

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA III**

ANTONIO CELSO BAETA MINHOTO

CELSO HIROSHI IOCOHAMA

MARCELO LABANCA CORRÊA DE ARAÚJO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Antonio Celso Baeta Minhoto, Celso Hiroshi Iocohama, Marcelo Labanca Corrêa De Araújo – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-199-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC

www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA III

Apresentação

A jurisdição é um dos eixos centrais no desenvolvimento das sociedades, especialmente em países que ainda buscam concretizar os mais elementares direitos fundamentais, bem como materializar princípios constitucionais, como é o caso do Brasil.

Baseado em valores fundantes de nosso Estado - dispostos de modo marcante em nossa constituição - o processo judicial contemporâneo busca ser inclusivo, efetivo, célere, plural e, dentro de suas limitações naturais, auxiliar na construção de uma sociedade de fato democrática.

Para tanto, esse processo enfrenta desafios e experimenta também sensíveis ganhos. Se o ativismo judicial desafia os limites da separação de poderes e, por vezes, oferece o espectro do que Jean-Jacques Rousseau chamava de "ditadura dos juízes", o novo Código de Processo Civil parece oferecer horizontes renovados na prestação jurisdicional, incorporando mudanças e procurando trazer uma concepção contemporânea de processo, procedimento e prestação jurisdicional de um modo geral.

Na oportunidade do XXV Encontro Nacional do CONPEDI – Brasília, DF, o Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça III congregou a apresentação de pesquisas dos mais diversos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito do país, proporcionando o (re)pensar acadêmico em discussões que certamente proporcionaram muitas outras reflexões. Foram 22 (vinte e duas) apresentações, assim distribuídas:

1. O trabalho intitulado “O instituto do amicus curiae e o Direito brasileiro”, de Eduardo Martins de Lima, traz uma revisão sobre o chamado amigo da corte, analisando a sua posição atual no sistema processual brasileiro.

2. Já no trabalho “O amicus curiae no novo Código de Processo Civil: no caminho da democratização do poder judiciário por meio de uma sociedade aberta dos intérpretes da legislação”, de Marina Eugênia Costa Ferreira e Marcelo Labanca Corrêa de Araújo, os autores analisam como a novel legislação processual pátria dá espaço para a participação de atores estranhos ao processo, no intuito de auxiliar o julgador na resolução de uma lide, trazendo pontos de vista que potencializam o pluralismo e a abertura da jurisdição.

3. O artigo “O juiz como ator social e o ativismo judicial: riscos e ganhos no desempenho contemporâneo do judiciário brasileiro”, de Antonio Celso Baeta Minhoto e Cristiane Vieira De Mello e Silva, aborda importante tema relacionado ao Poder Judiciário e o seu desafio de buscar a fronteira entre a aplicação do direito e a sua criação, em razão de posturas ativistas.

4. O artigo de Tiago Antonio Paulosso Anibal e Juvêncio Borges Silva, intitulado “Fosfoetanolamina sintética: análise de um caso controverso de judicialização do fornecimento de medicamento sem comprovação científica”, analisa uma questão de grande repercussão social relacionada à busca de um tratamento eficaz para o câncer por meio da via judicial.

5. O artigo “A dinamização do ônus da prova como instrumento assecuratório de acesso à justiça”, de Deilton Ribeiro Brasil e Leandro José de Souza Martins, aborda relevante tema relacionado aos direitos fundamentais, a saber, a problemática da necessidade de provar o direito e, a partir daí, ter-se uma justiça plena. Afinal, de nada adiantaria obter o acesso formal à justiça, negligenciando questões imbrincadas relacionadas ao ônus probatório como forma de realização da própria justiça.

6. O trabalho “Desigualdades processuais: o caso da Administração Pública em juízo”, de Jacques Henrique Gomes da Silva e Janaina Soares Noletto Castelo Branco, retoma antiga discussão relacionada à falta de paridade de armas entre Poder Público e particulares, quando atuam em juízo.

7. Interessante estudo pode ser visto no artigo “Alguns aspectos do inventário e partilha no novo código de processo civil”, de Anne Lacerda de Brito, ao analisar, de maneira geral, a nova legislação processual em vigor desde março do corrente ano, pontuando aspectos relacionados às questões que, tradicionalmente, guardavam morada no âmbito do Direito Civil: inventário e partilha.

8. O artigo “A eficiência judicial da Justiça Comum Estadual no Brasil: uma análise jurimétrica pelo método DEA”, de Martinho Martins Botelho, inova ao inserir elementos como estatística e avaliação objetiva, itens pouco comuns no campo do direito e que permitem uma visão diferenciada do campo jurídico.

9. Nomeado por suas autoras, Laura Campolina Monti e Thaís Campos Maria, como “O princípio da fundamentação das decisões judiciais e o solipsismo nas decisões do Supremo

Tribunal Federal”, este artigo explora as idiossincrasias existentes nos julgamentos do Supremo e até que ponto isso afeta sua atuação institucional. O dito “cada ministro é um STF” é real ou não? .

10. “A defesa coletiva do direito do consumidor e o veto ao incidente de coletivização no Novo Código de Processo Civil”, de Roberto de Oliveira Almeida e Thais Emília de Sousa Viegas, é um texto bem estruturado que busca refletir sobre o tratamento dado e os limites impostos à coletivização das ações no Novo CPC, bem como reflete acerca da influência que isso tem ou pode ter sobre a prestação jurisdicional em geral.

11. Interessante reflexão, de Vanessa Sousa Vieira e Fabiane Cristina de Almeida, traz o artigo “A comparticipação como pressuposto de efetividade das medidas estruturantes deferidas liminarmente”, contextualizando e problematizando o papel do juiz e das partes na estruturação processual, notadamente quando ela se dá no início da ação (initio litis) .

12. O artigo “A (im)penhorabilidade do Bem de Família e a tutela jurisdicional executiva no Novo Código de Processo Civil”, de autoria de Gustavo Lyrio Julião, parte de um instituto bem conhecido, o bem de família, para tratá-lo no bojo de uma lei vem recente e importante, o Novo CPC, refletindo sobre o novo enquadramento que a nova lei processual poderá imprimir a tal instituto.

13. Pesquisa interessante, de Eduardo Casseb Lois e Juliana Provedel Cardoso, traz o texto “O princípio da legalidade e a teoria dos precedentes no Código de Processo Civil de 2015”, contrapondo um princípio tradicionalíssimo do direito, o da legalidade, frente a um instituto relativamente novo, a teoria dos precedentes, à luz especialmente do que vem disposto no Novo CPC.

14. No artigo, de autoria de Fabiano Gosi de Aquino, “O sistema de precedentes judiciais no novo CPC: o incidente de resolução de demandas repetitivas como técnica de padronização decisória”, encontramos sensível e profunda reflexão sobre o chamado incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e como ele se inter-relaciona com o contexto do processo civil contemporâneo e com o Novo CPC.

