O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL, O PARADIGMA DA PROCEDURALIZAÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL

THE UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS, THE PROCEDURALIZATION PARADIGM AND JUDICIAL ACTIVISM

Vinicius Marinho Minhoto [1]
Ricardo Oliveira Pereira[2]

RESUMO: O objeto de pesquisa do presente artigo pretende responder à seguinte pergunta: a declaração do estado de coisas inconstitucional, por si só, é uma decisão ativista por parte do Supremo Tribunal Federal? Para isso, o artigo analisará o estado de coisas inconstitucional, seus requisitos e funções; após, se debaterá como foi a declaração do ECI em *terrae brasilis*. Com esse panorama, o ensaio se concentrará no paradigma da proceduralização e no conceito de ativismo judicial, tendo, ao final, respondido o objeto de pesquisa e, assim se espera, auxiliado no debate de declaração do ECI perante a doutrina brasileira.

Palavras-chave: Estado de coisas inconstitucional. Ativismo judicial e paradigma da proceduralização.

ABSTRACT: The research object of this article intends to answer the following question: is the unconstitutional state of affairs declaration, by itself, an activist decision by the Federal Supreme Court? For this, the article will analyze the unconstitutional state of affairs, its requirements and functions; afterwards, the ECI declaration in *terrae brasilis* will be debated. With this panorama, the essay will focus on the paradigm of proceduralization and the concept of judicial activism, having, in the end, answered the research object and, hopefully, helped in the debate of the ECI declaration before the Brazilian doctrine.

Keywords: Unconstitutional state of affairs. Judicial activism and paradigm of proceduralization.

DATA DE RECEBIMENTO: 26/04/2023
DATA DE APROVAÇÃO: 09/11/2023

[1] Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Contato: viniciusminhoto@hotmail.com
[2] Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Contato: ricardo.op9503@gmail.com

INTRODUÇÃO

A República Federativa Brasileira vive diversos problemas para fazer valer a sua Constituição de 1988, pois, muito embora a Carta magna estabeleça diversos direitos fundamentais, na realidade, sabemos que, muitas das vezes, a carta republicana não é aplicada e, utilizando o conceito de Ferdinand Lassale, é apenas uma folha de papel.

Diante desse panorama, o Supremo Tribunal Federal declarou o estado de coisas inconstitucional com relação à situação carcerária brasileira, pois, como é sabido por todos, as prisões brasileiras não cumprem com as determinações da nossa carta política, logo, algo deve ser feito para solucionar o problema. Ocorre que, o Poder Legislativo e o Poder Executivo, aparentemente não possuem interesse em solucionar esta demanda, pois, além da República ter diversos outros problemas prementes, presidiário ou criminoso é considerado um inimigo ficcional da população e, muitas das vezes, apenas o discurso contrário é populista e capaz de angariar votos.

O ECI foi objeto de diversas críticas pela literatura brasileira, contudo, a doutrina ainda é extremamente incipiente. Tais críticas podem ser sintetizadas da seguinte maneira: 1) O ECI seria uma afronta à tripartição de Poderes, pois o Poder Judiciário velejaria em oceanos que não são de sua alçada; 2) O ECI é claramente uma atuação de ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, ou seja, um ato ativista *per se*; 3) Os juízes não foram eleitos para se imiscuir sobre políticas públicas - Matéria relacionada às funções do Poder Executivo e do Poder Legislativo - sendo sua atividade contramajoritária insuficiente para tanto; 4) A falta de requisitos técnicos e expertise para determinar a aplicação de recursos ou outros atos com o mesmo cariz; 5) A possibilidade de utilizar o ECI de forma retórica podendo, portanto, colocar qualquer coisa sobre o seu "guarda-chuva" e, diante disto, não teríamos como saber o que é mais inconstitucional diante de um País que quase tudo é inconstitucional.

Considerando a impossibilidade de lidar com todas as críticas nesse artigo, o que se pretende fazer em uma dissertação ou tese, faremos um corte metodológico e responderemos a uma das críticas, sendo este o objeto de pesquisa: O ECI é uma

decisão ativista por parte do Supremo Tribunal Federal, ou seja, um ato ativista *per se*?

Para responder a tal questionamento, apresentaremos aos leitores o paradigma da proceduralização, que se trata de uma hipótese em que o paradigma da decisão é complementado, reforçando o diálogo entre os Poderes e procurando outras formas de solucionar as demandas judiciais sem se limitar a decisões binárias.

Após, discutiremos sobre o tortuoso conceito de ativismo judicial, já que para entender se uma decisão é ou não ativista, precisamos estabelecer qual o nosso conceito de ativismo judicial para, por fim, analisar e eventualmente refutar conclusões e ideias que comumente aparecem na doutrina brasileira.

