

**O ATIVISMO JUDICIAL E A CONFIGURAÇÃO DO ESTADO DE COISAS
INCONSTITUCIONAL EM FACE DA VIOLAÇÃO DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS NO CONTEXTO DE ENCARCERAMENTO EM MASSA**

**JUDICIAL ACTIVISM AND CONFIGURATION OF THE UNCONSTITUTIONAL
THING STATE AS A VIEW OF THE INFRINGEMENT OF FUNDAMENTAL
RIGHTS IN THE CONTEXT OF MASS INCARMENT**

Isabela Gonçalves Vieira Arnaldo Carneiro de Queiroz¹

Luciano Queiroz

RESUMO: A implementação do Estado Constitucional de Direito e do neoconstitucionalismo proporcionaram um aumento significativo das demandas, desencadeando, outrossim, no abarrotamento processual, situação não acompanhada pela estrutura e sistema judiciários. O mesmo contexto é vislumbrado quando da análise da esfera penal, na qual evidencia-se a violação massiva dos direitos fundamentais, mormente quanto ao sistema carcerário. Tal conjectura provoca, em alguns sistemas estaduais, quando da execução das penas, o estado de coisas inconstitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Neoconstitucionalismo. Judicialização da política. Ativismo judicial. Estado de Coisa Inconstitucional.

ABSTRACT: The implementation of the Constitutional Rule of Law and neoconstitutionalism provided a significant increase in the demands, triggering, also, in the process overcrowding, a situation not accompanied by the judicial structure and system. The same context is glimpsed when analyzing the penal sphere, which shows the massive violation of fundamental rights, especially regarding mass incarceration. Such conjecture provokes, in some state systems, when the sentences are executed, the unconstitutional state of affairs.

KEYWORDS: Neoconstitutionalism. Judicialization of Policy. Judicial Activism. Unconstitutional Thing State.

¹ E-mail: isabelagvac@gmail.com

INTRODUÇÃO: O CONTEXTO NEOCONSTITUCIONAL E A REALIDADE SÓCIO-JURÍDICA

Em que pese a contumácia desta alegação, é inegável que o contexto histórico brasileiro fora marcado pelo favoritismo elitista, responsável pelas desigualdades sociais existentes na atualidade. Para além do contexto de colonização do Brasil, os ideais liberais que emergiram, visando à independência do país no século XIX, também foram moldados de intenções peculiares e condizentes com uma camada social que enxergava na separação entre a colônia e Portugal uma oportunidade de abrangência dos seus interesses pessoais. Sendo assim, o liberalismo no Brasil refletiu uma luta pelos escopos da elite. Inexoravelmente, a construção política governamental brasileira, no contexto de pós-independência, seria reflexo dessa revolução. Dessa forma, é possível falar que as instituições brasileiras pós-independência foram construídas sob dois viés: o primeiro, associado à condição colonial burocrático-patrimonialista e conservadora, e ao segundo, decorrente de uma aspecto liberal que visou o alcance dos interesses das elites, observáveis na propriedade privada e nos meios de produção da riqueza².

Advém, contudo, que a Constituição de 1988 - *e o não olvidável processo de redemocratização* - rompe com os ditames normativos que a precedeu, instaurando uma nova ordem jurídica e política impregnada de ideias neoconstitucionais e pós-positivistas. Significa dizer que a emersão da nova Lei Suprema implementa um novo paradigma e seus impactos sob a estrutura governamental são imensuráveis. Ora, reconhece-se, com base nos espectros neoconstitucionais, que as Cartas Magnas, dissociadas de uma moldagem procedimental, assim observadas antes da 2ª Guerra Mundial, são documentos completos, segundo os quais espelham normas com alto teor axiológico, abarcando temas até então não observados nas Leis anteriores. A hermenêutica jurídica ganha espaço nesse novo contexto constitucional, especialmente em relação aos princípios que, paralelamente às regras, ganham caráter normativo. Esta nova roupagem constitucional exige do Judiciário, em seu exercício prático, um maior esforço interpretativo, tendo em vista a presença de casos difíceis que, em sua análise, devem ser solucionados visando a observância da força normativa da Constituição e do princípio da unidade. Daí a aproximação entre Direito e Moral proporcionada pelo neoconstitucionalismo.