15. Preocupados com a consolidação de entendimentos interpretativos, Felipe Rodrigues Xavier e Lucas Jonas Fernandes apresentam o artigo intitulado “Os direitos coletivos e individuais homogêneos no nCPC: riscos à jurisprudência brasileira”, com importantes reflexões sobre os caminhos a serem seguidos, diante da evolução que o tratamento dos direitos coletivos e individuais homogêneos alcançou.

16. Indicando a importância da construção de instrumentos voltados à proteção dos direitos diante da segurança jurídica no exercício da tutela jurisdicional, o IRDR é objeto de análise pelo trabalho “Os mecanismos de controle processual e o novo panorama do incidente de resolução de demanda repetitiva instalado pela Lei 13.105/2015”, exposto por Ana Luíza Zakur Ayers.

17. Analisando o “Protesto de sentença judicial”, Luiza Oliveira Guedes discorre o estudo sobre a importância desta alternativa para a coercibilidade estatal, indicando sua contribuição para o sistema de efetivação dos direitos.

18. Com o trabalho “Crítica retórica à definição do conceito de stare decisis na jurisdição brasileira”, Tainá Aguiar Junquilha e Elias Canal Freitas se propõem a analisar, de forma crítica decorrente da filosofia convencionalista, o sistema de precedentes, com destaque ao elemento que busca conferir estabilidade às decisões das Cortes Superiores.

19. Diógenes Vicente Hassan Ribeiro e Michelle Fernanda Martins demonstram sua preocupação com a forma de aplicação do sistema de inquirição de testemunhas e sua harmonização com o Estado Democrático de Direito, com o seu trabalho “Tribunais, autorreferência e evolução do sistema do direito: o art. 212 do código de processo penal e os tribunais”

20. Atenta à garantia de acessibilidade ao processo eletrônico, o artigo “Todos iguais: o objetivo do artigo 198 do Código de Processo Civil”, de Luciane Mara Correa Gomes, busca analisar a política de igualdade esperada com a instalação de espaço físico, assistência presencial e equipamentos, junto ao Poder Judiciário, indicando as desigualdades que o sistema eletrônico pode provocar.

21. Luiz Manoel Borges do Vale traz sua contribuição para com o estudo do sistema prisional brasileiro com o estudo “Sobre ativismos e discricionariedades: STF e o estado de coisas inconstitucional”, analisando a inspiração da Corte Constitucional da Colômbia e as ações do Supremo Tribunal Federal diante dos direitos fundamentais dos presos e a falência do sistema prisional brasileiro.

22. Com o estudo “O modelo cooperativo do novo sistema processual civil brasileiro”, Janete Ricken Lopes de Barros aborda a participação dos sujeitos do processo como protagonistas desse modelo democrático, com a contextualização de princípios e mecanismos para um processo justo.

Parabéns a todos os participantes e ao CONPEDI pela realização desse fundamental espaço de compartilhamento para a contínua e necessária reflexão acadêmica.

Prof. Dr. Marcelo Labanca Corrêa de Araújo.

Mestre e Doutor em Direito (UFPE). Pós-Doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de Pisa (com bolsa CAPES). Professor de Direito Constitucional e Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco. Procurador do Banco Central na Procuradoria Regional para a 5a. Região, em Pernambuco.

Prof. Dr. Antonio Cesó Baeta Minhoto

Doutor em Direito Público e Direitos Fundamentais pela ITE-Bauru, SP; Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Mackenzie, São Paulo; Bacharel em Direito pela Unifmu, São Paulo; Coordenador da Pós-Graduação Lato Sensu em Direito da Unicsul, sistema EAD; Professor Titular na área de Direito Público na Universidade Municipal de São Caetano do Sul; Professor da Universidade Zumbi dos Palmares, São Paulo

Prof. Dr. Celso Hiroshi Iocohama

Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUCSP; Doutor em Educação pela USP. Mestre em Direito das Relações Sociais pela UEL. Professor e Coordenador do Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR

SOBRE ATIVISMOS E DISCRICIONARIEDADES: STF E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

ABOUT ACTIVISM AND DISCRETIONS : STF AND INCONSTITUTIONAL STATE OF THINGS

Luis Manoel Borges do Vale ¹
Denarcy Souza e Silva Júnior ²

Resumo

O presente artigo visa analisar o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional brasileiro. Para isso, será feita uma necessária distinção entre a judicialização da política e o ativismo judicial, com ênfase da jurisdição constitucional e os limites legítimos da interferência do Poder Judiciário na função dos demais Poderes.

Palavras-chave: Estado de coisas inconstitucional, Supremo tribunal federal, Judicialização, Ativismo, Discricionariedade

Abstract/Resumen/Résumé

This paper aims to analyze the acknowledgement by the Federal Supreme Court of the Inconstitutional State of Things of the brazilian prisional system. Therefore, a necessary distinction will be done between the judicialization of the politics and the judicial activism, with enfasis on the constitutional jurisdiction and the legitimate limits of the interference of the Judiciary Force on the function of the other Forces.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Inconstitutional state of things, Federal supreme court, Judicialization, Activism, Discretion

¹ Mestrando

² Mestrando

1. INTRODUÇÃO

Em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal, concedeu medida cautelar na ADPF 347, declarando o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro. Note-se, que com essa decisão paradigma, a suprema corte importou uma teoria cunhada na Colômbia, que em situação semelhante, também declarou o estado de coisas inconstitucional dos seus presídios, ainda que, num primeiro momento, naquele país a decisão tenha se mostrado inócua.

Percebe-se, que a despeito de ter sido a primeira vez que o Supremo Tribunal Federal declarou o estado de coisas inconstitucional em razão de flagrantes e reiteradas ofensas aos direitos fundamentais da população carcerária, tal decisão não caracteriza grande guinada no posicionamento da suprema corte, mesmo porque, sob o manto da jurisdição constitucional, várias decisões são proferidas para além dos limites clássicos da separação dos poderes, imiscuindo-se, aquele tribunal, nas funções inerentes aos demais poderes.

É bem verdade que a prevalência dos direitos fundamentais, dos princípios constitucionais, a necessidade da interpretação conforme a constituição, são inerentes à jurisdição no estado constitucional, não havendo qualquer inconstitucionalidade na concreção dessas promessas tardias da modernidade por meio da jurisdição constitucional, muito ao revés, a negativa da concreção das normas constitucionais, aqui entendidas como princípios e regras, é que seria ilegítima, pois negar-se-ia a máxima efetividade às normas constitucionais.