1 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL, O PARADIGMA DA PROCEDURALIZAÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL

O estado de coisas inconstitucional é comumente conceituado como técnica de decisão que reconhece, ou seja, declara que há um litígio estrutural em que, diante da inércia estatal, há necessidade da participação ampla e efetiva de todos os Poderes para a sua superação ou melhora. O ECI é conceituado da seguinte maneira, em sua dissertação de mestrado, por (ANDRÉA, 2021. P. 66):

> [...] técnica de decisão voltada a sanar um quadro de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, decorrente de ações e/ou omissões em função de bloqueios políticos e/ou institucionais de diferentes autoridades/órgãos/poderes públicos que prejudicam um grupo vulnerável de pessoas.

Já na tese de doutorado do professor (CAMPOS, 2015. P. 187):

> Técnica de decisão por meio da qual cortes e juízes constitucionais, quando rigorosamente identificam um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais do estado, declaram a absoluta contradição entre os comandos normativos constitucionais e a realidade social, e expedem ordens estruturais dirigidas a instar um amplo conjunto de órgãos e autoridades a formularem e implementarem políticas públicas voltadas à superação dessa realidade institucional.

Logo, o conceito do ECI, aparentemente, possui linhas semelhantes entre a incipiente doutrina brasileira, não sendo o objeto de pesquisa analisá-lo. Sendo

assim, para sua declaração há necessidade que, ao menos[3], três requisitos sejam adimplidos: A) Reiterada e massiva violação de direitos fundamentais; B) Total paralisação dos órgãos estatais, com nenhuma ação concreta ou política pública para a solução do busílis; C) A necessidade de uma atuação conjunta e dialógica - dos Poderes da República -, além de diversos outros atores sociais, para a solução do problema. Conforme (MARMELSTEIN, 2015. p. 242): " o ECI é uma forma de dizer que a situação está tão caótica e fora de controle que é necessário que todos os envolvidos assumam um compromisso real de resolver o problema de forma planejada e efetiva."

O ECI, tem como ascendente a decisão estrutural americana no caso *Brown vs Board of education of topeka*, porquanto, muito embora a corte americana tenha declarado que a doutrina: "*equal but separated*" fosse inconstitucional, a decisão deveria ser acompanhada de uma mudança na estrutura de toda a sociedade, ou seja, amplas reformas deveriam ser feitas em escolas, hospitais e outros lugares públicos, além de diversos outros atos de conscientização social, logo, a simples declaração binária - constitucional ou inconstitucional - seria inócua (DANTAS, 2017. p. 156).

Na América latina, o ECI foi primeiramente estabelecido na Colômbia em 1997 - país que tem diversas similaridades com o Brasil - especialmente no tocante à violência social perpetrada, muitas das vezes, pelo próprio Estado. O ECI foi, de forma lenta, sendo aperfeiçoado tendo como o seu cume o caso dos deslocados internos em que, conforme (GARAVITO; FRANCO. 2010), a decisão da Corte Constitucional Colombiana produziu diversos efeitos - sendo eles: efeito criador, efeito de desbloqueio institucional, efeito coordenador, efeito deliberativo, efeito social e efeito de impacto sobre a população afetada - além de incluir diversos atores sociais para a solução efetiva do problema. Trata-se do que muitos autores chamam de "protagonismo dialógico", pois a corte acompanhou a implementação das políticas públicas e efetivamente dirigiu os atos para a solução do problema.

Na Colômbia, o ECI já foi declarado em oito[4] oportunidades, tendo como os casos mais relevantes, a declaração do estado de coisas inconstitucional no sistema

[3] A corte constitucional colombiana na sentença T-025 DE 2004 reconheceu seis requisitos para declarar o ECI, contudo, nos filiamos há apenas os três requisitos citados no texto.

[4] Sentenças: SU-559 de 1997, T-068 de 1998, T-153 de 1998, SU 250 de 1998, T-289 de 1998, T-590 de 1998, T-525 de 1999 e T-025 de 2004. Salienta-se que para uma análise mais pormenorizada de cada caso, o que não é objeto de análise desse artigo, consultar a dissertação de mestrado de Gianfranco Faggin Mastro Andréa.

carcerário colombiano - sentencia T-153 de 1998 - e o caso dos deslocados internos - sentencia T-025 de 2004 -, sendo que esta última sentença possui um belo estudo de caso dos professores Colombianos (GARAVITO; FRANCO. 2010), onde demonstra, com análise empírica, os pontos positivos dessa última sentença declarando o ECI.

Mas não é só, o tribunal Constitucional Peruano também já declarou o ECI em seis[5] oportunidades, utilizando, muitas das vezes, a jurisprudência da corte constitucional Colombiana como fundamento para as suas decisões. Tendo como os casos mais paradigmáticos a situação das pessoas com problemas de saúde mental - sentença n° 03426-2008 de 2010.

