



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I – CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

EDUARDO FELIPE DA SILVA

**O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E O ATIVISMO JUDICIAL: UMA
ANÁLISE ACERCA DA COMPATIBILIDADE DO INSTITUTO COM O PRINCÍPIO
DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E COM A REALIDADE JURÍDICO-SOCIAL
BRASILEIRA**

**CAMPINA GRANDE - PB
2019**

EDUARDO FELIPE DA SILVA

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E O ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE ACERCA DA COMPATIBILIDADE DO INSTITUTO COM O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E COM A REALIDADE JURÍDICO-SOCIAL BRASILEIRA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Programa de Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. M.a. Raissa de Lima e Melo

**CAMPINA GRANDE - PB
2019**

É expressamente proibido 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 do trabalho.

S586e Silva, Eduardo Felipe da.
O Estado de Coisas Inconstitucional e o Ativismo Judicial [manuscrito] : uma análise acerca da compatibilidade do instituto com o princípio da Separação dos Poderes e com a realidade Jurídico-Social Brasileira / Eduardo Felipe da Silva. - 2019.
24 p.
Digitado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2019.
"Orientação : Profa. Ma. Raissa de Lima e Melo , Departamento de Direito Privado - CCJ."
1. Estado de Coisas Inconstitucional. 2. Separação dos Poderes. 3. Ativismo Judicial. I. Título

21. ed. CDD 342.02

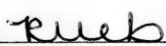
EDUARDO FELIPE DA SILVA

**O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E O ATIVISMO JUDICIAL: UMA
ANÁLISE ACERCA DA COMPATIBILIDADE DO INSTITUTO COM O PRINCÍPIO
DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E COM A REALIDADE JURÍDICO-SOCIAL
BRASILEIRA**

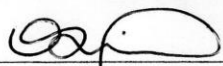
Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Centro
de Ciências Jurídicas da Universidade Estadual da
Paraíba, como requisito para a obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Aprovado em: 17/06/19

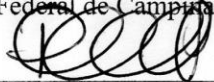
BANCA EXAMINADORA



Prof.^a. Ma. Raíssa de Lima e Melo (Orientadora)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof.^a. Dra. Olindina Ioná da Costa Lima Ramos
Universidade Federal de Campina Grande (UFCG)



Prof. Me. Paulo Esdras Marques Ramos
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

**CAMPINA GRANDE - PB
2019**

*À minha amada mãe Eurides Felipe, e à minha
tia Davina Felipe, pelo amor incondicional e
pela confiança em mim depositada, DEDICO.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à minha mãe, Eurides Felipe, razão da minha existência, pelo amor, esforço e cuidado empregados na minha formação pessoal, profissional e de caráter, aos quais espero um dia retribuir na mesma intensidade.

À minha tia, Davina Felipe, a quem tenho muito respeito pelo apoio moral e material prestados, bem como por sempre acreditar na minha capacidade. Ao meu tio, José de Sousa pela prestatividade.

À minha orientadora Raïssa de Lima e Melo, pela atenção, profissionalismo e empenho dedicados ao presente trabalho.

Aproveitando o ensejo, agradeço aos colegas feitos durante o curso, especialmente Paulo e Tiago, por todas as experiências acadêmicas e pessoais compartilhadas nesta fase de nossas vidas.

Gostaria ainda de agradecer profundamente à Universidade Estadual da Paraíba (UEPB) que, apesar das adversidades, sempre se esforçou para prestar um serviço de qualidade à sociedade paraibana. Estendo meus agradecimentos a todo corpo docente, pela competência e preparo, como também por disseminar o conhecimento científico, imprescindível para construção de uma sociedade mais justa.

Enfim, quero agradecer a todos que contribuíram direta e indiretamente para que eu conseguisse chegar até aqui, pois segundo a escritora Clarice Lispector: “Quem caminha sozinho pode até chegar mais rápido, mas aquele que vai acompanhado, com certeza vai mais longe”.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
1.1 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO E INDEPENDÊNCIA DOS PODERES EM TEORIA TRIPARTITE: CONCEITO E EVOLUÇÃO	8
1.2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA JUDICIALIZAÇÃO E DO ATIVISMO JUDICIAL	10
1.3 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL - ECI.....	12
2 DA COMPATIBILIDADE DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL COM O PANORAMA JURÍDICO- SOCIAL BRASILEIRO	15
3 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	19
ABSTRACT	22
REFERÊNCIAS.....	23

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E O ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE ACERCA DA COMPATIBILIDADE DO INSTITUTO COM O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E COM A REALIDADE JURÍDICO-SOCIAL BRASILEIRA

Eduardo Felipe da Silva*

RESUMO

O Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) é um instituto jurídico fruto de uma construção jurisprudencial formulada pela Corte Constitucional Colombiana, e consiste, essencialmente, no reconhecimento de um conjunto de elementos fáticos que ensejam uma ofensa grave e contínua a direitos fundamentais consagrados na Constituição. Seu propósito é desenvolver soluções estruturais, de natureza administrativa, normativa e orçamentária, tendentes a superar o lastimável quadro de inconstitucionalidades constatado, decorrente, sobretudo, de ações e omissões dos poderes públicos. Para isso, o poder Judiciário adota uma atitude mais enérgica politicamente, interferindo incisivamente junto ao poder Executivo e Legislativo, na elaboração do ciclo de políticas públicas e leis voltadas à resolução do problema que suscitou a declaração do respectivo instituto. Assim, essa atitude mais ativa politicamente do Tribunal, pautada no fenômeno conhecido como Ativismo Judicial, interfere sobremaneira nas funções Executiva e Legislativa, podendo desembocar em atritos de ordem institucional. O ECI foi recentemente importado para o Brasil após o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347. Diante disso, o objetivo do presente estudo, de natureza qualitativa, é investigar a compatibilidade entre o instituto denominado Estado de Coisas Inconstitucional e o princípio da Separação dos Poderes, consagrado no art. 2º da Constituição Federal, bem como com a realidade jurídico-social do Brasil. Para tanto, utilizar-se-á como procedimento metodológico para obtenção dos resultados, a pesquisa bibliográfica, e quanto ao método, o hipotético-dedutivo, como forma de testar as hipóteses formuladas neste trabalho, e assim contribuir para a discussão acerca do tema, bem como para o aperfeiçoamento do conhecimento científico.

PALAVRAS-CHAVE: Estado de Coisas Inconstitucional. Separação dos Poderes. Ativismo Judicial. Compatibilidade.

* Bacharelando em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba – UEPB. E-mail: eduardo-f.silva@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), que pugnava pelo reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional no âmbito do sistema carcerário. O referido instituto refere-se a uma construção jurisprudencial formulada pela Corte Constitucional Colombiana, e consiste, basicamente, no reconhecimento de um estado de coisas que ensejam uma agressão grave e contínua a direitos fundamentais consagrados na Constituição. Sua principal intenção, portanto, é construir soluções estruturais, as quais envolvem medidas administrativas, legislativas e orçamentárias, tendentes a superar o lastimável quadro de inconstitucionalidades constatado, decorrente, sobretudo, de ações e omissões dos poderes públicos.

Para isso, o Tribunal adota uma atitude mais proativa politicamente, interferindo incisivamente junto ao poder Executivo e Legislativo, no ciclo de elaboração de políticas públicas e leis voltadas a dirimir o lastimoso cenário de transgressões a direitos fundamentais. Dessa forma, a atuação mais vigorosa do poder Judiciário no âmbito político, corolário direto do fenômeno identificado como ativismo judicial, pode suscitar inconvenientes de ordem institucional, de modo que o presente estudo levando em consideração este impasse se propõe a perscrutar o problema concernente à compatibilidade entre o instituto denominado Estado de Coisas Inconstitucional e o princípio da Separação dos Poderes, consagrado no art. 2º da Constituição Federal, bem como com a realidade jurídico-social do Brasil.

