bem do que mal à sociedade brasileira.

A interpretação se diferencia da concretização. Para Ernst-Wolfgang Böckenförde<sup>27</sup>, a interpretação é a indagação sobre a substância e o sentido de algo precedente, enquanto a concretização é o preenchimento criativo de algo simplesmente sugerido.

Nota-se, assim, que o não interpretativismo, por mais ousado que possa parecer, respeita os núcleos essenciais da Constituição quando da análise de um

---

<sup>25</sup> COELHO, op. cit., p.105-106.

<sup>26</sup> Ibid., p.107.

<sup>27</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. *Escritos sobre derechosfundamentales*, Baden-Baden: NormosVerlagsgesellschaft, 1993.

caso concreto. Por outro lado, a simples concretização durante a análise de uma situação específica autoriza o magistrado a escolher posicionamentos arbitrários e sem referência à ordem constitucional. Essa é uma diferença fundamental que permite identificar a maturidade de uma sociedade democrática.

A criação judicial, portanto, autoriza a utilização de valores substantivos não expressos na Constituição diante de casos complexos, porém sempre encontrando limites na própria ordem constitucional e na legitimidade dada pela sociedade que o Poder Judiciário representa.

O legislador, quando cria uma lei, não proíbe o intérprete de interpretá-la, pois toda a norma só vigora na interpretação que lhe atribui o aplicador legitimado a dizer o direito<sup>28</sup>. Isso porque a vontade do legislador não é um ato pronto e acabado quando a norma é criada, mas apenas um ponto de partida para a sua aplicação diante de um caso concreto.

Em suma, a criação judicial do direito se harmoniza com o princípio da separação dos poderes, e este é um novo passo alcançado na interpretação constitucional em uma sociedade democrática de direito. Nos ensinamentos de Inocêncio Mártires Coelho:

impõe-se *re-interpretar* o velho dogma para adaptá-lo às exigências do moderno Estado de Direito, que sem deixar de ser *liberal*, tornou-se igualmente *social* e *democrático*, não apenas pela legislativa dos Parlamentos ou pelo intervencionismo igualitarista do Poder Executivo, mas também pela atuação política do Judiciário, sobretudo das Cortes Constitucionais, mais e mais comprometidas com o *alargamento da cidadania* e a *realização dos direitos fundamentais*.<sup>29</sup>

Ressalta-se que o Poder Judiciário passa a atuar inclusive na formulação de políticas públicas diante de um Poder Legislativo e Executivo silentes, o que pode trazer a impressão de que se está deturpando o princípio da separação dos poderes, daí a importância de o judiciário encontrar o equilíbrio dentro da ordem constitucional, mantendo a sua unidade e não simplesmente, sob o argumento da existência de uma mutação constitucional, alterar o sentido da norma sem a devida emenda constitucional, papel que deve ser concretizado pelo Congresso Nacional, representante indireto do povo. Luiz Gustavo Bambini de Assis destaca que

---

<sup>28</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. Sobre a Criação Judicial do Direito. *Arquivos do Ministério da Justiça*, ano. 49, n. 187, jan/jun, 1996, p. 55.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 56-57.

Sobrevalorizar, portanto, o papel do Judiciário, conferindo-lhe amplo poder para, inclusive, reconhecer mutação constitucional sem quaisquer limites, é o mesmo que ferir os princípios do Estado Democrático de Direito. Isso porque um dos mais importantes fundamentos desse Estado é o reconhecimento da soberania popular, soberania expressada, no presente caso, pelos representantes do povo na Assembleia Constituinte.<sup>30</sup>

Portanto, limites devem ser impostos e a liberdade do intérprete não deve ser confundida com arbitrariedade. Até porque o magistrado nem sempre possui condições técnicas de adentrar livremente sobre determinados assuntos, isso cabe à atuação do legislativo e do executivo. Como ensina Mauro Cappelletti, diante da generalidade de juízes, existe a

dificuldade de controlar o emprego correto da discricionariedade legislativa e administrativa, especialmente nas hipóteses em que um sério controle exija o emprego de conhecimentos sofisticados ou técnicas especializadas, as quais, embora possam estar à disposição do legislador e da administração pública, são amiúde dificilmente acessíveis aos tribunais judiciais, pelo menos por razões financeiras. Com muita dificuldade, poderá o juiz, por exemplo, desenvolver ou fazer desenvolver investigações empíricas, cálculos econométricos ou apuradas pesquisas de laboratório. Existe, pois, também o perigo da inefetividade: como podem os tribunais controlar a correta atuação de pronunciamentos judiciais que, operando por definição no campo das obrigações do *welfarestate*, para serem efetivamente obedecidos implicam, frequentemente, por exemplo, uma atividade *continuativa* de parte das entidades administrativas ou até do legislador? E existe, enfim, o problema da legitimação democrática. Realmente é verdade que no estado moderno este problema, como já observei, apresenta-se também com agudeza em face de que, segundo a opinião de muitos, na criatividade jurídica dos legisladores democraticamente eleitos e dos administradores públicos politicamente responsáveis reside maior grau de “legitimação”, de qualquer maneira mais evidente do que no “ativismo judiciário”, vale dizer, na criatividade jurídica da magistratura, caracterizada exatamente pela tradição de independência política e isolamento.<sup>31</sup>

Verifica-se, assim, que deve se procurar a preservação do princípio da separação dos poderes, tendo em vista que é inviável ao magistrado se envolver com os mais variados temas de uma sociedade plural sem ferir, desse modo, os termos da ordem constitucional e perder, conseqüentemente, a legitimidade perante a sociedade que representa.

---

<sup>30</sup> ASSIS, Luiz Gustavo Bambini. A Judicialização da Política e os Limites da Interpretação Constitucional: um estudo de caso. *Revista Gestão & Políticas Públicas*. v. 3, 2013, p. 109.

<sup>31</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 50.

O princípio republicano, orientador do Estado Democrático de direitos e consagrado no artigo 1º da Constituição Federal de 1988<sup>32</sup>, deve ser o norte de atuação do Supremo Tribunal Federal. Esse princípio é a viga mestra do Estado Brasileiro, pois estabelece que o poder não estará concentrado nas mãos de um só.

Conclui-se que a Corte Constitucional, inserida em uma sociedade democrática, tem o importante papel de manter a unidade da Constituição. Diante dos casos difíceis, aqueles capazes de dividir a opinião pública, cabe à Suprema Corte chamar os interessados para a discussão, proteger o direito de minorias e encontrar a solução que melhor se adéque aos termos da Constituição. Percebe-se, portanto, a influência de toda a sociedade para o alcance do deslinde da controvérsia, tendo a Corte Constitucional o dever de controlar a participação leal dos diferentes grupos durante o processo de interpretação constitucional. Esse é o limite da interpretação constitucional, momento em que o Tribunal deverá se posicionar avançando ou se contendo, tudo em prol da harmonia constitucional e da sociedade na qual está inserido.

O Poder Judiciário, portanto, por mais destaque que tenha ganhado após a Constituição Federal de 1988, deve encontrar limites para a sua atuação como já exposto, sob pena de ferir o princípio republicano, o estado democrático e o sistema de freios e contrapesos, tudo a pretexto de uma interpretação constitucional livre. Por isso a sociedade deve estar sempre atenta, impedindo a legitimação de certos comportamentos que ferem a ordem constitucional tão duramente conquistada.

---

<sup>32</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

## 2 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E O ATIVISMO JUDICIAL

Diante de um Poder Judiciário cada vez mais ativo na sociedade moderna, o conceito do princípio da separação dos poderes tem ganhado novas configurações.

Será demonstrado a seguir como se deu a evolução do princípio da separação dos poderes no decorrer dos séculos até o aparecimento do ativismo judicial como meio de resposta aos anseios sociais.

### 2.1 O Princípio da Separação dos Poderes

A ideia de que há perigo quando o poder se concentra nas mãos de uma só pessoa remonta à Antiguidade. Aristóteles, em sua obra composta de oito livros, denominada “A Política”<sup>33</sup>, foi o primeiro teórico a esboçar o princípio da Separação dos Poderes de forma clara e específica. O filósofo grego assentou a existência de três poderes essenciais: (i) o poder que delibera os negócios do Estado (a função Deliberativa); (ii) o poder que compreende todos os poderes necessários à ação do Estado (a função Executiva); e (iii) o poder que abrange os cargos de jurisdição (a função Judicial). Ele acreditava que uma única pessoa não seria capaz de prever tudo aquilo que sequer a lei seria capaz de assentar.

Posteriormente, no século XVII, ocorre a chamada Revolução Constitucional da Inglaterra, denominada “Revolução Gloriosa”, ocorrida nos anos de 1688 a 1689. O Parlamento Inglês articula um golpe de Estado que culmina em uma declaração de direitos que limitava o poder do monarca, chamado de “*Bill of Rights*”. Nas palavras de Fábio Konder Comparato:

o essencial do documento foi a instituição da separação de poderes, com a declaração de que o Parlamento é um órgão precipuamente encarregado de defender os súditos perante o Rei, e cujo funcionamento não pode, ficar sujeito ao arbítrio deste. Ademais, o *Bill of Rights* veio fortalecer a instituição do júri e reafirmar alguns direitos fundamentais dos cidadãos, os quais são expressos até

---

<sup>33</sup> ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução: Roberto Leal Ferreira, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

hoje, nos termos, pelas Constituições modernas, como o direito de petição e a proibição de penas inusitadas ou cruéis.<sup>34</sup>

A Inglaterra, então, separava os centros de poder entre a Câmara, representada pelos proprietários; e o Senado, representado pela aristocracia. Era afastada, portanto, a concentração de poderes nas mãos de um único representante.

No contexto da Revolução Gloriosa, aparece Jonh Locke, que após exílio volta à Inglaterra e publica sua obra “Segundo Tratado Sobre o Governo Civil”<sup>35</sup>, em 1690. Em seu tratado, Locke dispõe sobre a existência de três poderes que deveriam exercer as funções do governo: o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Federativo. Ele acreditava que o Poder Legislativo deveria ser superior aos demais, pois detém a capacidade de criar as leis, enquanto os outros apenas a executam. Entendia que ao Poder Executivo incumbia a aplicação das leis, enquanto ao Poder Federativo era atribuído o cuidado das relações internacionais do governo.

Apesar de Locke considerar o Executivo e o Federativo como poderes distintos, ele acreditava ser possível que estes fossem exercidos pela mesma pessoa, no caso, o Rei, porque ambos exigem o controle sobre a força armada. Ressalta-se que Locke sequer concebeu um poder autônomo ao Judiciário, pois integrou a função de julgar num espectro mais amplo: o de executar a lei. Assim, colocou o judiciário dentro da categoria “executivo”.

A filosofia de Locke esteve interligada à resolução dos conflitos políticos e religiosos ingleses, de forma que, foi na Separação dos Poderes que ele baseou sua proposta para uma forma de governo mais eficaz, alertando para a importância de afastar o poder de executar leis de quem as cria.

Fortemente influenciado por Jonh Locke, em 1748, na França, Montesquieu publica “O Espírito das Leis”<sup>36</sup>, livro no qual elabora conceitos sobre formas de governo e formas de exercício da autoridade política. Suas teorias tornaram-se marcos da moderna ciência política e influenciaram a Declaração dos

---

<sup>34</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999, p. 80/81.

<sup>35</sup> LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. Tradução: Alex Marins, São Paulo: Martin Claret, 2003.

<sup>36</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. Tradução: Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1999.

Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, elaborada durante a Revolução Francesa.

Dentre os conceitos apresentados na obra, destaca-se o Princípio da Separação dos Poderes, o qual divide o governo em três poderes: executivo, legislativo e judiciário.

Montesquieu verifica que na Inglaterra um monarca detém o poder executivo. Como este exige rapidez de decisão e ação, é bom que só um o detenha, no caso, o rei. O legislativo, por sua vez, é constituído por duas assembleias: a Câmara dos Lordes, que representa a nobreza, e a Câmara dos Comuns, que representa o povo.

Os poderes executivo e legislativo são detidos por pessoas ou corpos distintos e devem agir por cooperação. Em sua obra, Montesquieu mostra o que cada um desses poderes pode e deve fazer em relação ao outro.

Existe, ainda, um terceiro poder, que detém a capacidade de julgar. É o poder judiciário, o qual não deve estar ligado nem a certa situação e nem a certa profissão, tornando-se, assim, invisível ou nulo. Com efeito, o poder judiciário, sendo essencialmente o intérprete das leis, deve ter tão pouca iniciativa e personalidade quanto possível (o juiz é apenas a boca que pronuncia as sentenças da lei, sem moderar sua força ou rigor). Não é o poder de pessoas, é o poder das leis: “teme-se a magistratura e não os magistrados”.

