



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA  
CAMPUS I  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS- CCJ  
CURSO DE DIREITO**

**JÉSSIKA SARAIVA DE ARAÚJO PESSOA**

**O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: TENDÊNCIA DE  
“EMPODERAMENTO JUDICIAL” NA AMÉRICA LATINA**

**CAMPINA GRANDE**

**2016**

**JÉSSIKA SARAIVA DE ARAÚJO PESSOA**

**O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: TENDÊNCIA DE  
“EMPODERAMENTO JUDICIAL” NA AMÉRICA LATINA**

Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação  
em Direito da Universidade Estadual da Paraíba,  
como requisito parcial à obtenção do título de  
Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Constitucional e  
Direito Internacional.

Orientador: Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>.Cynara de Barros Costa.

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

P475e Pessoa, Jéssika Saraiva de Araújo.  
O estado de coisas inconstitucional: tendência de  
"empoderamento judicial" na américa latina [manuscrito] / Jéssika  
Saraiva de Araújo Pessoa. - 2016.  
48 p.

Digitado.  
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -  
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas,  
2016.  
"Orientação: Profa. Dra. Cynara de Barros Costa,  
Departamento de Direito Público".

1.Estado de coisas inconstitucional. 2. América Latina. 3.  
Empoderamento judicial. I. Título.

21. ed. CDD 341.5

JÉSSIKA SARAIVA DE ARAÚJO PESSOA

**O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: TENDÊNCIA DE  
“EMPODERAMENTO JUDICIAL” NA AMÉRICA LATINA**

Monografia apresentada ao Programa de Graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Constitucional e Direito Internacional.

Aprovada em: 31/10/2016.

BANCA EXAMINADORA



Profª. Drª. Cynara de Barros Costa (Orientadora)  
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Profª. Me. Elis Formiga Lucena  
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Me. Amilton de França  
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

NOTA: 10,0

Ao meu avô Miguel José de Araújo (*In Memoriam*) com todo o meu carinho e admiração, visto que sem ti não haveria o verbo Amor, DEDICO.

## AGRADECIMENTOS

A Deus por seu infinito amor e por me permitir chegar até aqui, minha gratidão imensurável. A minha família por todo apoio incondicional, compreensão, renúncias e por entenderem minha ausência nas reuniões familiares. A minha mãe, minha primeira professora, a quem devo tudo, inclusive meu amor pelos livros. Ao meu pai que por meio do seu trabalho e incentivo possibilitou a realização desse sonho.

Aos meus irmãos, Érika, Marina e Ronaldo meus companheiros de madrugadas e fins de semana de estudos, o que tornou tudo isso mais leve e alegre, por toda paciência e por acreditarem na minha capacidade mesmo quando pensei em desistir.

A minha segunda mãe, vovó Dedeza pela sabedoria de seus conselhos e suas orações ao longo desse caminho. Ao meu Avô Miguel (*in memoriam*), embora fisicamente ausente, mas sempre presente no meu coração. Aos meus amigos da vida toda: Chico, Jôsy, Raphael, Matheus, Thalita, Monique, Mayanne, Livia e Wanda, por tornarem meus dias mais felizes e sonharem junto comigo.

E aos grandes amigos que fiz durante a graduação, aos meus companheiros de curso, do Centro Acadêmico Sobral Pinto, da Comissão de Direitos humanos, de “felicidade”, metas e lágrimas, notadamente: Igor, Thais, Karla, Raquel, Fernanda, Ana Carla, Amanda, Samuel, Wanessa, Marina e Petrócio.

A todos os professores que participaram da minha formação, especialmente, a Ana Catarina Rodrigues Nascimento, por acreditar que eu sempre poderia mais, sou um pouco de tudo que tive a oportunidade de aprender com vocês. Aos meus professores da Graduação em Direito, em especial, a minha Orientadora Cynara de Barros Costa que além de uma profissional de competência inegável é uma amiga e um ser humano maravilhoso, no qual tenho como exemplo a seguir, por toda paciência, generosidade e ensinamentos.

Aos professores Marconi do Ò Catão, Lucila Gabriella Maciel Carneiro Vilhena, Simone Silva dos Santos Lopes, Elizabete Cristina de Araújo, Carolina Grant, Cynara Barros de Costa e Wanda Helena Mendes Muniz Falcão, a quem devo a oportunidade e o amor pela pesquisa.

Aos professores Glauber Salomão Leite e Marconi do Ò Catão por sua sensibilidade com os temas sociais, o que despertou em mim o reconhecimento da

importância dos Direitos Humanos, do respeito às diferenças, a aspiração de ser um profissional humano e não mero aplicador da lei. Aos professores Amilton de Franca e Elis Formiga Lucena a quem tenho grande admiração e fico verdadeiramente feliz por aceitarem compor minha banca avaliadora. A todos aqueles que contribuíram ao longo desses anos para o profissional que serei.

Por fim, mas não menos importante, a todos os funcionários da UEPB, por toda assistência, apoio e disponibilidade de me ajudar mesmo naquilo no que não lhes competia, o que possibilitou a conclusão dessa graduação. A todos vocês serei sempre grata.

“Só sei que nada sei”  
*Sócrates*

## RESUMO

O presente trabalho se propõe a analisar criticamente o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) na América Latina, notadamente na Colômbia, no Peru e no Brasil, com o objetivo de apontar se há distorções funcionais no esquema de repartição dos poderes nas “jovens democracias” latino-americanas. Observando a ampliação da atuação do Poder Judiciário nesses países, o que denominamos de “empoderamento judicial”, e seus desdobramentos, pesquisamos, no âmbito doutrinário, os conceitos de “modernidade tardia”, de Anthony Giddens; da Teoria dos Sistemas Sociais, de Niklas Luhmann; de “modernidade periférica” e “Constituição Simbólica”, de Marcelo Neves; no âmbito jurisprudencial, foram comparados os precedentes das cortes constitucionais dos países que já reconheceram o ECI. No que diz respeito à metodologia, a pesquisa é eminentemente teórica e se desenvolveu através da análise de conteúdo da doutrina, legislação, jurisprudência e do direito comparado, adotando um raciocínio dedutivo e uma perspectiva interdisciplinar, jurídico-sociológica, em virtude da relação entre Direito e Sociologia. Por fim, pretendemos apontar, como alternativas para superação das inconstitucionalidades e da crise persistente no que diz respeito ao equilíbrio dos poderes nesses países, a promoção da educação para construção de uma consciência política dos cidadãos, no que se refere à escolha e a fiscalização da atuação dos candidatos que ocuparão os espaços de poder no Legislativo e Executivo, visto que a população deve cobrar desses poderes políticas sociais eficientes, uma vez que não cabe apenas ao Judiciário retirar os demais poderes da inércia, mas também aos cidadãos, posto que o Estado de Coisas Inconstitucional não apresenta apenas aspectos positivos à medida que o poder Judiciário não está livre da corrupção existente na América Latina, nem das falhas estruturais.

**Palavras-Chave:** Estado de Coisas Inconstitucional; América Latina; Empoderamento Judicial.

## ABSTRACT

This study aims to critically analyze the acceptance of the Unconstitutional State of Things (UST) in Latin America, particularly in Colombia, Peru and Brazil, in order to point out if there are functional distortions in the State power allocation scheme in young Latin American democracies. Noting the expansion of the Judiciary acting in these countries, what we call "judicial empowerment" and its consequences, we research, at a doctrinal level, the concepts of "late modernity", from Anthony Giddens; the Theory of Social Systems, from Niklas Luhmann; "peripheral modernity" and "Symbolic Constitution", from Marcelo Neves; in the jurisprudential matter, we have compared precedents from the constitutional courts that have already recognized the UST. Concerning the methodology, the research is mainly theoretical and developed through analysis of doctrine, legislation, jurisprudence and comparative law, adopting a deductive reasoning and an interdisciplinary perspective, legal and sociological, due to the relationship between Law and Sociology. Finally, we intend to point to, as alternatives to overcome the unconstitutionality and the persistent crisis in relation to the balance of power in these countries, the promotion of education for building citizens' political awareness, with regard to the choice and supervision of the performance of candidates who will fill the positions of power in the Legislature and Executive, as the population should exact from these powers efficient social policies, as it not only fits the Judiciary to remove the other powers from their inertia, but also citizens, since the State of Things Unconstitutional does not have only positive aspects as the Judiciary is not free from the existent corruption in Latin America, or from structural failures.

**Keywords:** Unconstitutional State of Things; Latin America; Judicial Empowerment.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>CAPÍTULO I.....</b>	<b>13</b>
<b>O JOVEM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E AS DIFICULDADES DE EFETIVAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO NOS PAÍSES DA AMÉRICA LATINA .....</b>	<b>13</b>
1.1 Considerações Sobre a Formação do Estado Democrático de Direito .....	13
1.2 A Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann e a “Modernidade Periférica” .....	17
1.3 As Constituições Simbólicas e as Dificuldades de Colocar em Prática o Estado Democrático de Direito .....	19
<b>CAPÍTULO II.....</b>	<b>23</b>
<b>A DECLARAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NOS PAÍSES DA AMÉRICA LATINA .....</b>	<b>23</b>
2.1 O Estado de Coisas Inconstitucional.....	23
2.2 O Reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional pela Corte Constitucional Colombiana.....	24
2.3 O reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional pela Corte Constitucional Peruana.....	27
2.4 O Reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional em Sede Medida Cautelar no Brasil .....	28
<b>CAPÍTULO III .....</b>	<b>32</b>
<b>QUESTÕES ACERCA DO RECONHECIMENTO DO ECI NO BRASIL E DA TENDÊNCIA DE “EMPODERAMENTO” DO JUDICIÁRIO NA AMÉRICA LATINA .....</b>	<b>32</b>
3.1 Os Limites à Atuação do Poder Judiciário no Brasil .....	32
3.2 Críticas ao Reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional .....	36
3.3 Tendência de “Empoderamento” Judicial na América Latina .....	37
<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>40</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>43</b>

## INTRODUÇÃO

A modernidade tardia<sup>1</sup>, a dificuldade de efetivação do Estado Democrático de Direito e o tortuoso processo de estabilização das Constituições são características comuns aos países latino-americanos denominados “periféricos”, conforme a doutrina de Marcelo Neves, pela qual o “ser” e o “dever ser” apresentam grandes discrepâncias.

A América Latina, ao longo de sua construção social, política e cultural, têm copiado os modelos europeus, como consequência da apropriação do Schwarz denomina de “ideias fora de lugar”, do seu processo de colonização e das políticas imperialistas que tornaram as economias latinas dependentes, baseadas na produção e exportação de artigos primários e na importação de produtos industrializados, o que contribuiu para o seu lento desenvolvimento econômico e social, bem como para implantação de sistemas autoritários.

Os regimes autoritários perduraram na América Latina nas décadas de 1960 a 1990, sob forte influência da Guerra Fria e das políticas expansionistas americanas de combate às ideias socialistas. O recente processo de redemocratização desses países, ocorrido no período de 1979 a 1990, teve início por meio da resistência promovida pelos vários atores e instituições sociais com o objetivo de reivindicar o reconhecimento oficial dos mortos, a punição dos crimes cometidos pelos militares nesse período e os direitos fundamentais dos cidadãos, por intermédio da reorganização dos partidos políticos e dos demais institutos democráticos.