Assim, a escolha do tema se justifica em razão do cuidado que se deve ter em relação à importação de construções jurídicas de outros países para nossa realidade, fato que exige o exame impostergável da compatibilidade destas com o nosso sistema jurídico, bem como com nossa a realidade social, pois, a despeito de Brasil e Colômbia serem países latino-americanos, e, por isso, compartilhar diversos pontos em comum, ambos possuem peculiaridades políticas próprias, que devem ser minuciosamente investigadas para que a Corte, neste particular o STF, ao trazer institutos estrangeiros, não proceda a decisões equivocadas que coloquem em risco o Estado Democrático de Direito.

Ademais, o princípio da Separação dos Poderes representa uma das vigas mestras que sustenta a República Federativa do Brasil, o que torna ainda mais premente averiguar se o Estado de Coisas Inconstitucional guarda consonância com o referido princípio, pois do contrário, a decisão de importá-lo sem o devido estudo, poderia desembocar em uma crise institucional sem precedentes.

Neste sentido, com anseio de responder satisfatoriamente às questões pertinentes ao tema, a presente pesquisa propõe-se, de maneira geral, a investigar a compatibilidade do instituto denominado Estado de Coisas Inconstitucional com o princípio da Separação dos Poderes, e com a realidade jurídico-social do Brasil. Já em termos específicos, o desiderato consiste tanto em analisar brevemente o princípio da Separação dos Poderes, quanto conhecer o mencionado instituto, bem como, relacionar o fenômeno do Ativismo Judicial com a possibilidade de formulação de políticas públicas pelo poder Judiciário.

No que diz respeito à metodologia, optou-se por uma abordagem de natureza essencialmente qualitativa, cujo propósito é compreender os fenômenos e relacionar as variáveis discutidas. Ademais, a presente investigação, os seus resultados e o critério para apreciação dos dados coletados são eminentemente valorativos, e não podem, a princípio, ser quantificados. Em relação aos objetivos metodológicos, classifica-se a pesquisa como descritiva, pois sua intenção consiste em descrever de forma fidedigna as características dos fenômenos estudados, para que depois de devidamente conhecidos e corretamente interpretados, seja possível proceder ao exame entre a relação das variáveis definidas.

À vista disso, o procedimento metodológico utilizado para obter os resultados da problematização formulada, será a pesquisa bibliográfica, porquanto o estudo se desenvolverá com base em materiais publicados acerca do assunto, como artigos, livros, revistas, jornais, redes eletrônicas, etc. Finalmente, empregar-se-á ainda quanto ao método, o hipotético-dedutivo, como forma de testar as hipóteses formuladas inicialmente neste trabalho, com escopo de identificar as verdadeiras e descartar as falsas, e assim contribuir para uma maior discussão acerca do tema, bem como para o aprimoramento do conhecimento científico.

Para nortear a condução do estudo, partiu-se da hipótese de que a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional representa uma afronta direta ao princípio da Separação dos Poderes, na medida em que não compete ao Judiciário produzir ou executar as leis, bem como interferir na criação do ciclo de políticas públicas, mesmo que orientadas à correção do cenário de inconstitucionalidades comprovado com a prolação do ECI, pois as referidas funções estão reservadas ao poder Legislativo e ao Executivo respectivamente. No mesmo sentido, foi suposto que o ECI não guarda compatibilidade com a ordem jurídica e social do Brasil, porquanto não assiste legitimidade democrática ao Judiciário para decidir os rumos do Estado, criando, substituindo, ou mesmo intervindo nas resoluções públicas dos demais poderes eleitos democraticamente para tal mister.

Por conseguinte, com o objetivo de proporcionar um entendimento coerente acerca do assunto abordado, o presente estudo foi dividido em quatro partes. A primeira versa a respeito do princípio da Separação dos Poderes, discorrendo de forma sucinta sobre suas origens e evolução. A segunda parte trata da Judicialização e do Ativismo Judicial, fenômenos indispensáveis para o satisfatório entendimento do tema. A terceira parte traz à baila conceitos pertinentes ao Estado de Coisas Inconstitucional, instituto alvo do presente estudo. Por fim, logo após entendidas as lições elementares, proceder-se-á, na última parte, ao exame da compatibilidade do Estado de Coisas Inconstitucional com o Princípio da Separação dos Poderes e a ordem jurídico-social do Estado brasileiro, no qual serão aduzidas e cotejadas opiniões de renomados juristas.

1.1 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO E INDEPENDÊNCIA DOS PODERES EM TEORIA TRIPARTITE: CONCEITO E EVOLUÇÃO

O poder é um fenômeno social invariavelmente presente em todas as sociedades. José Afonso da Silva (2010, p. 107) o define como “uma energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins”. Assim, todo grupo socialmente erigido, encontra-se imbuído de um poder que lhe é inerente que, no caso do Estado é denominado de poder político, o qual se manifesta por intermédio dos órgãos e instituições estatais, incumbidos de materializar sua vontade e coordenar suas ações, sempre com vistas ao progresso e a realização do bem comum dos por ele administrados.

A experiência, no entanto, mostrou que a concentração de poder, neste particular, o poder político, na figura de uma única pessoa ou de um grupo social determinado, pode induzir à perpetração de abusos e resultar em arbítrio. Por isso, o princípio da Separação dos Poderes, de capital importância para a salutar estrutura do Estado, sempre foi objeto de discussão por filósofos e jurisconsultos, desde a antiguidade.

Segundo Júlio Cezar da S. Couceiro (2011), Atribui-se a Aristóteles a primazia do estudo referente ao princípio em questão, por ter sido este o primeiro a formular sua base filosófica na célebre obra “A Política”, na qual o conspícuo autor defendia a existência de três órgãos incumbidos de decidir os rumos do Estado. Dividiam-se estes em poder Deliberativo, responsável por discutir os assuntos estatais; o poder Executivo, a quem cabia executar as decisões do poder anterior; e o poder Judiciário, encarregado de dirimir os litígios sociais porventura existentes.

Ulteriormente, conforme Júlio Cezar da S. Couceiro (2011), o princípio da Separação dos Poderes foi pormenorizado pelo autor inglês John Locke, pai do empirismo, em sua obra “Segundo Tratado Sobre o Governo Civil”. Nesta, o autor reconheceu a existência de três poderes, quais sejam: o Legislativo, o Executivo e o Federativo. Assim, segundo Locke, o Legislativo seria supremo perante os demais poderes, estando responsável inclusive, por decidir como a sociedade deve utilizar a força para defender-se. Já ao poder Executivo caberia concretizar as leis do Estado, além de ser permanente consoante o autor. O terceiro poder, o Federativo, seria indissociável do Executivo, cujas atribuições consistiam em administrar os negócios do Estado e manter um relacionamento pacífico com os estrangeiros, deliberando ainda, sobre a guerra e a paz. O referido autor não discorreu expressamente acerca do poder Judiciário, reconhecendo-o apenas como atividade meio do poder Legislativo.