Na jurisprudência estrangeira podemos encontrar institutos parecidos com o ECI colombiano, veja-se o caso do (*meaningful engagement*) da África do Sul, instituto que se assemelha ao ECI especialmente no tocante ao seu cariz dialógico, compreensivo e includente dos diversos atores sociais que existem em uma sociedade para a solução do problema estrutural (MAMEDE; LEITÃO NETO; RODRIGUES, 2021. p. 829). No excelente artigo: "*O estado de coisas inconstitucional e o compromisso significativo enquanto instrumentos do constitucionalismo dialógico no Brasil: virtudes e limites"*, os autores concluem que o ECI é uma técnica para se imiscuir nos outros poderes, sendo, portanto, um ativismo judicial *per se*, opinião que discordamos e explicaremos mais a frente.

Contudo, os autores, aqui sim concordamos, afirmam que (MAMEDE; LEITÃO NETO; RODRIGUES. 2021, p. 833):

> Nesse horizonte, observa-se, pois, que da forma como trabalhado no Brasil, o estado de coisas inconstitucional parece abrir, de fato, espaço para a convergência postulada pelo constitucionalismo dialógico, com o desafio de se implementarem, adequadamente, os pressupostos tanto do estado de coisas inconstitucional, como do compromisso significativo (caso seja, efetivamente, do interesse coletivo a combinação das duas técnicas), com especial atenção para o fato de que não se mostraria viável uma simples transposição de institutos e parâmetros, como o da revisão judicial dialógica, dadas as deficiências próprias de países emergentes com o risco da ocorrência de um diálogo de elites, como visto.

[5] Sentenças: 02.579 - 2003 -HD/TC de 2004, 03149-2004-AC/TC de 2005, 06089-2006-AA/TC de 2007 e 06626-2006-AA/TC de 2007, 05561-2007-AA/TC de 2010, 00017-2008-PI/TC de 2010 e 03426-2008 de 2010. Salienta-se que para uma análise mais pormenorizada de cada caso, o que não é objeto de análise desse artigo, consultar a dissertação de mestrado de Gianfranco Faggin Mastro Andréa.

Há também a corte Indiana que já se utilizou de sentenças com arquétipo estrutural para a solução dos desafios de seu País e devida concretização dos direitos fundamentais (MURALIDHAR. 2008).

1.1 O estado de coisas inconstitucional no Brasil

O ECI no Brasil - declarado na ADPF 347 - com relação à situação carcerária tupiniquim e, mais recentemente, no espectro do sistema ambiental Brasileiro - ADPF 760-DF, foi amplamente criticado e possui, conforme já dito, doutrina ainda incipiente.

Apenas para estabelecer o leitor no debate, a ADPF 347 foi ajuizada pelo PSOL - partido socialismo e liberdade - e continha diversos pedidos: a) que fossem determinados ao Governo Federal a elaboração e o encaminhamento ao Supremo, no prazo de três meses, de um plano nacional visando à superação, dentro de três anos, do quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro; b) que o aludido plano contivesse propostas e metas; c) que o plano previsse os recursos necessários à implementação das propostas e o cronograma para a efetivação das medidas; d) que o plano fosse submetido à análise do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), da Procuradoria-Geral da República (PGR), da Defensoria-Geral da União, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e de outros órgãos e instituições que desejassem se manifestar e da sociedade civil; e) que o Tribunal deliberasse sobre o plano, para homologá-lo ou impor providências alternativas ou complementares; f) uma vez homologado o plano, fosse determinado aos governos dos estados e do Distrito Federal que formulassem e apresentassem ao Supremo, em três meses, planos próprios em harmonia com o nacional, contendo metas e propostas específicas para a superação do ECI; g) que o Tribunal deliberasse sobre cada plano estadual e distrital, para homologá-los ou impor providências alternativas ou complementares; e h) que o Supremo monitorasse a implementação dos planos nacional, estaduais e distrital, com o auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário (DMF) e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do CNJ, em processo público e transparente, aberto à participação colaborativa da sociedade civil.

O Supremo Tribunal Federal entendeu que os requisitos estabelecidos pela doutrina estrangeira foram adimplidos e, sendo assim, declarou o ECI e determinou

algumas medidas, por exemplo, o descontingenciamento de verbas para o sistema prisional. Pois bem, muito embora a declaração tenha suscitado debates na doutrina e academia brasileiras, na prática, pouco ou quase nada mudou.

O sistema carcerário brasileiro, que mais parece o sétimo círculo do inferno de Dante, não é surpresa para ninguém, é esquecido pelo poder político que não enxerga a situação carcerária brasileira nem digna de análise, pois, conforme visto nas últimas eleições, retóricas contra os presidiários ou "inimigos ficcionais" possuem apelo maior e traz votos, logo, discursos como "bandido bom é bandido morto[6]" é populista e tem efeitos políticos reais.