Dessa forma, esses países vivenciaram um período de transição democrática marcado por conflitos sociais e por uma crise econômica resultante da dependência externa das economias latinas. Essa transição, porém, não resultou necessariamente na instituição integral da democracia, que até hoje se encontra fragilizada, e do Estado democrático de Direito, que apresenta dificuldades de consolidação, visto que sua proteção aos direitos fundamentais é deficiente e os cidadãos buscam diariamente sua consolidação, muitas vezes por meio do Judiciário.

<sup>1</sup> Conceito explanado por Anthony Giddens, que será trabalhado ao longo do primeiro capítulo deste trabalho.

Nesse contexto, dentre os muitos autores trabalhados nessa pesquisa, Marcelo Neves, com base na teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann compreende o Brasil e os países da América Latina como países da modernidade periférica, com características determinantes a lhes balizar como “terceiro mundo”, de forma que não podem ser representados pelas teorias europeias e norte-americanas, como também pelas ideias de modernização e dependência do capitalismo utilizadas como base em suas políticas desenvolvimentistas.

Consoante Neves, a modernidade periférica tem como principal característica lidar com a hipercomplexidade do ambiente de forma desorganizada. Com isso, a autonomia dos subsistemas que compõem nossa sociedade, tais como o Direito e a Política, é afetada, o que impossibilita o seu pleno funcionamento, tendo como consequência a não efetivação do Estado de Direito, devido aos bloqueios existentes em seus subsistemas.

Além disso, o autor ainda acrescenta que a complexidade desestruturada presente nos países de modernidade tardia é resultado da “corrupção sistêmica”, que pode ser definida como o bloqueio do funcionamento operativamente fechado de um sistema determinado – uma espécie de falha no “fechamento estrutural”. Tal fenômeno é reconhecido pelo autor como presente no Direito e na Política, não podendo ser resumido apenas pela busca de interesses particulares nessas esferas; a corrupção é sistêmica e generalizada afetando as expectativas sociais do *ser* e do *dever ser* como as do “agir e vivenciar”. A corrupção sistêmica possui como principal consequência à exclusão social.

Diante dessa realidade Marcelo Neves desenvolve o Conceito de Constituição Simbólica. Tal conceito se aplica à realidade da América Latina na medida em que, devido à complexidade desestruturada e a corrupção sistêmica que resultam na exclusão social, as Constituições desses países, na maioria das vezes, acabam sendo simbólicas, meras folhas de papel, visto que as políticas adotadas no Brasil e na América Latina não conseguiram colocar em prática aquilo que as suas Constituições preveem, havendo falhas estruturais do poder público na concessão dos direitos dos cidadãos que passaram a pleiteá-los por via judicial.

Assim sendo, o Poder Judiciário ganha relevância na concretização da Constituição ao suprir, por meio de suas decisões, as omissões dos poderes Executivo e Legislativo. O Judiciário, dentro desse novo contexto, é submerso por ações individuais com o objetivo de satisfazer direitos constitucionais, situação que propicia o surgimento do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) na América Latina e seu reconhecimento pelas Cortes Constitucionais da Colômbia e do Peru, e, em sede de medida cautelar, pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil. O ECI é considerado uma modalidade de sentença que tem como escopo promover a

efetividade da Constituição, à medida que objetiva suprir as omissões Legislativa e Executiva, tirando o Estado da inércia.

Diante do exposto, o presente trabalho propõe-se a analisar criticamente o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional na América Latina, notadamente na Colômbia, no Peru e, recentemente no Brasil, observando a ampliação da atuação do poder judiciário nesses países, que resulta no que denominamos de “empoderamento judicial” na América Latina, e seus desdobramentos.

Para tanto, em seu primeiro capítulo foi abordada a Teoria dos Sistemas Sociais, de Niklas Luhmann, e o conceito de Constituição Simbólica, de Marcelo Neves, com o objetivo de compreender a organização dos sistemas sociais latinos, o funcionamento dos sistemas Político e Jurídico e as dificuldades de efetivação da Constituição.

Já o segundo capítulo teve como escopo o reconhecimento do ECI pelas Cortes Supremas da Colômbia, Peru e, recentemente, do Brasil, com o intuito de apontar as suas semelhanças, diferenças e os possíveis impactos de sua declaração.

No terceiro e último capítulo discutimos as possíveis consequências do reconhecimento do ECI na América Latina, destacando a tendência de “empoderamento” judicial presente nesses países, visto que, apesar de não existir ainda uma posição definitiva de nossa corte suprema a respeito do ECI, o seu reconhecimento liminar gerou grandes discussões doutrinárias, especialmente no que se refere às possíveis consequências e os limites da atuação do Judiciário no Brasil e na América Latina.

No que concerne ao método, esse estudo é eminentemente teórico, seguindo a metodologia de estudo de caso, e desenvolvendo-a através da análise da doutrina, legislação e jurisprudência e do direito comparado. Adotou-se, para tanto, um raciocínio dedutivo e uma perspectiva interdisciplinar, jurídico-sociológica, em razão da interface entre Direito e Sociologia.

Por fim, ressaltamos que a presente monografia não objetiva pôr fim às discussões levantadas, nem mesmo esgotar o referido tema, que é bastante vasto, mas contribuir com os debates atuais sobre a figura do ECI, por meio de uma análise crítica dos argumentos contrários e favoráveis a sua declaração, bem como as possíveis consequências de seu reconhecimento no Brasil.

## CAPÍTULO I

### O JOVEM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E AS DIFICULDADES DE EFETIVAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO NOS PAÍSES DA AMÉRICA LATINA

#### 1.1 Considerações Sobre a Formação do Estado Democrático de Direito

O “Estado” em nossa concepção atual, de um Estado de Direito positivado pelas Constituições, nem sempre existiu. Consoante COSTA (2016, p.90), foram séculos até que o equilíbrio entre os poderes legislativo, executivo e judiciário, conforme dispõe Montesquieu, se estabelecessem nos ordenamentos jurídicos. Ou seja, os conceitos de Estado e de Direito resultam de um longo processo de construção histórica.

A princípio, segundo a mesma autora, as monarquias absolutistas eram os sistemas de governos predominantes na Europa durante o fim da Idade Média e a consolidação da era Moderna, dos séculos XV ao XVIII, sob o sustentáculo dos dogmas da Igreja Católica e apoio da nobreza, visto que os reis eram considerados representantes divinos e seu poder e governo tinham como justificativa a vontade soberana de Deus. Os “soberanos,” como eram chamados, controlavam seus territórios por meio das guerras, através de políticas expansionistas e das alianças realizadas com os nobres e a Igreja.

O fim do absolutismo e a ruptura com a igreja tiveram início com a Reforma Protestante, a Guerra dos Trinta Anos e a emergência da burguesia que possuía grande poder econômico e almejava participar do sistema político. Nesse contexto, sob influência das ideias iluministas do século XVIII, o poder dos reis não se justificava mais na vontade divina, mas sim, em argumentos racionais, nas ideias contratualistas e no próprio “Estado de Polícia”, um Estado Absoluto, acima do Direito, em que ainda não havia limitações ao poder dos governantes - era o início do longo processo de construção do Estado moderno (COSTA, 2016, p.93).

O Estado Absoluto, no entanto, sem limitações aos poderes dos soberanos, não atendia aos interesses da ascendente burguesia. Detentora do poder econômico, a classe burguesa objetivava “domesticar o poder político”, ou seja, submetê-lo à lei, limitar a atuação das monarquias e impor balizas ao Estado para poderem exercer livremente suas atividades econômicas, sob influência das ideias liberais de um Estado mínimo. Esse processo resultou em uma nova concepção de Estado, como explica COSTA (2016, p.94), com limitações legais

à atuação dos governantes, visando à proteção do cidadão e possibilitando o livre exercício das atividades econômicas tão almejadas pela burguesia.

Ademais, acrescenta BOBBIO (2000, p.165) que o Estado de Direito nasce da renúncia ao Direito Natural, com o objetivo de garantir a sobrevivência da sociedade, evitando-se assim o retorno ao “Estado de Guerra” de todos contra todos e resultando assim em um poder político. Além disto, BOBBIO (1987, p.18) dispõe que por “Estado de Direito” deve-se entender aquele no qual os poderes públicos (Executivo, legislativo e judiciário) devem ser regulados pela Constituição.

Assim, como define o autor, o “Estado de Direito” seria caracterizado pela constitucionalização dos direitos naturais, visto que, na doutrina liberal, “Estado de Direito” significa não só a subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerais do país, mas também o reconhecimento de alguns direitos fundamentais que devem ser constitucionalizados, cabendo ao Estado à promoção e preservação da cidadania efetiva.

Dessa maneira, o “Estado de Direito” não possui uma “data de nascimento”, tendo sua origem em um longo e distinto processo de construção histórica que resultou em sua institucionalização nos mais diversos países, por intermédio das discussões em torno do Direito Natural e Direito Positivo, entre monismo e pluralismo jurídico, e das contraposições entre o Direito canônico e as ideias iluministas, dos interesses da burguesia, das guerras e das revoluções liberais, dentre outros fatores, que ocorreram durante final do século XVIII e início do século XIX, com objetivo de limitar os poderes do Estado por meio das regras positivadas pelo Direito e organizá-lo juridicamente para garantir os direitos fundamentais de seus cidadãos (COSTA, 2016, p.95).

Nesse cenário, o Constitucionalismo ganha força entre os séculos XVII e XVIII, defendendo o reconhecimento da Constituição como a fonte maior limitadora dos poderes do Estado e condutora do ordenamento jurídico. Nesse sentido, segundo WOLKMER (2003, p 73) o próprio Estado deve se submeter ao Direito, por meio do Constitucionalismo, que pressupõe a separação dos poderes e a supremacia da lei.

Como destaca BOBBIO (1987 p 33), no ocidente o Estado se desenvolveu em duas etapas: primeiro surge à ideia de Estado de Direito e, posteriormente, do Estado que, além de ser de Direito, é Democrático. O autor parte da premissa de que é necessário diferenciar Estado de Direito e democracia, embora o Estado de Direito seja uma requisito essencial para concretização de uma democracia.

Destarte, o Estado Democrático de Direito, conforme DIAS (2009, pp.82-83) tem quatro características principais: a prevalência da norma jurídica que obriga os governantes e

os cidadãos, o equilíbrio dos três poderes, a fiscalização, os limites à administração e ao exercício dos poderes, bem como a defesa dos direitos fundamentais, sua razão de existir.

No contexto da América Latina, objeto desse capítulo, os regimes autoritários perduraram nas décadas de 1960 a 1990, sob forte influência da Guerra Fria e das políticas expansionistas americanas de combate às ideias socialistas nos países latinos. O processo de redemocratização desses países teve início em 1979 e se consolidou na década 1990, por meio da resistência promovida pelos vários atores e instituições sociais, com o objetivo de reivindicar o reconhecimento oficial dos mortos, a punição dos crimes cometidos pelos militares nesse período e a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, o que resultou na reorganização dos partidos políticos e dos demais institutos democráticos.

Dessa maneira, o Estado Democrático de Direito se consolidou na América Latina após o recente período de redemocratização marcado por conflitos sociais e por uma crise econômica resultante da dependência externa de suas economias. Todavia, essa transição democrática não resultou necessariamente na instituição integral da democracia, nem do Estado Democrático de Direito, que ainda hoje encontra grandes dificuldades em sua efetivação.