A Constituição Norte-Americana de 1787, por sua vez, influenciada pelas ideias de Montesquieu, estabeleceu a Tripartição dos Poderes a nível constitucional, fixando as funções inerentes a cada um dos poderes: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

De acordo com os autores dos Artigos Federalistas, série de 85 artigos argumentados para ratificação da Constituição de 1787, originando o livro “O Federalista”<sup>37</sup>, a Constituição evitou a concentração do poder total na mão de um só, sem separar de forma total e absoluta os poderes do Estado. Isso porque a Separação dos Poderes tinha por essencial a independência e, ao mesmo tempo, a fiscalização entre os três poderes, de forma a propiciar para cada um deles a função

---

<sup>37</sup> MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os Artigos Federalistas*. Apresentação: Isaac Kramnick; tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

constitucional de controle sobre os demais. Essa é a ideia central que acompanha a estruturação de diversos Estados modernos.

Percebe-se, portanto, que os pensamentos de Montesquieu são fundamentais até os dias de hoje, no entanto, a doutrina moderna tem apresentado uma “nova separação dos poderes”.

Nesse sentido, ganha destaque o pensamento de Bruce Ackerman, constitucionalista norte-americano da Universidade de Yale, nos Estados Unidos. Segundo o professor, uma nova separação de poderes está emergindo no século XXI, estabelecendo um novo modelo conceitual, com cinco, seis, ou mais categorias. Ele observa que há uma tendência mundial para isolar certas funções do legislativo, do executivo e do judiciário, fazendo surgir novos centros de poder. Tal comportamento exige cautela, mas não pode ser afastado<sup>38</sup>.

Como exemplo, o constitucionalista cita o surgimento de Bancos Centrais independentes a partir da segunda metade do século passado. Nesse caso, o valor governamental não será a democracia, mas sim teorias econômicas neoliberais que enfatizam a importância de se proteger a oferta monetária das manipulações políticas imediatistas. Está presente, portanto, um novo centro de Poder. Diante desse cenário, algumas questões se tornam evidentes:

Primeiro, a questão de coordenação: quanto maior o número de centros-de-poder que isolamos das instituições políticas e jurídicas clássicas, maior o problema em coordenar o crescente número de poderes separados, de forma a gerar um todo coerente. Segundo, a questão da legitimidade democrática: se formos muito longe na tentativa de isolar poderes do controle político direto, poderemos privar o processo democrático de seu significado central – deixando os representantes eleitos do povo à mercê de banqueiros centrais independentes e outros atores que estejam isolados de seu controle direto.

Esses dois problemas sugerem cautela na criação de novos centros-de-poder independentes. Mas não sugerem que criar uma nova separação de poderes não faça sentido.<sup>39</sup>

Como citado, Bruce Ackerman esclarece que a criação de novos centros-de-poder exige cautela, pois requer uma série de julgamentos complexos e que sejam sensíveis ao contexto, mas não pode ser ignorada. Ele entende que seremos

---

<sup>38</sup> ARCKEMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. *Revista de Direito Administrativo*. v. 265, 2014, p. 18.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 18.

incapazes de fazer esses julgamentos enquanto nos contentarmos em repetir o mantra de Montesquieu<sup>40</sup>.

No Brasil, de fato é possível perceber que novos centros-de-poder têm surgido. Cita-se, como exemplo, o crescimento do papel do Ministério Público após a Constituição Federal de 1988.

Ao mesmo tempo em que novos centros-de-poder aparecem, poderes clássicos têm se diferenciado entre si, o que pode dar a impressão de que o equilíbrio entre eles está prejudicado. É o que se observa com o fortalecimento do Poder Judiciário, também após a atual Constituição Federal.

O próprio texto constitucional funcionou como um catalisador para o crescimento do poder dos magistrados, tendo em vista que: (i) os direitos fundamentais tornaram-se núcleos essenciais, o que favoreceu uma maior busca da sociedade pelo poder judiciário em prol da efetivação desses direitos; (ii) houve um aumento do número de legitimados para interposição de ação direta de inconstitucionalidade; e (iii) manteve-se a possibilidade de controle difuso de inconstitucionalidade por magistrado comum, singular ou colegiado (o sistema difuso é antigo no Brasil, criado após a Constituição de 1889). Soma-se a estes pontos o comportamento inerte dos Poderes Executivo e Legislativo, o resultado é o fortalecimento do Poder Judiciário nunca antes visto no Brasil<sup>41</sup>.

A doutrina traz o termo *supremocracia*<sup>42</sup> para elucidar o atual momento do Supremo Tribunal Federal no país, pois a Corte Constitucional passou a ter um verdadeiro papel de criador de regras a partir da sua condição de intérprete da Constituição. Cita-se, como exemplo, o reconhecimento da possibilidade de união civil entre casais homoafetivos com a finalidade de constituição familiar<sup>43</sup>. Na ocasião, a interpretação constitucional utilizada pela Suprema Corte teve como base

---

<sup>40</sup> Ibid., p. 19.

<sup>41</sup> ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa. A Construção Jurisdicional da Pauta dos Direitos Fundamentais no Brasil. In: ROMBOLI, Roberto; e ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa. (Org.). *Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Arraes, 2015, p. 258-260.

<sup>42</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: *Revista Direito GV*. São Paulo 4(2), p. 441-464, jul-dez, 2008.

<sup>43</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direita de Inconstitucionalidade* n. 4.277/DF, Plenário. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284277%2E%2E+OU+4277%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nhyfjic>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

a criação judicial do direito, fazendo prevalecer o entendimento no sentido da validade do emprego das regras da união estável para as relações entre pessoas do mesmo sexo.

Por outro lado, a doutrina moderna tem entendido que a atual supremacia do Poder Judiciário nada mais é do que uma resposta a um Estado Social moderno, no qual aumenta a importância do Estado em relação ao indivíduo, com a correlata dependência deste para com aquele, exigindo dos magistrados um maior controle dessa relação. Dessa forma, não se identificará um juízo censório ou punitivo à atividade desenvolvida por outro poder, mas, sim, uma aplicação relevante do sistema de “freios e contrapesos”, inerente ao regime democrático e cujo objetivo final é garantir o bem-estar da coletividade<sup>44</sup>.

Sobre a tensão entre o judiciário e o legislativo, Robert Alexy<sup>45</sup> esclarece que “a chave para a resolução é a distinção entre a representação política e a argumentativa do cidadão”. Estando ambas submetidas ao princípio fundamental de que todo poder emana do povo, é necessário compreender “não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional como representação do povo”. No entanto, essa representação se manifesta de modo distinto: “o parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional argumentativamente”, o que permite concluir que este, ao representar o povo, o faz de forma “mais idealística” que aquele.

Robert Alexy destaca, ainda, que o cotidiano parlamentar oculta o perigo de que faltas graves sejam praticadas a partir da excessiva imposição das majorias, da preeminência das emoções e das manobras do tráfico de influências, o que permite concluir que “um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo, senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos”. Tal pensamento pode ser transposto também para as relações entre o judiciário e o executivo, pois também este deve atuar em harmonia com a ordem constitucional, limite incontornável traçado pelo Constituinte, cabendo ao judiciário assegurar que esse equilíbrio ocorra.

---

<sup>44</sup> GARCIA, Emerson. Princípio da Separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais. *De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais*, 2008, p. 62.

<sup>45</sup> ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Tradução: Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217/66, 1999.

Portanto, o judiciário, assim como o legislativo e executivo, é um representante do povo. Tal representação se faz de forma argumentativa e, de maneira alguma, viola o estado democrático de direitos. Pelo contrário, é sobretudo o Poder Judiciário que dá voz às minorias, que certamente estariam caladas frente aos demais poderes, justamente por serem eles os representantes da maioria. Esse é o papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal.

Os onze Ministros da Suprema Corte, escolhidos sem qualquer influência popular, têm o poder de anular atos normativos emanados pelo Legislativo e pelo Executivo, os quais, por sua vez, são poderes compostos por representantes eleitos pelo povo brasileiro. Esse aparente contra-senso tem sido universalmente aceito. Nos ensinamentos do Ministro Luís Roberto Barroso:

A legitimidade democrática da jurisdição constitucional tem sido assentada com base em dois fundamentos principais: a) a proteção dos direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo ético e à reserva da justiça de uma comunidade política, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política majoritária; e b) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos. A maior parte dos países do mundo confere ao Judiciário e, mais particularmente à sua suprema corte ou corte constitucional, o status de sentinela contra o risco da tirania das majorias. Evita-se, assim, que possam deturpar o processo democrático ou oprimir as minorias. Há razoável consenso, nos dias atuais, de que o conceito de democracia transcende a idéia de governo da maioria, exigindo a incorporação de valores fundamentais.<sup>46</sup>

Em síntese, decisões contramajoritárias proferidas pelas supremas cortes são válidas em um estado democrático de direitos e visam tutelar direitos fundamentais de minorias e proteger as regras do jogo democrático. Ou seja, em situações específicas o Supremo Tribunal Federal irá se contrapor frente à maioria e tal comportamento vem para contribuir positivamente com a democracia. Ressalta-se que a Suprema Corte encontra limites dentro do próprio ordenamento jurídico em que está inserida para proferir suas decisões, sob pena de se tornarem arbitrárias.

Pode-se concluir que o princípio da separação dos poderes idealizado por Montesquieu, apesar de válido até os dias de hoje, tem sido reformulado pela

---

<sup>46</sup> BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 36.

doutrina moderna diante da dinamicidade social pós Século XXI. O fortalecimento do Estado Social após, sobretudo, a Segunda Guerra Mundial e, no Brasil, após o fim da ditadura militar e por forte influência de movimentos sociais, trouxe aos direitos fundamentais um papel de protagonista nas sociedades modernas, o que favoreceu o fortalecimento do Poder Judiciário e o surgimento de novos centros-de-poder, como o Ministério Público, por exemplo. Essa nova conformação é um fenômeno natural de uma sociedade democrática de direitos, o que, de maneira alguma, viola o princípio da separação dos poderes previsto no texto constitucional.

## **2.2 O Ativismo Judicial *versus* Força Criativa do Direito**

Diante do novo Estado Social e Democrático de Direitos presente nas sociedades modernas, o princípio da separação dos poderes foi reformulado e, sobretudo o Poder Judiciário se fortaleceu. Nesse cenário, o fenômeno denominado ativismo judicial está presente, recebendo elogios e críticas pela doutrina.

Ativismo judicial é o nome dado ao comportamento proativo e expansivo do Poder Judiciário quando interpreta a Constituição e as leis, enriquecendo o sentido e o alcance nas normas, indo além do que o expressamente indicado pelo legislador. Esse é um fenômeno que não se restringe ao Brasil, pois é realidade em diversos outros países.

Elival da Silva Ramos ensina que ativismo judicial é o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico, que, institucionalmente, incumbe ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo tantos litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) quanto controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)<sup>47</sup>.

O ativismo judicial é uma consequência de outro fenômeno: a judicialização. A partir da Constituição Federal de 1988, é possível perceber que questões de larga repercussão política e social estão sendo decididas por órgão do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais, que seriam o

---

<sup>47</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129, 138.

Congresso Nacional e o Poder Executivo. É o crescimento do papel do Poder Judiciário.

Luís Roberto Barroso elenca três motivos que favoreceram o aumento da judicialização no Brasil: (i) a redemocratização do país, momento em que houve uma recuperação das garantias da magistratura e o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político; (ii) o aumento de direitos sociais protegidos constitucionalmente, o que favoreceu o crescimento da demanda por justiça na sociedade brasileira; e (iii) o abrangente sistema brasileiro de controle de constitucionalidade (combina o sistema americano – incidental e difuso - com o europeu – concentrado- , bem como fornece legitimidade a diversos órgão e entidades para a propositura de ação diretamente no Supremo Tribunal Federal) <sup>48</sup>. Portanto, a judicialização é o resultado da nova formação do Estado brasileiro, que exigiu um comportamento mais ativo dos magistrados.

Ressalta-se que a judicialização é o fenômeno que contribuiu para o ativismo judicial, não se confundindo com este. O ativismo, como dito anteriormente, é o comportamento mais proativo do judiciário, que é favorecido em decorrência de algumas 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.<sup>49</sup>

A auto-contenção judicial é o oposto do ativismo, é a conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes, evitando aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de atuação expressa. Além disso, na auto-contenção a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos é realizada com base em critérios rígidos e conservadores e não há interferência do Poder Judiciário na definição de

---

<sup>48</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional*, Madrid, n. 13, 2009, p. 3/4.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 6.

políticas públicas. Esse tipo de comportamento era a linha de atuação dos magistrados até o advento de 1988<sup>50</sup>.

Apesar de o ativismo judicial atualmente fazer parte da realidade brasileira, o comportamento contido do judiciário continua sendo fundamental em determinadas situações. Por exemplo, há casos em que o magistrado não possui a qualificação técnica necessária para decidir, como na definição do traçado de uma estrada ou na escolha de medidas de segurança de uma plataforma de petróleo.