Contudo, é atribuído ao filósofo francês Montesquieu o mérito da efetiva criação da teoria da Separação dos Poderes, tal como é hoje conhecida, e que viria a se tornar, segundo Paulo Bonavides (2005, p. 137), “o princípio constitucional de maior voga e prestígio de toda idade liberal”. Ela foi consagrada na sua insigne obra “O espírito das Leis”, na qual o autor propunha a separação dos poderes e determinava, de forma genérica, as incumbências de cada qual, com desiderato de evitar o arbítrio e o abuso de poder exercido por uma única pessoa ou por uma aristocracia, pois conforme Montesquieu (2002, p. 164) “todo homem que tem Poder é sempre tentado a abusar dele; e assim irá seguindo, até que encontre limites [...] para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder contenha o poder”. Portanto, conforme o autor é imprescindível a descentralização do poder político.

Prosseguindo o pensamento de John Locke, Montesquieu aperfeiçoou a teoria tripartite da Separação dos Poderes, ensejando contornos mais específicos para cada um deles, e contribuindo, assim, de forma inestimável para a consolidação desta teoria, que posteriormente seria adotada pela maioria das democracias ocidentais. Neste diapasão, o presente autor propôs a existência de três esferas de poder distintas e com atribuições peculiares dentro do Estado, são estes: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Por conseguinte, uma análise mais acurada da teoria formulada por Montesquieu, conduz à conclusão de que o poder Legislativo seria o responsável pela função legiferante do Estado, ou seja, a de elaborar as leis que o disciplinassem, bem como revogar ou aprimorar as já existentes, pois este poder conforme Montesquieu (2002, p. 165) “cria as leis para um tempo determinado ou para sempre, e corrige ou ab-roga aquelas que já estão feitas”. O poder Executivo se encontra sob a incumbência de executar as leis erigidas pelo poder supratranscrito, como também de efetivar as políticas públicas para melhoria da vida dos cidadãos, pois segundo Pedro Vieira Mota (2008, p. 25), “sendo o restante poder, exerce as demais funções do Estado; exerce a administração geral do Estado, constituindo-se por isso o executor das leis em geral”. Por fim, mas não menos importante, há o poder Judiciário, a quem cabe punir os delitos e dirimir os litígios de ordem civil.

Percebe-se dessa maneira, que Montesquieu pretendeu com sua teoria, obstar potenciais abusos e arbitrariedades cometidos no exercício do poder público desempenhado por uma única pessoa ou órgão, descentralizando para tanto, os poderes responsáveis em gerir o Estado, pois, segundo ele (2002, p. 166) “tudo então estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse estes três poderes: o de criar as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas dos particulares”. Dessa forma, seu legado filosófico, personificado precipuamente na teoria da tripartição dos poderes, foi paulatinamente adotado por quase todos os Estados, salvo raríssimas exceções. Cabe salientar ainda, que o pensamento do renomado autor foi decisivo para consolidação da teoria dos freios e contrapesos – *Checks and Balances* – que advoga a ideia de que um poder constitui um freio de outro, objetivando evitar a sobreposição destes, bem como a interferência deletéria de um nos demais.

No que concerne ao reconhecimento legal, o princípio da Separação dos Poderes foi alçado a patamar constitucional em 1787, quando os Estados Unidos da América preconizaram na sua Constituição as atribuições de cada Poder, inaugurando assim, a positivação deste. Passados dois anos, já em 1789, a tripartição dos poderes como teoria, tornou-se um axioma legal, sendo exarada na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, respectivamente no art. 16¹ do referido diploma legal.

O sistema jurídico brasileiro, por seu turno, adota a teoria da Separação dos Poderes como princípio basilar republicano desde sua origem como tal, evidentemente com muita ou pouca intensidade, dependendo do momento histórico e da respectiva conjuntura política, porém, sem nunca desvanecer sua essência. Hodiernamente, este princípio está previsto no art. 2º da Carta de 1988². No escopo de conferir máxima estabilidade jurídica ao presente princípio, bem como garantir a Soberania e o Estado Democrático de Direito, a CF conferiu-lhe a qualidade de cláusula pétrea, inserindo-o dentre as matérias constitucionais que não podem ser alteradas sob nenhuma circunstância, o que representa uma verdadeira limitação ao poder constituinte derivado reformador do Estado, e evidencia a importância deste princípio para a ordem jurídica. Neste diapasão é a redação do art. 60, § 4º, III, *in verbis*:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - A SEPARAÇÃO DOS PODERES; IV - os direitos e garantias individuais. [...]. (GRIFAMOS).

Diante do exposto, fica prevista a existência dos três poderes no nosso sistema jurídico, o Executivo, responsável por formular e efetivar as políticas públicas; o Legislativo, incumbido da atividade legiferante, ou seja, de produzir as leis; e o Judiciário, a quem cabe o julgamento das demandas ajuizadas pela coletividade.

1.2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA JUDICIALIZAÇÃO E DO ATIVISMO JUDICIAL

Posto o princípio tripartite da Separação dos Poderes, cumpre tecer algumas considerações a respeito da Judicialização e do Ativismo Judicial, sem os quais a compreensão satisfatória do tema pode restar prejudicada. Segundo a lição de Luís Roberto Barroso (2008, p.6) “a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”. Para tanto, o Judiciário assume uma postura institucionalmente ativa.

Já a Judicialização pressupõe que determinadas matérias políticas e sociais de grande relevância estão sendo judicializadas, ou seja, discutidas e disciplinadas pelo poder Judiciário, e não pelas instâncias consentâneas para tal: o poder Legislativo e o Executivo, designados para esse mister através dos respectivos mandatos eletivos de representação popular. Neste caso, há uma flagrante transferência de poder institucional para o Judiciário.

No Brasil, as causas desse fenômeno são variadas, apontando-se como principal, a característica analítica da nossa atual Constituição, que incluiu no seu corpo uma profusão de matérias que poderiam ter sido tratadas pelo legislador ordinário, fato que estende sobremaneira, e inevitavelmente, a competência do STF. Neste sentido é a preleção de Luís Roberto Barroso:

¹ Art. 16 - A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

² Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

A Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas. (BARROSO, 2008, p. 4)

Desse modo, é nítida a percepção de que recentemente o STF vem assumindo uma postura mais protagonista, procedendo ao julgamento de questões de alto valor político e social, tais quais: a ADPF 54/05, que tratou do assunto referente aos nascituros portadores de anencefalia; a Ação direta de Constitucionalidade 12/06, na qual foi tornado terminantemente defeso o nepotismo no âmbito do poder Judiciário; a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/08, que abordou o tema referente às pesquisas com Células-Tronco Embrionárias; a ADIN 2.649/DF de 2008, que julgou a celeuma relativa ao passe livre para deficientes nos transportes coletivos; o HC 91.952/SP de 2008, o qual disciplinou o uso de algemas e suas vedações legais; a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130/09, que sustou disposições da lei de imprensa incompatíveis com a atual Constituição; a ADPF 347/15, que discorreu acerca do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário; dentre diversas outras questões, como a demarcação da reserva indígena Raposa/Serra do Sol, e a progressão de regime para os condenados por crimes hediondos.

Por conseguinte, percebe-se que o fenômeno identificado como Judicialização se assemelha muito com o Ativismo judicial. No entanto, a despeito da aparente semelhança, não devem ser confundidos, sob pena de se incorrer em falhas terminológicas e de sentido. A diferença entre os dois conceitos é brilhantemente formulada por Luís R. Barroso, *in verbis*:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (BARROSO, 2008, p. 6)

Assim, infere-se que a Judicialização é uma consequência da competência ampla conferida ao STF pela CF/88, de forma que uma demanda apresentada ao poder Judiciário com todos os requisitos de admissibilidade obriga o magistrado a conhecê-la e decidir o mérito da questão, conforme preconiza a legislação em vigor nos arts. 5º, XXXV, da CF/88³ c/c art. 140 do Código de Processo Civil (CPC)⁴, c/c art. 4º, da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro (LINDB)⁵. Portanto, enquanto a Judicialização é apenas uma decorrência do sistema jurídico ora posto, o Ativismo Judicial é uma escolha do Judiciário em intervir nos demais poderes, sobretudo na formulação do ciclo de políticas públicas.