Em países de modernidade tardia, como o Brasil, não há o que se falar na morte da constituição dirigente, tampouco em posturas eminentemente procedimentalistas, ao gosto de Habermas, que critica a invasão da política e da sociedade pelo direito (HABERMAS, 1997). Ao contrário, para o cumprimento das promessas incumpridas da modernidade, notadamente levando-se em consideração a jurisdição constitucional, deve haver uma atuação mais efetiva da justiça constitucional, para a implementação dos direitos fundamentais-sociais. É o que defendem as correntes denominadas substancialistas.

Ocorre, que a adoção das teorias materiais-substanciais nem de longe pode caracterizar ativismos judiciais, ao gosto de discricionariedades e decisionismos. Não há o que se confundir, ao menos não em se levando a sério a jurisdição constitucional, a judicialização da política, que é contingencial em países periféricos, diante da necessidade de implementação dos direitos fundamentais-sociais, com o que se denomina de ativismo judicial, proveniente que é da filosofia da consciência, de uma moral individual corretiva do direito.

Para além da judicialização da política, que como se disse, é contingencial em países de modernidade tardia, o que vem se denominando de ativismo judicial no Brasil, extrapola os limites da jurisdição constitucional. A pretexto da distinção entre texto e norma, as cortes brasileiras vêm atribuindo qualquer sentido ao texto constitucional, sem deixar que o texto lhes diga algo, ao contrário do que propugnava Gadamer. Ativismos judiciais e/ou decisionismos maculam a relação constitucionalismo-democracia, ultrapassando a fronteira da legitimidade constitucional.

Não se está afirmando que a decisão cautelar proferida na ADPF 347 foi errada, pode-se até concordar com a sua conclusão. O que se questiona, a bem da verdade, é se o meio utilizado para a implementação dos direitos fundamentais-sociais foi o correto¹, se, no caso em análise, haveria legitimidade para o Supremo Tribunal Federal determinar a adoção de políticas públicas variadas, em razão da declaração do estado de coisas inconstitucional, ou se a suprema corte agiu extrapolando os seus limites constitucionais de atuação, numa decisão discricionária e, ao fim, desprovida de validade.

A decisão judicial não pode ser vista como um ato de escolha, deve se levar a sério o direito. A concreção da norma jurídica não pode deixar de lado a história institucional daquele direito em especial, pois, o direito deve ser visto enquanto tradição, tampouco há de se abandonar a faticidade, ainda que se esteja diante de uma ação objetiva, como é o caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, o uso adequado dos princípios constitucionais não permite abstrações desprovidas de faticidade. Interpretar é aplicar, não havendo razão para se cindir argumentos de justificação e argumentos de aplicação, como pretendem as posturas procedimentalistas.

Não se está a negar a situação calamitosa dos presídios brasileiros, tampouco se está afirmando que o Supremo Tribunal Federal errou quando da declaração do estado de coisas inconstitucional diante das flagrantes violações dos direitos fundamentais dos presos e daqueles a eles diretamente ligados, não é isso. O que se busca analisar, é que não se pode confundir judicialização da política com ativismos judiciais, aqui entendidos como excertos da filosofia da consciência e desprovidos de legitimidade constitucional, pois alheios ao giro copernicano da jurisdição constitucional. Em frente, que a missão é árdua, mas proveitosa.

¹ Não se está questionando a utilização da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, enquanto instrumento, para a tutela constitucional dos direitos fundamentais sociais, mas sim a atuação da suprema corte no ato de decidir.

1. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL: UMA NECESSÁRIA DISTINÇÃO.

Embora no senso comum teórico dos juristas, judicialização da política e ativismo judicial sejam utilizados como sinônimos, não há o que se falar nessa similitude, mesmo porque a judicialização, diante da baixa constitucionalidade em países periféricos e que ainda não se desincumbiram das promessas do estado social, é contingencial; já o ativismo judicial, mais voltado à vontade no agir do órgão julgador, está ligado a uma visão da decisão judicial como ato de escolha, morais inclusive, o que pode não se coadunar com a jurisdição constitucional.

A judicialização decorre do modelo constitucional adotado no Brasil. Uma constituição compromissória como a de 1988, que institui direitos fundamentais sociais ainda incumpridos e uma inflação legislativa que objetiva abarcar um sem número de matérias, contribuem para aumentar o espaço de interferência do judiciário nos demais poderes, mas isso não significa que sua atuação seja manifestação de vontade do órgão judicante. Quanto mais direitos são constitucionalizados ou um número maior de leis são editadas para regulamentar uma gama de matérias, maior será a atuação do Poder Judiciário na concreção dessa normatividade, surgindo o que se denomina de judicialização (OLIVEIRA, 2010).

Parece evidente, nessa quadra da história, que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas pelo Judiciário, transferindo-se poder das instâncias tradicionais, Executivo e Legislativo, para juízes e tribunais. Diversos motivos levam à judicialização, como o reconhecimento de um judiciário forte e independente para a concreção dos direitos fundamentais, certa desconfiança com a política majoritária, bem assim a preferência dos atores políticos, em diversos casos de repercussão, se absterem de decidir majoritariamente, deixando para o Poder Judiciário a tarefa de decidir essas questões controvertidas (BARROSO, 2014, p.39).

No Brasil esse fenômeno alcança proporções bem maiores em razão de a Constituição cuidar de um elevado número de matérias, estas que, por estarem na carta maior, são retiradas do âmbito político e levadas para o âmbito jurídico, para o direito, abrindo ensanchas para a judicialização (BARROSO, 2009).

Percebe-se, pois, que a judicialização maciça hodiernamente existente no Brasil, tem como causa o desenho institucional brasileiro, não se tratando, como já referido, de uma opção política do Poder Judiciário, mas sim de uma contingência de um país periférico que ainda está a dever as promessas incumpridas do *welfare state*, em nada se assemelhando,

como pode parecer, com ativismos judiciais, pois embora possam pertencer a uma mesma família, não possuem origem comum (BERCOVICI, 1999, p. 38).

Na verdade, invocando-se a postura substancialista, passou-se a exigir uma fundamentação dada essencialmente pelos direitos fundamentais, abandonando-se a ideia de uma Constituição apenas do Estado (corrente procedimentalista), para ser também da sociedade. Deixou-se claro, contudo, que a constitucionalização de tarefas torna mais importante uma legitimação material, **embora não substitua (e nem deveria) a luta política.**

É o **sentimento constitucional** (VERDÚ, 2004) que deve impulsionar o agir da sociedade e a jurisdição constitucional, o que, como parece intuitivo, não permite uma extrapolação dos limites institucionais previstos na própria constituição, logo, não deve se assemelhar a uma autorização para se dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa, descolando o sentido do texto do próprio texto, pois, como propugnava Gadamer, **se se quer dizer alguma coisa sobre um texto, deixe que o texto lhe diga algo** (GADAMER, 2014).