Conclui-se, que o binômio ativismo e auto-contenção judicial é um fenômeno presente no país, fruto da existência de uma Suprema Corte com competência para exercer o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos do Poder Público. O ponto positivo é que o Poder Judiciário tem se posicionado em situações importantes, trazendo respostas às demandas postas pela sociedade. O ponto negativo é que o destaque atual do papel dos magistrados demonstra as dificuldades do legislativo em exercer o seu ofício.

Elival da Silva Ramos alerta para o cuidado do uso indiscriminado do ativismo judicial no ordenamento jurídico brasileiro. O professor ressalta a importância do desenvolvimento político-institucional que acompanha a estabilização dos sistemas políticos democráticos, com o amadurecimento da reflexão jurídica, em especial no âmbito do Direito Constitucional. Por outro lado, ressalva o perigo de um voluntarismo bem intencionado, mas institucionalmente desastroso por parte do judiciário, capaz de solapar um dos fundamentos mais caros de qualquer democracia: o respeito à soberania popular e à participação política que dela decorre<sup>51</sup>.

No Brasil, infelizmente a participação política da sociedade é pequena, o que, conseqüentemente, prejudica a soberania popular. O sistema brasileiro para a eleição dos representantes do povo é extremamente complexo e os gastos com as campanhas eleitoras são astronômicos. O resultado, no sistema proporcional, por exemplo, é a escolha de inúmeros deputados e vereadores que não seriam selecionados se não fosse o cálculo do quociente eleitoral<sup>52</sup>. Além disso, o gasto

---

<sup>50</sup> Ibid., p. 6-7.

<sup>51</sup> RAMOS, op. cit., p. 316.

<sup>52</sup> Em síntese, quociente eleitoral é a fórmula de cálculo resultante da divisão entre o número de votos válidos pelo número de vagas em disputa. O resultado é que muitas vezes um candidato bem votado acaba não sendo eleito por não ter atingido o valor do quociente eleitoral, enquanto outro candidato

excessivo de dinheiro nas campanhas é porta aberta para desvios de toda espécie. Portanto, a reforma política é medida urgente que se faz necessária em prol de uma democracia sólida e saudável, pois certamente fortalecerá o Legislativo, instituição já tão desenganada pela sociedade brasileira.

Enquanto isso não ocorre, é saudável que o Poder Judiciário se comporte proativamente respondendo às demandas levantadas pela sociedade. Vale ressaltar que os magistrados devem atuar dentro dos limites dados pela Constituição, sob pena de proferir decisões arbitrárias e contrárias ao povo que representa.

Como dito anteriormente, apesar de os magistrados não serem eleitos pelo povo, eles exercem um poder representativo, que emana do povo e em seu nome é exercido, razão pela qual, na medida do possível, sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social.

Portanto, quando o Judiciário profere uma decisão que, a princípio, pode aparentar usurpar a competência do parlamento, caso esta esteja dentro dos limites da Constituição, não há qualquer prejuízo ao princípio da separação dos poderes. Por exemplo, quando o Supremo Tribunal Federal interpreta a Constituição fazendo uso da chamada criação judicial do direito. Decisões importantes foram proferidas com base nesse tipo de interpretação constitucional, como no julgamento da ADI 3.999/DF<sup>53</sup>, que tratou da fidelidade partidária, ocasião em que a Suprema Corte entendeu que o mandato pertence ao partido político criando, assim, uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, além das que se encontravam expressamente previstas no texto constitucional.

A criação judicial do direito é uma forma de interpretação mais livre dos magistrados, mas que encontra limites dentro dos valores substantivos presentes na Constituição Federal e no ordenamento jurídico como um todo. Nas palavras do constitucionalista Inocêncio Mártires Coelho, a liberdade do intérprete/aplicador do direito,

---

que recebeu menos votos acaba sendo eleito por fazer parte de um partido forte. Isso gera grave crise de legitimidade ao parlamento, pois a sociedade não se sente representada por quem fala em nome dela.

<sup>53</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.999/DF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=586949>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

há de ser responsável e autocontrolada, pois não lhe é dado introduzir na lei o que deseja extrair dela e tampouco aproveitar-se da abertura semântica dos textos para neles inserir, fraudulentamente, conteúdos que, de antemão, ele sabe serem incompatíveis com esses enunciados normativos.<sup>54</sup>

Para Inocêncio Mártires Coêlho, sem a mediação dos operadores jurídicos, as situações de fato e as regras gerais não se encaixam, os textos não falam, o seu significado latente não se manifesta e o direito deixa de cumprir a sua função precípua de instrumento de ordenador das relações sociais, de modo que a interpretação aparentemente ousada dos magistrados, quando proferida dentro dos limites citados, possui o simples objetivo de dar sentido a norma, de modo que o ativismo judicial nada mais seria do que uma nova expressão dada à criação judicial do direito<sup>55</sup>.

Em síntese, é possível chegar à conclusão que os juízes possuem um novo papel no Século XXI, diferente daquele proposto por Montesquieu em 1794, em que o reduzia à condição de boca que pronuncia as palavras da lei, e a função de julgar, a uma espécie de prerrogativa de certo modo nula ou quase invisível<sup>56</sup>.

Nos dias atuais, o Poder Judiciário possui uma atuação mais ampla, pois: (i) zela pela adstrição das funções executiva e legislativa à lei e ao Direito, inclusive com o salvaguarda da supremacia da Constituição; (ii) diante do Estado Social moderno, sua função institucional é potencializada para apreciar as lesões ou ameaças de lesão aos direitos das pessoas, adotando providências pertinentes, se for o caso; e (iii) assegura a proteção dos direitos fundamentais, que ultrapassam a vertente essencialmente abstencionista (característica das liberdades individuais), e alcançam os direitos econômicos, sociais e culturais<sup>57</sup>.

Conclui-se que o ativismo judicial, quando realizado dentro dos limites impostos pelo ordenamento jurídico, é um fenômeno autorizado e seu resultado tem feito mais bem que mal à sociedade brasileira, pois fornece respostas a demandas complexas que, caso fossem mantidas esquecidas, estariam em situação de

---

<sup>54</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, número especial, 2015, p. 12.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 11-21.

<sup>56</sup> MONTESQUIEU, op. cit., p. 193, 196.

<sup>57</sup> GARCIA, op. cit., p. 65-66.

completa injustiça, na medida em que omitir-se é simplesmente deixar de dar o direito a seu verdadeiro detentor.

### 3 A CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA E O RECONHECIMENTO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

A Colômbia é um país latino-americano que apresenta diversas características semelhantes ao Brasil. Dentre elas, pode-se citar a existência de uma Constituição recente, do ano de 1991, com forte apelo social, a presença de uma sociedade marcada por desigualdades e a dificuldade dos Poderes Públicos em implementar políticas públicas efetivas e de qualidade.

Diante desse cenário, a Corte Constitucional Colombiana, em prol da efetivação dos direitos fundamentais, tem ganhado um papel de destaque com relação aos demais países latino-americanos, sendo considerada paradigma do ativismo judicial na América Latina e uma das cortes mais ativistas do mundo.

Os avanços dos seus trabalhos se inserem no movimento iniciado no fim dos anos 80 e começo dos 90, quando vários países da América Latina experimentaram profundas reformas constitucionais dirigidas a restabelecer ou fortalecer a democracia, institucionalizando, em novos documentos constitucionais, extensa lista de direitos fundamentais e sociais, bem como criando ou fortalecendo cortes constitucionais. Nesse contexto, houve marcante avanço da judicialização da política e do ativismo judicial envolvendo a proteção desses direitos. A Corte Constitucional da Colômbia acabou por se tornando um tribunal de destaque.

Vale ressaltar que o papel de destaque do Poder Judiciário quando da análise de discussões envolvendo políticas públicas foi levantado também pelo professor norte-americano Richard Posner. Em sua obra “Problemas de filosofia do direito”, Posner destaca o comportamento dos juízes como legislador quando da análise de situações envolvendo políticas públicas, assentando que, diante de um caso difícil, o juiz é formulador de políticas públicas e que, dentro de sua esfera de “liberdade estrangida”, pode ser tão livre quanto o legislador<sup>58</sup>.

Para o professor, essa esfera de liberdade se confunde com a área do direito, na qual o juiz deve decidir de acordo com uma diretriz política bem

---

<sup>58</sup> POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 175.

fundamentada, desde que não seja uma “concepção de políticas públicas ou uma concepção social idiossincrática a um conjunto recalcitrante de cidadão”<sup>59</sup>.

Percebe-se, portanto, que a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas não é uma ideia exclusiva da Colômbia, sendo um pensamento comum levantado em outros Estados modernos.

### 3.1 A Corte Constitucional Colombiana

A Corte Constitucional da Colômbia foi criada pela atual Carta Constitucional, vigente desde 07 de julho de 1991. O Tribunal é um órgão do Poder Judiciário e é encarregado de proteger a integridade e a supremacia da Constituição. Na proteção do Estado Constitucional de Direitos, a jurisdição constitucional colombiana tem uma missão multidimensional: (i) exercer um controle abstrato de constitucionalidade, devendo defender a supremacia constitucional dentro do sistema de fontes do direito; (ii) exercer o controle concreto de constitucionalidade, toda vez que deve proteger os direitos humanos consagrados na Constituição; e (iii) proteger os direitos humanos contemplados na Convenção Americana de Direitos Humanos, reparando integralmente as vítimas por responsabilidade internacional do Estado<sup>60</sup>.

O Tribunal Constitucional é composto por nove juízes nomeados pelo Senado por períodos individuais de oito anos, sendo indicados pelo Presidente da República, a Corte Suprema de Justiça e o Conselho de Estado.

Portanto, como a Suprema Corte brasileira, a Corte Constitucional Colombiana integra o Poder Judiciário, sendo a responsável pela guarda da Constituição, podendo atuar tanto no controle abstrato quanto no controle concreto de constitucionalidade.

Quanto aos direitos fundamentais, sociais e econômicos, a Corte tem tido participação fundamental no avanço da proteção e promoção de direitos no país, seja tutelando diretamente esses direitos, seja guiando a legislação e as decisões

---

<sup>59</sup> Ibid., p. 176.

<sup>60</sup> CANOSA, Eduardo Andrés Velandia. Control de Constitucionalidad en Colombia. In: ROMBOLI, Roberto; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa. (Org.). *Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Arraes, 2015, p. 95/96.

das instâncias judiciais inferiores. O progressista ativismo judicial da Corte tem sido um dos elementos mais significativos do desenvolvimento social dos colombianos, com especial destaque para as áreas de saúde<sup>61</sup>, direito aos serviços de seguridade social<sup>62</sup>, proteção do idoso<sup>63</sup>, extensão de benefícios de pensão e aposentadoria em respeito à isonomia<sup>64</sup> e situação precária inconstitucional das penitenciárias<sup>65</sup>.

A Corte Constitucional tem decidido com claro posicionamento, não deixando vácuos em suas decisões, promovendo um forte ativismo judicial em nome da Constituição, especialmente diante de controvérsias envolvendo grandes deficiências nos programas de políticas públicas.

O descumprimento do dever de legislar por inércia do legislador em criar condições necessárias para o gozo efetivo dos direitos fundamentais ou mesmo a falha ao deixar de afastar ou minimizar obstáculos que impedem ou limitem a fruição desses direitos, fez com que a sociedade colombiana estivesse se relacionando com falhas estruturais, o que implicaria violação massiva e contínua de seus direitos. Diante desse cenário, a Corte Constitucional Colombiana tomou uma medida extrema e inovadora até então: reconheceu a vigência de um “estado de coisas inconstitucional” (ECI).

A Corte Colombiana percebeu que a declaração de ECI se fazia necessária para tentar “conduzir” o Estado a observar a dignidade da pessoa humana e as garantias fundamentais, uma vez que estava em curso graves violações a esses direitos por omissão dos Poderes Públicos. A declaração de estado de coisas inconstitucional revela-se, assim, em um:

mecanismo jurídico caracterizado pela presença de um juiz constitucional muito ativo socialmente, mais comprometido com a busca de soluções profundas aos problemas estruturais que repercutem sobre o desfrute dos direitos fundamentais. Um juiz constitucional que vai além de resolver casos particulares, e assume uma verdadeira dimensão de estadista, destacando-se como um agente de transformação, cujas decisões exigem a atuação

---

<sup>61</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia* nº SU-043, de 09/02/1995; *Sentencia* nº SU-480, de 25/09/2007.

<sup>62</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia* nº T-140, de 04/03/1999; *Sentencia* nº T-072, de 17/02/1997.

<sup>63</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia* nº T-036, de 08/02/1995.

<sup>64</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia* nº C-409, de 15/09/1994.

<sup>65</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia* nº T-153, de 28/04/1998.

coordenada de diferentes autoridades públicas dirigida à superação das violações de direitos fundamentais.<sup>66</sup>

Com a declaração do ECI, a Corte Colombiana procura aproximar a realidade social concreta das promessas de direitos “no papel”, atuando como um verdadeiro agente de transformação social. A Corte, portanto, passa a ter um comportamento proativo, interferindo diretamente nas funções essenciais do Legislativo e Executivo em prol da efetivação dos direitos fundamentais.