No Brasil, conforme CASTRO (2012, p.559) o movimento das “diretas já” ganhou força em 1984, o que resultou na Constituição de 1988, a Constituição Cidadã, que possui como objetivo a garantia dos direitos fundamentais, e como núcleo axiológico a dignidade da pessoa humana, constituindo-se, assim, um Estado Democrático de Direito. Esse Estado, no entanto, encontra grandes dificuldades em sua concretização, visto que nos primeiros sintomas de crise, os direitos fundamentais são questionados e violados em virtude uma proteção deficiente que obriga os cidadãos a buscar sua consolidação, muitas vezes por meio do Judiciário.

A dificuldade de estabilização do Estado Democrático de Direito é uma característica comum aos países da América Latina, de democracias recentes e fragilizadas, que enfrentam grandes barreiras para a efetivação dos direitos fundamentais, como resultado do que SCHWARZ (2005, p.2) denomina de “ideias fora de lugar”.

No Brasil, ao analisarmos o histórico das Constituições, constatamos fortes influências das ideias imperialistas do Além-Mar. Apropriamo-nos continuamente de ideais europeias e americanas, na maioria das vezes em sentido impróprio. A realidade cultural e social brasileira muito difere da europeia e americana, o que inviabiliza a aplicação de tais padrões (SCHWARZ, 2005, p. 29).

Cumprе ressaltar que enquanto na Europa predominavam as ideias liberais e o princípio da economia política do trabalho livre, no Brasil vivíamos a escravidão (SCHWARZ, 2005, p. 12).

Além disso, enquanto predominavam as democracias na Europa, a América Latina vivenciava as ditaduras. Na Argentina, em 1966 teve início à ditadura por meio de um golpe liderado pelo General Videla, com o objetivo de estabelecer um sistema ditatorial denominado “Estado Burocrático Autoritário” (EBA). Em 1968, inicia-se no Peru um golpe de Estado que resultaria no regime militar peruano. Na Bolívia e no Uruguai, a ditadura foi instaurada em 1971.

A Venezuela, por sua vez, vivencia um contexto ditatorial na atualidade, por meio da eleição de Hugo Chávez em 1998, que defende a “Revolução Bolivariana”, a qual seria responsável por promover o que ele denomina de socialismo do século XXI. A Colômbia, embora não esteja sob o regime ditatorial, enfrenta uma guerra civil que já dura quatro décadas, promovida pelas Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC) e o Exército de Libertação Nacional da Colômbiano (ELN), que teve acordo de paz rejeitado recentemente através do voto popular. Em Cuba, a ditadura sob comando dos irmãos Fidel Castro e Raúl Castro permanece, mesmo após o processo de redemocratização dos demais países latinos, visto que não há eleições multipartidárias, não há imprensa livre e ainda existem dezenas de presos políticos.

Esses resquícios cristalizados do passado histórico da América Latina, a aplicação apenas das “ideias fora de lugar” e políticas descontextualizadas, nos remetem ao contexto de “modernidade tardia” vivenciado nesses países. Segundo GIDDENS (1991, p.11) esse conceito resulta das tentativas de construção de uma teoria da sociedade que realize um diagnóstico do nosso tempo.

Para o autor, a modernidade tem início na Europa a partir do século XVII e se caracteriza como um modo de vida e organização social racionalizado. Ademais, WEBER (2002, p. 57) entende a modernidade como um processo crescente de racionalização, de desenvolvimento científico da economia capitalista e de desencanto do mundo ocasionado pela racionalização exacerbada. Já a “modernidade tardia” segundo GIDDENS (1991, p.11) é dinâmica, tendo como características: a separação entre tempo e espaço, o desenvolvimento de mecanismos de desencaixe e a apropriação reflexiva do conhecimento.

Todavia, o que caracteriza o Brasil e a América Latina como países de “modernidade tardia” são a exclusão e marginalização de parte da sociedade, que não tem acesso ao conhecimento e à tecnologia. Dessa forma, uma parcela da população brasileira e latina vive

fora da “modernidade”, visto que não possui nem o mínimo existencial, uma vez que em nosso país ela, em alguns casos, só alcançou determinados grupos sociais considerados “elitizados” e detentores do poder econômico.

Destarte, acrescenta HOLANDA (1979, p.3), ao “importar” de países distantes formas de convívio, instituições, ideias, e buscar manter tudo isso em ambiente muitas vezes desfavorável e hostil, somos ainda hoje uns desterrados em nossa própria terra. Dessa maneira, a identidade nacional não se apresenta bem definida, estando o povo brasileiro em uma constante busca de sua construção, por meio da incorporação dos modelos Americanos e Europeus sem adaptá-los ao contexto em que vivemos o que não tem se mostrado eficaz.

## **1.2 A Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann e a “Modernidade Periférica”**

Para uma melhor compreensão do tema escopo dessa monografia, em seu primeiro capítulo e da realidade trabalhada no tópico anterior faz-se necessária à contribuição da teoria dos sistemas sociais, de Niklas Luhmann, LUHMANN (2010, p.100) explica que as sociedades são formadas por sistemas e tais sistemas são complexos, não sendo compostos apenas da simples soma de suas partes individuais ao todo, mas sim de interconexões, interdependências e intercomunicações, existindo uma relação dinâmica entre os sistemas entre si e entre o sistema e o ambiente. Essa teoria possui como ponto de partida a observação da organização dos sistemas orgânicos, da vida em seus níveis macro e micro, buscando assim compreender os sistemas sociais que compõem nossa sociedade.

De acordo com o autor, os sistemas possuem uma unicidade interna e interagem com o meio por intermédio de um processo de fechamento estrutural e abertura cognitiva que decorrem de sua individualização e da sua interação com meio ambiente. Dessa relação entre individualização e interação com o ambiente resulta o seu maior ou menor grau de abertura e fechamento. Os sistemas possuem como objetivo a redução da complexidade do ambiente por intermédio da seleção de informações úteis ao seu desenvolvimento, a sua conservação e à reprodução de seus elementos.

Essas seleções de informações úteis para o desenvolvimento, conservação e reprodução dos sistemas são denominadas por Luhmann de *seletividade*. Além disto, o autor explica que é justamente por intermédio da sua abertura e fechamento seletivos que os sistemas sociais produzem sua própria estrutura individualizada, diferenciando-se de outros existentes (LUHMANN, 2010, pp.101-127).

Assim sendo, no âmbito da sociedade brasileira haveria diversos sistemas e subsistemas, tais como o sistema político, o sistema econômico, o sistema jurídico, etc. É que os sistemas têm como objetivo a redução da complexidade externa por meio da já mencionada seletividade; ao realizar essa tarefa, no entanto, eles aumentam também sua complexidade interna, o que resulta em sua divisão em dois ou mais subsistemas inter-relacionados. Ademais, conforme exemplifica LUHMANN (2010, pp. 128-151), o sistema jurídico possui acoplamentos estruturais com o sistema político e com o sistema econômico.

Destarte, com a divisão da sociedade moderna em subsistemas com o objetivo de reduzir a desorganização social e a complexidade do ambiente, de acordo com NEVES (1996, p.96), temos como resultado o aumento da complexidade sistêmica, o que nos permite afirmar que vivemos em uma hipercomplexidade sistêmica.

Nesse contexto, Marcelo Neves, com base nas características descritas acima e na teoria dos sistemas sociais de Luhmann, compreende o Brasil e os países da América Latina como países da modernidade periférica, pois, segundo o autor, o “terceiro mundo” não pode ser representado pelas teorias europeias e norte-americanas, como também pelas ideias de modernização e dependência do capitalismo utilizadas como base em suas políticas desenvolvimentistas. Com fundamento nesses argumentos, o autor divide a sociedade mundial em duas dimensões sincrônicas: centro e periferia da modernidade (NEVES, 2004, p. 146).

Ademais, ele acrescenta que essa divisão tem como alicerce o desenvolvimento econômico e social dos países, sendo eles fatores de grande influência na construção dos sistemas sociais, principalmente no político e no jurídico (NEVES, 2006, pp. 226-227). Além disso, descreve os fatores locais responsáveis pelo desenvolvimento, como a Complexidade que é tida pela teoria Luhmanniana como elemento impulsionador da modernidade (LUHMANN, 1983, pp. 45 e 172).

Consoante Neves, a modernidade periférica tem como principal característica lidar com a hipercomplexidade do ambiente de forma desorganizada. Com isso, a autonomia dos subsistemas que compõem nossa sociedade, tais como o Direito e a política, é afetados, não existindo o seu pleno funcionamento, tendo como consequência a não efetivação do Estado de Direito, devido aos bloqueios existentes nesses subsistemas. Assim sendo, NEVES (1992; 2006 pp. 239 e ss.) acrescenta que, por não possuírem sistemas autônomos e em pleno funcionamento, os países de modernidade tardia possuem uma “complexidade desestruturada”.

Além disso, o autor explica que a complexidade desestruturada presente nos países de modernidade tardia é resultado da “corrupção sistêmica”, que pode ser definida como o

bloqueio do funcionamento operativamente fechado de um sistema determinado – uma espécie de falha no “fechamento estrutural”. Tal fenômeno é reconhecido por LUHMANN, (2007, p. 258) como presente no Direito e na Política, não podendo ser resumido apenas pela busca de interesses particulares nessas esferas; a corrupção é sistêmica e generalizada afetando as expectativas sociais do *ser* e do *dever ser* como as do “agir e vivenciar”.

Destarte, com fundamento nessas ideias, Neves analisa a positividade do direito, a efetividade da Constituição, os direitos sociais, a cidadania, o Estado Constitucional de Direito, a inclusão e a política, verificando a sua aplicação não só no Brasil, mas em todo o mundo, especificamente nos países de modernidade tardia, observando as discrepâncias entre o que prevê a lei e a realidade social.

### **1.3 As Constituições Simbólicas e as Dificuldades de Colocar em Prática o Estado Democrático de Direito**

Para alcançar as metas pretendidas nesse primeiro capítulo e esgotá-lo também se faz necessária a compreensão do Conceito de Constituição Simbólica desenvolvido por Marcelo Neves com alicerce no conceito de constituições nominalistas de LOWENSTEIN (1976, p.217), e na ideia de seletividade jurídica. Tal conceito se aplica à realidade da América Latina na medida em que devido à complexidade desestruturada, a corrupção sistêmica que resultam na exclusão social, as Constituições desses países na maioria das vezes acabam sendo simbólicas, meras folhas de papel conforme entende Ferdinand Lassalle<sup>2</sup> em seu conceito sociológico de Constituição, pois não se consegue colocar em prática aquilo que fora positivado.

Em concordância com esse ideal teórico, HABERMAS (1999, p. 229) afirma que, em tais contextos, a letra imaculada do texto constitucional não é mais do que a fachada simbólica de uma ordem jurídica altamente seletiva.

Dessa maneira, quando os subsistemas sociais do Direito e da Política não são autônomos, devido à corrupção sistêmica, seus mecanismos de inclusão não alcançam a sociedade como um todo e eles funcionam de forma seletiva, o que impede a efetivação dos direitos fundamentais, da cidadania e em consequência do Estado democrático de Direito.

<sup>2</sup> Ferdinand Lassalle fora um sociólogo Alemão de grande destaque para as teorias do direito, autor do livro: A Essência da Constituição e do conceito sociológico de Constituição ao estabelecer que tal documento deve descrever rigorosamente a realidade política do país, sob pena de não ter efetividade, ser considerado uma mera folha de papel.

Dessa forma, esses fatores são responsáveis pela marginalização, exclusão e pela desigualdade social em contrapartida dos privilégios presentes em nossa sociedade, sendo essas as principais características dos países de modernidade tardia, visto que na modernidade periférica os “marginalizados” são encarados como subcidadãos, excluídos e subintegrados ao sistema jurídico, para quem os direitos não são concretizados.