²MACHADO NETO, A.L. A filosofia do direito no Brasil. In: WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Ainda no que pertine a tal temática, é possível identificar três marcos responsáveis pelo surgimento e acolhimento do neoconstitucionalismo: o histórico, representado pela formação do Estado Constitucional de direito, pós segunda guerra; o filosófico, evidenciado no pós-positivismo, ao qual enxerga-se os direitos fundamentais como centro das Constituições bem como a aproximação entre Direito e ética; e, por fim, o marco teórico, em que grandes transformações se sucederem em face dos conceitos convencionais da Constituição, a saber o reconhecimento da força normativa da Constituição, à expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional³. Dessa forma, destaca-se a relevância dispensada aos direitos fundamentais neste contexto de pós-positivismo, paralelizando-os com a força normativa da Constituição.

Ora, o desenvolvimento dos estudos atinentes à força normativa constitucional remete-se a Konrad Hesse, professor alemão, que buscou compreender a perspectiva constitucional sob os prismas da realidade e da norma inserida em seu texto. Para tanto, advoga que a sua eficácia depende da correlação entre aquilo propugnado pela norma e o condicionamento histórico. Esclarecendo: a constituição como sendo uma ordem jurídica de uma determinada sociedade deverá estar alicerçada em princípios fundamentais.

Hesse defende a harmonia entre realidade e normatividade constitucionais, se atendo à dialética pautada no quanto previsto constitucionalmente e a vontade de determinada comunidade. Nesse ínterim, necessário pontuar que não se trata de uma relação estrita. Por óbvio, e esse é também o pensamento do autor alemão, a presença de outros elementos, tais como os fatores políticos e históricos, são de suma importância para promover a força normativa da constituição e a sua vontade. Assim, conquanto evidenciados os aspectos histórico-político, a natureza deontológica deverá ser mantida.

Dessa forma, trazendo a construção jusfilosófica do autor para a ideia de unidade política e da ordem jurídica, tem-se evidenciado- e por outro lado, inegável- que a Constituição, como norma suprema, impõe a organização do Estado, que se verifica desde a criação de órgãos e competências à orientações principiológicas e normativas. Assim, o que se pretende compreender na relação entre os direitos fundamentais e a força normativa da Constituição, sobre os parâmetros de Hesse e as peculiaridades da Carta Magna de 1988- no cenário do Estado de Direito Constitucional- é que tratando-se os direitos fundamentais de conquistas reconhecidas historicamente, e da relevância internacional que tais direitos detêm, a indiscutibilidade e estabilidade do seus núcleos- proibição da vedação ao retrocesso- não

³MACHADO NETO, A.L. A filosofia do direito no Brasil. In: WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

devem ser observadas apenas sob um prisma de respeito a previsão, é necessário que sejam efetivados. Nestes termos:

O Estado, a fim de que os seus poderes se façam operativos, necessita de que se constituam esses poderes, dotando-os de organização, assim como, para cumprir suas tarefas, de algumas regras de procedimento: a cooperação organizada e processualmente ordenado exige uma ordem jurídica, mas, veja-se bem, não uma ordem jurídica qualquer, mas uma ordem jurídica que assegure o êxito dessa cooperação criadora de unidade, assim como a realização das tarefas estatais, eliminando-se o abuso das atribuições de poderes concedidas ou admitidas como necessárias para o cumprimento dessas tarefas, ficando bem entendido que tal garantia e assecuração não é só uma questão de estabelecimento de normas, mas, principalmente de atualização de ordem jurídica⁴.