A ideia é que, em face de sistemática omissão estatal, incluída a omissão legislativa, a Corte busca estabelecer um modelo coordenado de ação, que alcança diferentes personagens, voltado a reverter o quadro de massiva transgressão de direitos fundamentais. Dessa maneira, a Corte tanto interfere em escolhas políticas quanto procura assegurar que essas escolhas se concretizem e surtam efeitos reais. Com esse comportamento, ela tanto determina como supervisiona as ações públicas<sup>67</sup>.

### **3.2 Principais casos envolvendo a declaração de Estado de Coisas Inconstitucional**

A Corte Constitucional Colombiana já reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional nas mais variadas situações. A seguir, serão apresentados alguns casos de relevância em que houve a aplicação do instituto.

#### *3.2.1 Reconhecimento de direitos previdenciários a professores*

O Estado de Coisas Inconstitucional foi declarado pela primeira vez na Corte Constitucional Colombiana no ano de 1997, na *Sentencia de Unificación* (SU)

---

<sup>66</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”*. Tese (doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2015, p. 92 (No Prelo).

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 92.

nº 559<sup>68</sup>, que discutiu o direito de professores municipais receberem benefícios previdenciários. Segundo os requerentes, os municípios tinham obrigação de afiliá-los ao *Fondo Nacional de Prestaciones Sociales Del Magisteri*, de acordo com legislação específica, fato que não ocorreu, mesmo tendo o dinheiro do benefício descontado de seus salários.

No mencionado julgado, o Tribunal Constitucional fez suas primeiras considerações sobre ECI, entendendo que o reconhecimento desse fenômeno impõe uma ponte entre o judiciário e os demais poderes em prol dos direitos protegidos constitucionalmente. A Corte, reconhecendo a complexidade da controvérsia, afirmou que deve haver um “dever de colaboração” entre os poderes e tomou uma decisão que não se limitou às partes do processo.

Assim, partindo da premissa de haver uma “situação estrutural que lesa, de maneira permanente, o exercício dos direitos fundamentais de um número amplo e indeterminado de pessoas que não interpuseram a demanda, a Corte: (i) declarou o estado de coisas inconstitucional; (ii) determinou que os municípios que se encontrassem em situação similar corrigissem a inconstitucionalidade em prazo razoável; e (iii) ordenou o envio de cópias da sentença aos Ministros da Educação e da Fazenda e do Crédito Público, ao Diretor do Departamento Nacional de Planejamento, aos membros do CONPES social, aos Governadores e Assembleias, aos Prefeitos e aos Conselhos Municipais.

Observa-se, portanto, que a Corte Constitucional Colombiana se preocupou em resolver os problemas de um número amplo e indeterminado de professores por meio de uma única ação de tutela, promovendo, assim, uma uniformidade em suas decisões e um respaldo social ao demonstrar a sua capacidade e qualidade na resolução de um conflito complexo.

### 3.2.2 *Direito de petição de aposentados e mora Administrativa*

A segunda vez que a Corte reconheceu um estado de coisas inconstitucional foi na Sentencia T-068, de 1998<sup>69</sup>, que discutia a mora da Caixa Nacional de Previdência em responder petições de aposentados e pensionistas

---

<sup>68</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia nº 559 de 1997*. Disponível em <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em: 04 mar. 2016.

<sup>69</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia T-068 de 1998*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-068-98.htm>>. Acesso em: 10 de mai. 2016.

dirigidas a obter recálculos e pagamentos de diferenças das verbas previdenciárias. A entidade administrativa informou haver 45.000 petições pendentes de respostas e, em virtude do elevado número, alegou que demoraria de 2 a 3 anos para responder aos questionamentos levantados. Julgando em conjunto cinco *acciones de tutela*, a Corte concluiu estar presente um quadro insuportável de ineficiência administrativa, vulnerando permanentemente o direito fundamental de petição dos administrados, no caso, aposentados e pensionistas.

Declarando o ECI a Corte se preocupou em atingir um número amplo de aposentados e pensionistas que estavam com discussões pendentes envolvendo a Caixa Nacional de Previdência. A partir de dados estatísticos, a Corte demonstrou que as ações envolvendo a mencionada entidade administrativa representavam quase 16% do total de tutelas do país, sendo, de longe a instituição mais demandada.

Com a declaração do ECI a Corte: (i) ordenou à Caixa Nacional de Previdência que resolvesse o direito de fundo dos demandantes em 48 horas; (ii) ordenou que fosse a declaração de ECI comunicada aos Ministros da Fazenda e do Crédito Público e do Trabalho e da Seguridade Social, ao Chefe do Departamento Administrativo da Função Pública e à gerência de Caixa Nacional de Previdência Social para que, dentro do prazo de seis meses, “corrijam, na prática, dentro dos parâmetros legais, as falhas de organização e procedimento” que resultaram no estado de coisas inconstitucional declarado; (iii) comunicou a decisão ao Procurador Geral da Nação e ao Controlador Geral da República para que vigiem o cumprimento da sentença e o exercício diligente e eficiente das respostas pela Caixa Nacional de Previdência às petições de aposentados e pensionistas; e (iv) comunicou ao Defensor do Povo para velar pelo respeito aos direitos humanos dos aposentados e pensionistas, devendo informar à Corte Constitucional sobre a situação.

### 3.2.3 *Ineficiência do sistema carcerário*

Outro caso de grande relevância foi a declaração do estado de coisas inconstitucional relativo ao quadro de superlotação das penitenciárias do país. No

juízo da Sentença T-153, de 1998<sup>70</sup>, estava em discussão o problema da superlotação carcerária e das condições desumanas das Penitenciárias Nacionais de Bogotá e de Bellavista de Medellín. A Corte, mais uma vez, tendo por base dados e estudos sobre o tema, constatou que o quadro de violação de direitos humanos nas penitenciárias da Colômbia era generalizado.

Os magistrados identificaram estarem presentes todos os elementos justificadores da declaração do estado de coisas inconstitucional, alertando que, ante a superlotação e o império da violência do sistema carcerário, este não se prestava à ressocialização dos presos. Destacaram a omissão permanente do Estado e da sociedade, verdadeira indiferença dos atores sociais e políticos ao que chamou de “tragédia diária dos cárceres”, de forma que o problema não era apenas de ordem pública, mas um grave problema social.

Diante desse quadro, a Corte ordenou: (i) fossem notificados do estado de coisas inconstitucional os Presidentes da República, do Senado, da Câmara, da Turma de Direito Penas da Corte Suprema de Justiça, das Turmas Administrativas e Jurisdicional Disciplinar do Conselho Superior da Judicatura, ao Fiscal Geral da Nação, aos Governadores e Prefeitos, aos Presidentes das Assembleias dos Departamentos<sup>71</sup> e dos Conselhos Municipais; (ii) o Instituto Nacional Penitenciário e Carcerário - INPEC, ao Ministério da Justiça e do Direito e ao Departamento Nacional de Planejamento a elaboração, dentro do prazo de três meses, de um plano de construção e reparação das unidades carcerárias de modo a assegurar condições dignas aos presos, bem como a direção da realização total do plano que deveria se dar no prazo máximo de quatro anos; (iii) determinou que o Governo Nacional providenciasse os recursos orçamentários e demais medidas necessárias à execução do aludido plano; (iv) incumbiu a Defensoria do Povo e a Procuradoria Geral da Nação de supervisionarem essa execução; (v) ordenou ao Instituto Nacional Penitenciário e Carcerário – INPEC que promova, no máximo de 4 anos, a separação total dos presos provisórios daqueles já condenados; (vi) ordenou ao Instituto Nacional Penitenciário e Carcerário – INPEC e aos Ministérios da Justiça e do Direito e da Fazenda a tomada de medidas necessárias para solucionar a carência de pessoal especializado nas prisões; (vii) ordenou aos Governadores,

---

<sup>70</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentença T-153 de 1998*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm>>. Acesso em: 10 de mai. 2016.

<sup>71</sup> A Colômbia se divide em 32 Departamentos e um Distrito Capital, os quais se assemelham aos Estados brasileiros, porém com menor autonomia política.

Prefeitos e Presidentes das Assembleias dos Departamentos e Conselhos Municipais que cumpram com a obrigação de criar e manter presídios próprios; e (viii) ordenou ao Presidente da República, como suprema autoridade administrativa do país, e ao Ministro da Justiça e do Direito que, enquanto estejam em andamento as obras públicas determinadas, “*tomem as medidas necessárias para assegurar a ordem pública e o respeito dos direitos fundamentais dos interinos nos estabelecimentos de reclusão do país*”.

Percebe-se, portanto, que a Corte dirigiu suas orientações a diversos institutos e autoridades, indo além dos direitos fundamentais dos apenados. Procurou orientar ações orçamentárias e de políticas públicas, forçando um movimento estatal em torno de todo o sistema carcerário do país.

### 3.2.4 Caso do deslocamento forçado de pessoas vítimas da violência

Um caso de grande destaque foi a decisão da Corte em torno da situação das pessoas forçadas a deixar suas casas em virtude da violência que tomou conta do país, principalmente entre os anos 60 a 90. A sociedade colombiana se viu mergulhada em um grave quadro de violência, decorrente principalmente de ações de grupos como as FARC (Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia)<sup>72</sup> e das grandes facções de narcotráfico, que acabaram por ameaçar vidas e retirar a segurança e a liberdade das pessoas, obrigando-as a abandonar seus lares e suas atividades econômicas, o que gerou um grande movimento migratório dentro do território colombiano.

A *Sentencia* T-025, de 2004<sup>73</sup>, envolvia 108 pedidos de tutelas formulados por 1.150 núcleos familiares deslocados, a maioria composta por vulneráveis como mulheres arrimos de família, menores, minorias étnicas e idosos.

Diante de tal quadro, a Corte flexibilizou a legitimidade ativa para os pedidos de tutela, admitindo a interposição dos recursos diretamente por associações de defesa dos direitos das pessoas deslocadas, dispensando a atuação de advogados ou a interposição diretamente pelas pessoas prejudicadas. As associações

---

<sup>72</sup> Em espanhol, *Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército Del Pueblo*, é uma organização guerrilheira de inspiração comunista, auto-proclamada guerrilha revolucionária marxista-leninista, que opera mediante táticas de guerrilha e lutam pela implantação do socialismo na Colômbia.

<sup>73</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia T-025 de 2004*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-025-04.htm>>. Acesso em: 10 de mai. 2016.

acusaram a quase ausência de ajuda humanitária ou por parte do Estado colombiano em favor das pessoas deslocadas. Disse que algumas ficaram de seis meses a dois anos sem receber qualquer tipo de auxílio, nem mesmo instrução ou orientação sobre como ter acesso a programas de ajuda. Apontaram que os direitos à moradia, saúde, educação e trabalho eram absolutamente inexistentes, carecendo essas vítimas do mínimo para sobreviver.

A Corte percebeu a magnitude do problema, reconhecendo o estado de coisas inconstitucional diante da violação massiva, “repetida e constante de direitos fundamentais, que afetam uma multidão de pessoas, e cuja solução requer a intervenção de distintas entidades para atender a problemas de ordem estrutural”. Entendeu serem necessárias medidas que protegessem não só as pessoas tuteladas pela ação, mas também todas as outras que estivessem na mesma situação.

Foi verificada uma falha estrutural por clara omissão legislativa, que formulava de forma insuficiente e deficiente os programas de políticas públicas relacionados a pessoas forçadas a ser deslocar em virtude da violência. Assim, a Corte decidiu: (i) declarar a existência do estado de coisas inconstitucional; (ii) comunicar ao Conselho Nacional para Atenção Integral à População Deslocada pela Violência a declaração do ECI para que este formule e implemente um plano de ação observadas as diretrizes determinadas pela Corte; (iii) comunicar ao Ministro do Interior e da Justiça que interceda junto a Governadores e Prefeitos para que adotem decisões coerente com o plano nacional de atenção à população deslocada, bem como que oportunizem a participação nos processos decisórios das organizações e entidades representativas da população deslocada, devendo comunicar essas decisões ao Conselho Nacional para a Atenção Integral à População Deslocada pela Violência até 31 de março de 2004; (iv) ordenar ao Conselho Nacional para a Atenção Integral à População Deslocada pela Violência que adote programa de ação com cronograma preciso de forma a superar as deficiências de capacidade institucional denunciadas na sentença, devendo cumprir todas as metas, assegurando às pessoas deslocadas o gozo efetivo do mínimo de proteção de seus direitos, no prazo máximo de 6 meses; (v) comunicar a sentença aos Ministros da Fazenda e Crédito Público e das Relações Exteriores, assim como ao Diretor Nacional de Planejamento acerca do prazo para cumprimento das metas; (vi) prevenir a todas as autoridades nacionais e territoriais que prestem auxílio e

atenção à população deslocada independentemente de ordens judiciais por meio de tutelas; (vii) ordenar às entidades governamentais envolvidas que instruem as pessoas deslocadas, de maneira imediata, clara e específica acerca de seus créditos básicos; e (viii) determinar que as entidades governamentais examinem e decidam, de forma fundamentada e dentro do prazo máximo de 15 dias, os pedidos de ajuda à moradia e ao restabelecimento socioeconômico; (ix) ordenar à Red Solidariad que, no prazo máximo de oito dias, avalie a situação objetiva das pessoas deslocadas demandantes nesta Sentencia e dê-lhes acesso imediato às ajudas humanitárias previstas e a orientação adequada acerca do acesso imediato às ajudas humanitárias previstas e a orientação adequada acerca do acesso aos programas de auxílio de saúde, medicamentos, educação para menores, moradia e reestabelecimento econômico; e (x) por fim, comunicar a decisão ao Procurador Geral da Nação e ao Defensor do Povo para que acompanhem o cumprimento da decisão.