Dentro dessa diferença, tem-se que o ativismo é muito mais uma postura, um ato de escolha, é a deliberada expansão do papel do judiciário, que utilizando a interpretação constitucional, supre lacunas, sana omissões legislativas ou determina políticas públicas ausentes ou ineficientes. (BARROSO, 2014, p. 40) Esse modo proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance, normalmente surge em períodos de compressão do Poder Legislativo, que se mostra indiferente aos reclamos da sociedade civil, descuidando do atendimento das demandas da coletividade, que vê, por essa razão, no Poder Judiciário, a salvação para os males sociais (BARROSO, 2009, p.6).

Com Barroso, se tem a ideia de que o ativismo judicial está associado a uma participação mais intensa do judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, interferindo mais incisivamente na atuação dos demais poderes. As condutas com as quais se manifesta o ativismo judicial, segundo o autor fluminense (BARROSO, 2009), são variadas:

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Evidencia-se, no elenco de posturas ativistas acima descritas, que para além de uma judicialização, o ativismo judicial perpassa uma atuação volitiva do Poder Judiciário, que a pretexto de dar interpretação ao texto constitucional, dele pode se desvencilhar, inclusive aplicando diretamente a Constituição sem que haja em seu texto normativo o preceito a ser

aplicado, ou, de outra banda, exercendo o controle de constitucionalidade com critérios menos rígidos, logo, alheios à Constituição, por fim imiscuindo-se na função dos outros dois poderes, os impondo condutas ou abstenções. É aí que mora o problema.

É que, se de uma norma constitucional for possível se deduzir uma pretensão, seja ela subjetiva ou objetiva, cabe ao juiz, em atenção ao direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva, decidir a matéria, não lhe sendo dada qualquer margem de discricionariedade, aqui entendida em seu sentido forte (DWORKIN, 2002, p. 52). Já o ativismo judicial é sempre uma intervenção discricionária no sentido forte, sendo necessário o estabelecimento de parâmetros de legitimidade de intervenções judiciais no âmbito da política e da sociedade (OLIVEIRA, 2010).

Não há o que se confundir, portanto, judicialização com ativismo, sendo esse último incompatível com o Estado Constitucional, pois, ao fim e ao cabo, autoriza o Poder Judiciário a decidir discricionariamente, tornado a decisão incontrolável segundo um padrão estabelecido antecipadamente, o que, no máximo, pode deixar margem a críticas, mas não pode ser considerado desobediente (OLIVEIRA, 2008, p.28). Se não há padrão de controlabilidade, abre-se espaço para decisionismos e arbitrariedades, o que, decerto, não está sintonizado com a jurisdição constitucional.

Ao que parece, há um erro de premissa no ativismo judicial, pois ele permanece inserido no paradigma da filosofia da consciência, na consciência de si do pensamento pensante (esquema sujeito-objeto), em tempos de pós-positivismo e de intersubjetividade (sujeito-sujeito).

Inobstante o até aqui explanado e de ser correta a assertiva de que o magistrado possua subjetividades, ideologias, ideias do senso comum, preconceitos - que não se confundem com a pré-compreensão (*Vorverständnis*) de que fala Gadamer (2014) -, não pode ele decidir com sua moral individual², deve decidir, isso sim, conforme o Direito, ou seja, de acordo com o sistema jurídico e não com o sistema moral ou com a moral individual, que pode até coincidir com os argumentos morais de um caso determinado, mas se não se sabe o porquê se está acertando, o erro permanece.

Alexy (2011, p. 94-95), discorrendo sobre a tese da correção, embora em outra perspectiva³, já atentava para a necessária separação entre a moral individual do decisor e a fundamentação da sentença:

² Saliente-se que a moral não pode ser usada para a correção do direito, este deve ter sua autonomia preservada, sendo a moral cooriginária a ele, apenas.

³ Alexy admite certa discricionariedade do juiz no ato de julgar, notadamente no uso da regra do sopesamento.

A pretensão à correção implica uma pretensão à fundamentabilidade. Esta última não se restringe ao fato de a sentença ser fundamentável e, portanto, correta no sentido de uma moral qualquer, mas estende-se ao fato de a sentença ser correta no sentido de uma moral fundamentável e, portanto, correta.

É o que se percebe hodiernamente com o uso desenfreado dos princípios, que estão sendo vistos como a solução para todos os males da sociedade, numa vulgata de realismo jurídico à brasileira ou, se assim se preferir, numa retomada da ultrapassada jurisprudência dos valores (BONAVIDES, 2004). Há forte dissenso doutrinário acerca da própria noção de princípio e sua aplicação aos casos concretos. Se por um lado é quase que pacífica a crença de que os princípios, juntamente com as regras, são espécies de norma jurídica (CUNHA, 2006), por outro há sérios problemas em se conseguir uma univocidade de conceito, chegando-se a se identificar, ao menos, três formas básicas de conceituação: a) princípios gerais do direito; b) princípios jurídico-epistemológicos; e c) princípios pragmáticos ou problemáticos (OLIVEIRA, 2008).

Essa confusão no próprio conceito de princípio e a crença de que seriam eles a panaceia para todos os males da sociedade, vem fomentando o uso retórico dos princípios, que estão sendo utilizados como capa de sentido, legitimando arbitrariedades e discricionariedades, bastando a invocação de um desses *standards* para se poder dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa. Até mesmo a ponderação de princípios colidentes, quando se os entendem como mandamentos de otimização (ALEXY, 2014), facilita o seu uso retórico, pois a escolha dos princípios em colisão também é feita subjetivamente, no que se convencionou chamar de ponderação à brasileira.

Tudo isso corrobora para que o ativismo judicial não se alinhe à ordem constitucional, mesmo porque não se pode admitir, no paradigma do Estado Democrático de Direito, que se entenda a decisão judicial, notadamente da Suprema Corte, como um ato de escolha. O Brasil, inserido que está no sistema romano-germânico, ainda que com fortes aproximações ao sistema do *common law*, ainda está regado pelo *rule of law*, não adotando o sistema do *judge-made-law*, até porque, para essa mudança de paradigma, seria imperiosa uma alteração na própria Constituição.

Uma sociedade democrática deve sempre pautar pela integridade (que é uma das suas principais virtudes), a evitar que a interpretação do direito seja resultante de concepções de justiça subjetivas ou contraditórias, pois a decisão judicial deve ser fundamentada em princípios e não em argumentos outros (argumentos de política) dissociados da autonomia do direito, tampouco com lastro numa vontade solipsista.

Streck (2013, p.107) enfatiza que não há o que se confundir entre decisão jurídica e escolha, sendo esta sempre parcial e afeta a discricionariedades:

Para efeitos do que estou debatendo neste livro, é preciso deixar claro que existe uma diferença entre Decisão e Escolha. Quero dizer que a decisão – no caso, a decisão jurídica – não pode ser entendida como um ato em que o juiz, diante de várias possibilidades possíveis para a solução de um caso concreto, escolhe aquela que lhe parece mais adequada. Com efeito, decidir não é sinônimo de escolher. Antes disso, há um contexto originário que impõe uma diferença quando nos colocamos diante destes dois fenômenos. A escolha, ou a eleição de algo, é um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior do que o simples ato presentificado em uma dada circunstância.