Konrad Hesse desenvolve a defesa da abertura constitucional, dado reconhecer a importância dos fatores sociais, políticos e históricos como moduladores de uma Constituição que se adéqua às realidades da comunidade. Imperioso, portanto, a efetividade do escopo constitucional não podendo imperar arbitrariedades políticas, em especial, quando se trata de direitos fundamentais. Sendo assim, de certo é que as novas perspectivas políticas, sociais e jurídicas, induzidas pelo fortalecimento de direitos fundamentais e da separação dos poderes exige uma postura mais ativa do Judiciário, a fim de que os imperativos constitucionais sejam observados.

1 O ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: PERFIL JURÍDICO NO CENÁRIO NEOCONSTITUCIONAL

As especificidades sucintas apresentadas no tocante ao desenvolvimento jusfilosófico a partir da implementação do Estado Constitucional de Direito no Brasil, mormente através da Constituição de 1988, induzem na concepção de um Poder Judiciário autônomo e independente, capaz de interpretar e aplicar as leis de forma dissociada dos demais Poderes, consoante observado o revés no arcabouço histórico brasileiro que sucedeu o atual ordenamento jurídico e político. Dentre dessa perspectiva, evidente se torna o papel incisivo que o Judiciário vem exercendo, levantando discursos que apontam pelas presenças do ativismo judicial e judicialização da política, sendo tais percepções comumente confundidas, abrindo espaço para discursos ideológicos infundados.

De todo modo, através de escopos cognitivos, insta apontar as distinções conceituais, a fim de que tais termos possam ser aplicados e explicados de forma correta. Para tanto, atenta-

⁴HESSE, Konrad. Conceito e peculiaridade da Constituição. *In*: HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

se para o fato de que, no Brasil, a expressão “judicialização da política” emergiu através dos estudos desenvolvidos por Ariosto Teixeira e Marcus Faro de Castro, em 1997, a partir dos julgamentos das ações de inconstitucionalidade nos tribunais. Inobstante, evidencia-se a utilização do referido termo em diversos sentidos, ao que se pode exemplificar com a intenção dos juristas ao utilizá-lo para se referir à obrigação legal de que determinado tema seja apreciado judicialmente ou a via escolhida por particulares para submissão de determinada causa à via judicial, ou então, “um sentido de processo social e político, quando é usada para se referir à expansão do âmbito qualitativo de atuação do sistema judicial, do caráter dos procedimentos de que dispõem e, ainda aumento do número de processos nos tribunais”⁵. Nessa divergência, é possível concluir que a expressão judicialização, portanto, pode refletir dois sentidos: um quantitativo e outro qualitativo, nas lições de Luis Roberto Barroso:

O termo judicialização tem sido utilizado para identificar duas situações diferentes. Existe, em primeiro lugar, uma judicialização quantitativa. Nesse sentido, a expressão judicialização da vida se refere a uma certa explosão de litigiosidade no país, que se manifesta na existência de um número espantoso de ações judiciais em curso (...) Fenômeno diverso é a judicialização qualitativa. A expressão designa o fato de que boa parte das grandes questões nacionais- políticas, econômicas, sociais e éticas- passaram a ter o seu último capítulo perante os tribunais.⁶

Outrossim, conquanto a bifurcação semântica da judicialização, não há espaço para confusão com a expressão ativismo judicial. Aqui está a se falar de um posicionamento criativo por parte do Poder Judiciário, a quem compete a interpretação das normas legislativas ou a capacidade solucionática de se posicionar em face de casos sem adequação perfeita à lei. Mais uma vez, interessante as contribuições trazidas pelo magistério de Barroso:

A judicialização é um fato, uma circunstancia que decorre do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo 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- e este é o caso do Brasil- em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.⁷

De mais a mais, é bem de ver, através da experiência empírica e doutrinária, que o papel ativista judiciário na judicialização da política tem sofrido críticas atinentes a possível

⁵MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. **Sentidos da judicialização da política**: duas análises. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0102-64452002000200006&script=sci_abstract&tIng=pt. Acesso em: 12 de abril de 2019.