Em virtude do amplo espectro de motivos que conduziram a declaração do estado de coisas inconstitucional, é comum afirmar que esta é a sentença mais completa do gênero. Isso porque na decisão existe o mais variado conjunto de ordens dirigido à superação desse estado, o que César Rodríguez Gravito e Diana Rodríguez Franco denominaram de uma “macrosentença”, devido às seguintes características: “1) o tamanho da população beneficiária, 2) a gravidade das violações de direitos que pretende resolver, 3) os numerosos atores estatais e sociais envolvidos, 4) a ambição e duração do processo de implementação das ordens da decisão”<sup>74</sup>.

Observa-se, portanto, que a Corte Constitucional procurou abrir um diálogo entre as mais variadas frentes com o objetivo de afastar um estado de coisas inconstitucional e entregar efetivos direitos fundamentais às populações afetadas pela violência.

### 3.2.5 Consequências da declaração do ECI: o ativismo judicial dialógico

---

<sup>74</sup> GRAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y Cambio Social.: cómo La Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado em Colombia*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad Dejusticia, 2010, p. 14.

A declaração de um Estado de Coisas Inconstitucional pela Corte Constitucional Colombiana nas mais variadas situações foi um passo importante que abriu a porta para o diálogo entre o Poder Judiciário e os demais Poderes e entidades responsáveis pela realização de políticas públicas no país.

No entanto, cabe pontuar que a atuação do Poder Judiciário, ao fornecer um amplo rol de ordens estruturais, a toda evidência, foge ao papel tradicional e comum de juízes e corte. Carlos Alexandre de Azevedo Campos denomina essa atuação diferenciada de **ativismo judicial estrutural**, pois são dadas:

ordens que versam matérias que podem estar além do alcance da expertise judicial. Daí por que devem ser excepcionais exatamente como o é a declaração do estado de coisas inconstitucional. Isso é assim porque os remédios estruturais possuem, como principal característica, levar o juiz constitucional a exercer funções executivas e interferir em processos administrativos, e funções legislativas ao estabelecer padrões tipicamente políticos para a operação de programas de governo, incluindo estabelecer exigências orçamentárias.<sup>75</sup>

Percebe-se que a declaração de ECI é uma atitude extrema tomada pelo Poder Judiciário que deve ser usada com cuidado, sob pena de se tornar tão abusiva que suas ordens não deixarão o papel, tornando a declaração inócua.

Com relação aos casos apresentados, vale citar as consequências resultantes de dois grandes julgados: o do sistema carcerário e o do deslocamento forçado de pessoas vítimas da violência.

A declaração do estado de coisas inconstitucional de todo o sistema carcerário da Colômbia, infelizmente, não trouxe grande sucesso. Os principais defeitos foram

a pouca flexibilidade das ordens, especialmente, em face dos “departamentos” locais, e a falta de monitoramento, pela própria corte, da fase de implementação da decisão. O erro da Corte foi acreditar que sua autoridade contida nas decisões, por si só, seria suficiente para que os órgãos públicos cumprissem efetivamente com as medidas ordenadas. A Corte pouco se preocupou com a real impossibilidade de as autoridades públicas cumprirem as ordens. Faltou diálogo em torno de como melhor realizar as decisões, não tendo sido retida jurisdição sobre a execução das medidas.<sup>76</sup>

<sup>75</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre. *Da inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”*. Tese (doutorado), op. cit., p. 140 (No Prelo).

<sup>76</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. Consultor Jurídico- Conjur*, op. cit., p. 3.

Em síntese, a Corte não conseguiu manter o diálogo com as demais instituições envolvidas e acreditou que a simples decisão judicial era suficiente para que as medidas impostas fossem respeitadas. Não houve a devida fiscalização e, infelizmente, o estado inconstitucional do sistema ainda prevalece no país<sup>77</sup>.

Com relação ao caso do deslocamento forçado de pessoas vítimas da violência, o resultado da declaração do estado de coisas inconstitucional foi mais positivo. Com uma sentença mais ampla e com ordens flexíveis, foi possível o estabelecimento de um diálogo entre as instituições sobre a implementação das medidas, tendo a Corte se preocupado em fixar parâmetros e até prazos para a superação do estado, deixando as escolhas técnicas de meios de execução para os outros poderes<sup>78</sup>.

A chave do sucesso foi a convocação de audiências públicas periódicas, com a participação de atores estatais e sociais para discutir a elaboração e implementação das novas políticas públicas, criando “espaços de deliberação e formas alternativas, inovadoras e potencialmente democratizantes de aplicação judicial dos direitos constitucionais”<sup>79</sup>. O acompanhamento das medidas foi feito pela Corte durante seis anos, o que permitiu um maior amadurecimento de todas as instituições envolvidas sobre o tema.

Apesar do sucesso na implementação de medidas, o problema ainda existe na Colômbia. Segundo estimativas do Escritório de Coordenação de Assuntos Humanitários das Nações Unidas (OCHA), em 2015, aproximadamente 166 mil pessoas foram vítimas do deslocamento interno por causa da violência. Dados oficiais da Unidade para o Atendimento e a Reparação Integral das Vítimas (Uariv) do governo colombiano, mostram que 78.474 pessoas, 45% delas menores de 18 anos, foram forçadas ao deslocamento pelo conflito armado em 2015, em comparação com as 249 mil de 2014. Ou seja, apesar do alto número, o ano de 2015 representa uma queda em relação ao ano anterior. O OCHA detalhou, ainda,

---

<sup>77</sup> As prisões e penitenciárias do país estão danificadas pela superpopulação, chegando a um excesso de 58,3% acima da capacidade, cheias de condenados e sindicados, que se encontram no interior dos estabelecimentos penitenciários em condiciones infra-humanas. Crise no sistema carcerário colombiano provoca jornada de greve e desobediência civil. Notícia disponível em: <<http://site.adital.com.br/site/noticia.php?lang=PT&cod=83003>>. Acesso em 13 de mai. 2016.

<sup>78</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. *Consultor Jurídico- Conjur*, op. cit., p. 4.

<sup>79</sup> GRAVITO; FRANCO, op. cit., p. 14.

que em 2015, aproximadamente 52% dos deslocados foram mulheres, 18% afro-colombianos e 5% indígenas<sup>80</sup>.

O registro oficial da população afetada existe no país desde 1995, após a proteção dos direitos fundamentais estabelecida pela Constituição de 1991. Somente em 1997 o Estado começou a realizar políticas públicas em prol das pessoas afetadas, tendo a *Sentencia* T-025, de 2004, contribuído para a melhoria da grave situação<sup>81</sup>.

Infelizmente as medidas propostas pela Corte Constitucional ainda não foram suficientes para extinguir o problema, mas é certo que antes essa população era totalmente ignorada, sem qualquer atenção estatal e com seus direitos básicos constantemente violados. A ambição e a duração do processo de implementação das ordens da decisão são pontos que merecem aplausos diante da complexidade da situação<sup>82</sup>.

Diante do exposto, é possível concluir que o ativismo judicial praticado pelo Corte Colombiana envolvendo os casos de declaração de ECI se caracteriza como um ativismo dialógico, que tende a ditar ordens mais amplas e abertas do que o ativismo judicial clássico. As principais características do ativismo dialógico são as seguintes:

1. As sentenças dialógicas tendem a abrir um processo de acompanhamento que incentiva a discussão de alternativas de políticas públicas para resolver o problema estrutural detectado. Os detalhes das políticas, portanto, tendem a surgir durante o processo de monitoramento e não propriamente com o pronunciamento da sentença. As ordens impostas também não implicam na obrigação de um resultado preciso, mas no dever das autoridades públicas em projetar e implementar políticas públicas que promovam a proteção aos direitos violados;
2. As implementações das ordens judiciais são cobradas por meio de monitoramentos periódicos e públicos. A Corte, ao manter sua competência após a sentença, pode emitir novas decisões de acordo com o avanço ou retrocesso do processo, incentivando as

---

<sup>80</sup> UOL NOTÍCIAS. *ONU diz que 166 mil pessoas foram vítimas de deslocamento na Colômbia em 2015*. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/efe/2016/02/03/onu-diz-que-166-mil-pessoas-foram-vitimas-de-deslocamento-na-colombia-em-2015.htm>>. Acesso em: 13 de mai. 2016.

<sup>81</sup> PINILLA, Katherine Flórez. Política de atención al desplazamiento forzado en Colombia: elementos para una evaluación em El ámbito local. *Revista Le Bret*, nº 1, dezembro, 2009, p. 34.

<sup>82</sup> GRAVITO; FRANCO, op. cit., p. 15.

discussões entre os atores do caso em audiências públicas e deliberativas;

3. Diante do monitoramento adotado, as sentenças dialógicas tendem a envolver um amplo número de partes interessadas. Além do próprio Tribunal e das entidades em que as ordens judiciais se destinam, a sentença engloba também todos aqueles que são direta ou indiretamente afetados ou têm interesse legítimo no resultado estrutural da decisão. Isso inclui vítimas cujos direitos foram violados, organizações relevantes da sociedade civil, organizações internacionais de direitos humanos e outros atores cuja participação é útil para a proteção dos direitos violados, desde as organizações de bases até centros acadêmicos.<sup>83</sup>

Como já apresentado ao logo do presente trabalho, o ativismo judicial recebe críticas da doutrina, tendo em vista o seu aparente conflito com o princípio da separação dos poderes. Diante de um ativismo dialógico mais ousado que o clássico, é natural que existam críticas ferrenhas ao fenômeno surgido na Colômbia<sup>84</sup>.

Ocorre que, mais uma vez, é possível concluir que o fenômeno nada mais é do que aquilo que Bruce Ackerman chamou de a “nova separação dos poderes”, situação em que os Poderes, justamente por fazerem intervenções precisas uns nos outros, promovem o bem-estar da democracia. As sentenças estruturais são positivas para promoverem uma justiça material ao incentivar as interações entre os mais variados ramos do poder. Insistir no sistema de freios e contrapesos clássico é afastar a sociedade de um diálogo democrático de grande valia em prol da efetivação dos direitos fundamentais<sup>85</sup>.

---

<sup>83</sup> OSUNA, Néstor. Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia. In: BAZÁN, Víctor (Editor Acadêmico). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales: La protección de los derechos sociales. La sentencias estructurales*, nº 5. Colômbia: Unión Gráfica, 2015. p. 114/115.

<sup>84</sup> MOREIRA, Lucas Pessôa. *O Estado de Coisas Inconstitucional e seus perigos*. Associação dos Procuradores do Estado de São Paulo, 2015. Disponível em: <[http://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese\\_lucaspessoa051015.pdf](http://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_lucaspessoa051015.pdf)>. Acesso em: 03 de mai. 2016.

<sup>85</sup> GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. *Roberto Gargarella (comp.), Por una justicia dialógica*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2014.

#### 4 A DECLARAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Como apresentado ao longo do presente trabalho, a Constituição Federal de 1988 ampliou o rol de direitos fundamentais, promovendo o Estado brasileiro a um verdadeiro Estado Social Democrático de Direitos. Infelizmente, na prática, a efetivação desses direitos deixa a desejar.

O Executivo e o Legislativo omissos e/ou ineficientes deixam de realizar programas de políticas públicas, o que acaba incentivando a sociedade a procurar os seus direitos junto ao Judiciário. Diante dos termos do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição, é certo que “A lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de lesão a Direito”. Portanto, o Judiciário tem que se posicionar diante das demandas sociais. É o fenômeno da judicialização, já tratado anteriormente.

Políticas públicas podem ser conceituadas como ações governamentais ou programas desenvolvidos pelo Estado de modo direto ou indiretamente, com a participação de entes públicos ou privados, que visam assegurar os direitos sociais constitucionalmente previstos<sup>86</sup>. Assim, em prol da efetivação dos direitos fundamentais, cabe ao Estado, com o auxílio ou não de entidades privadas, promover programas de políticas públicas em benefício de sua população.