E conclui (STRECK, 2013, p.107):

Ora, a decisão se dá, não a partir de uma escolha, mas, sim, a partir do comprometimento com algo que se antecipa. No caso da decisão jurídica, esse algo que se antecipa é a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como direito (ressalte-se, por relevante, que essa construção não é a soma de diversas partes, mas, sim, um todo que se apresenta como a melhor interpretação – mais adequada – do direito).

Ainda dentro dessa perspectiva, há de se ter extremo cuidado com a afirmação de que o “intérprete sempre atribui sentido ao texto”, pois isso não abre margem para ele dizer “qualquer coisa sobre qualquer coisa”, atribuindo sentido de forma arbitrária aos textos, como se houvesse uma separação entre texto e norma⁴, com existência autônoma para ambos (STRECK, 2011, p.30).

O direito não é o que o intérprete quer que ele seja, tampouco o direito é aquilo que o tribunal diz que é. O ato interpretativo não pode ser tido como o produto da objetividade do texto ou de uma atitude assujeitadora do objeto, de uma atuação solipsista do intérprete, pois o paradigma do Estado Democrático de Direito está assentado na intersubjetividade e não da consciência de si do pensamento pensante, que caracteriza, em tempos de pós-positivismo, a ultrapassada filosofia da consciência (STRECK, 2012, p.264).

Decerto, mais do que harmonizar e equilibrar os demais Poderes, o Judiciário tem a missão de ser o intérprete que evidencia, ainda que contra maiorias eventuais, o direito produzido democraticamente, especialmente os dos textos constitucionais (STRECK, 2012, P.84). A jurisdição constitucional, nessa quadra da história, tem a função de organizar um *checks and balances* “desbalanceado” (VIEIRA, 2013, p.25).

Feitas as necessárias ponderações acerca da distinção entre judicialização e ativismo, incumbe, dentro daquilo que se propõe o presente ensaio, analisar o Estado de Coisas

⁴ A hermenêutica filosófica não trabalha com cisões, mas com diferenças. Decerto há uma diferença entre o texto e a norma, pois esta é resultado da interpretação daquele, daí a se afirmar uma separação total entre texto e norma há uma grande diferença, que desembocaria em arbitrariedades interpretativas e na negação da intersubjetividade.

Inconstitucional, para, ao final, poder se tecer algumas considerações, ainda que preliminares, à adoção, pelo Supremo Tribunal Federal, dessa postura ativista e se ela, dentro da perspectiva da jurisdição constitucional, seria legítima e consentânea com os limites institucionais de atuação da Corte maior do país.

2. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: UMA APRESENTAÇÃO.

Embora no Brasil se tenha dado grande ênfase à decisão da Corte Constitucional da Colômbia (CCC) que, em similitude ao caso brasileiro, declarou o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) relativo ao quadro de superlotação das penitenciárias daquele país (*Sentencia de Tutela(T)* – 153, de 1998), que reconheceu o problema da superlotação e das condições desumanas das Penitenciárias Nacionais de *Bogotá* e de *Bellavista de Medellín*, a primeira decisão que reconheceu o ECI é anterior (*Sentencia de Unificación (SU)* – 559, de 1997), num caso onde 45 (quarenta e cinco) professores dos municípios de *María La Baja* e *Zambrano* tiveram os direitos previdenciários recusados pelas autoridades locais (CAMPOS, 2015a, p.2). A partir desta decisão, a CCC passou a aperfeiçoar e desenvolver a categoria em uma plêiade de decisões similares.

Ao declarar o estado de coisas inconstitucional, a Corte reconhece um quadro insuportável de violação maciça de direitos fundamentais, decorrente de atos comissivos e omissivos praticados por diversas autoridades públicas, que é agravada pela inação continuada dessas mesmas autoridades, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público podem modificar a situação inconstitucional (CAMPOS, 2015b, p.2-3).

Diante da excepcional gravidade do quadro, a Corte reconhece a sua legitimidade para interferir na formulação e implementação de políticas públicas, como também em alocações de recursos orçamentários, resguardando jurisdição para coordenar as medidas concretas necessárias para superação do estado de inconstitucionalidades (CAMPOS, 2015c).

Para Campos (2015b, p.3), ainda que resumidamente, três são os pressupostos que caracterizam o estado de coisas inconstitucional:

- (a) A constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo de pessoas;
- (b) A falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e até judiciais, verdadeira “falha estatal estrutural”, que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação;
- (c) A superação dessas violações de direitos exige a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes – são necessárias mudanças estruturais, novas políticas públicas ou o ajuste das existentes, alocação de recursos, etc.

Em reconhecendo o ECI, a Corte não se limita a resolver problemas particulares, a analisar direitos subjetivos específicos de um demandante individualizado, mas protege a dimensão objetiva dos direitos fundamentais a serem tutelados, é o que se denomina “litígio estrutural”, que se caracteriza por tutelar um número amplo de pessoas, alcançar várias entidades, implicando ordens de execução complexa. No enfrentamento dessa espécie de litígio, a jurisdição constitucional fixa “remédios estruturais”, voltados a interferir e redimensionar os ciclos de elaboração e execução de políticas públicas (CAMPOS, 2015b, p.3).

Bem se vê, que para alcançar o desiderato do ECI, não se limita a Corte a proferir decisões ortodoxas, pois sua missão, num primeiro momento, é transpor os bloqueios políticos e institucionais, ampliando as deliberações e o diálogo para a solução do litígio estruturante. Age a corte engendrando uma espécie de “ativismo judicial estrutural” (CAMPOS, 2014, p. 314-322), supostamente legitimado pela presença de bloqueios políticos e institucionais.

Na visão daqueles que defendem o estado de coisas inconstitucional, em decorrência desse quadro de ofensa massiva aos direitos fundamentais, surge um novo ativismo, apto a superar os bloqueios políticos e institucionais por meio de uma jurisdição constitucional que vai além dos seus instrumentos tradicionais, impondo uma heterodoxia dos remédios judiciais, mas sem que a Corte perca de vista as suas próprias limitações.

Sobre esse novo ativismo, analisando o ECI reconhecido pela Corte Constitucional da Colômbia, Gravito e Franco (2010, p.39), assim se manifestam:

El nuevo activismo judicial, por tanto, parte de la constatación de situaciones recurrentes de bloqueo institucional o político que impiden la realización de los derechos. En estos casos, frecuentes en las democracias contemporáneas, la judicatura, aunque no sea la instancia ideal o esté dotada de todas las herramientas para cumplir la tarea, aparece como el único órgano del Estado con la independencia y el poder para sacudir semejante estancamiento. En suma, si el activismo judicial opera en las circunstancias y mediante los mecanismos adecuados, sus efectos, en lugar de ser antidemocráticos, son dinamizadores y promotores de la democracia.