Por outro lado, o Estado Brasileiro, muitas das vezes, atua como perpetrador de violência contra minorias - vide diversas operações policiais em comunidades, massacre do carandiru etc - logo, poderíamos dizer que o Estado Brasileiro faz, o que o filósofo camaronês Achille Mbembe chama de necropolítica (MBEMBE. 2016). Assim como o quase regicida Damiens - torturado e morto de forma chocante na place de gréve em Paris - os presídios brasileiros, nos últimos anos foram palco de situações grotescas que demonstram o completo estado de coisas inconstitucional[7].

Diante desse panorama, e sem maiores digressões, podemos afirmar, com absoluta certeza que a situação carcerária Brasileira vive um estado de coisas inconstitucional diante da massiva e generalizada afronta aos direitos fundamentais dos presos, necessidade de uma atuação conjunta e dialógica para a solução efetiva do problema e total inércia dos Poderes "constituídos" para tanto - Poder Executivo e Poder Legislativo.

Ocorre que, com a chegada da demanda ao Poder Judiciário e a absoluta impropriedade da resolução do problema com o paradigma da decisão, ou seja, com decisões binárias, o Supremo Tribunal Federal - atuando na sua função jurisdicional - declarou o estado de coisas inconstitucional.

O valor intrínseco da vida humana - diante do princípio da dignidade da pessoa humana - conforme (DWORKIN, 2006. p. 9-10) - obriga o Supremo Tribunal

[6] A frase completa é: "bandido bom é bandido morte e enterrado de pé para não ocupar espaço." A história desse bordão está umbilicalmente ligada com a história de um grupo de extermínio Brasileiro chamado: "Escuderie detetive le cock." O mais impressionante, nesse contexto, é que tal agremiação possuía cnpj e foi extinta em 2002 por uma sentença de um juiz federal. Constata-se, portanto, com essas informações, a deturpação do Estado Brasileiro que promove violências e extermínios e, portanto, cria a ideia de que o presidiário/criminoso é o "verdadeiro" inimigo da sociedade.

[7] Vide notícia veiculada pela grande mídia em que, no contexto de uma batalha de facções, os presos chutavam uma cabeça humana após decapitarem um membro da gangue rival: Disponível em: https://veja.abril.com.br/brasil/preso-futebol-decaptacao/.

Federal a tomar tal atitude, isto é, declarar o ECI, muito embora a ADPF 347 ter pouquíssimos efeitos práticos. Não existe, portanto, uma categoria ontológica do presidiário/criminoso, ou seja, ele não é ou não deveria ser "bom" ou "ruim", apenas, como reforço à autonomia do direito - evitando assim a sua degeneração - a lei deve ser aplicada aos fatos que o indivíduo cometeu.

O professor Georges Abboud, explicando acerca da dimensão normativa da dignidade humana conforme os escritos de Dworkin, assim leciona (ABBOUD, 2021. p. 516):

> A primeira dimensão é do valor intrínseco. Ou seja, cada vida humana tem uma espécie de valor objetivo especial. Nessa dimensão objetiva, toda vida humana deve importar desde o seu nascimento, desenvolvimento e fim. Trata-se de problema objetivo e não de importância subjetiva. Vale dizer, o sucesso ou fracasso de uma vida humana não é apenas importante para a pessoa que está vivendo a própria vida. O fracasso de qualquer vida humana é importante por si mesmo, como um critério objetivo. Da mesma forma que somos condicionados a combater a injustiça sempre que ela ocorra, devemos nos condicionar a reprovar o desperdício da vida humana como algo ruim *per se*, pouco importando se a vida envolvida é a nossa ou de qualquer outra pessoa. Ou seja, a vida humana tem um valor intrínseco *per se*.

A sociedade Brasileira, portanto, aparentemente não entende a simples e sofisticada ideia de que uma afronta ao direito de qualquer pessoa em um Estado Constitucional de Direito é, na mesma medida, uma afronta a você mesmo, pois a degeneração do direito amanhã eventualmente alcançará você . Clarice Linspector nos leciona acerca dessa temática no conto o mineirinho (LISNPECTOR, 2020. p. 133):

> Por quê? No entanto a primeira lei, a que protege corpo e vida insubstituíveis, é a de que não matarás. Ela é a minha maior garantia: assim não me matam, porque eu não quero morrer, e assim não me deixam matar, porque ter matado será a escuridão pra mim.
> Esta é a lei. Mas há alguma coisa que, se me faz ouvir o primeiro e segundo tiro com um alívio de segurança, no terceiro me deixa alerta, no quarto desassossegada, o quinto e o sexto me cobrem de vergonha, o sétimo e o oitavo eu ouço com o coração batendo de horror, no nono e no décimo minha boca está trêmula, no décimo primeiro digo em espanto o nome de deus, no décimo segundo chamo meu irmão. O décimo terceiro tiro me assassina - porque eu sou o outro. Porque eu quero ser o outro.