⁶BARROSO, Luis Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

⁷BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo. In: FELLET, André Luis Fernandes; PAULO, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011.

ofensa ao princípio da separação dos poderes, o que se revela inconcebível, tendo em vista a incolumidade deste instituto, ainda que nesse contexto. Isso porque, levando-se em consideração o conteúdo axiológico a que a Constituição detém, necessária a concretização dos valores por ela empossados. Talvez seja esse um dos maiores desafios do neoconstitucionalismo. É justamente neste cenário, que o Poder Judiciário, marginalizado no constitucionalismo moderno, se afirma, passando a proteger os direitos fundamentais e fiscalizar a atuação legislativa. Essa relevância dispensada ao Judiciário, emergida pelo Constituinte de 88, não acarreta a violação da separação, vez que pautada a partir da institucionalização e independência do Poder, como por exemplo, nos instrumentos de controle de constitucionalidade, remédios constitucionais, consagração do princípio da inafastabilidade.

Consoante os ensinamentos de Daniel Sarmiento⁸, o paradigma do Direito Constitucional brasileiro é observado em dois momentos, chamados por ele de “constitucionalismo brasileiro da efetividade” e o pós-positivismo constitucional. No que atine ao primeiro, observa-se a imperatividade da Constituição no contexto social, sem que para tanto, haja necessariamente a intervenção do Legislativo. Isso se dá em razão da conquista alcançada pelo neoconstitucionalismo no que atine a aplicação imediata da Constituição, que é norma. No segundo momento, a preocupação com valores e democracia dão origem a categorias intituladas como “mínimo existencial”, “reserva do possível” e “proibição do retrocesso”, em face da relevância dispensada aos princípios constitucionais e ao seu caráter normativo. Nesse ínterim, o contexto de empoderamento do Judiciário abre margem para o fortalecimento da jurisprudência, em especial, do Supremo Tribunal Federal, que levanta em seus julgados a necessidade de observância dos princípios e valores que moldam o ordenamento.

Todavia, inegável que inúmeras críticas sobressaltam não só no que se refere a possível ofensa ao princípio da separação dos poderes, como também a forma pela qual se reportam os juízes dentro desse cenário de judicialização da política, sob o argumento de estarem legitimados pelo ativismo permitido pelos escopos constitucionais. Nesse contexto, e tendo em vista as facetas consequenciais do ativismo judicial, imperativo se mostra buscar formas outras que visem evitar a judicialização exacerbada através de mecanismos alternativos à lide jurisdicional.

⁸SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. Disponível em: http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel_sarmiento_o_neoconstitucionalismo_no_brasil1.pdf. Acesso em: 13 fev. 2017.

2 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL EVIDENCIADO A PARTIR DA INEFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE DA ADPF 347

Em que pese as reiteradas críticas relacionadas ao ativismo judicial como fator de abarrotamento da separação dos poderes, e diante da resistência do Supremo em acolher tal posicionamento, é necessário se ater para a força normativa da Constituição e tudo o que ela apregoa. É bem de ver que em que pese se vislumbrar na Constituição Brasileira ideais e valores democráticos, dignos de especial atenção, verifica-se cotidianamente o desrespeito aos mesmos.

De certo que, em questões pontuais, a inefetividade dos direitos fundamentais de forma incisiva, constante e massiva pode caracterizar o que se convencionou chamar de estado de coisa inconstitucional. Assim, exige-se do Judiciário uma posição incisiva não para interferir na atuação de outro poder, mas para fazer valer os preceitos constitucionais. Não se pode, outrossim, ignorar a permanente omissão legislativa quando se está a falar da tutela e eficácia dos direitos fundamentais, mormente, no que tange à dignidade do preso.