³ Art. 5º [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

⁴ Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

⁵ Art. 4º-Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

13 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL - ECI

O instituto em epígrafe, oriundo da Corte Constitucional Colombiana (CCC), consiste basicamente no reconhecimento de um estado de coisas que suscitam uma ofensa grave e contínua a direitos fundamentais estatuídos na Constituição. Neste diapasão, o fito principal do ECI é o de fomentar soluções para problemas estruturais, voltadas à superação de profundas violações a direitos fundamentais, principalmente das populações socialmente indefesas e carentes de direitos básicos, que geralmente são ignorados pelos poderes públicos.

A Corte Constitucional Colombiana (CCC) o declarou pela primeira vez em 1997, na Sentencia de Unificación 559, a qual versava acerca de uma demanda ajuizada por um grupo de professores de dois municípios Colombianos que experimentaram violação em seu direito previdenciário. Nesta ocasião, a Corte Constitucional daquele país, não só reconheceu o ECI, como também determinou às autoridades públicas responsáveis que dirimissem o problema em um prazo satisfatório, firmando assim um importante precedente para salvaguarda de direitos fundamentais.

Devido ao seu sucesso, o ECI foi novamente declarado um ano depois, em 1998, na Sentencia de Tutela (ST) nº 153, em um dos casos mais emblemáticos envolvendo o instituto. Dessa vez, a CCC reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional, após constatar a situação deplorável do sistema prisional colombiano, marcado por violações graves e contínuas de todos os tipos, a direitos fundamentais dos detentos, quadro que ficou conhecido como “tragédia diária dos cárceres”. Além da superlotação, que tornava o ambiente insalubre e precário, havia o império da violência, agravando sobremaneira a já nefasta situação prisional do país. Diante dessas constatações, não restou opção à Corte senão declarar o ECI, e exigir das autoridades envolvidas um plano voltado à reparação deste lastimável quadro.

Contudo, a experiência auferida com os efeitos dessa decisão foi negativa, porquanto restaram evidenciados diversos problemas no seu cumprimento, dentre os quais: a natureza intransigente das ordens judiciais prolatadas, o que representou um óbice à sua efetiva execução; a fiscalização precária no que concerne à efetivação das medidas ordenadas; bem como a postura indiferente da CCC em se preocupar com a real possibilidade fática do atendimento das determinações feitas por ela, prejudicando o diálogo institucional entre as autoridades públicas incumbidas de resolver a celeuma. Todos esses problemas culminaram para uma aplicação pouco eficiente do ECI neste caso específico.

Recentemente, contudo, a respectiva Corte adotou uma postura diferente ao reconhecer novamente, em 2004, o Estado de Coisas Inconstitucional na Sentencia de Tutela (ST) nº 25, que tratou do caso referente ao deslocamento forçado de pessoas dentro do território colombiano em razão da violência urbana exacerbada, fenômeno que é segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos:

Típico de países mergulhados em violência, como é o caso da Colômbia. As pessoas são forçadas a migrar dentro do território colombiano, obrigadas a abandonar seus lares e suas atividades econômicas porque as ações violentas de grupos como as Farc ameaçam suas vidas, a integridade física das famílias, não havendo segurança ou liberdade nesses contextos. Todavia, a sociedade civil e as autoridades públicas colombianas, por muitos anos, simplesmente ignoraram as condições às quais se submetiam essas pessoas durante e após os deslocamentos (CAMPOS, 2015, p.5).

Na sentença supramencionada, a Corte Constitucional Colombiana analisou 108 pedidos de tutela pleiteados por 1.150 famílias, cuja maioria era composta de minorias pouco representadas politicamente, como idosos, mulheres chefes de família, menores de idade e minorias étnicas, carentes de proteção a direitos fundamentais básicos, como saúde, educação

e moradia. Perante esse cenário periclitante, a Corte declarou o ECI, afirmando estarem presentes todos os requisitos necessários à sua decretação, e, em seguida, salienta Ronaldo Jorge A. Vieira Junior (2015, p. 17), “exigiu atenção orçamentária especial ao problema; determinou que fossem formuladas novas políticas públicas, leis e um marco regulatório eficiente para proteger os direitos individuais dos demandantes”. Estas diretivas foram dirigidas a um grande número de autoridades públicas.

Diversamente do ocorrido no caso do sistema carcerário, dessa vez o resultado foi positivo, tendo a CCC logrado êxito na sua atuação, visto que foram prolatadas ordens mais transigentes, flexíveis, e, como destacado, direcionadas a um número ampliado de autoridades públicas. Houve também um intenso diálogo entre estas e a sociedade civil, com vistas a aperfeiçoar a decisão, o que ficou conhecido como Ativismo Judicial Estrutural Dialógico, que significa o estabelecimento de um intenso debate entre os órgãos estatais e a comunidade, com vistas a buscar as melhores soluções para problemas de alta relevância social.

Outro ponto fundamental para o sucesso neste caso foi o monitoramento constante da execução das medidas adotadas, o que permitiu um maior conhecimento e controle na condução das políticas públicas erigidas. Neste sentido é a lição de Carlos Alexandre de Azevedo Campos:

Essa posição foi a chave do sucesso no caso do deslocamento forçado. A corte interveio na confecção de políticas públicas, dirigindo ordens à ampla estrutura de poderes e órgãos envolvidos, sem, contudo, fixar os detalhes do plano de ação. A corte versou os procedimentos e as autoridades competentes para atuar em favor da superação do estado de coisas inconstitucional, nada dispondo sobre o conteúdo das políticas, mas vindo a acompanhar durante seis anos a realização concreta dessas. A corte convocou audiências públicas periódicas, com a participação de atores estatais e sociais, para discutir a elaboração e a implementação das novas políticas públicas, criando “espaços de deliberação e formas alternativas, inovadoras e potencialmente democratizantes, de aplicação judicial dos direitos constitucionais”. (CAMPOS, 2015, p. 6)

No Brasil, o Estado de Coisas Inconstitucional foi introduzido em 2015, após o julgamento no STF do RE nº 592.581 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347. O primeiro representou uma forma tímida de Ativismo Judicial, abrindo caminho para a posterior importação do ECI à realidade jurídico-social brasileira. Assim, o referido recurso, foi interposto em 13 de agosto de 2015 pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul (MP/RS) contra decisão do Tribunal de Justiça local (TJ/RS), que entendia não assistir competência ao poder Judiciário para determinar à administração pública a realização de obras em unidades prisionais com vistas a salvaguardar os direitos fundamentais dos detentos nelas reclusos. O STF, no julgamento deste impasse, decidiu que o poder Judiciário detém sim legitimidade para determinar que o poder Executivo proceda a obras emergenciais nos estabelecimentos carcerários para evitar a violação dos direitos dos presos, como a sua dignidade, integridade física e moral. Dessa forma, decidiu o Pretório Excelso nos termos do voto do relator, Ministro Ricardo Lewandowski:

A tese de repercussão geral que proponho seja afirmada por esta Suprema Corte é a seguinte: “É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes”. É como voto. (BRASIL, 2015, p. 72)

Esta decisão representa um precedente inestimável para a ordem jurídica nacional, e evidencia a postura ativista do STF, sobretudo na órbita penitenciária, palco de constantes ofensas a direitos elementares à condição humana. Dessa forma, a defesa dos direitos fundamentais afigura-se tão importante, que a Corte vedou o uso do princípio da Separação dos Poderes e do argumento da reserva do possível como justificativas para não assegurar-los.