Além disto, NEVES (1994, p. 268) acrescenta que o problema da modernidade periférica é a dificuldade de colocar em pratica um sistema jurídico autônomo. Conforme o autor, na modernidade periférica, o sistema jurídico e o político não funcionam de forma autônoma, o que gera a exclusão de parte da sociedade e a não efetivação plena desses sistemas.

Todavia, LUHMANN (2010 p.498) não acredita na inclusão como alternativa para efetivação desses sistemas, visto que ele entende a inclusão generalizada de forma pessimista e cética, uma vez que segundo o sociólogo a afirmação que todos poderiam participar da sociedade de forma igualitária não é verdadeira. Para o autor a desigualdade não é uma condição passageira ou desenvolvimentista, conforme argumentam outros doutrinadores e as ideias capitalistas, em suas teorias a respeito da modernização, visto que para ele por razões ecológicas não é possível em âmbito mundial o mesmo grau de bem estar social.

Segundo LUHMANN (2007, p. 499), a inclusão na sociedade moderna é resultado do efetivo funcionamento e da interação dos diversos sistemas sociais separadamente. Dessa maneira, a adaptação das Políticas econômicas locais ao mercado globalizado não garantiria o seu pleno desenvolvimento como propõem as Teorias Modernização. Dessa forma, para o autor a exclusão é o principal fator responsável pelos contextos periféricos e pela “modernidade tardia”.

A sociedade brasileira é marcada pela corrupção e exclusão, uma vez que muitos não possuem participação nos sistemas sociais que compõem o nosso país, o que resulta na negativa de direitos fundamentais como educação, saúde, da segurança que conseqüentemente resultam na marginalização de parte da sociedade.

O Brasil, como consequência do Constitucionalismo Social do século XX, que promoveu a evolução do modelo de Estado – de Liberal (passivo) para Social (intervencionista) – adota, quanto a sua extensão, uma Constituição Dirigente, sob forte influência do Constitucionalismo português de 1976 e da doutrina Europeia (CANOTILHO, 1998, p.1351).

A Constituição Dirigente se volta à garantia do existente, aliada a instituição de um programa ou linha de direção para o futuro, sendo estas suas duas finalidades. Ou seja:

contém metas que devem ser cumpridas no futuro com o auxílio dos poderes Legislativo e Executivo para o seu integral cumprimento.

A nossa Constituição cidadã de 1988, além de adotar um modelo de Estado Social, com o objetivo de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, também institui um Estado Democrático de Direito. Dessa forma, nossa Carta atual almeja a efetivação de um Estado Liberal, Social e Democrático, unindo assim esses três modelos.

Entretanto, as políticas adotadas no Brasil e na América Latina não conseguiram colocar em prática aquilo que as suas Constituições preveem, havendo falhas estruturais do poder público na concessão dos direitos dos cidadãos que passaram a pleiteá-los por via judicial. Assim sendo, o Poder Judiciário ganha grande relevância na concretização da Constituição, ao suprir por meio de suas decisões as omissões dos poderes Executivo e Legislativo.

O Judiciário, dentro desse novo contexto, é submerso por ações individuais com o objetivo de satisfazer direitos constitucionais, situação que propicia o surgimento do ativismo judicial, tendo em vista que a paralisia dos demais poderes persiste, bem como a violação generalizada de direitos.

Ademais, com a edição da emenda constitucional nº45 (EC/45), por influência do sistema *Common Law* a “jurisprudência” e “os precedentes” ganham um papel de destaque, bem como a criação das súmulas vinculantes ocorrendo uma ampliação do papel do judiciário e seu “empoderamento”.

Nesse ínterim, à medida que os países de modernidade tardia enfrentam grandes dificuldades de colocar em prática as previsões constitucionais, principalmente as que se referem aos direitos fundamentais (a Constitucionalização Simbólica a que se refere Marcelo Neves), eles apresentam também, como consequência, dificuldades de colocar em prática o Estado Democrático de Direito.

Destarte, nas primeiras ameaças de crise, os direitos fundamentais são objeto de contenções, sob o argumento de falta de verbas e do princípio da Reserva do Possível, vivenciando esses países de modernidade tardia uma constante crise do Estado de Bem-Estar Social. Com isso, as violações aos direitos fundamentais passam a ser questionadas e reivindicadas por meio do Judiciário e isso resulta, de acordo com BARROSO,(2008 p. 3), em uma Politização do Judiciário e na Judicialização da Política, visto que vivenciamos um controle judicial das políticas sociais. Ou seja, ampla atuação do judiciário diante das omissões estatais, uma vez que as questões que deveriam ser analisadas pelo Legislativo e pelo Executivo, eleitos pelo povo, acabam sendo apreciadas pelo Judiciário.

Por conseguinte, a ampla atuação do Judiciário explorada ao longo desse capítulo se iniciou no Brasil com a redemocratização recente e a promulgação da Constituição de 1998, que ampliou as garantias do Poder Judiciário e instituiu um Jovem Estado Democrático de Direito. Ademais, a dificuldade de efetivação da Constituição, a aprovação da Emenda Constitucional (EC/45) e a apropriação das “ideias fora do lugar” também são outros fatores responsável por essa atuação atípica do Judiciário.

Na América Latina, de forma semelhante ao contexto brasileiro, a redemocratização recente, a instituição de jovens Estados Democráticos de Direito pelas Constituições que enfrentam dificuldades para a sua efetividade também são responsáveis por essa atuação atípica do Judiciário. A exemplo disso, na América Latina, pode-se citar o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) pelas Cortes Constitucionais da Colômbia e do Peru, e, em sede de medida cautelar, pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil. O ECI, que será objeto do próximo capítulo, é considerado uma modalidade de sentença que tem como escopo promover a efetividade da Constituição, à medida que objetiva suprir as omissões Legislativa e Executiva, tirando o Estado da inércia.

## CAPÍTULO II

### A DECLARAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NOS PAÍSES DA AMÉRICA LATINA

#### 2.1 O Estado de Coisas Inconstitucional

Esse segundo capítulo possui como escopo estudar a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) e o seu reconhecimento pelas Cortes Supremas da Colômbia, Peru e do Brasil, apontando suas semelhanças, diferenças e os possíveis impactos de sua declaração, partindo da ideia de que o simples reconhecimento dos Direitos Fundamentais por parte das Constituições Democráticas não implicou a sua proteção e efetivação de forma plena. Na verdade, essa conjuntura de violações sistemáticas de direitos fundamentais, e a inércia das autoridades competentes não é uma realidade apenas brasileira, mas sim dos denominados países “periféricos” e de “Modernidade tardia”.

Dessa maneira, tendo como norte a realidade histórica, social, política e cultural desses países da América Latina, assim como as dificuldades enfrentadas para materialização de suas Constituições, a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional surge na corte Constitucional da Colômbia, em 1997, conferindo poderes à Suprema Corte do país para corrigir essas situações de violações sistemáticas aos direitos fundamentais.

O Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) pode ser definido, conforme CAMPOS (2015, p.2), como um mecanismo ou uma técnica jurídica de origem jurisprudencial, adotada inicialmente pela Corte Constitucional da Colômbia na sentença nº SU-559, de 6/11/1997<sup>3</sup>, na qual a suprema corte reconhece a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional, ou seja, um conjunto de violação aos direitos fundamentais que ultrapassa a esfera da simples omissão inconstitucional por parte de uma esfera do Poder Público e consiste numa falha estrutural e generalizada na concessão desses direitos, que não poderia ser atribuída a um único órgão e afeta um número indeterminado de pessoas, geralmente um grupo vulnerável. Ao declarar o ECI, além de defender os direitos do grupo envolvido, a corte procurou proteger as dimensões

<sup>3</sup> COLÔMBIA. **Corte Constitucional, sentença SU-559 de 1997**. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em 09.09.2016.

objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, a efetividade e a supremacia da Constituição Colombiana.

Apesar de ter sua origem na Colômbia, ela não foi o único país a reconhecer esse instituto do Constitucionalismo Contemporâneo, que ganha força fora das teorias Americanas e Europeias, e do tradicional eixo, ou seja, “fora do lugar” e da reprodução dos antigos modelos descontextualizados. Segundo GARAVITO, (2010, p.436) países como Peru, Índia, África do Sul, dentre outros, também incorporaram as ideias de ECI no que diz respeito a temas sociais como a fome, analfabetismo e saúde. Nesse estudo, no entanto, teremos como foco a incorporação do ECI pelas cortes supremas da América Latina, notadamente a Colômbia, o Peru e, recentemente, o Brasil.

## **2.2 O Reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional pela Corte Constitucional Colombiana**

Ademais do caso paradigmático citado no tópico anterior, a Corte Constitucional Colombiana reconheceu o ECI em diversos outros casos como na sentença T-068 de 1998<sup>4</sup> que tinha como objeto os direitos dos aposentados pensionistas ao recálculo e pagamento das verbas previdenciárias, nas sentenças SU-250 de 1998<sup>5</sup> e T-1695 de 2000<sup>6</sup>, no que se referia a obrigação do Estado a realizar o concurso para notório, na sentença T-153 de 1998, e T-606 de 1998<sup>7</sup>, no que diz respeito ao sistema carcerário na Colômbia, na sentença T-590 de 1998<sup>8</sup> ao declarar a omissão do Estado nas políticas públicas de concessão de direitos aos defensores dos Direitos Humanos na Colômbia, dentre outras.

<sup>4</sup> COLÔMBIA. **Corte Constitucional, sentença T-68 de 1998**. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martinez Caballero. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-068-98.htm>. Acesso em 09.09.2016.

<sup>5</sup> COLÔMBIA. **Corte Constitucional, sentença SU-250 de 1998**. Magistrado Ponente: Alejandro Martinez Caballero. Disponível em: [http://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/-43561733?\\_ga=1.105169735.550108658.1477554481](http://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/-43561733?_ga=1.105169735.550108658.1477554481). Acesso em 09.09.2016.

<sup>6</sup> COLÔMBIA. **Corte Constitucional Colombiana. Sentença T-1695 de 2000**. Magistrada Ponente :Dra. Martha Victoria Sáchica Méndez. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-1695-00.htm>. Acesso em 09.09.2016.

<sup>7</sup> COLOMBIA. **Corte Constitucional Colombiana. Sentença T-153/1998**. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm>. Acesso em 09.09.2016. COLOMBIA.

<sup>8</sup> COLÔMBIA. **Corte Constitucional, sentença T-590 de 1998**. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martinez Caballero. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-590-98.htm>. Acesso em 09.09.2016.

A decisão mais recente da referida corte de 2004, na sentença T-025<sup>9</sup> se refere às populações deslocadas, que migram em função da violência e desrespeito aos seus direitos fundamentais em busca de melhores condições de vida.

São pressupostos destacados por GARAVITO (2009, p.15) e CAMPOS (2015, p.5) para o reconhecimento do ECI pela corte colombiana, características comuns, chamadas de condições de processo: I) a violação massiva, generalizada contínua e sistemática dos direitos fundamentais, não apenas a sua proteção deficiente; II) Tal violação deve alcançar um grande contingente indeterminado de pessoas; III) a omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações- ou seja, é necessária uma falha estrutural, uma falta de coordenação entre os poderes Legislativo, Executivo na realização de medidas administrativas e orçamentárias, não sendo suficiente a inércia de uma única autoridade pública, mas do Estado e de seus órgãos como um todo; IV) a necessidade de medidas dirigidas a uma pluralidade de órgãos para superação do quadro de inconstitucionalidades. Conforme, ARIZA,(2013, p.142) seriam necessários remédios de “igual ou similar alcance” para o combate ao mau funcionamento histórico e estrutural do Estado.