As ofensas massivas aos direitos fundamentais bem como aos direitos humanos perpetradas pela atuação positiva ou negativa do Estado- dimensão subjetiva- é o que caracteriza o estado de coisas inconstitucional. Assim é que o Supremo Tribunal Federal conceituou o ECI como sendo a “existência de um quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais”, desencadeada “pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura”. Dessa forma, apenas “transformações estruturais da atuação do Poder Público e uma atuação de pluralidade de autoridades podem modificar a situação inconstitucional”⁹

Inegável que a inércia legislativa diante de um comando advindo da Constituição revela-se, para além de um desrespeito à supremacia constitucional, a desmoralização do Estado de Direito. Tais omissões são intoleráveis. Nestes termos, há de sinalizar, consoante rememorou o ex-Ministro Sepúlveda Pertence, no Mandado de Injunção 670/ES, que muitas vezes a mora na elaboração da norma não se limita apenas às questões de inércia nem de má-vontade do legislador, mas da “impossibilidade política de chegar-se a uma fórmula aceita. E isso é do jogo democrático. E isso é, sobretudo, a grande virtude do processo legislativo

⁹CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Informativo Esquematizado**: informativo 798-STF. Disponível em: <https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2015/09/info-798-stf.pdf> . Acesso em: 12 de agosto de 2019.

democrático”. Não obstante, quando se trata da identificação do ECI, as omissões não se encontram restritas a esse entendimento, mas ao que pode ser classificado como pontos cegos legislativos de perspectiva que emergem “sempre que um grupo careça de representação ‘descritiva’ no Poder Legislativo e os legisladores careçam do apropriado incentivo ou mecanismo para dar ouvidos a estas vozes excluídas”¹⁰.

Evidencia-se, outrossim, no referido contexto, o ativismo judicial como o único mecanismo a solucionar um problema de omissão e descaso permanente do legislativo. Por outro lado, não há de se olvidar que a omissão e o estado de inconstitucionalidade não se restringem apenas ao Legislativo, sendo vislumbrado muitas vezes pela inércia do Executivo. É o que se verifica na falta de políticas públicas para efetivar os direitos fundamentais. Aqui da mesma forma e pelos mesmos fundamentos, merece uma conduta mais incisiva do Judiciário.

Dessa forma, inegável, quando do contexto aqui discutido- omissão parcial do Legislativo e Executivo- a evidência de um verdadeiro estado de inconstitucionalidade, consubstanciado na omissão em efetivar os direitos fundamentais, seja por meio de atividade legiferante seja através de políticas públicas. Essa inefetividade dos direitos fundamentais, calcada na inobservância dos seus imperativos, poderá ser caracterizado como estado de coisas inconstitucional quando se verifica inércia deliberada e falha nas estruturas das instituições públicas, gerando grave violação de direitos humanos¹¹, merecendo outrossim, postura do Judiciário a fim de valer os direitos garantidos e cessar as ofensas.

Conquanto haja no ordenamento normas constitucionais e internacionais que advoguem pela observância dos direitos fundamentais e humanos, em especial, o relacionado à dignidade da pessoa humana, a omissão no sistema carcerário é manifesta. Em uma sociedade na qual o sentimento de vingança prevalece ao da ressocialização, sujeitos que perpetram conduta criminosa merecem tratamento repressivo. Não é por outro motivo que identificamos constantes promessas- e cumprimento delas- das legislações simbólicas, efetivando o direito penal emergencial. Ilustra-se:

De fato, é evidente que no caso do sistema carcerário tais circunstâncias constituem bloqueios que impedem a atuação dos órgãos públicos a fim de

¹⁰DIXON, Rosalind. The Supreme Court of Canada. Charter dialogue, and deference. *Osgoode Hall Law Journal*, 47, 2009. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Atualidades do controle judicial da omissão legislativa inconstitucional**. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1963/1067>. Acesso em: 12 de agosto de 2019.