No entanto, foi com o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347 que o Estado de Coisas Inconstitucional ficou incontrovertidamente consagrado no ordenamento jurídico nacional. A referida ação foi proposta em 09 de setembro de 2015, pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), que pleiteava perante o STF o reconhecimento do ECI na seara prisional, sob a alegação de que o sistema carcerário brasileiro encontra-se eivado por violações de todos os tipos, no tocante aos direitos fundamentais dos apenados. A aludida agremiação partidária apontou ainda, que este quadro lastimável de ofensas é corolário de posturas comissivas e omissivas das instâncias públicas, na medida em que segundo a própria ADPF 347 (2015, p. 13) “os poderes políticos não possuem qualquer motivação para resolver o problema ante a antipatia da opinião pública relativamente à população carcerária”. Portanto, além da falta de vontade política dos parlamentares para dirimir os transtornos prisionais, há ainda o medo de desagradar à população que os elegeu.

O relator da matéria, Ministro Marco Aurélio, foi incisivo no seu voto, destacando de forma veemente a ruína do sistema carcerário brasileiro, marcado por transgressões a direitos fundamentais dos detentos, o que representa uma afronta não só à Constituição, mas a toda sorte de diplomas legais que se ocupam em defender a dignidade humana, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção Contra a Tortura, a Convenção Americana de Direitos Humanos, e, inevitavelmente, a Lei de Execuções Penais (LEP). Ainda conforme o Ministro, é dever do Judiciário:

Retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas, assegurando, assim, a efetividade prática das soluções propostas. (BRASIL, 2015, p. 37)

Por conseguinte, de todas as medidas pleiteadas na ADPF em epígrafe, o STF deferiu a liminar em três pontos: I) Determinou que os juízes e Tribunais realizassem audiências de custódia dentro de um prazo de 90 dias, devendo cuidar para que o preso seja apresentado à autoridade competente em até 24 horas, contadas a partir do momento da prisão; II) Ordenou à União que liberasse o saldo acumulado no Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), para ser aplicado à finalidade para qual foi criado, devendo o respectivo ente federativo se abster de proceder a quaisquer contingenciamentos em relação às verbas existentes; III) Estipulou à União e aos Estados a elaboração de relatórios detalhando a situação prisional da respectiva unidade federativa, para, em seguida serem reportados ao Judiciário.

Assim, por intermédio destas duas decisões, a primeira exarada no RE 592.581 e a segunda na ADPF 347, o STF reconheceu a falha estrutural presente no sistema carcerário brasileiro, marcado por graves ofensas a direitos fundamentais dos indivíduos submetidos a penas privativas de liberdade, quadro que resulta da deficiência, segundo o Ministro Marco Aurélio (2015, p. 3) “de uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, incluídos os de natureza normativa, administrativa e judicial”. Dessa forma, com a decretação do Estado de Coisas Inconstitucional no âmbito prisional brasileiro, a Corte se afigura legitimada a interceder na elaboração de políticas públicas voltadas a desenvolver remédios estruturais para dirimir a calamitosa conjuntura carcerária nacional.

Por fim, cabe consignar que para o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, são imprescindíveis três condições a serem aferidas em cada caso concreto. A primeira é a constatação de violações graves e reiteradas a direitos fundamentais de um grande número de pessoas, e não apenas uma situação de proteção jurídica incompleta. O segundo pressuposto consiste na identificação de uma falha estrutural decorrente da falta de coordenação, e até de flagrantes omissões, administrativas, legislativas, judiciais e orçamentárias, que ensejam uma ofensa a direitos assegurados na Constituição. Finalmente, a solução do quadro de inconstitucionalidades evidenciado com a prolação do ECI requer a elaboração de remédios estruturais, que devem ser dirigidos ao maior número de órgãos e instituições quanto seja possível.

2 DA COMPATIBILIDADE DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL COM O PANORAMA JURÍDICO- SOCIAL BRASILEIRO

A compatibilidade do ECI com o ordenamento jurídico brasileiro constitui relevante indagação, pois é imprescindível aferir se a conduta do Judiciário, considerando a intensidade e o grau de intervenção, encontra-se em harmonia com o princípio da Separação dos Poderes estatuído no art. 2º da CF/88, e com a realidade política, jurídica e social do Estado brasileiro.

O Ativismo Judicial, como visto, é uma faca de dois gumes, e, como tal, apresenta vícios e virtudes. Assim, quando manejado corretamente, pode representar uma importante ferramenta na efetivação dos direitos fundamentais, bem como na resolução de demandas sociais não satisfeitas pelo parlamento, pois um direito assegurado e não cumprido é logo levado ao conhecimento do Tribunal na forma de ação judicial. Ademais, a postura proativa do Judiciário incita as demais instâncias do poder a saírem do estado de letargia institucional, levando-as a assumir suas responsabilidades perante a sociedade. Por outro lado, o Ativismo Judicial destemperado, pode configurar uma intromissão indevida deste Poder nos demais, bem como riscos para legitimidade democrática, politização inoportuna da Justiça e decisões esdrúxulas fruto da limitação da capacidade dos membros que compõe este Poder.

Dessa forma, superadas as questões pertinentes ao fenômeno supramencionado, cumpre voltar à indagação formulada no limiar deste capítulo. Neste passo, investiga-se a compatibilidade do Instituto denominado Estado de Coisas Inconstitucional com o princípio da Separação dos Poderes, bem como com a realidade jurídica-social do Brasil. O tema é controverso, e divide opiniões de prestigiados juristas. Dentre estes, destacam-se Raffaele de Giorgi, José Eduardo Faria e Celso Campilongo, responsáveis por formular uma ácida crítica ao Estado de Coisas Inconstitucional. Para eles (2015, p. 1) “a consequência é que a declaração de um ECI ameaça o princípio da separação dos Poderes, além de ser paradoxal”. Assim, segundo os autores, o respectivo instituto representa apenas mais uma forma de Judicialização da administração pública.

Neste sentido, além de reputarem o Estado de Coisas Inconstitucional uma ofensa insofismável ao princípio da Separação dos Poderes, Raffaele de Giorgi, José Eduardo Faria e Celso Campilongo, defendem que a aplicação do instituto fomenta diversos inconvenientes de ordem prática, bem como questionamentos de difícil resposta, que põe em xeque a eficácia jurídica do ECI. Dessa forma, para os respectivos autores, é imprescindível perscrutar:

Qual a competência de uma Corte Suprema para “compensar a incompetência” do sistema político? Ela pode compensar a inércia dos outros Poderes com sua competência ativa? Quem controlaria a correção jurídica do decreto (político) de ECI? Teria a Corte competência para compensar sua própria incompetência? O reconhecimento de um ECI é jurídico ou político? Que sanção prevê? Persistindo a inércia, o que faz a Corte? Determina a prisão dos inertes? Mas que ilicitude praticaram? Omissão? Indenizarão aos prejudicados? Ressarcidos os danos, a inércia subsistirá? Por que o povo teria confiança política nos juízes e desconfiaria da

capacidade dos políticos? Por que acataria o poder político dos juízes como substituto do poder convencional do sistema político? Ou seja, negar-se-ia consenso à inércia política convencional com a paradoxal ativação de um novo polo – a Corte Suprema? O que garante que a nova política também não será inerte? (GIORGI; FARIA; CAPILONGO, 2015, p. 2).