Os Poderes Públicos não conseguem atuar de forma ilimitada em prol dos direitos previstos constitucionalmente. O obstáculo financeiro é um dos maiores desafios a ser ultrapassado, pois dificilmente existirá orçamento suficiente ao alcance dos mais diversos direitos individuais e coletivos, disso decorre o instituto denominado “reserva do possível”. Nas palavras de Ana Paula de Barcellos:

a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase infinitas a serem por ela supridas. No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir

---

<sup>86</sup> NUNES, Ana Luisa Tarter; COUTINHO, Nilton Carlos; LAZARI, Rafael José Nadim. Políticas Públicas e ativismo judicial: o dilema entre efetividade e limites de atuação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, número especial, 2015, p. 212.

judicialmente do Estado, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos.<sup>87</sup>

A “reserva do possível”, portanto, reconhece a incapacidade dos Poderes Públicos em atender às necessidades ilimitadas da população, dada a limitação de seus recursos orçamentários. Desse modo, o Estado deve atuar dentro de suas possibilidades, no entanto, tal obstáculo não pode servir de justificativa para a sua falta de atuação quando da efetivação de direitos essenciais. Daí a possibilidade de o Poder Judiciário atuar mesmo diante do argumento da falta de recursos financeiros, uma vez que os indicadores constitucionais que direcionam o mínimo essencial da dignidade humana não podem ser desconsiderados nem pelo setor público e nem pelo privado<sup>88</sup>.

Desse raciocínio decorre outro instituto, o chamado “mínimo existencial”. Nesse caso, é preciso que os Poderes Públicos forneçam um mínimo, mas suficiente, programa de políticas públicas que garanta a dignidade humana e impeça que as condições materiais retrocedam além do mínimo.

Em síntese, é obrigação dos Poderes Públicos fornecerem políticas públicas de qualidade. Mesmo diante de uma escassez de recursos, os direitos fundamentais não podem ser ignorados, cabendo ao Estado oferecer condições mínimas para a efetivação desses direitos em nome da dignidade humana. Frente a omissões reiteradas do Executivo e Legislativo, pode o Judiciário ser chamado na tentativa de corrigir violações constantes ao texto constitucional.

Cumprido ressaltar que a doutrina também traz um conceito diferenciado sobre “reserva do possível” e “mínimo existencial”. Ricardo Lobo Torres argumenta que o conceito de “reserva do possível” deve estar vinculado à atividade legislativa ordinária, assim, somente após a edição de leis garantindo a implementação de direitos fundamentais protegidos constitucionalmente é que se poderá pleiteá-los<sup>89</sup>. Explica o jurista:

---

<sup>87</sup> BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 236.

<sup>88</sup> NUNES; COUTINHO; LAZARI, op. cit., p. 217.

<sup>89</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 177, 1989, p. 43-45.

encontramos uma das diferenças mais importantes entre o mínimo existencial e os direitos econômicos e sociais. Enquanto aquele pode prescindir da lei ordinária, os direitos econômicos e sociais dependem integralmente da concessão do legislador. As normas constitucionais sobre os direitos econômicos e sociais são meramente programáticas, restringem-se a fornecer as diretivas ou a orientação para o legislador e não têm eficácia vinculante. As prestações positivas para a proteção desses direitos implicam sempre despesa para o ente público, insuscetível de ser imputada à arrecadação dos impostos ou, sem lei específica, aos ingressos não-contraprestacionais. Por isso mesmo carecem de status constitucional, eis que a Constituição não se envolve com autorizações de gastos públicos, não se imiscui com problemas econômicos conjunturais nem procede à discriminação das despesas e dos serviços entre a União, os estados e municípios, assuntos reservados com exclusividade à lei ordinária de cada qual das três esferas do governo.<sup>90</sup>

Portanto, para Ricardo Lobo Torres é essencial a existência de lei para permitir a implementação dos direitos fundamentais, uma vez que a Constituição apenas atua expondo orientações programáticas no caso de direitos econômicos e sociais, situação insuficiente para permitir uma auto aplicabilidade da norma. Dessa forma, é o legislador o responsável para dizer qual é o direito possível a ser entregue pelo Estado ao indivíduo.

O Supremo Tribunal Federal, na maioria dos casos, não tem se posicionado neste sentido, entendendo pela possibilidade de o Poder Judiciário interferir na implementação de políticas públicas diante de um Legislativo e Executivo omissos. Vale citar como exemplo a ementa do ARE 745.745-AgR, julgado sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, ocasião em que a Corte assegurou a manutenção de rede de assistência à saúde da criança e do adolescente no município de Belo Horizonte:

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – MANUTENÇÃO DE REDE DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – DEVER ESTATAL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO**

<sup>90</sup> Ibid., p. 44-45.

**POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDE COMROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – A TEORIA DA “RESTRICÇÃO DAS RESTRICÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197) – A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – ACOLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOUTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ174/687 – RTJ175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.<sup>91</sup>**

Esse posicionamento proativo do Poder Judiciário brasileiro, por mais positivo que parece ser, também traz problemas. Isso porque a constante intervenção de magistrados na implementação de políticas públicas nos mais variados setores é desestruturante, uma vez que desorganiza os projetos inicialmente idealizados pelo Executivo e Legislativo, contribuindo, muitas vezes, para o aumento do caos no sistema.

A doutrina, inclusive, possui posicionamentos no sentido de que decisões judiciais sobre questões de políticas públicas, ao distribuir direitos sociais individualmente, fere o princípio da igualdade, pois são decisões tomadas que não

<sup>91</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 745.745-AgR, Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516923>>. Acesso em: 19 de maio. 2016.

foram discutidas e aprovadas na seara competente, ocasionando a preterição de outros, que por sua vez foram discutidas e aprovadas, e mais do que isso, realizam atribuição de direitos subjetivos a determinados indivíduos, em prejuízo de outros, na mesma situação de fato e de direito<sup>92</sup>.

Portanto, há de se ter cautela quando se discute a implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário. O essencial é que essa atuação deve estar sempre pautada na Constituição, cabendo ao juiz identificar se determinada situação pede a sua intervenção ou a sua contenção, sob pena de, ao se exceder, afastar o direito ao invés de defendê-lo.

#### **4.1 A crise do sistema carcerário brasileiro**

Diante da existência dos mais variados setores que dependem do investimento em políticas públicas, este trabalho irá se concentrar no quadro referente ao sistema penitenciário brasileiro, com o objetivo de apresentar o panorama da discussão que se deu no julgamento da ADPF 347/DF, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio. No referido julgado, que trata sobre as condições desumanas do sistema penitenciário brasileiro, o Supremo Tribunal Federal declarou, pela primeira vez, o estado de coisas inconstitucional.

O Brasil possui a quarta maior população carcerária do mundo, ficando atrás somente dos Estados Unidos, da China e da Rússia. Os últimos dados são do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, divulgado em 26 de abril de 2016 pelo Ministério da Justiça e referem-se aos números de dezembro de 2014<sup>93</sup>.

O país possui 622.202 pessoas presas, tendo, desde o ano 2000, um aumento de 167% de encarcerados, ou seja, o sistema recebeu mais 389.477 presos. O número de vagas em presídios não acompanhou essa expansão e, hoje, existe a carência de 250.318 vagas no sistema penitenciário.

---

<sup>92</sup> MARTINS, Guilherme Bittencourt; SOARES, Roberto Carlos Ferreira. O judiciário diante das decisões de efetivação das políticas públicas no estado democrático de direito. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, v.48, n.61, p.166-186, jan./jun. 2014.

<sup>93</sup> MINISTÉRIO DA JUSTIÇA – DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Levantamento Nacional de informações penitenciárias – INFOPEN – Dezembro 2014*. Disponível em: <<http://download.uol.com.br/fernandorodrigues/infopen-relat-2016.pdf>> Acesso em: 25 de mai. 2016.

O número de presos também é alto se comparado ao tamanho da população. No Brasil, são 306 presos para cada 100 mil habitantes. A média mundial é de 144 presos por 100 mil pessoas.

Cerca de 250 mil pessoas encarceradas estão detidas de forma provisória, isto é, não foram condenadas nem mesmo em 1ª instância e aguardam julgamento. Segundo o estudo, é provável que parte dessas pessoas, caso condenadas, não recebam penas de privação da liberdade.

O relatório alerta que a superlotação dos estabelecimentos prisionais afeta diretamente a possibilidade de implementação de políticas públicas adequadas. Para atender à demanda por vagas, o país precisaria aumentar em 50% o número de vagas existentes. Em números absolutos, seria necessário construir de 250 a 318 novas vagas, o que corresponde, aproximadamente, ao número de presos provisórios hoje no país.

Ressalta-se que 61,6% da população carcerária é representada por maioria negras (pretas e pardas), sendo que no conjunto de brasileiros, 53,6% representam essa população. Além disso, pessoas analfabetas, alfabetizadas informalmente somadas àquelas que têm o ensino fundamental completo representam 75,08% da população prisional, contra 29,92% de pessoas com ensino médio completo ou incompleto, ensino superior completo ou incompleto e acima de ensino superior incompleto. Segundo dados apresentados pelo IBGE no Censo Populacional de 2010, entre as pessoas com mais de 10 anos de idade no Brasil, 32% tem ensino médio completo, enquanto na população prisional em dezembro de 2014 apenas 9,54% havia concluído o ensino médio.

Segundo o estudo, no contexto em que o número de pessoas presas cresce rapidamente e outras prioridades de políticas públicas impedem que se invistam recursos compatíveis com aqueles que seriam necessários para a garantia de direitos, é possível verificar a dificuldade em estabelecer direitos à vida, saúde, bem-estar, educação, trabalho e assistência jurídica.

A situação de prisão está associada historicamente a doenças como AIDS, tuberculose e sífilis, à violação do direito à integridade física e à violação ao direito à vida de forma mais contundente do que ocorre com a população em geral<sup>94</sup>.

---

<sup>94</sup> Ibid., p. 51.

Com relação ao direito à educação, cabe ressaltar a importância e relevância dessa garantia em prol da ressocialização do apenado. Atividades educacionais e laborterápicas contribuem para a prevenção da criminalidade mediante a redução da reincidência e auxiliam na diminuição de incidentes prisionais como rebeliões e motins, além de estarem associadas à remição da pena<sup>95</sup>. Em 2014, apenas 13% da população prisional participava de alguma atividade educacional, o que demonstra a ineficiência do sistema nesta área.

Enfim, diante do panorama apresentado, é possível observar o verdadeiro caos instalado no sistema penitenciário brasileiro. Pessoas presas em condições degradantes, encarcerados sem serem submetidos ao devido processo legal, doenças e mortes por violência são o retrato do sistema. Nesse cenário, fica nítido que pessoas estão tendo seus direitos garantidos constitucionalmente violados diariamente.

Cumprido destacar que o sistema carcerário é apenas a ponta de um problema estrutural que acomete a sociedade brasileira. Os encarcerados são, muitas vezes, o resultado de um país ineficiente na criação de políticas públicas e sociais para a erradicação da pobreza, geração de empregos, estruturação da educação, entre outras.

Resolver o quadro de inconstitucionalidade do sistema exige uma série de medidas que vai além do sistema carcerário. Mas, ressaltar-se, corrigi-lo em prol de uma ressocialização minimamente digna é o básico para qualquer sociedade democrática.

## **4.2 O julgamento da ADPF 347/DF**

O Supremo Tribunal Federal, no ano de 2015, importou da Colômbia para a sua jurisprudência o instituto denominado Estado de Coisas Inconstitucional. Isso

---

<sup>95</sup> Segundo o art. 126 da Lei de Execução Penal, cada 12 horas de frequência escolar equivalem a um dia a menos de pena.

se deu no julgamento da Medida Cautelar na ADPF 347/DF<sup>96</sup>, que trata sobre a situação de inconstitucionalidade do sistema penitenciário brasileiro.

Antes desse julgamento, a Suprema Corte já estava apresentando sinais de que era necessário um posicionamento mais efetivo do Poder Judiciário em prol da proteção dos direitos fundamentais. Cite-se, como exemplo, o voto do Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento da Questão de Ordem vinculada às ADIs 4.357 e 4.425<sup>97</sup>, que cuidam da controvérsia existente acerca da atualização monetária dos precatórios, e no RE 580.252-RG<sup>98</sup>, que discute o direito de indenização do preso em virtude das condições degradantes do sistema penitenciário brasileiro. Nesses dois julgamentos, o Ministro alertou que os sistemas questionados estavam inseridos em um estado inconstitucional.

Vale destacar também o julgamento do Supremo Tribunal Federal no RE 592.581-RG<sup>99</sup>, sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, ocasião em que o Plenário decidiu que o Poder Judiciário pode determinar que a administração pública realize obras ou reformas emergenciais em presídios para garantir os direitos fundamentais de presos, como sua integridade física e moral. Nessa decisão, ficou evidenciada a heterodoxa posição do STF ao balancear os direitos e princípios constitucionais tutelados, no sentido de impor obrigação de fazer ao Poder Executivo no âmbito da política penitenciária, para dar efetividade ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, afastados os princípios da separação dos poderes e da reserva do possível<sup>100</sup>.