¹¹ PATEL Filho, Nicola. O estado de coisas inconstitucional sob a perspectiva da omissão parcial (parte 1). **Empório do Direito**, [S.l.]. Disponível em: http://emporiododireito.com.br/o-estado-de-coisas-inconstitucional-sob-a-perspectiva-da-omissao-parcial-parte-1-por-nicola-patel-filho/#_ednref8. Acesso em 23 mar.2017.

superar o estado de inconstitucionalidade. O legislador não estabelece uma política adequada que vise o respeito aos direitos humanos da pessoa presa, a conscientização pública, o investimento em presídios a fim de garantir condições dignas de ocupação; alias, condições essas que são exigência do texto constitucional para a permanência da pessoa em determinado cárcere. O mesmo ocorre no executivo: a falta de vontade política impede a execução efetiva de políticas públicas voltadas à melhoria das condições dos presídios, sendo comum que agente ligados diretamente a execução da pena pratiquem atos de tortura contra a pessoa presa e a alta impunidade desses agentes públicos contribuem para a agravar a situação.¹²

Em razão do contexto exposto, o Partido Socialismo e Liberdade- PSOL, com representação no Congresso Nacional, impetrou ADPF requerendo o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional bem como a determinação de que o Governo Federal elaborasse e encaminhasse ao STF no prazo máximo de 03 meses um plano nacional visando à superação desse estado, no sistema carcerário, dentro de 3 anos. O pleito requerido pelo Impetrante fora acolhido pelo Supremo Tribunal Federal, nos exatos termos do pedido. Instaurou-se, outrossim, o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional no que atine ao sistema carcerário brasileiro.

A caracterização do ECI implica no reconhecimento da violação massiva dos direitos fundamentais oriundos da omissão dos poderes públicos, consoante mencionado, associado à continuidade dessa inércia e à falta de estrutura das instituições públicas. Sendo assim, a identificação desse estado implica na superação dos bloqueios políticos e institucionais. Nesse contexto, os instrumentos tradicionais de jurisdição constitucional não se mostram suficientes para enfrentar a situação, ao qual propicia o ativismo judicial. Não obstante, há de se reconhecer a limitação da Corte Constitucional quando dessa discussão, razão pela qual as decisões não poderão envolver quadros isolados tampouco estampar conteúdos impossíveis de serem cumpridos, de modo que as ordens deverão ser flexíveis e capazes de monitoração na execução.

Ainda quanto ao ativismo, há quem sustente não se manifestar em uma única dimensão. No caso do julgamento da ADPF 347, é possível identificar duas dimensões, quais sejam a metodológica e a processual. No primeiro se vislumbra a mudança de entendimento quanto ao próprio papel do Judiciário em questões dessa natureza, ao passo que no segundo se verifica um “alargamento que a Corte faz do campo de aplicação e de utilidade dos processos constitucionais que estão à sua disposição” de modo a ampliar “as hipóteses de cabimento das

¹²PATEL Filho, Nicola. O estado de coisas inconstitucional sob a perspectiva da omissão parcial (parte 1). **Empório do Direito**, [S.l.]. Disponível em: http://emporiododireito.com.br/o-estado-de-coisas-inconstitucional-sob-a-perspectiva-da-omissao-parcial-parte-1-por-nicola-patel-filho/#_ednref8. Acesso em 23 mar.2017.

ações e recursos constitucionais e os efeitos de suas decisões, tendo como parâmetros o próprio regramento destes procedimentos e o uso comum deles”¹³.