Na mesma esteira de pensamento, encontra-se o renomado jurista e professor Lênio Luiz Streck, que aproveitando o ensejo dos mestres supratranscritos, redige duras reprimendas ao ECI. Segundo ele, o presente instituto é apenas uma forma latente de Ativismo Judicial, que não logra êxito no exame de compatibilidade com o princípio da Separação dos Poderes, por representar-lhe uma afronta direta. Conforme sua preleção (2015, p. 2), “em uma democracia, quem faz escolhas é o Executivo, eleito para fazer políticas públicas. Judiciário não escolhe”. Dessa forma, a postura vigorosa do poder Judiciário configuraria uma incursão desnecessária e perigosa no âmbito do poder Executivo, podendo desembocar em um desequilíbrio institucional sem precedentes.

Há ainda, segundo Lênio Streck, a possibilidade de o Estado de Coisas Inconstitucional se prestar a fins meramente retóricos, uma vez que o próprio poder Legislativo nacional, na forma da lei complementar 79/94 regulada pelo Decreto 1.093/94, já prevê a obrigação da utilização do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) no âmbito carcerário, sendo completamente despiciendo ao Judiciário fazê-lo através do ECI. A legislação processual penal brasileira atribui, portanto, à responsabilidade de administrar os estabelecimentos prisionais ao Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), o que torna a declaração do presente instituto, neste caso, uma redundância jurídica.

Assim, no que concerne ao panorama jurídico-social, o ECI suscita sérias preocupações. Logo, quando a Corte interfere na criação de políticas públicas em face do quadro de inconstitucionalidades constatado com a prolação do respectivo instituto, surge o questionamento se ela estaria imbuída de legitimidade democrática para tanto, uma vez que os membros do poder Judiciário são alçados aos seus cargos por meio de concurso público de provas e títulos, e não pela vontade popular soberana manifestada mediante o exercício do voto. Assim, quando uma Corte julga casos de larga repercussão, flagrantemente de competência do Legislativo ou Executivo, ele atua como órgão político, porém, sem eleição direta, situação que pode estar em descompasso com outro princípio fundamental, o da soberania popular, consagrado no art. 1º, parágrafo único da CF/88, que dispõe: “(...) Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Neste sentido, ressalta Luís Roberto Barroso:

A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo. A Constituição não pode ser ubíqua. Observados os valores e fins constitucionais, cabe à lei, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. (BARROSO, 2008, p. 12)

Outra preocupação diz respeito à ausência de conhecimentos específicos do poder Judiciário para decidir acerca de determinadas matérias que conservam certo grau de peculiaridade, e que, por vezes, estão mais afetas à Política do que ao Direito. Esse fenômeno recebe o nome de Capacidade Institucional, e, segundo Luís Roberto Barroso (2008, p. 16), “envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria”. Dessa forma, certos assuntos, sobretudo de cunho político e de grande impacto social, podem não encontrar no Judiciário a competência para proferir a resolução

mais acertada, devendo ser entregues ao arbítrio das demais instâncias de poder, especialmente aquelas escolhidas democraticamente para conduzir os rumos da nação.

Soma-se a isso, o fato do treinamento fornecido aos magistrados instruí-los a julgar casos preponderantemente concretos, e, normalmente, com eficácia *inter partes*, não lhes permitindo desenvolver uma visão integral sobre determinados problemas abordados, o que pode gerar um risco considerável de efeitos sistêmicos imprevisíveis, os quais afetarão negativamente a vida de inúmeras pessoas. Neste caso, uma decisão equivocada pode suscitar efeitos catastróficos e irreversíveis.

Em sentido diametralmente contrário aos argumentos até aqui aduzidos, situa-se o magistério de Carlos Alexandre de Azevedo Campos, o principal bastião no que concerne à importação do ECI para a realidade jurídico-social brasileira. O referido autor rebate todas as críticas formuladas pelos mestres supramencionados, alegando por intermédio de veementes argumentos, a cabal compatibilidade do Estado de Coisas Inconstitucional com o princípio da Separação dos Poderes e com o panorama político, jurídico e social do Brasil.

Neste passo, o presente doutrinador afirma que o argumento de que o ECI ofende o princípio da Separação dos Poderes não prospera, pois é fruto de um equívoco lógico. Segundo Carlos Alexandre (2015, p. 3), os que defendem esta posição na verdade, “partem de uma concepção estática do princípio, de poderes não só separados, como distantes e incomunicáveis”. Assim, esta noção não se coaduna mais com os valores e objetivos perseguidos pela atual Constituição, a qual encoraja uma postura dinâmica e cooperativa entre os poderes, para que cada qual agindo dentro dos limites legais, e com intenso diálogo institucional, possa fomentar efetividade à Constituição. Compartilhando desta mesma posição doutrinária, preleciona o professor José Afonso da Silva:

Hoje, o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação dos poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o Judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em colaboração de poderes, que é característica do parlamentarismo, em que o governo depende da confiança do Parlamento (Câmara dos Deputados), enquanto, no presidencialismo, desenvolveram-se as técnicas da independência orgânica e harmonia dos poderes. (AFONSO, 2010, p. 109)

Resta previsto, portanto, não só a separação dos poderes, mas a harmonia entre eles, devendo cooperar mutuamente, e catalisar esforços com vistas a proporcionar a plena eficácia da Constituição. Hodiernamente, a independência dos poderes não constitui mais um dogma absoluto, pois, para balizar a atuação de cada qual, objetivando evitar o arbítrio decorrente da ausência de controle recíproco, estabeleceu-se um sistema de freios e contrapesos, com a possibilidade de interpenetração entre as esferas de poder. Variadas são as situações nas quais a Constituição da República autoriza a interferência de um Poder nos demais, sem que isso represente uma contumélia ao seu art. 2º.

Dessa forma, ao mesmo tempo em que ao Legislativo é atribuída a incumbência de produzir as leis, encontra-se o poder Executivo legalmente legitimado a participar desse processo, mediante a sanção ou veto Presidencial, o que confere um controle maior para esta atividade. Do mesmo modo, pode haver interferências do poder Legislativo nas iniciativas de lei do Executivo, haja vista a possibilidade atribuída por lei ao Congresso de modificar o projeto, emendando-o, ou até rejeitando-o.

O poder Judiciário, por seu turno, embora não possa influir na criação das leis pelo poder Legislativo, pode, no entanto, declarar a inconstitucionalidade destas, abstenendo-se de aplicá-las nos casos concretos a ele submetidos. Já ao chefe do Poder Executivo Federal é defeso imiscuir-se na função jurisdicional, cujos ministros dos tribunais superiores são,

contudo, nomeados por ele, sob o crivo do Senado, a quem cabe indicar o nome a preencher a vaga, tudo na forma do art. 52, III, a, da Constituição Federal.

Ademais, é consagrada em várias partes do texto constitucional, a possibilidade de um Poder exercer, excepcionalmente, funções de outro. Assim, os poderes Legislativo e Judiciário podem assumir funções tipicamente atribuídas ao poder Executivo, quando atuando administrativamente, na forma dos artigos. 51, IV, e 96, I, f, da CF/88, concedem férias aos seus funcionários, preenchem os cargos de suas secretarias, etc. O poder Legislativo, por seu turno, faz às vezes de julgador, quando, por exemplo, o Senado julga o Presidente e o Vice-Presidente da República por crime de reponsabilidade, consoante preconiza os art. 52, I, da CF.