Além disso, diante de tais omissões ao declarar o ECI, a corte não decidiu apenas em favor dos que recorreram ao judiciário ou apenas das autoridades apontadas como omissas pelos demandantes, as decisões tiveram como objetivo beneficiar todos que vieram ou poderiam vir a ter seus direitos violados nas mesmas circunstâncias, e não apenas os direitos individuais daqueles que entraram com a ação, evitando-se, dessa forma, o uso exacerbado das ações de tutela e a concentração de demandas semelhantes de cunho individual.

Além de determinar aos órgãos e autoridades providências necessárias para a superação das omissões inconstitucionais, a corte tem como função realizar o monitoramento de sua aplicação efetiva. Nesse contexto, GRAVITO (2009, p.16) afirma que devido à situação de litígio estrutural que resulta na declaração do ECI e a necessidade de mudanças estruturais sérias, o Judiciário deve adotar medidas complexas para a superação das inconstitucionalidades, tais quais: interferir nas escolhas orçamentárias, na implementação, avaliação e na formulação das políticas públicas.

Todavia, destaca ROULEAU (2009, p.171) que o Judiciário não poderia detalhar as políticas públicas ou entrar no mérito das escolhas do administrador. O seu papel seria o de formular ordens flexíveis, que seriam monitoradas. Dessa maneira, os demais poderes teriam

<sup>9</sup> COLÔMBIA. **Corte Constitucional, sentença T-025 de 2004**. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em 09.09.2016.

liberdade de criação legislativa e de execução das políticas, existindo a obrigação de implementação, mas uma margem de escolha. Diante dessa consequência do reconhecimento do ECI, na visão de Campos, (2015, p. 5) o papel da Corte Constitucional Colombiana seria mais o de retirar a máquina estatal da inércia e fiscalizar a atuação dos demais poderes, sendo o juiz um “coordenador institucional” e não um elaborador de políticas públicas.

Nesse sentido, NAGEL (1978, p.662) ao se referir ao papel do judiciário após a declaração do ECI, entende que o juiz exerce um papel tipicamente do Legislativo e do Executivo. Essa atuação é chamada por CAMPOS (2004, p.314) de “Ativismo Judicial Estrutural”, essa atuação sofre fortes críticas, sob argumento de ilegitimidade democrática e institucional de atuação do Judiciário, à medida que essas decisões violariam a separação dos poderes.

No entanto, esses argumentos são refutados sob a alegação de que essa atuação judicial era essencial para a superação dos bloqueios políticos, institucionais, pois permitiria um diálogo entre a sociedade e os poderes.

Segundo CAMPOS (2004, p.332), o ativismo judicial estrutural, em sua dimensão dialógica é legítimo, pois as imposições judiciais são flexíveis e o monitoramento não retira a participação dos demais poderes, permitindo a superação das inconstitucionalidades e a efetividade da Constituição, ainda que não seja considerado o meio ideal para a superação da paralisia estatal e da falta de interesse político na defesa de grupos vulneráveis.

Destarte, o autor entende que mesmo com o reconhecimento do ECI e a imposição de medidas pelo Judiciário a serem adotadas, não são possíveis em todos os casos superar as inconstitucionalidades, tendo como fatores responsáveis por isso a falta de recursos financeiros, bem como a falta de fiscalização do Judiciário das políticas legislativas e executivas.

Cumprido destacar que o seu reconhecimento promoveu impactos positivos na Colômbia, pois, à medida que provocou reações e mobilizações populares, possibilitou o debate com os demais setores da sociedade a respeito dos temas e passou a influenciar o comportamento dos atores políticos.

### 2.3 O reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional pela Corte Constitucional Peruana

No contexto do Peru, o Tribunal Constitucional Peruano, utilizando como referência a sentença SU-559-7 da suprema corte colombiana também reconheceu o ECI, todavia adotou conforme WONG (2009,p. 350) um conceito próprio e específico que possui fundamentos e pressupostos diferentes daqueles adotados pela Colômbia.

Na sentença 2579-2003-HD/TC, conforme LY, TELLO(2014, p.8) em ação de Habeas Data, promovida por Julia Arellano Serquén contra o Conselho Nacional da Magistratura, com o objetivo de obter informação denegada sobre sua conduta e idoneidade no cargo. O tribunal peruano reconheceu a insuficiência dos mecanismos processuais e o acúmulo de processos devido a demandas repetitivas referentes a temática os direitos fundamentais.

Além disso, estabeleceu como requisitos para declaração do ECI: a violação generalizada de direitos fundamentais, seja aquela perpetrada por um único ato, seja por um conjunto de atos. Nesse sentido, a corte peruana apontou, na sentença supramencionada, em seu fundamento nº 19, os efeitos do reconhecimento do ECI: o requerimento a um ou mais Órgão Público para que, em um prazo razoável, realizem ou deixem de realizar algo com objetivo de suprir a inconstitucionalidade declarada.

Dessa forma, segundo LY, TELLO (2014 p.9), uma das principais características no reconhecimento do ECI no Peru é o fato de estender os efeitos, antes *inter partes*, das sentenças, a todos que tiveram seus direitos fundamentais violados, nos casos de violações generalizadas a direitos.

Diante do exposto, de acordo com LY, TELLO (2014 pp.10-12), a declaração do ECI no Peru apresenta semelhanças e diferenças, visto que ambos os sistemas têm como objetivo principal combater a violação massiva a direitos fundamentais, protegendo sua dimensão objetiva e subjetiva, evitando a acumulação de ações de tutela e o congestionamento judicial por demandas repetitivas. Também são semelhantes os efeitos nos quais os tribunais determinam ações ou omissões aos órgãos públicos para combater as inconstitucionalidades e defender a supremacia da Constituição.

Já no que se refere às diferenças, podemos citar o pressuposto da Corte Peruana de violação por parte de apenas um órgão público, diferentemente da Corte Colombiana, que prevê a necessidade de violação generalizada, de mais de um órgão público. No Peru, o ECI pode ser declarado diante de um único ato; ou seja, como resultado da simples interpretação equivocada de uma lei, por exemplo.

Destarte, observamos que o sistema peruano apresenta pressupostos menos rigorosos para a declaração ao prevê que após prazo fixado pelo tribunal os órgãos omissos devem apresentar as medidas adotadas para superar as inconstitucionalidades apontadas.

#### **2.4 O Reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional em Sede Medida Cautelar no Brasil**

No Brasil como consequência da sua realidade histórica, social, política e cultural latino-americana, das dificuldades de materialização de nossa Constituição e consequentemente dos direitos fundamentais nela positivados, essa teoria também foi adotada recentemente pela nossa Suprema Corte Constitucional.

A aplicação dessa teoria ao contexto brasileiro e o reconhecimento de forma parcial pelo Supremo Tribunal Federal ocorreram em maio de 2015, por meio da ação Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 347) proposta pelo Partido Socialista e Liberdade (PSOL), na qual se postulava pela declaração que a situação atual do sistema penitenciário brasileiro viola preceitos fundamentais da Constituição Federal – diversos direitos fundamentais dos presos – e, em razão disso, requeria-se que o tribunal determinasse providências com o objetivo de sanar essas graves lesões aos direitos dos presos.

A ação supramencionada tem como base a representação formulada pela Clínica de Direitos Fundamentais da Universidade do Estado do Rio (UERJ) e o parecer do Professor Titular de Direito Penal da universidade, Juarez Tavares, bem como documentos que atestam a dramática situação das prisões brasileiras, descritas por SARMENTO (2015, p.12) na petição inicial da já referida ação, como verdadeiros “infernos Dantescos” de violação generalizada aos direitos humanos.

Tal quadro de violações conforme SARMENTO (2015, p.15) que assina a petição inicial da ADPF 347 é de amplo conhecimento das autoridades públicas e da sociedade, visto que a Câmara dos Deputados promoveu a CPI do Sistema Carcerário, cujo corajoso relatório final, publicado em julho de 2008<sup>10</sup>.

Conforme, a autor a situação chegou ao ponto de motivar intervenções da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que condenou o Estado brasileiro a cumprir medidas provisórias para garantir a erradicação das situações de risco e providenciar a proteção à vida

<sup>10</sup> Câmara dos Deputados. **Relatório da CPI do Sistema Carcerário, 2009**, p. 172. (doc. 6). Disponível também em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>>. Acesso em 09.09.2016.

e à integridade pessoal, psíquica e moral de pessoas privadas de liberdade em várias penitenciárias do país.

É caso do Centro Penitenciário Professor Aníbal Bruno, de Recife/PE, da Penitenciária Urso Branco, de Porto Velho/ RO, do Complexo do Tatuapé, de São Paulo/SP, da Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira, de Araraquara/ SP, e do Complexo de Pedrinhas, de São Luiz/MA. A Comissão Interamericana, nesse mérito, concedeu medidas cautelares contra o Estado Brasileiro para salvaguardar a vida e a integridade pessoal dos internos do Presídio Central de Porto Alegre/ RS.

Além disso, SARMENTO (2015, p.17) ressalta na ADPF 347 que a situação carcerária brasileira é visivelmente incompatível com a Constituição de 1988, a carta cidadã, visto que viola diretamente preceitos fundamentais consagrados por ela, tais quais: o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a vedação à tortura e ao tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), as sanções cruéis (art. 5º, XLVII, “e”), a previsão de cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (art. 5º, XLVIII), o direito dos presos ao respeito a sua integridade física e moral (art. 5º, XLIX) e a presunção de inocência (art. 5º, LVII).

Igualmente, inúmeros outros direitos fundamentais como saúde, educação, alimentação adequada e acesso à justiça são negados à população carcerária. Ademais, diversos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo país, como o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, seriam afrontados pela realidade dos presídios brasileiros.

O Brasil, segundo o Ministro Marco Aurélio, relator da ADPF 347<sup>11</sup>, com base nos dados da Comissão parlamentar de inquérito da Câmara dos Deputados (2007/2009) e do Conselho Nacional de justiça (CNJ) e da Clínica de Direitos fundamentais da UERJ, possui a terceira maior população carcerária do mundo e perde apenas dos Estados Unidos e da China. Levando em conta os presos apenas em presídios e delegacias, o nosso país fica em quarto lugar, logo após a Rússia.

<sup>11</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 347 – DF. Rel. Min. Marco Aurélio**. Informativo STF, n. 798. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>>. Acesso em: 05.05.2016.

Como adverte o Ministro do STF, vivemos uma “cultura de encarceramento” sendo possível também apontar responsabilidades ao poder Judiciário, visto que 41% desses presos estão sob Custódia provisória, e muitos outros ficam presos além do tempo fixado em sentença. Ou seja, haveria uma “falha estatal estrutural” através da qual são observadas ações e omissões de diversos órgãos Estatais.

Esse contexto tem como fator de forte influência a opinião pública, uma vez que se trata de uma pauta impopular e de uma minoria estigmatizada que, segundo o senso comum, perde sua dignidade e direitos em virtude da prática delitos. E pelo fato de os poderes políticos ignorarem essa realidade, não há sensibilidade legislativa com essa problemática, não apenas por temor de represália da opinião pública, mas também porque os presos têm seus direitos políticos suspensos até o cumprimento de suas penas, não sendo assim votos a serem conquistados pelos políticos brasileiros.