Já Baudelaire, no seu poema: O Heautontimoroumenos[8], demonstra que uma ofensa ao outro é ao mesmo tempo em você:

> Eu sou a faca e o talho atroz!
> Eu sou o rosto e a bofetada!
> Eu sou a roda e a mão crispada,
> Eu sou a vítima e o algoz!

Nesta senda, diversos objetos de pesquisa podem ser analisados, quais sejam: 1) O ECI e o ativismo judicial; 2) O ECI e a separação de Poderes; 3) O ECI e os problemas institucionais, por exemplo, o caráter contramajoritário da decisão do STF e a questão das políticas públicas.

Trilhar todos os caminhos, além de presunção impossível - neste artigo científico - seria tão perigoso como atravessar a fenda de khumbu no Everest, contudo, o artigo pretende analisar que o ECI - de forma doutrinária - é uma excelente maneira de desbloquear os Poderes da República e incutir em outros atores sociais a importância da questão posta.

Neste primeiro capítulo, portanto, tentou-se demonstrar as balizas do ECI, sua origem, requisitos e conceitos na doutrina e jurisprudência internacional, além de verificar como foi a sua aplicação no Brasil, apresentando possíveis objetos de pesquisa. Neste artigo, analisaremos o ECI diante do paradigma da proceduralização e do ativismo judicial, porquanto, conforme já dito, trata-se de uma das críticas mais unânimes da doutrina brasileira.

2 PROCEDURALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

Diversas são as críticas à declaração do estado de coisas inconstitucional, contudo, muitas delas, embora realizada por grandes acadêmicos do Direito, foram externadas em textos curtos[9] - periódicos eletrônicos - e sem muita profundidade, já que esse é verdadeiramente o mote de ensaios não acadêmicos publicados na rede mundial de computadores.

[8] Poema completo disponível em: https://www.escritas.org/pt/t/1720/o-heautontimoroumenos. Acesso em: 26 nov. 2022.

[9] Citamos aqui quatro textos publicados: Despojos da "lava jato": ECI, degeneração e proceduralização. Georges Abboud. Estado de coisas inconstitucional é uma nova forma de ativismo. Lenio Streck. Ambos os dois publicados no site conjur. Estado de coisas inconstitucional, Celso Campilongo, José eduardo Faria Celso e Raffaele de Giorgi. Publicado no jornal Estadão. Decide, mas não muda: STF e estado de coisas inconstitucional, Rubens Glezer e Eloísa Machado, publicado no site jota.

As críticas se subsumem a: 1) O ECI seria uma afronta à tripartição de Poderes, pois o Poder Judiciário velejaria em oceanos que não são de sua alçada; 2) O ECI é claramente uma atuação de ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, ou seja, um ato ativista *per se*; 3) Os juízes não foram eleitos para se imiscuir sobre políticas públicas - Matéria relacionada às funções do Poder Executivo e do Poder Legislativo - sendo sua atividade contramajoritária insuficiente para tanto; 4) A falta de requisitos técnicos e expertise para determinar a aplicação de recursos ou outros atos com o mesmo cariz; 5) A possibilidade de utilizar o ECI de forma retórica podendo, portanto, colocar qualquer coisa sobre o seu "guarda-chuva" e, diante disto, não teríamos como saber o que é mais inconstitucional diante de um País que quase tudo é inconstitucional.

As preocupações são diligentes e devem ser adequadamente analisadas, o que se pretende discutir em uma dissertação ou tese, de forma pormenorizada, contudo, neste artigo, nos debruçaremos acerca das críticas que o ECI é uma decisão ativista por parte do Supremo Tribunal Federal.

Para analisar tal crítica, o artigo trilhará a seguinte vereda, de proêmio, estabelecer que o ECI, nada mais é, do que uma espécie do gênero do paradigma da proceduralização, após, sabendo tais premissas, e diante do estabelecimento de um conceito de ativismo judicial, responder ao objeto de pesquisa do artigo, ou seja, o ECI é uma decisão ativista por parte do Supremo Tribunal Federal?

2.1 Proceduralização

O paradigma da proceduralização, segundo (ABBOUD. 2021), parte da seguinte premissa, o direito não consegue assimilar toda a complexidade humana da sociedade pós-moderna, logo, decisões binárias são insuficientes no mundo atual. Procedente ou improcedente, legal ou ilegal, constitucional ou inconstitucional, de forma amiúde, não resolve os problemas sociais, especialmente em processos objetivos de controle de constitucionalidade, onde demandas com arquétipo estrutural chegam até a suprema corte e demandam outros tipos de respostas para manter a força normativa da Carta magna.