Já o poder Executivo excepcionalmente legisla, ao criar medidas provisórias e leis delegadas, bem como pode exercer funções jurisdicionais, nos processos de natureza administrativa. O poder Judiciário também atua circunstancialmente como legislador, ao proceder à criação do seu Regimento Interno, conforme as disposições do art. 96, I, a, da CF/88. À vista disso, leciona José Afonso da Silva:

São esses alguns exemplos apenas do mecanismo dos freios e contrapesos, caracterizador da harmonia entre os poderes. Tudo isso demonstra que os trabalhos do Legislativo e do Executivo, especialmente, mas também do Judiciário, só se desenvolverão a bom termo, se esses órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia, que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco (que, aliás, integra o mecanismo), para evitar distorções e desmandos. A desarmonia, porém, se dá sempre que se acrescem atribuições, faculdades e prerrogativas de um em detrimento de outro. (AFONSO, 2010, p. 111).

Além disso, destaca Carlos A. A. Campos que, ainda que os poderes fossem realmente estanques e incomunicáveis, conforme a concepção da crítica especializada, a violação a direitos fundamentais decorrente de ações e omissões institucionais, característica essencial do ECI, seria motivo suficiente para a quebra desse modelo. Assim, a defesa dos direitos fundamentais assume contornos tão importantes, que o STF, no julgamento do RE nº 592.581, vedou a utilização do princípio da Separação dos Poderes, e da reserva do financeiramente possível, como escusa para não assegurar as garantias constitucionais da população carcerária. Portanto, os referidos princípios, e, neste particular, o da Separação dos Poderes, não se prestam a justificar a inércia ou a letargia dos que estão incumbidos de zelar pelo Estado Democrático de Direito. Acerca disso, arremata Ronaldo Jorge Araújo:

De outro giro, os argumentos constitucionais, políticos e econômicos sintetizados nos princípios da separação e harmonia dos Poderes, da soberania popular e dos limites do financeiramente possível não podem ser utilizados, indiscriminadamente, como biombo para a omissão dos Poderes Executivo e Legislativo na concretização dos direitos fundamentais da população. (ARAÚJO, 2015, p. 26)

No contexto político e social, o Estado de Coisas inconstitucional representa um importante instrumento jurídico na defesa dos direitos fundamentais, constituindo um atalho para a consecução destes. Assim, estando o poder Judiciário em contato direto com as demandas sociais pleiteadas pelos particulares, pode efetivamente dar cumprimento às garantias substanciais previstas na Constituição, bem como incitar as demais instâncias do Poder para que o façam, sempre com vistas a evitar situações deploráveis como as verificadas no sistema carcerário, por exemplo. Portanto, a despeito das críticas, deve-se reconhecer o mérito do respectivo instituto, que consiste na real satisfação das demandas sociais não prestadas pelo parlamento, nem tampouco pelos governantes.

Por conseguinte, a crítica dirigida a potencial ausência de legitimidade democrática do poder Judiciário para versar a respeito de matérias afetas aos outros poderes é rebatida veementemente com a alegação da presença do *Amicus Curiae*, que consiste na participação de um terceiro, para prestar informações relativas ao tema debatido, sobretudo nas ações de controle de constitucionalidade, e assim auxiliar o julgador a tomar a decisão mais acertada. Outro robusto argumento é a possibilidade do STF convocar audiências públicas, na forma dos artigos 13, XVII⁶ e 21, XVII⁷ do seu regimento interno, para assegurar a participação da sociedade na decisão dos temas de seu interesse. Assim, esses dois institutos garantem a representatividade popular no âmbito do poder Judiciário, o que confere maior legitimidade democrática aos seus vereditos.

Por fim, convém concluir com a lição de Carlos Alexandre de Azevedo Campos:

O ECI tem potencial para contribuir à proteção de minorias vulneráveis e à solução de problemas estruturais que impliquem realidades inconstitucionais de violação a direitos fundamentais. Ainda que a expressão tenha sido elaborada pela CCC, as sentenças estruturais não são novidades, tendo alcançado sucesso em países como Estados Unidos, Canadá, Índia, África do Sul e Argentina. Para o desenvolvimento da técnica e até para saber se realmente há espaço para sua atuação no Brasil, é imprescindível a atenção crítica da doutrina. O debate deve seguir. Mas será ainda mais construtivo se tiver por alvo o ECI como ele é! Nem mais, nem menos. (CAMPOS, 2015, p. 4).

Portanto, para uma aplicação eficiente do ECI, necessário se faz interpretá-lo corretamente, buscando sempre sopesar os benefícios e os riscos inerentes à sua decretação.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) é um instituto jurídico fruto de uma construção jurisprudencial da Corte Constitucional Colombiana (CCC), e consiste, basicamente, no reconhecimento de um conjunto de fatores que suscitam uma ofensa irremissível a direitos fundamentais estatuídos na Constituição. Seu principal objetivo é formular soluções estruturais, de cunho administrativo, normativo e orçamentário, tendentes a superar o lastimável quadro de inconstitucionalidades constatado, decorrente, sobretudo, de ações e omissões do poder público.

Para tanto, torna-se imprescindível que a Corte adote uma postura mais enérgica institucionalmente, e assuma um papel mais protagonista, intervindo diretamente na formulação de políticas públicas direcionadas a resolução do problema que ensejou a declaração do respectivo instituto. Por conseguinte, na medida em que esta atuação do Tribunal, pautada no fenômeno conhecido como Ativismo Judicial, vai interferir sobremaneira nas funções Executiva e Legislativa, faz-se imperioso investigar a compatibilidade entre o instituto denominado Estado de Coisas Inconstitucional e o princípio da Separação dos Poderes, consagrado no art. 2º da Constituição Federal, bem como com a realidade jurídica e social do Brasil.

⁶ Art. 13. São atribuições do Presidente: [...]XVII – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal.

⁷ Art. 21. São atribuições do Relator: [...]XVII – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral ou de interesse público relevante.

Dessa forma, o estudo do tema se revestiu de capital importância, haja vista tratar-se de uma questão delicada, que envolve a importação de construções jurídicas de outros países para a nossa realidade, e ao mesmo tempo fundamental, visto que o princípio da Separação dos Poderes constitui a base sob a qual está assentada e organizada a estrutura institucional da República Federativa do Brasil, quiçá de todas as democracias ocidentais. Portanto, o recente acolhimento do ECI pelo Supremo Tribunal Federal, mediante o julgamento da ADPF 347 de 2015, exige o impreterível exame de compatibilidade com o nosso ordenamento legal, matéria inovadora, que representa uma indubitável relevância jurídica, política e social, bem como uma fonte para subsidiar estudos correlatos a serem futuramente produzidos.

Diante disso, o presente trabalho pretendeu, de modo geral, aferir a compatibilidade do instituto denominado Estado de Coisas Inconstitucional com o princípio da Separação dos Poderes, e com a realidade jurídica e social do Brasil. Especificamente, buscou-se tanto analisar o princípio da Separação dos Poderes, quanto conhecer o instituto intitulado Estado de Coisas Inconstitucional, bem como relacionar o fenômeno do Ativismo Judicial com a possibilidade de formulação de políticas públicas pelo poder Judiciário.

Dessa forma, o presente estudo foi conduzido segundo a hipótese de que a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional violaria o princípio da Separação dos Poderes, na medida em que não cabe ao Judiciário produzir ou executar as leis, bem como interferir na criação de políticas públicas, mesmo que voltadas a correção do cenário de inconstitucionalidades comprovado com a prolação do ECI, pois as referidas funções estão reservadas ao poder Legislativo e ao Executivo respectivamente. No mesmo sentido, foi suposto que o ECI não guarda compatibilidade com a ordem jurídica e social do Brasil, visto que não assiste legitimidade democrática ao Judiciário para decidir os rumos do Estado, criando, substituindo, ou mesmo intervindo nas resoluções públicas dos demais poderes eleitos democraticamente para tal mister.