Nessa conjectura, há quem se posicione no sentido de que o mais adequado, dentro desse contexto de ativismo judicial e estado de coisas inconstitucional, seria que o Judiciário mantivesse um diálogo com as instituições, e não apenas impor a sua supremacia. Para tanto, Carlos Campos reporta-se à experiência colombiana- *pioneira na temática*- aduzindo que a Corte Constitucional Colombiana adotou dois posicionamentos: o da supremacia do Judiciário- observável quando do reconhecimento no sistema carcerário- e um mais dialógico, como no caso do deslocamento forçado de pessoas. Consoante exposto pelo autor, no primeiro caso foi possível verificar o fracasso, ao passo que no segundo houve a promoção de maiores vantagens democráticas e maior efetividade na prática de suas decisões¹⁴.

No caso da ADPF 347, o qual quedou-se constatado o estado de coisas inconstitucional em razão da precariedade do sistema carcerário, determinando, por consequência, que o Congresso Nacional elaborasse um plano nacional em três meses para solucionar o impasse nos próximos três anos, o Ministro Marco Aurélio, relator do processo, posicionou-se pela via dialógica, em semelhança com aquele adotado pela Corte Colombiana no caso do deslocamento forçado de pessoas, propondo que o STF acompanhe as políticas públicas, incluindo as leis orçamentárias, atuando sempre de forma flexível e dialógica.

Interessante destacar, a partir de tudo quanto exposto, que:

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.¹⁵

Salienta-se, por oportuno, consoante tudo quanto demonstrado alhures, que inegavelmente vivencia-se um estado de coisas inconstitucional quando da inobservância da efetividade dos direitos fundamentais, fato que atinge não só os seus titulares, mas todo o

¹³CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo.

¹⁴CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de coisas inconstitucional e o litígio estrutural. **Consultor Jurídico**, [S.l.], 01 set. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em: 23 mar.2017.

¹⁵CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Devemos temer o “estado de coisas inconstitucional”? **Consultor Jurídico**, [S.l.], 15 out. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional>. Acesso em: 26 mar.2017.

estado democrático de direito. É inadmissível que vivenciando o reconhecimento inatingível dos direitos fundamentais e humanos se permita tamanho descaso e falta de proteção. É plenamente concebível a ideia de que diante da inércia do Estado, mormente pelos Poderes Executivo e Legislativo, e havendo flagrante violação generalizada dos direitos humanos, manifeste-se o Judiciário na tentativa, não de violar o princípio da separação dos poderes, mas acima disso, proteger e consagrar a supremacia constitucional.

Nessa senda, conforme mencionado, parece louvável o ativismo judicial, no caso de constatação do ECI, em especial, quando essa atuação se der nos moldes dialógicos com os demais Poderes. É o que ocorreu no julgamento da ADPF 347, que ao invés de impor uma decisão judicial, como se houvesse uma hierarquia entre os Poderes, tratou de adotar uma posição de diálogo e de acompanhamento das políticas públicas a serem adotadas pelo Estado. Verifica-se, dessa forma, que a Corte Constitucional, inspirando-se na Colômbia- país pioneiro na identificação do ECI, frise-se mais uma vez- adequou a situação lhe colocada ao melhor mecanismo, que é a de uma interferência mais flexível, derrubando os críticos desse tipo de ativismo judicial, que se pautam na violação ao princípio da separação dos poderes.

CONCLUSÃO

Conquanto o Estado Constitucional de Direito tenha implementado uma nova ordem política e jurídica, inovando no que atine à ampliação dos direitos fundamentais, de certo que a judicialização da política provocou consequências inevitáveis em face do contingenciamento judicial. Assim, nesse contexto de direitos fundamentais constitucionalmente previstos, tendo como reflexo os deveres, e como realidade a força normativa da Constituição, e havendo constante descaso em dispensar eficácia a tais direitos, é que é possível vivenciar um momento pelo qual o ativismo judicial tem operado.

Nessa senda, através da ADPF 347, no qual se discutia a situação do sistema carcerário, evidenciou-se o estado de coisas inconstitucional, consubstanciado num quadro de violação generalizada dos direitos fundamentais decorrente de inércia permanente dos poderes públicos e da falta de estruturação das instituições. Na ocasião, pode-se verificar a influência da experiência colombiana quanto a temática, de modo que o ativismo judicial pautado em instrumentos dialógicos revela-se como mais apropriado do que a supremacia judicial, consistente em dispensar mandamentos sem manter com os demais poderes acompanhamento das políticas públicas.