Veja-se, portanto, que o primeiro passo é entender a incapacidade e as vulnerabilidades do direito, que não consegue atender todas as demandas, sendo assim, seria possível o Supremo Tribunal Federal - na sua atuação de jurisdição

Constitucional[10] - declarar o ECI e instaurar um arquétipo estrutural institucional para a solução de um problema que demanda esforços coordenados, entrosados e concatenados.

A proceduralização, portanto, produz novos conhecimentos e salva - alla Martin Luther King Jr e seu diálogo de resistência - o direito de sua degeneração diante de sua incapacidade de assimilar as complexidades da pós-modernidade. O direito, nesse paradigma, seria mais flexível e totalmente adaptável às necessidades de uma sociedade pós-moderna. Por óbvio que o paradigma deve cumprir com os seus requisitos de admissibilidade e deve atuar por uma de suas formas: A) Diálogo; B) Acordo ou C) Autorregulação, rol não taxativo (ABBOUD, 2021. p. 598), ainda adimplindo os requisitos para sua aplicação: A) dever de fundamentação; B) pluralidade de manifestação de diferentes fragmentos da sociedade; C) deixar aberto canal de comunicação para reflexão e adaptabilidade (ABBOUD, 2021. p. 620-630).

Sendo assim, ao que tudo indica, o ECI, nada mais é, do que uma espécie do gênero proceduralização, porquanto, como o direito - com o paradigma da decisão - não consegue resolver o problema carcerário brasileiro, por exemplo a - ADPF 347 - há a necessidade de utilização de diálogos institucionais, além de diálogos com a própria sociedade, acordos e acompanhamento para a solução efetiva do problema.

Tanto é assim que, conforme o professor Georges Abboud, uma das vias apresentadas para a abertura da proceduralização seria a necessária eliminação ou imunização da situação de inconstitucionalidade que demanda atuação concatenada dos poderes (ABBOUD, 2021. p. 619-620):

> A última via apresentada para a abertura dos elementos de proceduralização diz respeito à necessidade de atuação direta de outro ente (demais poderes) para assegurar o tratamento da situação de inconstitucionalidade.
> Exemplo relevante é o tratamento da situação carcerária no Brasil. prevaleceu no STF o enfrentamento do tema por meio da utilização do ECI (Estado de Coisas Inconstitucional). Consideramos esse instituto bastante problemático e traz para jurisdição constitucional o mesmo risco uso exagerado dos princípios, qual seja, acreditar que a jurisdição constitucional é plenipotente para resolver os problemas sociais.

[10]Indica-se aqui o texto do professor André Ramos Tavares: "Justiça Constitucional e suas fundamentais funções", onde o autor explica as diversas funções da justiça constitucional.

> Melhor que o ECI, teria sido o STF decidir os aspectos concernentes à inconstitucionalidade e criar um diálogo, inclusive mediante calendarização, com o Poder Público para o enfrentamento do tema cuja solução demanda atuação conjunta entre os poderes envolvidos.
> A proceduralização aberta por essa via poderia contribuir para a institucionalização de efetivo diálogo entre poderes. Aqui poderia haver uma nova compreensão de institutos como o apelo ao legislador em que o STF até para deliberar de forma adequada pela modulação ou eventual regime de transição conseguisse dialogar com os demais poderes para exercerem seu dever regulamentar.
> Por fim, esse mecanismo pode contribuir para um diálogo da jurisdição constitucional com o legislativo para a regulamentação de temas sancionatórios concernentes à reserva legal.

Sendo assim, conforme explanado, o ECI se apresenta como uma espécie do paradigma da proceduralização, pois, sua declaração, abre o diálogo institucional, entre os Poderes e demais atores sociais - além da possibilidade de manifestações coordenadas, diante da supervisão do Poder Judiciário, não superando o paradigma da decisão, mas apenas o complementando.

Diante disso, discorda-se da manifestação do professor Georges Abboud quando afirma que o instituto é problemático e acredita na plenipotência do Poder Judiciário, pelo contrário, o ECI aparenta ser o Poder Judiciário reconhecendo que não possui o ferramental técnico e expertise para solucionar a demanda com o paradigma da decisão.

Por outro lado, afirmar que o instituto é problemático e que poderia ser utilizado uma calendarização, não nos parece que seria a melhor opção, pois a declaração do estado de coisas inconstitucional traz a lume o problema para a sociedade, além de coordenar as ações, desbloquear os outros poderes de sua inação, supervisionar uma suposta calendarização etc.