No entanto, a referida hipótese, testada durante o desenvolvimento deste trabalho, restou refutada. Portanto, é seguro concluir que o Estado de Coisas Inconstitucional, desde que manejado com o devido cuidado, encontra-se perfeitamente compatível com o princípio da Separação dos Poderes e com a ordem jurídica e social do Estado brasileiro, pois o presente estudo demonstrou que o referido princípio não exige mais a rigidez de outrora, devendo coadunar-se com os modernos preceitos constitucionais de cooperação entre os poderes, que não devem ser vistos como estanques e incomunicáveis, mas como peças de um mecanismo que deve catalisar esforços para a realização do bem comum da sociedade.

Ademais, comprovou-se que a própria CF, em várias passagens do seu texto, permite a interpenetração dos poderes, conferindo a possibilidade de um deles, atípica e excepcionalmente, exercer funções reservadas aos demais, o que evidencia mais uma vez a atual flexibilização do princípio da Separação dos Poderes. Neste sentido, constatou-se ainda, que o Estado de Coisas Inconstitucional serve para retirar as autoridades públicas do estado de inércia institucional, incitando-as a assumir sua responsabilidade política perante a sociedade que as escolheu democraticamente para representar-lhes, sendo assim, mais uma arma na consecução dos direitos fundamentais, bem como dos valores e fins perseguidos pela Constituição, de modo que deve ser recebido com aplausos pelo nosso ordenamento jurídico.

Portanto, nestes tempos de graves ofensas a direitos fundamentais, sobretudo de grupos vulneráveis e sub-representados politicamente, a exemplo da população carcerária, o Estado de Coisas Inconstitucional desponta como uma nova alternativa para superar a realidade desigual e desumana que assola o Brasil. Assim, infere-se que o ECI tem um inquestionável potencial inclusivo, servindo como um verdadeiro atalho para realização da tão sonhada dignidade humana. Por fim, percebeu-se que o respectivo instituto não vai de encontro a potencial falta de legitimidade democrática do poder Judiciário, pois ele possibilita

um inegável diálogo democrático entre os poderes e a sociedade, por intermédio de audiências públicas voltadas a tomada de decisões adequadas, nas quais haja a participação popular.

Por conseguinte, no que concerne à metodologia, o estudo apresentou uma abordagem de caráter essencialmente qualitativo, pois a investigação, os resultados e o critério para apreciação dos dados coletados foram eminentemente valorativos, e não puderam, a princípio, ser quantificados numericamente. Quanto aos objetivos, como descritiva, cuja finalidade consistiu em retratar de forma fidedigna as características dos fenômenos estudados, para que depois de devidamente conhecidos e corretamente interpretados, proceder-se ao exame entre a relação das variáveis definidas.

Para tanto, utilizou-se como procedimento para obtenção dos resultados da problematização formulada, a pesquisa bibliográfica, uma vez que o estudo foi sistematizado e desenvolvido com base em materiais publicados acerca do assunto, como artigos, livros, revistas, jornais, redes eletrônicas, etc. Finalmente, foi ainda empregado quanto ao método, o hipotético-dedutivo, como forma de testar as hipóteses formuladas inicialmente neste trabalho, com escopo de identificar as verdadeiras e descartar as falsas, e assim contribuir para o debate sobre tema, bem como para o aprimoramento do conhecimento científico.

Por fim, cabe consignar que o presente trabalho contou, inevitavelmente, com algumas dificuldades, dentre as quais, a exígua produção bibliográfica a respeito do tema, provavelmente por se tratar de uma matéria recente e pouco explorada, o que acabou limitando a metodologia. Diante disso, recomenda-se a continuidade das investigações a respeito deste mote, encorajando-se a produção de outros trabalhos científicos abordando a questão através de perspectivas e métodos diversos dos utilizados no respectivo estudo, como por exemplo, uma abordagem quali-quantitativa explorando e demonstrando, mediante dados estatísticos, as mudanças jurídicas e sociais operadas pelas audiências de custódia implantadas no Brasil pela ADPF 347, a mesma que reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional no país.

ABSTRACT

The Unconstitutional State of Things (ECI) is a legal institute created by a jurisprudential construction formulated by the Colombian Constitutional Court, and consists essentially in the recognition of a set of factual elements that provoke a serious and continuous offense to fundamental rights enshrined in the Constitution. Its purpose is to develop structural solutions, of an administrative, normative and budgetary nature, aimed at overcoming the regrettable framework of unconstitutionality found, mainly due to actions and omissions of the public authorities. To this end, the Judiciary adopts a more energetic attitude politically, interfering incisively with the Executive and Legislative power, in the elaboration of public policies and laws aimed at solving the problem that led to the declaration of the respective institute. Thus, this more politically active attitude of the Court, based on the phenomenon known as Judicial Activism, greatly interferes in the Executive and Legislative functions, which can lead to institutional frictions. The ECI was recently imported into Brazil after the judgment by the Federal Supreme Court of Action of Non-Compliance with Fundamental Precept No. 347. In view of this, the objective of the present qualitative study is to investigate the compatibility between the institute denominated State of Things Unconstitutional and the principle of Separation of Powers, enshrined in art. 2° of the Federal Constitution, as well as with the juridical-social reality of Brazil. To do so, it will be used as a methodological procedure to obtain the results, the bibliographic research, and the method, hypothetico-deductive, as a way to test the hypotheses formulated in this work, and thus contribute to the discussion about the topic, as well as for the improvement of scientific knowledge.

Keywords: Unconstitutional State of Affairs. Separation of Powers. Judicial Activism. Compatibility.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf> Acesso em: 10 de mai. 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 11. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei n 4.657, de Setembro de 1942. Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro-RJ, 17 de Setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm> Acesso em: 11 de jun. 2019.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de Março de 2015. Institui o Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 17 de março de 2015. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 07 de jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n 347**. Impetrante: Partido Socialismo e Liberdade. Impetrado: Todos os estados da Federação. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 09 de setembro de 2015. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>> Acesso em: 22 de maio de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n 592.581**. Impetrante. Ministério Público do Rio Grande do Sul. Impetrado: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 13 de agosto de 2015. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>> Acesso em: 26 de abril de 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno**. Consolidado e atualizado até 2002. Brasília: STF, 2018. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>> Acesso em: 12 de junho de 2019.

CÂMARA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO. **Consultoria e Assessoramento Legislativo**. Judicialização das políticas públicas e ativismo judicial – uma reflexão sobre a moderna visão da separação dos poderes. Relatório Técnico. Nº 11/2015, p. 11, 2015.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. **Consultor Jurídico**, São Paulo, SP, 1 Set. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em: 30 mai de 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Devemos temer o “estado de coisas inconstitucional”?**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional>> Acesso em: 20 de mai. 2019.

COUCEIRO, Julio Cezar da Silveira. **Princípio da Separação de Poderes em corrente tripartite**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10678&n_link=revista_artigos_leitura> Acesso em: 22 de mai. 2019.

GIORGI, Raffaele de; FARIA, José Eduardo; CAPILONGO, Celso. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Disponível em: <<https://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>> Acesso em: 10 de mai. 2019.

MONTESQUIEU, Charles Secondat. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MOTA, Pedro Vieira. **O Espírito das Leis: as Formas de Governo, a Federação, a Divisão dos Poderes**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 33 Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo**. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>> Acesso em: 30 de abr. 2019.

VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. **Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: Novas Balizas à Atuação do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186). <Disponível em: www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 30 mai. 2018.