---

<sup>96</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 347-MC/DF*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

<sup>97</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADIs 4.357-QO/DF e 4.425-QO/DF*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9016259>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

<sup>98</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 580.252-RG*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623918>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

<sup>99</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 592.581-RG*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

<sup>100</sup> VIEIRA JÚNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. *Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186). Disponível em: <[www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos)>. Acesso em: 15 mai. 2016.

Voltando ao julgamento da ADPF 347/DF, em 08 de setembro de 2015, o Supremo Tribunal Federal reforçou os posicionamentos que vinha apresentado com relação à efetivação da proteção aos direitos fundamentais e, além disso, trouxe novos elementos ao tema.

A ADPF 347/DF foi ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), que fez uso da tese do Estado de Coisas Inconstitucional para provocar a Suprema Corte a declarar a inconstitucionalidade do sistema carcerário brasileiro, diante das indignas, desumanas e cruéis condições a que são expostos os detentos. A agremiação pugnava pelo reconhecimento da violação de direitos fundamentais da população carcerária e que fosse determinada a adoção de diversas providências no tratamento da questão prisional do país. Na análise da medida cautelar, o Plenário se posicionou, por maioria, acompanhado parte dos termos do voto do relator, Ministro Marco Aurélio.

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio assinalou a falência do sistema penitenciário com gravíssimas violações à dignidade e a outros direitos fundamentais do preso, assim como a violação do Pacto Internacional dos Direitos Civil e Políticos e a Convenção contra a Tortura, além da própria Lei de Execução Penal.

Para o relator, o afastamento do “estado de inconstitucionalidade” pretendido na ação só é possível diante da mudança significativa do Poder Público. Sustentou o Ministro que o papel do Supremo diante desse quadro é “retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas, assegurando a efetividade prática das soluções propostas”.

O Ministro Marco Aurélio, ao proferir seu voto, determinou que juízes e tribunais: (i) lançassem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicavam medidas alternativas à privação de liberdade; (ii) realizassem audiências de custódia, em até 90 dias, com o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; (iii) considerassem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal;

(iv) estabelecessem, quando possível, penas alternativas à prisão; e (v) que a União liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização na finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

Vale ressaltar que a Procuradoria-Geral da República, em sua manifestação, reconhecia a gravidade da situação penitenciária e a relevância dos pedidos contidos na ação, no entanto, alertava para a abrangência e generalidade das medidas cautelares pleiteadas.

Por fim, o Plenário do STF reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema e deferiu a cautelar em relação a três pontos: (i) realização de audiências de custódia, em até 90 dias; (ii) a determinação para que a União liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional; e (iii) a determinação para que a União e Estados encaminhassem relatórios com informações sobre a situação prisional. A decisão da ADPF 347-MC/DF ficou assim ementada:

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil.

SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.

FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.

Apesar de o julgamento final da controvérsia ainda não ter sido proferido, observa-se que o Supremo Tribunal Federal deu um passo importante com relação à proteção de direitos fundamentais ao declarar o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário. A ADPF 347-MC/DF abriu a porta do diálogo entre os Poderes em prol do resgate do sistema carcerário do país. As consequências do julgado ainda estão por vir para saber se a boa intenção dos magistrados de fato trará bons frutos ao ordenamento jurídico brasileiro.

### 4.3 Observações doutrinárias a respeito da declaração de ECI no Brasil

A declaração do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro pelo Supremo Tribunal Federal trouxe inúmeras reflexões doutrinárias sobre o assunto.

Vinícius Oliveira Braz Deprá e Wilian Valer apontam quatro objeções à tese do estado de coisas constitucional, são elas: (i) objeção democrática - os atuantes na judicatura não são democraticamente eleitos pelo povo e, por isso, não teriam legitimidade para intervir na seara de competência do legislativo e do executivo que, teoricamente, carregam consigo a opinião pública; (ii) objeção ao pacto da separação dos poderes – a definição do orçamento, de alocação de recursos, criação de políticas públicas e sua respectiva execução são matérias estranhas ao Poder Judiciário; (iii) objeção à conceituação e definição do Estado de Coisas Inconstitucional – o instituto precisa ser melhor definido para que efetivamente funcione, sob pena de ameaçar, e não proteger, direitos fundamentais; e (iv) objeção à incorporação da ferramenta à jurisdição constitucional brasileira – a experiência da declaração do ECI na Colômbia não trouxe os efeitos desejados, o que demonstra que nada adiantará existir determinada ordem se não houver meios para cumpri-la.<sup>101</sup>

---

<sup>101</sup> DEPRÁ, Vinícius Oliveira Braz; VALER, Willian. Estado de Coisas Inconstitucional: uma discussão na pauta do julgamento do Supremo Tribunal Federal. In: XI SEMINÁRIO NACIONAL DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA. Santa Cruz do Sul, 2015. *Anais do XI Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea*. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/14239>>. Acesso em: 09 mar. 2016.

Apesar das objeções apresentadas, os autores acreditam que a possibilidade da abertura de um diálogo entre os poderes é positiva para afirmação e proteção dos direitos.

Tal raciocínio não é compartilhado por Raffaele de Giorgi, José Eduardo Faria e Celso Campilongo. Segundo esses autores, sob o pretexto de dar eficácia aos direitos fundamentais, o Estado de Coisas Inconstitucional os ameaça. Eles fazem a seguinte metáfora ao discorrerem sobre o tema:

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

Pode-se concordar com o ministro Edson Fachin que a decisão do Supremo tem o efeito simbólico de ativar discussões sobre o “reconhecimento de inadequada proteção dos direitos fundamentais”. Mas não dá para ir além disso. Pobre da Corte que tem a pretensão de fabricar poder político sob a fantasia da normatividade jurídica. E que nossos argumentos não sejam fulminados por uma declaração de ECI.<sup>102</sup>

Esse pensamento também é sustentado por Lucas Pessôa Moreira, que acredita que a declaração de ECI leva à ilusão de que as decisões judiciais seriam capazes de substituir a política e resolver todos os problemas sociais. O autor alerta que, para a sua aplicação, devem ser consideradas a realidade dos limites das capacidades institucionais, do respeito à separação dos poderes, da consideração da reserva do possível e do respeito à legitimidade democrática, “para que sonhos impossíveis não causem repercussões negativas e para que o futuro seja construído de forma consciente, democrática, e de acordo com a Constituição”.<sup>103</sup>

Ana Carolina Ribeiro faz outro tipo de análise sobre o tema. Segundo a doutrinadora, é preciso analisar o estado de coisas inconstitucional tendo por base a existência de uma situação de “violência injustificável”, que se refere ao uso

---

<sup>102</sup> GIORGI; FARIA; CAMPILONGO, op. cit., p. 3.

<sup>103</sup> MOREIRA, op. cit., p. 28.

arbitrário, abusivo ou irregular do monopólio da força pelo Estado e por seus agentes. A autora sustenta que uma das vertentes da “violência injustificável” seria o silêncio ou a omissão do Estado de Direito, intencional ou não, em situações explicitamente inconstitucionais no âmbito das instituições estatais.<sup>104</sup>

A autora alerta que as democracias constitucionais contribuem para o robustecimento da legislação, da burocracia e da garantia da propriedade, o que, em última instância, preserva as desigualdades socioeconômicas e dificulta ações coletivas com vistas à justiça social, o que leva a formação do que se pode chamar de um Estado-Legislação. Segundo Ana Carolina Ribeiro, esse tipo de Estado substitui a ação concreta do Governo pela ação legislativa, priorizando fazer e reformar leis que irão despender recursos, tempo e energia em detrimento da supervisão e do engajamento na tarefa de efetivar e de favorecer o acesso aos direitos por parte dos cidadãos.

Diante desse cenário, a autora acredita ser positiva a declaração de um estado de coisas inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal com relação ao sistema penitenciário brasileiro, pois se abrem novas perspectivas para o combate da violência física e simbólica no Estado de Direito no país. Por outro lado, questiona se seria realmente necessário o modelo de transporte legal da competência dos Poderes Executivo e Legislativo ao escopo do ativismo do Judiciário e alerta para o perigo de tal iniciativa se desdobrar em uma forma de ampliar o poder dos magistrados em vez de aprimorar o diálogo e a deliberação democrática. Conclui a autora:

Devido aos possíveis problemas inerentes ao recurso da técnica do “estado de coisas inconstitucional”, entende-se que o Supremo Tribunal Federal poderia ter maior cautela em tentar avançar de forma inovadora no âmbito do Pacto Federativo. Somente se adotado um mecanismo vinculante que aborde todo o sistema penitenciário e não indivíduos isolados é que a técnica poderia agilizar reformas e salvaguardar direitos fundamentais, erradicando a situação de violência ilegítima.<sup>105</sup>

---

<sup>104</sup> RIBEIRO, Ana Carolina Paranhos de Campos. Violência injustificável sob a democracia constitucional: uma crítica ao constitucionalismo moderno a partir da análise do sistema penitenciário brasileiro. *Krypton*, Roma, Itália, nº 5/6, 2015, p. 248.

<sup>105</sup> *Ibid.*, p. 255.

A ampliação dos poderes do Judiciário é também a preocupação levantada por Ronaldo Vieira Júnior, que entende pela necessidade de se aprofundar o debate sobre o afastamento da reserva do financeiramente possível. De acordo com o autor, a banalização desse tipo de argumento pelo Judiciário interfere nas decisões administrativas e de alocação orçamentária, representando um impacto no juízo de oportunidade e conveniência atribuídos constitucionalmente ao Poder Executivo. Para ele, é preciso ponderar, em face do dramático quadro de desigualdades e privações reinantes no Brasil, o qual impede o acesso dos cidadãos aos mais diversos direitos fundamentais previstos na Constituição, em que medida a reserva do possível pode ser afastada sem que se comprometa iniciativas para assegurar o adimplemento de outras políticas públicas tão ou mais relevantes do que a que está sob escrutínio judicial em dado momento.<sup>106</sup>

O autor assenta a imprescindível participação dos magistrados para a identificação de violações aos direitos fundamentais, porém, determinar quais políticas públicas seriam formuladas ou estipular quais alocações orçamentárias sejam priorizadas, sem qualquer balizamento objetivo, sem uma análise mais detida do grau de comprometimento orçamentário com todas as outras políticas públicas, significa um “salto exegético” do Poder Judiciário<sup>107</sup>. E resume: os recursos financeiros são limitados e incapazes de concretizar, a um só tempo, todos os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Para Ronaldo Vieira Junior, é necessário que balizas sejam impostas pelo Legislativo para uma atuação mais objetiva do Judiciário. Acredita

ser necessário o esforço para o estabelecimento de parâmetros normativos às decisões do STF no reconhecimento de “estado de coisas inconstitucional”, em sede de julgamento de ADPF ou outros instrumentos processuais, para impedir a violação essencial aos princípios implícitos da segurança jurídica e da reserva do financeiramente possível nas ações estatais, além da mitigação ao princípio constitucional da separação dos Poderes (...).<sup>108</sup>

Buscando concretizar esse pensamento, o autor sustenta a possibilidade de contornar um estado de coisas inconstitucional com a figura do “compromisso

---

<sup>106</sup> VIEIRA JÚNIOR, op. cit., p. 21-22.

<sup>107</sup> Ibid., p. 23.

<sup>108</sup> Ibid., p. 28.

significativo”, cuja técnica vem sendo desenvolvida pela Corte Constitucional da África do Sul. Nesse caso, haverá uma solução pactuada, participativa, sob a fiscalização do Poder Judiciário, pois o “compromisso significativo” é mais democrático por preservar o princípio da soberania popular no sentido de respeitar os mandatos conferidos pela população aos Chefes do Poder Executivo e sua competência precípua de elaborar e implementar políticas públicas com vistas à concretização dos direitos fundamentais com assento constitucional, assim como transformar as promessas eleitorais em programas e ações de governo.<sup>109</sup>

Tendo por base esse raciocínio, o Senador Antônio Carlos Valadares apresentou, em 11 de novembro de 2015, o Projeto de lei do Senado (PLS) nº 736, que altera as Leis nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, e 13.105, de 16 de março de 2015<sup>110</sup>, para estabelecer termos e limites ao exercício do controle concentrado e difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, dispor sobre o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional e o compromisso significativo. Ainda não há prazo para que o Congresso Nacional analise essa proposta, mas é possível perceber que os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal com relação à implementação de políticas públicas tem trazido discussões no âmbito dos demais Poderes.

Trazer balizas à forma de atuação do Poder Judiciário é o que Jane Pereira e Gabriel Gonçalves também acham relevante. Segundo os autores, é preciso verificar a intensidade da violação para reconhecer um estado inconstitucional, pois

a partir de uma ótica gradualista, o reconhecimento de que a inconstitucionalidade pode se manifestar de forma multidimensional não acarretará a transformação do Judiciário na espinha dorsal do constitucionalismo, no dirigente definitivo e supremo de todas as controvérsias que possam, de forma direta ou indireta, ser reconduzidas à constituição.<sup>111</sup>

---

<sup>109</sup> Ibid., p. 30.