Nessa perspectiva, a Corte não desempenha um papel de elaborador de políticas públicas, mas de um coordenador institucional, com efeito bloqueador (GRAVITO, 2010, p. 39), interferindo nas escolhas orçamentárias e na formulação, implementação e avaliação de políticas públicas, mas sem detalhá-las, o que ficaria a cargo dos demais poderes, mas sob a direção da Corte Constitucional.

As ordens proferidas pela Corte devem ser flexíveis, dando margem para criação legislativa e de execução a serem elaboradas e avançadas pelos outros dois Poderes, retendo jurisdição para monitorar o cumprimento específico da decisão e o sucesso dos meios escolhidos, reservando ao Poderes Legislativo e Executivo, legitimados pelo voto, a possibilidade democrática e técnica de escolha sobre a forma adequada para a superação do estado de inconstitucionalidades, movimentando a máquina estatal e cuidando da harmonia das ações a serem implantadas, nos termos do que dispõe a ADPF 347.

Percebe-se, que a declaração do estado de inconstitucionalidades pressupõe uma decisão dialógica e passível de ser cumprida, retirando a possibilidade de um agir isolado do Poder Judiciário. As Cortes devem adotar ordens flexíveis e monitorar a sua execução, pois ordens rígidas e um distanciamento da fase de implementação tornará a decisão inefetiva, limitada a uma conclamação dos demais Poderes a enxergar o problema, mas sem solucioná-lo. Longe de um protagonismo judicial, devem as Cortes fomentar o diálogo com as demais instituições na busca das melhores soluções, tornando o ativismo judicial, nessa perspectiva, dialógico.

Embora o ECI tenha essa pretensão de abertura ao diálogo, numa espécie de policentrismo processual, retirando, num primeiro momento, o protagonismo do Poder Judiciário, tal perspectiva se mostra apenas aparente. É que, no monitoramento do cumprimento das políticas públicas necessárias para o enfrentamento do estado de inconstitucionalidades, salvaguardando jurisdição com essa finalidade, a Corte Constitucional se coloca em posição assimétrica, assumindo de forma indisfarçada uma posição cimeira aos demais poderes envolvidos na solução do problema. Foi nessa linha, aliás, que decidiu o Supremo Tribunal Federal na medida cautelar na ADPF 347, fazendo-se necessário, para os propósitos deste trabalho, uma análise crítica, ainda que sucinta, dessa decisão paradigmática.

3. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: CRÍTICAS NECESSÁRIAS.

Como dito na introdução, foi ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal, pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 347), com o objetivo que fosse reconhecido o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro e determinada a adoção de várias providências tendentes a sanar as gravíssimas lesões a preceitos fundamentais da

Constituição, decorrentes de condutas comissivas e omissivas dos Poderes Públicos das três esferas no tratamento da questão prisional no país.

A petição inicial está alicerçada em representação formulada pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ, sendo instruída com parecer proferido pelo Professor Titular de Direito Penal da UERJ, Juarez Tavares e com documentação que comprova o quadro dramático e inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

O relator da ADPF 347, Ministro Marco Aurélio, embora vencido em vários aspectos de seu voto, na fundamentação do voto condutor, reconheceu o estado de inconstitucionalidades do sistema prisional brasileiro, aceitando a importação do Estado de Coisas Inconstitucional proveniente da Corte Constitucional da Colômbia, inclusive naquilo que já caracteriza a nova fase do ECI, reconheceu que para a decisão se mostre efetiva, se faz necessário que sejam proferidas ordens flexíveis, abrindo ensanchas para criação legislativa e de execução a serem desenvolvidas pelos outros dois Poderes, com retenção de jurisdição para monitorar o cumprimento da decisão e o sucesso dos meios escolhidos, sem retirar dos Poderes Legislativo e Executivo, legitimados que são pelo voto, a possibilidade democrática de escolha sobre a forma adequada para a superação do estado de inconstitucionalidades.

Dentre os vários pedidos cautelares formulados na ADPF 347, o Supremo Tribunal Federal deferiu apenas alguns deles, embora tenha sido uníssono no reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, reconhecimento esse, ao que parece, feito em momento processual inapropriado, pois proveniente de cognição sumária, típica das decisões acerca de tutelas de urgência. Em todo caso, transcrevem-se, no que importa, as medidas cautelares concedidas:

O Tribunal, apreciando os pedidos de medida cautelar formulados na inicial, por maioria e nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), deferiu a cautelar em relação à alínea “b”, para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão [...]; em relação à alínea “h”, por maioria e nos termos do voto do Relator, deferiu a cautelar para determinar à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos [...]; O Tribunal, por maioria, deferiu a proposta do Ministro Roberto Barroso, ora reajustada, de concessão de cautelar de ofício para que se determine à União e aos Estados, e especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional [...].

Embora o STF não tenha, em cognição sumária, deferido todas as medidas cautelares pleiteadas pelo PSOL, há de se ter cuidado. As cautelares que foram deferidas, aí incluída uma concedida *ex officio*, não se mostraram ordens flexíveis, tampouco se deixou margem

para escolhas democráticas dos outros dois poderes, ao contrário, se constituíram em imposição de obrigações de fazer específicas, deixando pouco para a democracia, numa assunção de um protagonismo judicial indisfarçavelmente ativista e flagrantemente discricionário.

Ao determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão, pouco restou de discussão acerca da matéria na arena democrática. Funcionou o STF como legislador positivo, fazendo desaparecer qualquer necessidade de regulação da matéria pelo Poder Legislativo.

O mesmo se diga das outras duas cautelares deferidas. Não houve qualquer flexibilidade ou intenção dialógica na determinação para a União liberar o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional, com necessária utilização para a finalidade para o qual foi criado, sem que houvesse novos contingenciamentos, tampouco na determinação de encaminhamento, pela União e Estados (especificamente o Estado de São Paulo), ao Supremo Tribunal Federal, de informações sobre a situação prisional daqueles entes federativos. É bem verdade, que essa última medida cautelar, verdadeiramente, não se trata de uma tutela de simples segurança, mas de uma requisição de informações, alicerçada mais precisamente no Princípio da Cooperação Judicial (modelo participativo de processo).