Assim sendo, diante desse quadro gravíssimo de violação de preceitos fundamentais e direitos fundamentais dos presos pelas ações e omissões dos poderes públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, na ADPF 347 postula-se que o Supremo Tribunal Federal reconheça a existência do "Estado de Coisas Inconstitucional" e expeça medidas para tentar resolver a situação das prisões brasileiras.

Nesse sentido, a corte superior ainda não julgou definitivamente o mérito da ADPF, mas já apreciou liminarmente os oito pedidos realizados e decidiu conceder parcialmente a tutela requerida através: I) do pedido de redução do número de prisões provisórias por meio da motivação das prisões pelos magistrados com as justificativas para não adoção de medidas cautelares alternativas à privação da liberdade; II) do pedido de realização de audiência de custódia; III) da liberação das verbas do Fundo Penitenciário (FUNPEN). Os pedidos que envolviam tempo de prisão foram considerados insubsistentes devido à falta de previsão legal que alicerçasse o seu acolhimento.

Por conseguinte, o STF entendeu, conforme voto do ministro Marco Aurélio, relator da medida cautelar, que é seu papel retirar os demais poderes da inércia, coordenar ações com o objetivo de resolver o problema e monitorar os resultados alcançados, pois a intervenção judicial seria necessária diante da incapacidade demonstrada pelas instituições legislativas e administrativas para solucionar tais problemas.

Além disso, a violação à dignidade humana e ao mínimo existencial, conforme MENDONÇA (2010, 97-98) autoriza a judicialização do orçamento. Essa atuação do judiciário se alicerça na existência de um ponto cego legislativo, devendo assim existir, diante desses casos, uma atuação judiciária equilibrada e pautada no Estado democrático de Direito.

No entanto, o STF também deixa claro, por intermédio do voto do Ministro relator, que não lhe compete substituir o papel do Legislativo e do Executivo na consecução de suas tarefas próprias e que não lhe incumbe definir o conteúdo próprio dessas políticas, os detalhes e os meios que podem ser empregados.

O STF não seria o elaborador das políticas públicas, mas sim um coordenador institucional dessas políticas, provocando os demais poderes e retirando-os da inércia, por meio de ordens flexíveis e pelo monitoramento da efetividade das medidas adotadas pelos demais poderes. Essa atuação equilibrada do judiciário evitaria o empoderamento judicial exacerbado e a integração institucional dos poderes para promover a efetividade da Constituição.

Apesar das ponderações do STF na medida cautelar, o reconhecimento do ECI gerou grandes discussões a respeito do papel do Poder Judiciário e do Supremo Tribunal Federal e dos limites a sua atuação. Surgiram questões como: qual papel o STF está legitimado a desempenhar ante um estágio de elevadas inconstitucionalidades? O exercício de papel atípico pela corte caracterizaria uma violação à democracia ou ao princípio da separação dos poderes? Seria uma ameaça ao próprio Estado Democrático de Direito? Existe uma tendência de empoderamento judicial no Brasil e na América latina que ganha força com o reconhecimento do ECI? Tais discussões serão melhor explanadas no próximo capítulo.

## CAPÍTULO III

### QUESTÕES ACERCA DO RECONHECIMENTO DO ECI NO BRASIL E DA TENDÊNCIA DE “EMPODERAMENTO” DO JUDICIÁRIO NA AMÉRICA LATINA

#### 3.1 Os Limites à Atuação do Poder Judiciário no Brasil

Nesse último capítulo serão discutidas as possíveis consequências do reconhecimento do ECI na América Latina, destacando a tendência de “empoderamento” judicial presente nesses países, visto que, apesar de não existir ainda uma posição definitiva de nossa corte suprema a respeito do tema, o seu reconhecimento liminar gerou grandes discussões doutrinárias, especialmente no que se refere às possíveis consequências e aos limites da atuação do Judiciário no Brasil e na América Latina.

O Estado de Coisas Inconstitucional enfrenta severas críticas da doutrina no que diz respeito à legitimidade do STF em reconhecê-lo. Como destaca SARMENTO (2015, p.31) na inicial da ADPF-347, a principal objeção ao seu reconhecimento é a de que não se trata de um instituto democrático, tendo em vista que os juízes não foram eleitos pelo povo e interfeririam em políticas públicas que seriam de competência dos poderes Legislativo e Executivo. Além disso, o Judiciário não possuiria competência necessária para resolver problemas estruturais tão complexos.

Esse argumento contrário ao ECI é desconstruído por Sarmento na inicial da ADPF-347, com base no conceito de democracia como sistema político que tem como pressuposto essencial à defesa dos direitos fundamentais e não apenas das maiorias, como também das minorias vulneráveis e impopulares como os presos brasileiros.

Dessa maneira, embora não seja um papel típico do Judiciário a intervenção nas políticas públicas, as violações generalizadas aos direitos fundamentais decorrentes das ações e omissões dos demais poderes devem ser combatidas, existindo assim uma justificativa democrática para essa atuação atípica do judiciário.

O Ministro do STF Luiz Roberto Barroso em seu voto-vista proferido no R.E.580.525<sup>12</sup>, adota essa posição a respeito do Ativismo Judicial, vejamos:

“(...) o quadro crônico de omissão e descaso com a população carcerária exige que este Supremo Tribunal Federal assumira uma postura ativa na construção de soluções

<sup>12</sup> STF.Voto-Vista Proferido no R.E.580.525.

para a crise prisional, impulsionando o processo de superação do atual estado de inconstitucionalidade que envolve a política prisional do país. Sua intervenção estaria plenamente justificada na hipótese, porque se daria para proteger e promover os direitos fundamentais de uma minoria que, além de impopular e estigmatizada, não tem voto. Faltam assim, incentivos para que as instâncias representativas promovam a melhoria das condições carcerárias”.

Outra objeção dos contrários ao ECI, apontada por Sarmento à atuação proativa do Judiciário, diz respeito ao seu possível déficit de expertise em temas multidisciplinares subjacentes às políticas públicas. Tal crítica é igualmente rebatida pelo autor com base no princípio da inafastabilidade da apreciação jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF), uma vez que, diante das graves violações aos direitos humanos, o Judiciário não pode se omitir.

Além disso, as decisões judiciais na declaração do ECI devem ser equilibradas, devendo-se adotar uma postura flexível. Conforme CAMPOS (2015, p.5) ao adotar decisões flexíveis o Judiciário atuaria de forma dialógica com os demais poderes, existindo uma margem de escolhas por parte do Executivo e Legislativo, o que possibilitaria a adoção de medidas realmente eficazes para a superação as inconstitucionalidades por meio da atuação conjunta dos poderes.

Ademais, como justificativa às negativas de direitos, observamos que muito se recorre à alegação da falta de recursos, bem como à Teoria da Reserva do Possível<sup>13</sup>. Todavia, como dispõe BARROSO, (2012,p.84), essa não é uma justificativa legítima para a denegação dos direitos fundamentais mais básicos da população, visto que tais direitos se enquadram no “Mínimo Existencial”<sup>14</sup> não estando, assim, sujeitos à Reserva do Possível.

O próprio STF, por meio de sua jurisprudência<sup>15</sup>, tem se posicionado no sentido de que a ausência de recursos e autorização orçamentaria não pode ser utilizada como justificativa para não concessão de direitos que configuram o mínimo existencial.

Pelo exposto, conforme BARROSO, (2012,p.84), percebe-se que o Judiciário na atualidade é alvo de fortes críticas, sob argumento de que sua atuação violaria diversos princípios, tais como o princípio da Separação Dos Poderes expresso no art. 2º da CRFB/88<sup>16</sup>

<sup>13</sup> Consoante SARLET (2003, p.265), a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.

<sup>14</sup> O “Mínimo Existencial” consoante BARROSO (2012,p.84), pode ser definido com as condições materiais básicas indispensáveis para a vida digna.

<sup>15</sup> STF. **Ag. Reg. no R.E, com Ag. 745.745, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello**, julgado em 02/12/2014.

<sup>16</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília**, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

e o princípio da Imparcialidade do Juiz, que, embora não esteja expresso, é uma garantia Constitucional.

Por outro lado, a favor da atuação mais incisiva do Judiciário, tem-se que, apesar de não serem eleitos pelo povo, seus membros são órgãos com previsão constitucional, que se integram à função jurisdicional por meio de concursos públicos, nomeação do chefe do Executivo (SFT) ou por meio da regra do Quinto Constitucional, expressa no art. 94, caput da CRFB/88. Ademais, encontrando-se todos os poderes abaixo da Constituição. Além disto, as decisões judiciais devem ser motivadas, conforme o art. 93, IX da CRFB/88. Tal como, é um direito e uma garantia fundamental que a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito, conforme art.5, XXXV, da CRFB/88.

Também no que diz respeito aos argumentos favoráveis a atuação do Poder Judiciário na ADPF/345, conforme informativo nº345<sup>17</sup> do STF, que versa sobre a questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental, no que diz respeito à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais em face da cláusula da "reserva do possível" e a necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do "mínimo existencial. O ministro Celso de Mello<sup>18</sup>, se posicional no sentido, vejamos:

“O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.” Para mais, entende o Ministro no julgado que se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.”

<sup>17</sup> INFORMATIVO Nº345 STF Brasília, 26 a 30 de abril de 2004- Nº345.

<sup>18</sup> INFORMATIVO Nº345 STF Brasília, 26 a 30 de abril de 2004- Nº345.

Dessa forma, Celso de Mello entende que a limitação de recursos existentes é uma contingência que não se pode ignorar e deve ser levada em conta pelo intérprete ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado.

Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição.

Assim sendo, o Estado não pode utilizar como desculpa a reserva do possível para não conferir o mínimo existencial aos seus cidadãos; isso comprometeria a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental.

Destarte, o Poder Judiciário, diante da omissão dos demais poderes, por ser parte da Constituição e ter como objetivo efetivá-la, não pode ser negligente, deve atuar para suprir tais omissões, mas de forma ponderada, procurando um ponto de equilíbrio.

De acordo com BARROSO (2008,p.16), o ativismo judicial está associado a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes e ele se manifesta com a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; 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; e a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Por conseguinte, o Judiciário no Brasil tem adotado claramente posições ativistas na atualidade, tanto a judicialização da política, a politização do judiciário e o ativismo são positivos à medida que são ponderados e estão de acordo com as normas e princípios do ordenamento jurídico, visto que possibilitam a concessão de direitos que não puderam ser atendidos pelos demais poderes, tal como promovem a efetividade da Constituição e dos direitos humanos. Esses fenômenos também deixam claras as dificuldades enfrentadas pelo Legislativo e Executivo na atualidade, bem como sua necessidade de reaproximação em relação às demandas sociais para que o Estado Democrático de Direito seja efetivado.

### 3.2 Críticas ao Reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional

O Estado de Coisas Inconstitucional, essa nova forma de empoderamento ou mesmo de ativismo vitaminado, conforme STRECK (2015,p.1) não seria aplicável ao Brasil e nem mesmo acabou com as inconstitucionalidades na Colômbia, que continua tendo muitos Estados de Coisas Inconstitucionais.