<sup>110</sup> BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 736 de 16 de março de 2015*. Altera as Leis nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, e 13.105, de 16 de março de 2015, para estabelecer termos e limites ao exercício do controle concentrado e difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, dispor sobre o estado de coisas inconstitucional e o compromisso significativo. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124010>>. Acesso em: 05 de jun. 2016.

<sup>111</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição. *Revista Juris Poiesis*, ano 18, nº 18, jan-dez, 2015, p. 151.

Dessa forma, os autores acreditam que, quanto mais grave for o grau de inefetividade constitucional, mais forte deve ser a intervenção jurisdicional corretiva. Nesse ponto, os autores questionam em que medida a formulação colombiana acerca do estado de coisas inconstitucional é útil no panorama brasileiro, ressaltando que a incorporação seletiva e enviesada de um instituto ou conceito, que é empregado de forma “descontextualizada e deformada”, pode trazer poucos benefícios ao ordenamento jurídico brasileiro, mesmo porque o Brasil já possui meios suficientes para tratar suas inconstitucionalidades.<sup>112</sup>

Conclui os autores que o reconhecimento de um estado inconstitucional não pode ter como consectário um dirigismo jurisdicional que converta o Poder Judiciário numa espécie de “profeta do constitucionalismo”. Nesse sentido, assentam que as teorias dialógicas acerca do papel do Judiciário destacam, de forma positiva, a necessidade de encarar o processo de construção dos significados constitucionais de forma participativa e deliberativa, envolvendo todos os agentes públicos e sociais.<sup>113</sup>

Percebe-se, portanto, que a doutrina tem levantado diversos questionamentos, elaborado elogios e críticas ao estado de coisas inconstitucional declarado pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 347. Ainda não se sabe como esse instituto importado da Corte Constitucional Colombiana será tratado pelo Supremo Tribunal Federal daqui para frente e nem se as medidas impostas no julgamento cautelar da ADPF 347 de fato trará benefícios ao sistema penitenciário, mas um ponto é convergente na doutrina: problemas de implementação de políticas públicas existem e é preciso que medidas sejam tomadas, seja através da declaração de um estado de coisas inconstitucional, seja através de outro instituto ou mesmo por meio dos mecanismos já existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Os Poderes Públicos não podem continuar inertes diante dessa situação, sendo o diálogo entre os Poderes e a sociedade um processo relevante no combate aos estados inconstitucionais.

---

<sup>112</sup> Ibid., p. 153.

<sup>113</sup> Ibid., p. 156.

## CONCLUSÃO

O estudo permitiu compreender que o reconhecimento de um estado de coisas inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal é apenas um pequeno passo diante de um problema extremamente complexo, que é a efetivação dos direitos fundamentais protegidos constitucionalmente no Brasil.

Foi possível verificar que, de fato, o Poder Judiciário tem contribuído para a implementação de políticas públicas em prol de direitos fundamentais, seja através do Direito Processual Constitucional seja através da interpretação constitucional com destaque para a criação judicial do direito.

Esse tipo de comportamento, de acordo com parte da doutrina moderna, não viola o princípio da separação dos poderes, tendo em vista que o novo conceito desse princípio enfatiza que a intervenção de um poder sobre o outro não é prejuízo, mas sim benefício à democracia.

A criação, pela Corte Constitucional Colombiana, do instituto denominado “Estado de Coisas Inconstitucional” é mais uma arma usada pelo Poder Judiciário no combate às violações a direitos fundamentais. Esse instituto não é a solução para problemas tão complexos, mas apenas uma porta de diálogo entre os Poderes Públicos em prol da correção de problemas estruturais sofridos pela sociedade.

A importação desse instituto, pelo Supremo Tribunal Federal, é recente, de modo que ainda não é possível saber as consequências reais desse ato para a sociedade brasileira. O fato é que o fenômeno já trouxe diversas reflexões doutrinárias sobre o tema, umas favoráveis ao instituto outras não, o que, por fim, incentiva a abertura da discussão sobre a implementação de políticas públicas e a efetivação de direitos fundamentais no país.

O reconhecimento do estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, através da ADPF 347/DF, é apenas a ponta de um *iceberg* que traz problemas muito mais complexos de uma população esquecida e marginalizada ao longo dos séculos no país. Apresentar um novo instituto ao ordenamento jurídico brasileiro para tratar temas complexos é positivo desde que

traga efetivos benefícios às causas. A ideia de abertura de um diálogo entre os Poderes Públicos, a possibilidade de realização de audiências públicas junto à sociedade, a determinação de medidas pelo Poder Judiciário e o acompanhamento dessas medidas por este Poder são atitudes positivas que podem contribuir para a efetivação dos direitos fundamentais.

Infelizmente os problemas estruturais na sociedade brasileira que envolvem a proteção de direitos é extremamente complexa, sendo possível concluir que, por mais boa vontade que tenha o Poder Judiciário ao tratar sobre o tema, a solução dos problemas envolvem processos muitos mais complexos e distantes do Supremo Tribunal Federal.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Tradução: Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217/66, 1999.

ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa. A Construção Jurisdicional da Pauta dos Direitos Fundamentais no Brasil. In: ROMBOLI, Roberto; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa. (Org.). *Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Arraes, 2015, p. 253-270.

ARCKEMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 265, p. 13-23, 2014.

ARCKEMAN, Bruce. *A Nova Separação dos Poderes*. Tradução: Isabelle Maria Campos Vasconcelos, Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Imprensa, 2009.

ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução: Roberto Leal Ferreira, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ASSIS, Luiz Gustavo Bambini. A Judicialização da Política e os Limites da Interpretação Constitucional: um estudo de caso. *Revista Gestão & Políticas Públicas*, v. 3, 2013.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional*, Madrid, n. 13, 2009.

BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. *Escritos sobre derechosfundamentales*, Baden-Baden: NormosVerlagsgesellschaft, 1993.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 736 de 16 de março de 2015*. Altera as Leis nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, e 13.105, de 16 de março de 2015, para estabelecer termos e limites ao exercício do controle concentrado e difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, dispor sobre o estado de coisas inconstitucional e o compromisso significativo. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124010>>. Acesso em: 05 de jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF*, Plenário. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284277%2>

ENUME%2E+OU+4277%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nhyfjic>. Acesso em: 15 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1.458-MC/DF*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347068>>. Acesso em: 25 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3.999/DF*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=586949>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADIs 4.357-QO/DF e 4.425-QO/DF*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9016259>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 347-MC/DF*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE 745.745-AgR*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516923>>. Acesso em: 19 de mai. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MI 283/DF*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81766>>. Acesso em: 25 de mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 580.252-RG*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623918>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 592.581-RG*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da inconstitucionalidade por Omissão ao "Estado de Coisas Inconstitucional"*. Tese (doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2015 (No Prelo).

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. *Consultor Jurídico - Conjur*, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em: 26 fev. 2016.

CANOSA, Eduardo Andrés Velandia. Control de Constitucionalidad en Colombia. In: ROMBOLI, Roberto; e ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa. (Org.). *Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Arraes, 2015, p. 95-121.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

COELHO, Inocêncio Mártires. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, número especial, 2015.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Inocêncio Mártires. Sobre a Criação Judicial do Direito. *Arquivos do Ministério da Justiça*, ano. 49, n. 187, jan/jun, 1996.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia T-068 de 1998*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-068-98.htm>>. Acesso em: 10 de mai. 2016.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia nº 559 de 1997*. Disponível em <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em: 04 de mar. 2016.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia nº C-409 de 1994*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-409-94.htm>>. Acesso em: 04 de mar. 2016.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia nº SU-043 de 1995*. Disponível em:<<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/SU043-95.htm>>. Acesso em: 04 de mar. 2016.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia nº SU-480 de 2007*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-480-07.htm>>. Acesso em 10 de mar. 2016.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia nº T-036 de 1995*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-036-95.htm>>. Acesso em: 10 de mar. 2016.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia nº T-140 de 1999*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-140-99.htm>>. Acesso em: 15 de mar. 2016.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia nº T-072 de 1997*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-072-97.htm>>. Acesso em: 12 de mar. 2016.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia T-025 de 2004*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-025-04.htm>>. Acesso em: 10 de mai. 2016.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia T-153 de 1998*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm>>. Acesso em: 10 de mai. 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_homem\\_cidadao.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf)>. Acesso em: 23 de mar. 2016.

DEPRÁ, Vinícius Oliveira Braz; e VALER, Willian. Estado de Coisas Inconstitucional: uma discussão na pauta do julgamento do Supremo Tribunal Federal. In: XI SEMINÁRIO NACIONAL DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA. Santa Cruz do Sul, 2015. *Anais do XI Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea*. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/14239>>. Acesso em: 09 mar. 2016.

DOBROWOLSKI, Sílvio. A inflação Legislativa e a Jurisdição Constitucional. In: MARTEL, Leticia de Campos Velho. (Org.). *Estudos Contemporâneos de Direitos Fundamentais*. Volume II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 221-236.

GARCIA, Emerson. Princípio da Separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais. *De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais*, 2008.

GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. *Roberto Gargarella (comp.), Por una justicia dialógica*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2014.

GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. *Estado de coisas inconstitucional*. Estadão, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

GONÇALVES, Cristiane Lopes. A Interpretação Constitucional e a Criação Judicial do Direito. In: ROCHA, Lilina Rose Lemos; e CHEVITARESE, Aléssia Barroso Lima Brito Campos (Coord.). *Questões Atuais de Direito Constitucional*. Brasília: Uniceub: ICPD, 2016, p. 11-30.

GRAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y Cambio Social: cómo La Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado em Colombia*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad Dejusticia, 2010.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re) pensando a pesquisa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Plurallista e “Procedimental” da Constituição*; tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Imprensa: Porto Alegre, S. A. Fabris, 2002.

LINS, Liana Cirne. Da Jurisdição Constitucional ao Direito Processual Constitucional: Delineamento de um Direito Processual Constitucionalmente Adequado a partir da Reflexão sobre a Judicialização dos Direitos Fundamentais Sociais. In: MARTEL, Letícia de Campos Velho. (Org.). *Estudos Contemporâneos de Direitos Fundamentais*. Volume II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 267-287.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. Tradução: Alex Marins, São Paulo: Martin Claret, 2003.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os Artigos Federalistas*. Apresentação: Isaac Kramnick; tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MARTINS, Guilherme Bittencourt; SOARES, Roberto Carlos Ferreira. O judiciário diante das decisões de efetivação das políticas públicas no estado democrático de direito. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, v.48, n.61, p.166-186, jan./jun. 2014.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, nº 58, 2000.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA – DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Levantamento Nacional de informações penitenciárias – INFOPEN – Dezembro 2014*. Disponível em: <<http://download.uol.com.br/fernandorodrigues/infopen-relat-2016.pdf>> Acesso em: 25 de mai. 2016.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. Tradução: Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1999.

MOREIRA, Lucas Pessôa. *O Estado de Coisas Inconstitucional e seus perigos*. Associação dos Procuradores do Estado de São Paulo, 2015. Disponível em: <[http://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese\\_lucaspessoa051015.pdf](http://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_lucaspessoa051015.pdf)>. Acesso em: 03 de mai. 2016.

NUNES, Ana Luisa Tarter; COUTINHO, Nilton Carlos; LAZARI, Rafael José Nadim. Políticas Públicas e ativismo judicial: o dilema entre efetividade e limites de atuação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, número especial, 2015.

OSUNA, Néstor. Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia. In: BAZÁN, Víctor (Editor Acadêmico). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales: La protección de los derechos sociales. La sentencias estructurales*, nº 5. Colômbia: Unión Gráfica, 2015. p. 114/115.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição. *Revista Juris Poiesis*, ano 18, nº 18, jan-dez, 2015.

PIÇARRA, Nuno. *A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Editora Coimbra, p. 260, 1989.

PINILLA, Katherine Flórez. Política de atención al desplazamiento forzado en Colombia: elementos para una evaluación em El âmbito local. *Revista Le Bret*, nº 1, dezembro, 2009.

POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo, São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

REIS, Daniel Aarão. *Ditadura e democracia no Brasil: Do golpe de 1964 à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

RIBEIRO, Ana Carolina Paranhos de Campos. Violência injustificável sob a democracia constitucional: uma crítica ao constitucionalismo moderno a partir da análise do sistema penitenciário brasileiro. *Krypton*, Roma, Itália, nº 5/6, 2015.

ROMBOLI, Roberto. A Função Interpretativa do Juiz Comum e a Influência sobre Ela Exercida pela Jurisprudência Constitucional. In: ROMBOLI, Roberto; e ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa. (Org.). *Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Arraes, 2015, p. 40-60.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 177, p. 29-49, jul-set, 1989.

VIEIRA JÚNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. *Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186). Disponível em: <[www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos)>. Acesso em: 15 mai. 2016.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia: *Revista Direito GV*. São Paulo 4(2), p. 441-464, jul-dez, 2008.