Portanto, a calendarização seria apenas um dos efeitos do ECI que, por si só, não seria possível visualizar todo o espectro de problemas. Por outra senda, no caso dos deslocados internos, o ECI reforçou o diálogo entre os poderes e, conforme será visto a seguir, pode ter sido tudo menos uma decisão ativista. Por óbvio que o ECI pode se tornar uma decisão ativista, contudo, no paradigma da decisão também há a mesma possibilidade.

2.2 Ativismo judicial

Uma das críticas mais citadas na incipiente doutrina brasileira é que a decisão de declaração do ECI é *per se* ativista, contudo, pensamos que se trata de

afirmação, no mínimo, bem contestável, pois, além de que na maioria desses artigos os autores não dizem qual o conceito que entendem de ativismo judicial, a doutrina estrangeira já demonstrou que o ECI pode ser uma norma que reforça a autonomia do direito, pois ressalta a necessidade do diálogo entre os Poderes da República, não havendo nada de ativista.

A sentença no caso dos deslocados internos é a mais emblemática do nosso argumento, pois não houve nada de ativismo. Contudo, para isso devemos entender e partir da premissa do que é ativismo judicial. Ativismo judicial é assunto corriqueiro na academia brasileira, no artigo do professor (DIMOULIS; LUNARDI. 2011) ressalta-se que no ano de 2004 havia três mil, oitocentos e quinze artigos que tratava sobre essa temática. No ensaio da professora Marina Faraco (GAMA. 2016), a problemática do conceito de ativismo judicial é apresentada, já que se o autor não demonstrar qual o conceito que entende de ativismo judicial, impossível qualquer análise. Nos escritos, demonstra-se que há uma grande imprecisão terminológica no conceito de ativismo judicial, não apenas no Brasil, mas também na doutrina estrangeira.

O conceito ao qual nos filiamos de ativismo judicial é quando o Poder Judiciário atua de forma contrária à lei se imiscuindo em outros poderes, sendo assim, decisões conforme a lei que, por exemplo, anulam atos administrativos ilegais ou determinam a entrega de medicamentos não é ativista, pois é feita conforme a lei e a Constituição. (ABBOUD, 2022. p. 73):

> O ativismo deve ser compreendido como atuação dos juízes a partir de um desapego da legalidade democrática vigente (CF+leis) para fazer prevalecer, por meio da decisão, sua própria subjetividade de (viés ideológico, político, religioso etc.). Em termos qualitativos, toda decisão judicial ativista é ilegal e inconstitucional. Por conseguinte, o ativismo judicial, em aspectos funcionais, caracteriza atuação insidiosa do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes, especialmente ao Legislativo, uma vez que a decisão ativista suplanta a lei e a própria Constituição.
>
> O ativismo judicial é pernicioso atalho, que se alija do caminho democrático do dissenso e da deliberação política. O juiz ativista pratica política a partir de lugar indevido, qual seja, o espaço de decisão judicial. Essa é uma das razões pelas quais o ativismo judicial é tão procurado e prestigiado em alguns meios. Aquele que obtém decisão ativista consegue atalho para fazer valer seu ponto de vista, sem precisar percorrer os procedimentos propriamente democráticos que cuidam do dissenso político.

Veja-se, portanto, que ativismo judicial é quando o Poder Judiciário atua contrário à Constituição e as leis fazendo prevalecer o seu ponto de vista, logo,

constatamos que não existe bom ou mau ativismo. Ativismo judicial é ato ilegal e inconstitucional e não pode ser dessa maneira classificado (ABBOUD, 2022. p. 51).

Sendo assim, discorda-se de forma veemente da afirmação do professor Luís Roberto Barroso, quando afirma que o ativismo é parte da solução e não do problema, porquanto, ativismo judicial, nos termos propostos é ato ilegal e inconstitucional e, sendo assim, deve ser refutado, pois degenera o direito e as instituições públicas. Reafirma-se que não há bom e nem mau ativismo (BARROSO, 2009. p. 21):

> Uma nota final: o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.

Pois bem, sabendo qual o conceito adotamos de ativismo, resta-nos analisar se a declaração do ECI é ou não ativista, pois, no caso dos deslocados internos, a corte Colombiana coordenou os atores sociais e os outros poderes da República, contudo não determinou nada - *top/down* -, pelo contrário, as decisões eram verificáveis, de forma perene, e os diversos atores dialogaram para solucionar os problemas, sendo assim discordamos do posicionamento de (MAGALHÃES, 2019.p 04) quando afirma: " [...] o artigo desenvolverá um ensaio sociológico, a fim de questionar a tentativa judicial de promover mudanças sociais na via top-down, por meio de ação do controle abstrato de constitucionalidade e negligenciando a linguagem política." Conforme afirmado, a linguagem política parece ser reforçada com o ECI. Muito embora, ainda há a possibilidade de que o Poder Judiciário - atuando com o paradigma da decisão - determine, conforme a lei, algumas medidas aos outros Poderes. Logo, discordamos da ideia de que essa seja uma decisão ativista, por exemplo exposto por (PENNA. 2017), pois o núcleo do ECI é, efetivamente, a proceduralização.