Não se percebe no julgamento das medidas cautelares qualquer abertura ao diálogo, como sói imprescindível a se legitimar o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, tampouco houve qualquer resquício de um necessário policentrismo processual. No julgamento das medidas cautelares na ADPF 347, imperou um tipo de argumentação fundada em argumentos de autoridade (RODRIGUEZ, 2013, p.62), com opiniões pessoais dos ministros da corte (autoridades), que decidiram por mera agregação de opiniões, onde “apesoa que toma a decisão e a decisão em si mesma são mais importantes do que o raciocínio desenvolvido para se chegar nela” (RODRIGUEZ, 2013)

José Rodrigo Rodriguez (2013, p.70), em estudo de cunho inclusive sociológico, assim se manifesta acerca do que denomina de Jurisdição Opinativa:

O caráter opinativo de nossa jurisdição fica mais claro quando examinamos julgamentos colegiados, por exemplo, os do STF, em que vários juízes, ou seja, várias autoridades devem opinar sobre o mesmo caso. Mesmo nos casos em que há unanimidade no julgamento, ou seja, em que os 11 juízes do STF decidem no mesmo sentido, todos eles fazem questão, especialmente em casos de grande repercussão pública, de externar sua opinião.

O que ocorreu naquele julgamento, infelizmente, não caracteriza qualquer novidade. Não se tem no STF uma unicidade de julgamento, tampouco ele se preocupa em redigir a opinião da corte sobre os casos ou teses jurídicas. Limita-se a juntar um emaranhado de opiniões, previamente fornecidas nos votos individuais escritos de cada ministro, ou com a juntada das notas taquigráficas, sem qualquer organização, tornando o acórdão um documento longo, desconexo, assistemático, “que torna praticamente impossível reconstituir a argumentação do tribunal de maneira racional e unificada” (RODRIGUEZ, 2013)

Para melhor ilustrar o que aqui se analisa, importante a transcrição de trecho do voto do Ministro Marco Aurélio, relator da ADPF 347:

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

Percebe-se claramente no trecho transcrito, que o ministro relator utilizou de sua convicção pessoal para decidir, não se preocupando em argumentar em sentido contrário ao ativismo judicial ou até mesmo acerca da intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas. Pior! Desdenhou de um diálogo com a doutrina constitucional, declarando de somenos importância construções doutrinárias sólidas acerca da separação dos poderes, da baixa legitimidade democrática do Judiciário, enfim, decidiu de forma solipsista, conforme a sua consciência.

Ao fim e ao cabo, o julgamento das medidas cautelares na ADPF 347 não passou de uma Jurisdição Opinativa, uma junção de argumentos de autoridade, pouco preocupados com uma justificativa racional da conclusão a que chegou a Corte, ou seja, se deferiram as medidas cautelares, e se indeferiram outras, porque os ministros assim entenderam, diante das suas convicções pessoais, num regresso injustificado ao vetusto Princípio do Livre Convencimento Motivado, que sequer foi reproduzido no Novo Código de Processo Civil, até porque em nada se alinha ao texto constitucional.

Nota-se, sem muito esforço, que o reconhecimento, ainda que em juízo de cognição sumária, do estado de coisas inconstitucional se deu por meio de uma decisão discricionária em sentido forte, onde a Corte constitucional não se preocupou em legitimar a sua decisão

numa fundamentação dialógica, debatendo com a doutrina constitucional. Ao contrário, reputou de menor importância as construções doutrinárias acerca do tema, descuidando de reconstruir a história institucional desse direito em especial, numa decisão solipsista, onde se pode dizer qualquer coisa sobre os estados de inconstitucionalidades, que foi, inclusive, reconhecido por exclusão.⁵

Percebe-se, portanto, falta de preparo no uso de argumentos hauridos na jurisprudência estrangeira, uma vez que é imprescindível, como se disse, uma fundamentação analítica capaz de provocar a legitimidade necessária à tomada de decisão pela Corte Constitucional. Em muitas situações, o discurso argumentativo justificador do uso de pronunciamentos de Cortes Estrangeiras serve apenas para respaldar os excessos cometidos pelos órgãos jurisdicionais, em acórdãos deveras reducionistas e casuísticos. É nesse sentido que se pronuncia Guilherme Peña de Moraes (2015, p.35):

Mais uma vez, “os juízes estão em busca para justificativas extraconstitucionais e invenções para explicar o seu ativismo. O poder que anseiam não existe na Constituição, razão pela qual devem eles constantemente contornar as disposições constitucionais. A dependência do Direito estrangeiro é uma rejeição completa, não somente dos papéis dos outros poderes, pois essas não são decisões ou deliberações que se submetam à sua reflexão, mas da própria Constituição.”

Mais que isso! O que não seria inconstitucional num país periférico como o Brasil? Seria realmente necessário se judicializar o problema do sistema prisional? A legitimidade constitucional de obrigar o executivo de tomar as medidas pleiteadas é mesmo do judiciário? O que sobrou para a democracia? (STRECK, 2015) Não se estaria fomentando a proliferação de cidadãos de segundo nível, incapazes de lutar pelos seus direitos pelos meios democráticos? Parece que o problema vai além de um agir ativista do STF, está inserido, isso sim, na ausência de um “comportamento constitucional” da sociedade brasileira, que vê no Poder Judiciário uma figura paternalista, para o bem e para o mal.

É apenas o início do debate, nem mesmo o STF definiu os contornos do que realmente entende por estado de coisas inconstitucional, só não se pode aplaudir decisões discricionárias, ainda que se concorde com suas conclusões, porque a Constituição não é o que o STF diz que é, tampouco argumentos de autoridade ou junção de opiniões encontram legitimidade constitucional para a solução dos denominados litígios estruturais, ainda que não se saiba ao certo o que isso significa, não sendo permitido aos ministros usar sua moral

⁵ “[...]Todavia, as dificuldades em se definir o alcance maior do termo não impedem, tendo em conta o quadro relatado, seja consignada uma zona de certeza positiva: o sistema carcerário brasileiro enquadra-se na denominação de “estado de coisas inconstitucional.” Cf. BRASIL. STF – Supremo Tribunal Federal. Voto do Relator. ADPF n.º 347. Rel. Min. Marco Aurélio, Brasília, 2015. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 14 jan 2016.

individual para decidir, o que restou caracterizado na decisão discricionária em sentido forte proferida pela Corte.

Lenio Streck (STRECK, 2015) sintetiza a preocupação propagada no presente trabalho:

Numa palavra: a partir de um juízo político ou moral (ou econômico), o que não é inconstitucional em nosso país? O problema reside nos efeitos colaterais. O risco de uma decisão desse porte. Como em uma epidemia, a ADPF 347 é o “paciente zero”. Bem, devo estar dizendo isso talvez porque eu seja um conservador e acredite na divisão de poderes que está na Constituição. Mas, enfim, *vive la différence* (que quer dizer, vida longa à diferença).