Além disso, devido às dificuldades de materialização de suas Constituições, tanto o Brasil como os países da América Latina possuem um número expressivo de Inconstitucionalidades. Nesse contexto STRECK (2015,p.2) questiona como escolher as prioridades diante de tantas coisas inconstitucionais? Compete ao Judiciário elencar essas prioridades? O ECI não seria “guarda chuva” a ser utilizado pelo ativismo para justificar suas decisões? Qual o limite de uma inconstitucionalidade? O que é inconstitucional? Compete apenas ao STF julgar o ECI? Os demais tribunais não são legitimados? Enfim, o autor centraliza as suas críticas na forma como o ECI foi construído e na grande textura aberta do termo “Estado de Coisas”.

Ademais, para DE GIOGI et al. (2015,p.5) o ECI pode causar ainda mais dificuldades à eficácia da Constituição do que se imaginava, a medida que o próprio ECI poderia ser considerado Inconstitucional, bem como a própria Constituição. Como estabelecer limites ao ECI? A quem compete estabelecer esses limites? Quais as possíveis consequências desse empoderamento exacerbado, tendo em vista que o Judiciário não é infalível e incorruptível e não está longe das influências políticas, visto que na modernidade periférica também há corrupção no judiciário.

A constituição brasileira não prevê o ECI, nem estabelece parâmetros ou limites para o seu reconhecimento, o que gera debates a respeito da sua própria constitucionalidade. Questiona-se até que ponto será ele realmente eficaz e se seria, de fato, a melhor alternativa para redução das inconstitucionalidades brasileiras e latinas.

Nesse sentido, como o instituto do ECI é recente no Brasil e foi reconhecido de forma parcial em nosso país, apenas em sede cautelar, ainda não se pode precisar todo o procedimento de sua aplicação no Brasil, apontar seus limites e se os demais tribunais também seriam competentes para reconhecê-lo. O que se pode fazer nesse momento é, por meio da doutrina comparada de países de contexto semelhante, buscarmos respostas para esses questionamentos, comparando argumentos contrários e favoráveis a sua declaração. Um fato, porém, é inegável: entendemos que o reconhecimento do ECI nesses países revela uma tendência comum de “empoderamento judicial na América Latina”, que não tem origem em si

própria, mas no processo de redemocratização desses países e na sua consolidação como Estados Democráticos de Direito.

### **3.3 Tendência de “Empoderamento” Judicial na América Latina**

Nesse contexto, o reconhecimento do ECI e suas possíveis consequências têm reafirmado uma tendência de empoderamento judicial, de politização do Judiciário e judicialização da política na América Latina, à medida que o Judiciário passar a exercer um papel atípico de controle das políticas sociais.

No entanto, essa tendência já se mostrava presente, segundo BARROSO (2008, p.3), antes mesmo do seu reconhecimento em sede de cautelar no Brasil, e é considerada uma tendência mundial, uma vez que conforme BARROSO (2008,p.2) existe uma fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo.

A Judicialização da política é um fenômeno que ganhou grande destaque na atualidade e não é um processo vivenciado exclusivamente pelos tribunais brasileiros, mas, conforme verificado pelo reconhecimento do ECI na Colômbia e no Peru, uma tendência da América Latina. O Supremo Tribunal Federal (e o Poder Judiciário como um todo em nosso país) tem desempenhado um papel de extrema relevância ao tomar decisões sobre questões de largo alcance político e social. Tal fenômeno é denominado por alguns autores como BARROSO, (2008,p.3) de “Judicialização da política”, e significa que algumas questões que deveriam ser decididas pelas instâncias políticas tradicionais, tais como o Congresso Nacional e o Poder Executivo, são decididas por órgãos do Poder Judiciário.

Ademais, conforme BARROSO (2008, p.3) a judicialização gera a ampliação dos poderes dos juízes e tribunais, com alterações significativas no seu modo de participação na sociedade, tendo causas múltiplas, visto que algumas delas expressam uma tendência mundial e outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro e latino.

Na América Latina, podemos citar a redemocratização e a promulgação recente de Constituições democráticas. No Brasil, destaca-se a promulgação da Constituição de 1988, a Carta Cidadã, que ampliou as garantias à magistratura e poderes ao Judiciário para fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. Dessa forma, o Judiciário, segundo BARROSO (2008,p.3), transformou-se em verdadeiro poder Político – é o que a doutrina denomina de “politização do Judiciário”.

Além disso, o autor destaca outros fatores como a promulgação de Constituições analíticas, que tem uma maior preocupação de disciplinar os direitos e as garantias, bem como a ideia, incorporada pelo ordenamento jurídico brasileiro, de Constituição Dirigente definida por CANOTILHO (1994, p. 1.152). Segundo o mestre português, Dirigente seria a Constituição que vincula o Estado à tarefa de aplicar as normas constitucionais, traçando objetivos e metas a serem atingidos, com vistas a que tais normas programáticas não fiquem apenas no papel, mas que se promova a efetiva aplicação da Constituição.

Nesse sentido, fatores como a não concretização dos direitos previstos nas Constituições dos países da América Latina, a modernidade tardia, a complexidade desestruturada e a corrupção sistêmica que geram a não efetividade dos sistemas políticos e jurídicos, são responsáveis por essa tendência de empoderamento, visto que resultam na judicialização de demandas por parte da população.

Do mesmo modo, outros autores também definem Judicialização da política e politização do Judiciário. Segundo FERREIRA FILHO (2009 ,p.214) , a judicialização da política tem como contrapartida inexorável a politização da justiça que decorre da própria Carta constitucional em vigor, que deu base à expansão do papel político do Poder Judiciário em razão do controle de constitucionalidade, notadamente o controle concentrado.

Para SANTOS (2007, p.207) a corrupção sistêmica presente no Brasil e na América latina como um todo é outro fator responsável pelo empoderamento dos tribunais, que se ocupam em combatê-la em duas frentes: seja a corrupção dos outros poderes, seja em sua própria estrutura, fato que ocorre com maior intensidade nos países periféricos. Ainda com relação a esse tema, destaca o autor que sempre que o Poder Judiciário atua no combate à corrupção, ocorre a judicialização da política, que conduz, por outro lado, à politização da justiça, tornando-a mais controversa, visível e vulnerável politicamente.

Cumprê destacar que a adoção de um sistema misto de controle de constitucionalidade pelo Brasil que combina os sistemas Europeu e Americano também é citada por BARROSO (2008,p4) como fator de judicialização, uma vez que o sistema difuso Americano permite ao juiz ou tribunal a análise da constitucionalidade da lei e sua aplicação ou não ao caso concreto.

Já com a incorporação do sistema concentrado Europeu, por intermédio das ações do controle concentrado de constitucionalidade propostas perante o STF, ocorre à ampliação da possibilidade de se discutir direitos perante o Judiciário, tal como a perspectiva desse poder, por meio de suas decisões, suprir as omissões existentes.

Nesse sentido, conforme BARROSO(2008, p.17) a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte, visto que foi a própria Constituição que estabeleceu poderes ao judiciário com objetivo de concretizá-la e defendê-la.

A Constituição seria, assim, o documento que transforma o poder constituinte em poder constituído, isto é, Política em Direito. No entanto, o autor também ressalta que as decisões judiciais devem ser motivadas. Não há uma liberdade de atuação e nem de criação do Judiciário, que deve pautar sua atuação nas normas de nosso ordenamento jurídico. Não há uma discricionariedade ilimitada e não motivada, as decisões devem ser bem fundamentadas e motivadas e o magistrado deve ser imparcial.

O Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Na visão do autor, o Judiciário deve sim proteger os Direitos Humanos e contribuir para a efetividade da Constituição.

Por conseguinte, BARROSO (2008,p.11) destaca que os magistrados não têm vontade política própria, visto que ao aplicarem a Constituição e as leis estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo. Dessa maneira, a sua atuação não viola o princípio da separação dos poderes.

Veja-se que não teria como ser diferente, pois como em seus julgados é necessário atribuir sentido a expressões vagas, de textura aberta, como “dignidade da pessoa humana” ou “boa-fé objetiva”, tornam-se, os tribunais e juízes em muitas situações, como afirma o ilustre doutrinador, coparticipantes do processo de criação do Direito.

## CONCLUSÕES

A dificuldade de estabilização do Estado Democrático de Direito é uma característica comum aos países da América Latina, de democracias recentes e fragilizadas, que enfrentam grandes barreiras para a efetivação dos direitos fundamentais, como resultado do seu contexto, histórico, social e cultural.

Essa dificuldade de promover a efetividade da Constituição nesses países e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais, é responsável pela ampliação do papel do Judiciário, à medida que a população tem recorrido cada vez mais a esse poder público para ter seus direitos atendidos – o que resultou em sua atuação atípica para suprir as omissões dos poderes Legislativo e Executivo.

Nesse sentido, entendemos que o poder Judiciário, diante das omissões dos demais poderes, por ter previsão Constitucional e ter como objetivo efetivá-la, não pode ser negligente e deve atuar para supri-las, mas de forma ponderada, a luz do mínimo existencial e da reserva do possível, procurando um ponto de equilíbrio, podendo o judiciário conceder direitos negligenciados, todavia sempre respeitando as demais normas presentes em nosso ordenamento jurídico.

No Brasil, o Judiciário tem adotado claramente posições ativistas, mas tanto a judicialização da política, a politização do judiciário, ou o ativismo judicial são positivos à medida que são ponderados e estão de acordo com o ordenamento jurídico, visto que possibilitam a concessão de direitos que não puderam ser atendidos pelos demais poderes e ainda promovem a efetividade da Constituição e dos direitos humanos.

O ECI se aplica à realidade brasileira, visto que nosso país possui características semelhantes as da América Latina, na qual ECI tem sua origem, somos um país de modernidade tardia, um jovem Estado Democrático de Direito que enfrenta grandes dificuldades na sua efetivação, no qual a população precisa recorrer ao judiciário para ter seus direitos concretizados.

Dessa maneira, O ECI pode ser um instrumento de promoção dos Direitos Fundamentais e de efetivação da Constituição, desde ocorra uma atuação ponderada, motivada e imparcial dos juízes, à luz do mínimo existencial e da reserva do possível, procurando um ponto de equilíbrio, podendo o judiciário conceder direitos negligenciados, todavia sempre respeitando as demais normas presentes em nosso Ordenamento Jurídico.

Ademais, não podemos prever as possíveis consequências da declaração do ECI no Brasil de forma taxativa e irreduzível e nem quais critérios e características particulares serão adotados como pressupostos para o seu reconhecimento. Todavia, o ECI revela uma tendência clara (que não tem sua origem e nem se esgota nele) de empoderamento judicial na América Latina e uma crise que sempre persistiu no que diz respeito ao equilíbrio dos poderes nesses países, tal como a necessidade de aproximação do Legislativo e do Executivo das demandas sociais e não apenas no que se refere às temáticas populistas, como também aquelas que afetam os grupos marginalizados.

Além disso, O ECI não apresenta apenas aspectos positivos, tendo em vista que no contexto brasileiro, no qual o judiciário não está livre da corrupção, como o ativismo, ele pode ser utilizado para manobras políticas e para concretização de interesses particulares de grupos, uma vez que a Constituição não prevê a sua existência, os seus limites de atuação e a expressão “coisas” é uma grande textura aberta em nosso ordenamento jurídico.

Além disso, O ECI não é uma solução “mágica” para os problemas de efetivação da Constituição e respeito aos direitos fundamentais que persiste na América Latina, visto que ele resulta conforme a teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann do não funcionamento efetivo dos sistemas Político e Jurídico desses países, da complexidade desestruturada, de modernidade periférica da corrupção sistêmica que possui como consequências a exclusão e marginalização de parte da sociedade.