Certo é que conquanto haja temores relativos a possível interferência no princípio da separação dos poderes, não há o que assim concordar, dado que a atuação do Judiciário deverá se dar de forma excepcional e subsidiária, naquelas hipóteses as quais o Poder Legislativo se iniba de proceder à atividade legiferante e o Executivo de promover as políticas públicas previstas legalmente.

Dessa forma, parece viável o reconhecimento e a aplicação do ECI nos casos de, repita-se, inércia permanente e falta de estrutura das instituições públicas, quando da violação generalizada de direitos humanos.

Assim é que, diante de tudo quanto mencionado durante os estudos desenvolvidos neste trabalho, pode-se concluir pelo inegável descaso e ofensas constantes aos direitos fundamentais, de modo que configurando o preenchimento das situações expostas, o ECI revela-se como solução para eficácia dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Eugênio Rosa. A judicialização da política e o ativismo judicial: distinção, causas e perspectivas. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n.67, jan./mar. 2018.

BARROSO, Luis Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo. *In*: FELLET, André Luis Fernandes; PAULO, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. O neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun, 2005. Disponível em: <https://http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 10 de agosto de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus Coletivo n. 0005007-88.2017.1.00.0000/ES. Relator Ministro Edson Fachin, Brasília, DF. Diário de Justiça Eletrônico 23/05/2019. Disponível em: < <https://http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5189678> >. Acesso em: 12 de agosto de 2019.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Informativo Esquematizado**: informativo 798-STF. Disponível em: <https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2015/09/info-798-stf.pdf> . Acesso em: 12 de agosto de 2019.

COSTA, Emília Viotti. **Da Monarquia a República. Momentos decisivos**. 6. ed. São Paulo: UNESP, 1999.

DIXON, Rosalind. The Supreme Court of Canada. Charter dialogue, and deference. *Osgoode Hall Law Journal*, 47, 2009. *In*: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Atualidades do controle judicial da omissão legislativa inconstitucional**. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1963/1067>. Acesso em: 12 de agosto de 2019.

HESSE, Konrad. Conceito e peculiaridade da Constituição. *In*: HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MACHADO NETO, A.L. A filosofia do direito no Brasil. *In*: WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. **Sentidos da judicialização da política**: duas análises. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0102-64452002000200006&script=sci_abstract&lng=pt. Acesso em: 12 de abril de 2019.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. Disponível em: http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel_sarmento_o_neoconstitucionalismo_no_brasil1.pdf . Acesso em: 13 fev. 2017.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org.). **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.144.

VELLEDA, Luciano. Em seis anos, número de jovens cumprindo medida privativa de liberdade aumenta em 58,6%. **Rede Brasil Atual**, 09 de fev. 2018. Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2018/02/em-seis-anos-numero-de-jovens-cumprindo-pena-aumenta-em-58/>. Acesso em: 12 de agosto de 2019.

PATEL Filho, Nicola. O estado de coisas inconstitucional sob a perspectiva da omissão parcial (parte 1). **Empório do Direito**, [S.l.]. Disponível em: http://emporiiododireito.com.br/o-estado-de-coisas-inconstitucional-sob-a-perspectiva-da-omissao-parcial-parte-1-por-nicola-patel-filho/#_ednref8 . Acesso em 23 mar.2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de coisas inconstitucional e o litígio estrutural. **Consultor Jurídico**, [S.l.], 01 set. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em: 23 mar.2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Devemos temer o “estado de coisas inconstitucional”? **Consultor Jurídico**, [S.l.], 15 out. 2015. Disponível em:

<http://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional>. Acesso em: 26 mar.2017.