Insta salientar, para evitar mal entendidos, que não se está afirmando que a decisão do STF não tenha o condão de melhorar a situação das massivas e flagrantes violações de direitos fundamentais dos presos, tampouco que ela não seja apta a trazer benefícios ao sistema prisional ou que seria ela desnecessária. Não é disso que se trata. O que se buscou demonstrar, ao revés, é que embora necessária e com ela se possa concordar, a fundamentação utilizada para a concessão das medidas cautelares e o próprio reconhecimento do estado de coisas inconstitucional se deu de forma discricionária e solipsista, fundamentado nas convicções pessoais dos ministros, o que se mostra um contrassenso em se tratando de jurisdição constitucional, que não se coaduna com a denominada filosofia da consciência (STRECK, 2013).

Enfim, se tudo cabe no conceito de estado de coisas inconstitucional, permite-se que o Supremo Tribunal Federal diga qualquer coisa sobre ele, que utilize a moral individual dos seus ministros para corrigir o direito, de cariz constitucional. A jurisdição constitucional não legitima ativismos, decisões discricionárias em sentido forte, o que foi levado a efeito na decisão das medidas cautelares da ADPF 347, inclusive entendendo a Corte em conceder uma medida cautelar de ofício. Tem-se que ter cuidado com um reconhecimento açodado do ECI e com as consequências desse agir da Corte, pois num país onde se decide sem qualquer preocupação com a garantia fundamental da motivação da decisão judicial, como dizia o conselheiro Acácio: “as consequências sempre vêm depois”.

4.CONCLUSÃO

O trabalho objetivou trazer para o debate a primeira análise do Supremo Tribunal Federal acerca do denominado estado de coisas inconstitucional, teoria oriunda da Corte Constitucional da Colômbia e que, num primeiro momento, foi aceita na sua essência pela

nossa Corte Constitucional, mas sem perder de vista a discussão, já proliferada por aqui, acerca da judicialização da política e do ativismo judicial.

Nessa senda, buscou-se distinguir o que se denomina de judicialização, que se acredita contingencial em países de modernidade tardia, do ativismo judicial, mais ligado ao agir e as escolhas do Poder Judiciário, alicerçado, para alguns, na jurisdição constitucional. Ao longo deste escrito, tentou-se demonstrar que em países periféricos, neles incluído o Brasil, como as promessas da modernidade ainda estão longe de serem alcançadas, não há o que se falar na morte da constituição dirigente, pois o estado do bem-estar social, os direitos fundamentais-sociais, ainda carecem de efetividade.

Inobstante essa óbvia constatação, a judicialização da política não pode se confundir com ativismos judiciais, bons ou maus, mesmo porque a própria jurisdição constitucional, que aparentemente autoriza os ativismos, é diametralmente a eles oposta, pois o Estado Constitucional, em sua essência, não autoriza decisões discricionárias em sentido forte, tampouco a Filosofia da Consciência é com ele compatível, não havendo mais o que se falar, nessa quadra da história, de uma objetividade assujeitadora ou de uma relação sujeito-objeto, resquícios de um positivismo que já se mostra ultrapassado.

Não se admite, porque em dissonância com o Estado Democrático de Direito, ativismos e discricionariedades, devendo o Poder Judiciário obedecer em suas decisões, notadamente em se tratando da Corte maior do país, uma intersubjetividade legitimadora, uma relação sujeito-sujeito, alicerçada na garantia fundamental à motivação das decisões judiciais, é o mínimo que se espera de um país que se diz democrático.

Fechar os olhos para as flagrantes e massivas violações dos direitos fundamentais dos presos ou para a falência do sistema prisional brasileiro, de igual monta, não se alinha à Constituição, daí ser muito difícil, para quem quer que seja, infirmar que o Poder Judiciário não poderia ser instado e que ele deveria agir. Agora, os limites dessa atuação podem, e devem, ser discutidos pela comunidade jurídica, pois nem mesmo o sendo comum pode admitir que “os fins justificam os meios”.

Muito há o que se discutir e estudar sobre ativismos e discricionariedades, notadamente em um país de modernidade tardia. O estado de coisas inconstitucional reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal trouxe à tona o intrincado tema, que deve desafiar a comunidade jurídica por longo tempo, desafio a ser enfrentado com o espírito aberto ao diálogo, sem colonialismo e com a certeza de que os países latino-americanos têm muito a contribuir para a solução dos litígios estruturais, não merecendo qualquer aplauso o argumento de que “apenas a Colômbia reconheceu o estado de coisas inconstitucional”. É

dever da Corte Constitucional dar os reais contornos daquilo que ela reconhece como estado de coisas inconstitucional, pois a Constituição reclama que a concretização da norma se dê intersubjetivamente e não com a opinião pessoal de quem quer que seja.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB**. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 17 jan 2016.

BARROSO, Luiz Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 3ª impressão. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *In: Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 142, abr/jun 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. STF – Supremo Tribunal Federal. Voto do Relator. **ADPF n.º 347**. Rel. Min. Marco Aurélio, Brasília, 2015. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

CAMPOS, C. A. **Da Inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”**. 2015. 58 f. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <https://www.academia.edu/15142674/Da_Inconstitucionalidade_por_Omiss%C3%A3o_ao_Estado_de_Coisas_Inconstitucional_.2015._Tese_de_Doutorado_em_Direito_P%C3%BAblico>. Acesso em: 18 jan 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de A. Estado de Coisas Inconstitucional e Litígio Estrutural. *In: Conjur – Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em: 17 jan 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de A. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 2015. Disponível em: <<http://jota.info/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acesso em 18 jan 2016.

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

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia T-153**. Colombia, 1998. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/>>.

_____. **Sentencia n.º SU-559**. Colombia, 1997. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/>>.

CUNHA, Sérvulo. **Princípios Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 14ª ed. Petrópolis: Vozes. Bragança Paulista: São Francisco, 2014.

GRAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transformó El desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Dejusticia, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia – entre faticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

MORAES, Guilherme Peña de. **Constitucionalismo multinacional: uso persuasivo da jurisprudência estrangeira pelos tribunais constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz, *et al.* **A Jurisdição Constitucional entre a Judicialização e o Ativismo: percursos para uma necessária diferenciação**. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdicaoRafael.pdf>>. Acesso em 18 jan 2016.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como Decidem as Cortes: para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2013.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio. **O Que É Isto – Decido Conforme a Minha Consciência?** 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

STRECK, Lenio. O que é preciso para (não) se conseguir um Habeas Corpus no Brasil. *In: Conjur – Consultor Jurídico*. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-24/senso-incomum-preciso-nao-obter-hc-brasil>> Acesso em: 14 jan 2016.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O Sentimento Constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VIEIRA, José Ribas; SANTOS, Fabiana de Almeida Maia; MARQUES, Gabriel Lima; SOUZA, Rafael Bezerra de; DIAS, Sérgio Bocayuva Tavares de Oliveira. Impasses e alternativas em 200 anos de constitucionalismo latino-americano. *In: RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. São Leopoldo, v. 5, pp. 122-132, jul./dez. 2013.