Diante do exposto ao longo desses capítulos entendemos que a superação desse quadro de inconstitucionalidades na América Latina requer uma atuação conjunta e equilibrada dos poderes para colocar em prática as previsões Constitucionais que só poderão ser alcançadas, consoante a Teoria dos Sistemas de Luhmann, com o funcionamento autônomo e eficiente dos sistemas Político e Jurídico, tal como dos demais subsistemas que compõem as sociedades Latinas, por meio do combate à corrupção sistêmica e a outros fatores que geram o desequilíbrio estrutural.

Por fim, apontamos como alternativa para redução das inconstitucionalidades a educação para construção de uma consciência política dos cidadãos dos seus direitos e o exercício do voto consciente para escolha dos candidatos que ocuparão os espaços de poder no Legislativo e Executivo. A adoção de tais medidas é de extrema relevância para a alteração da realidade que vivemos hoje na modernidade periférica, visto que a população deve cobrar do Legislativo e do Executivo políticas Sociais eficientes e fiscalizar a sua atuação. O exercício pleno da cidadania, por intermédio dessa consciência política, evitaria a aglomeração que observamos no Judiciário, de ações individuais e coletivas para concessão

de Direitos Fundamentais e a impetração de ações para o reconhecimento das inconstitucionalidades, uma vez que não cabe apenas aos juízes retirar os demais poderes da inércia, mas também aos cidadãos, por intermédio do exercício de seus direitos de forma consciente, uma vez que o Judiciário não está livre da corrupção existente na América Latina, nem das falhas estruturais.

## REFERÊNCIAS

ARIZA, Libardo José. **The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia**. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. *Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunal of India, South Africa and Colombia*. New York: Cambridge University Press, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. Luis Roberto de. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**, artigo de 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/retrospectiva-2008-judicializacao-ativismo-e-legitimidade-democratica>>. Acesso em: 10.07.2016.

BERTALANFFY, Karl Ludwig von. **Teoria geral dos sistemas**. Tradução de Francisco M. Guimarães. Petrópolis: Editora Vozes, 1975.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. 2.tir. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia** (uma defesa das regras do jogo). Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1986.

\_\_\_\_\_. Norberto. **A crise da democracia e a lição dos clássicos** In: Arquivos do Ministério da Justiça, v. 40, n. 170, p. 29-43, out./dez. 1987. Disponível em <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:1987;1000442148>>A crise da democracia e a lição dos clássicos</a>. Acesso 01.10.2016.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. **CPI sistema carcerário**. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional: **Levantamento Nacional de informações penitenciária** INFOPEN - JUNHO DE 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 347 – DF. Rel. Min. Marco Aurélio**. Informativo STF, n. 798. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>>. Acesso em: 05.05.2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

\_\_\_\_\_. J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

\_\_\_\_\_. J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da Inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”**. 2015. Tese de Doutorado em Direito Público. Faculdade de Direito – Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

\_\_\_\_\_. Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural**. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigioestrutural>>. Acesso em: 06.05.2016.

\_\_\_\_\_. Carlos Alexandre de Azevedo. JOTA Mundo: **Estado de Coisas Inconstitucional**. 2015. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>>. 2015. Acesso: 09.09.2016.

\_\_\_\_\_. Carlos Alexandre de Azevedo. **Sobre o conceito de “ativismo judicial estrutural”, Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito Geral e do Brasil**. 9.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CÉSAR. Rodríguez Garavito, **¿Cuándo cesa el Estado de Derecho de cosas inconstitucionales del desplazamiento? Más allá del Desplazamiento**. Ediciones Uniandes, Bogotá, 2010.

COLÔMBIA. **Constituição Política da Colômbia**. Disponível em: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.ht](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.ht). Acesso em: 15. 07. 2016.

COLÔMBIA. **Corte Constitucional, sentença SU-559 de 1997**. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em 09.09.2016.

COLÔMBIA. **Corte Constitucional, sentença T-68 de 1998**. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martinez Caballero. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-068-98.htm>. Acesso em 09. 09.2016.

COLÔMBIA. **Corte Constitucional, sentença SU-250 de 1998**. Magistrado Ponente: Alejandro Martinez Caballero. Disponível em: [http://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/-43561733?\\_ga=1.105169735.550108658.1477554481](http://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/-43561733?_ga=1.105169735.550108658.1477554481). Acesso em 09.09.2016.

COLÔMBIA. **Corte Constitucional Colombiana. Sentença T-1695 de 2000.** Magistrada Ponente :Dra. Martha Victoria Sáchica Méndez. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-1695-00.htm>. Acesso em 09. 09.2016.

COLOMBIA. **Corte Constitucional Colombiana. Sentença T-153/1998.** Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm>. Acesso em 09.09. 2016. COLOMBIA.

COLÔMBIA. **Corte Constitucional, sentencia T-590 de 1998.** Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martinez Caballero. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-590-98.htm>. Acesso em 09.09. 2016.

COLÔMBIA. **Corte Constitucional, sentencia T-025 de 2004.** Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em 09.09. 2016.

COSTA, Cynara de Barros. **Direito Transnacional do Comércio:** Uma teoria afirmativa da natureza jurídica das normas do comércio transnacional. 2016. 262 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2016.

COSTA, Emília Viotti da. **Introdução ao Estudo da Emancipação Política.** in CG. Mota (org), Brasil em perspectiva. São Paulo. Difel. 1968.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional.** Salvador: Jus Podivm, 2014.

DÍAZ, Elías, **Estado de Derecho y Legitimidad Democrática,** en Carbonell, Miguel y Vázquez (Conps), El Estado de Derecho: Dilemas para América Latina, Palestra Editores, Lima - Perú, 2009.

DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. Opinião: **Estado de coisas inconstitucional.** Estadão, São Paulo, 19 set 2015. Disponível em: <http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>. Acesso em 18, 07. 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrolo:** o que a globalização está fazendo de nós. Rio de Janeiro: Record, 2000.

\_\_\_\_\_. Anthony. **As consequências da modernidade.** São Paulo: Ed. Unesp, 1991.

GÓMEZ, José Maria. **Globalização dos direitos humanos, legado das ditaduras militares no Cone Sul latino-americano e justiça transicional,** in Direito, Estado e Sociedade n. 33. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Julho-Dezembro 2008, p. 85-130.

HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats.** Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1998.

\_\_\_\_\_. Jürgen. **Wahrheit und Rechtfertigung: philosophische Aufsätze.** Frankfurt, Suhrkamp. 1999.

HOLLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil.** Rio de Janeiro: José Olympio, 1979.

HOTTINGER Julian Thomas; NEVES, Marcelo, (eds.). **Federalism, Rule of Law and Multiculturalism in Brazil. Bâle, Genève, Munich:** Helbing & Lichtenhahn, 2001.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição.** 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución.** Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976.

\_\_\_\_\_. Niklas. **Legitimação pelo procedimento.** Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

\_\_\_\_\_. Niklas. **Sociologia do Direito I.** Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

\_\_\_\_\_. Niklas. **Sociologia do Direito II.** Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

\_\_\_\_\_. Niklas. **Verfassung als Evolutionäre Errungenschaft. Rechtshistorisches Journal** 9, Frankfurt am Main: Löwenklau, p. 176-220, 1990.

\_\_\_\_\_. Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas:** Aulas publicadas por Javier Torres Nafarrete. Petrópolis: Vozes, 2010.

\_\_\_\_\_. Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas:** Aulas publicadas por Javier Torres Nafarrete. Petrópolis: Vozes, 2010.

LY, Miguel Enrique Falla, TELLO, Sergio Enrique Zapata. **Estado de Cosas Inconstitucional em el Perú: Análisis Jurisprudencial y Derecho Comparado**". 2014. Disponível em: <<https://edwinfigueroaag.wordpress.com/2014/07/30/estado-de-cosas-inconstitucional-en-el-peru-analisis-jurisprudencial-y-derecho-comparado-ensayo-ganador-concurso-de-comunicaciones-estudiantiles-usat-julio-2014/>>. Acesso em: 01.07.2016.

NAGEL, Robert F. **Separation of Powers and the Scope of Federal Equitable Remedies.** Stanford Law Review Vol. 30, 1978.

NAUPARI, José. **El acogimiento del “estado de cosas inconstitucional” por el Tribunal Constitucional Peruano.** En compendio de instituciones procesales creadas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Gaceta jurídica, Lima, 2009.

NEVES, Marcelo. **A Crise do Estado: Da Modernidade Central à Modernidade Periférica –Anotações a partir do Pensamento Filosófico e Sociológico Alemão** in Anais

do 16º Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil, vol 1, Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, Recife, pp. 157-172, 1991.

\_\_\_\_\_. Marcelo. **De la autopoiesis a la alopoiesis del Derecho**, in Doxa Cuardenos de Filosofía Del Derecho, vol. 19, Alicante, p. 403-420, 1996a

\_\_\_\_\_. Marcelo. **Luhmann, Habermas e o Estado de Direito**. Lua Nova: Revista de Cultura e Política. São Paulo, Ed 37, 1996b.

\_\_\_\_\_. Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

\_\_\_\_\_. Marcelo. **Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente**. Dados – Revista de Ciências Sociais, 37 (2): 253-276, 1994.

\_\_\_\_\_. Marcelo. **Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esferas de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina**. Direito e Debate, ano V, 15: 7-37. 1995, Política, São Paulo, v. 37, 1996 (pp. 93-106).

\_\_\_\_\_. Marcelo. **E se faltar o décimo segundo camelo? Do direito expropriador ao direito invadido**, in André-Jean Arnaud e Dalmir Lopes Jr. (orgs.), Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004.

\_\_\_\_\_. Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. O estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. [tradução do autor] São Paulo, Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo, Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. Marcelo. **A Constituição Simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

QUINTERO LYONS, Josefina. NAVARRO MONTERROSA, Angélica Matilde. MALKA MEZA, Irina. **La figura del Estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia**. En. Revista Jurídica Mario Alario Filippo Cartagena, Colombia, 2011, vol. 1, pp. 69-80.

RESENHA de SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007. Revista da FARN, Natal, v.7, n. 2, p. 205-224, jul./dez. 2008.

ROULEAU, Paul; SHERMAN, Linsey. **Doucet-Boudreau, Dialogue and Judicial Activism: Tempest in a Teapot?** Ottawa Law Review Vol. 41 (2), 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa Santos. **A judicialização da política**. 2003. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/opiniao/bss/078en.php>>. Acesso em: 01.07.2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SCHWARZ, Roberto. **Ao vencedor as batatas**. 5 ed., São Paulo, Editora 34, 2005.

SOUZA, Luís Antônio Francisco De. **Dilemas e hesitações da modernidade tardia e a emergência da sociedade de controle**. Mediações, Londrina, v. 15, n. 2, p.78-99, 28 dez. 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo**. Disponível em <[http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-formaativismo?utm\\_source=dlvr.it&utm\\_medium=facebook](http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-formaativismo?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook)>. Acesso: 29 de setembro de 2016.

WEAVER, Russel L. **The Rise and Decline of Structural Remedies**. San Diego Law Review Vol. 41, 2004.

WEBER, Max. **História geral da economia**. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

\_\_\_\_\_. Max. **Ensaio de Sociologia**. Trad. Waltensir Dutra. - 2. Ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1982.

\_\_\_\_\_. Max. **“A Ciência como Vocação”**. In: Ciência e Política: Duas Vocações. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.