A sentença T-025, caso dos deslocados internos, aparece como a evolução mais próxima de um ideal do ECI. Veja-se a tabela criada pelos professores (GARAVITO; FRANCO, 2010. p. 64) dos efeitos da declaração do ECI:



Sabendo do conceito de ativismo, vamos analisar os efeitos gerados pela decisão. Há efeitos diretos e indiretos, instrumentais e simbólicos. O efeito social seria uma mudança na realidade fática das pessoas, além de trazer para o debate público a situação declarada como ECI; o efeito deliberativo seria promover o debate com os outros Poderes da República e demais atores sociais, ou seja, fomentar audiências públicas ou qualquer outra forma de diálogo; o efeito de desbloqueio seria retirar os outros Poderes de sua inércia, inserindo-os nas decisões e gerando eventuais *accountabilitys*, o que se está dentro da lei; o efeito coordenador é a necessidade que as decisões estruturais sejam concatenadas e acompanhadas para gerar melhores resultados; o efeito de políticas públicas ressalta a necessidade de um plano de ação realizado pelos poderes competentes para tanto; já o efeito criador é o estabelecimento do problema, ou seja, é delimitar o objeto que se quer superar.

Todos os atos e efeitos, portanto, foram realizados conforme a lei, logo, não se trata de uma declaração ativista *per se*, pois, fomentar o diálogo com os outros poderes, além de gerar todos os efeitos citados pela declaração do ECI é, na verdade, espécie do gênero do paradigma da proceduralização.

No Brasil, muito embora a o ECI tenha sido declarado, os efeitos práticos praticamente não ocorreram (MAGALHÃES, 2019. p. 02), sendo a medida mais forte a liberação do fundo penitenciário, sendo assim, a doutrina e jurisprudência brasileira ainda não adota o paradigma da proceduralização para solucionar problemas estruturais. Contudo, consideramos errado a afirmação que a declaração do ECI é ativista *per se*. Por outra banda, dizer que o ECI tem o potencial de se tornar ativista também é demasiadamente perigoso, pois esse perigo já ocorre com decisões binárias proferidas pelo Poder Judiciário.

O ECI, portanto, ainda que não esteja previsto expressamente no arcabouço legislativo Brasileiro[11], além de não ser ativista, conforme o conceito que adotamos, ainda reforça a autonomia do direito e impede a sua degeneração, pois está enquadrado dentro desse paradigma da proceduralização, que aparentemente é inevitável se a ciência do direito quer permanecer viva e relevante.

O ativismo judicial - e toda sua celeuma - está sendo causado, muitas das vezes, por pessoas que prolatam, de forma retórica, especialmente quando a decisão é contrária a seus interesses, a ideia de um ativismo judicial político ideológico por parte dos juízes. Ressalta-se que, quando os juízes atuam em conformidade com a lei, ainda que essa decisão inflija algo em outro Poder, essa decisão não pode ser considerada ativista. Sendo assim, importante destacar o pensamento dos professores (DÍAZ; CARLI; SOARES, 2017. p. 45), ressaltando a necessária e premente defesa dos direitos humanos realizado pela declaração do ECI que, conforme dito, não é contrária à lei e nem a Constituição:

> Ante os momentos atuais e para evitar as profundas crises sistemáticas na matéria de direitos humanos que vivemos na região latino americana, temos que recordar o pensamento do barão de Montesquieu, ao sinalizar que "os juízes da nação não são, conforme sabemos, somente a boca por onde fala a lei, seres inanimados que não podem moderar nem a sua força e nem seu rigor" (MONTEQUIEU,2015, pág. 151), pelo contrário, hoje em dia ante os contextos mundiais e para alcançar os objetivos e aspirações constitucionais, sua atuação não se reduz em uma simples revisão das leis e atos frente à Constituição e suas fontes, mas também exigem uma atividade mais elaborada que materialize o conteúdo que consagra os direitos fundamentais de milhões de pessoas[12].

Portanto, a materialização da Constituição e de sua força normativa, poderá ser melhor alcançada, não com decisões ativistas, mas com decisões que respeitem a Constituição, reforçam a autonomia do direito e que evitem a sua degeneração. Diante de todo esse contexto complexo de uma sociedade pós-moderna e a incapacidade do direito em resolver todos os problemas sociais, entendemos que o

[11] Há o projeto de lei 736/2015 que iria inserir o estado de coisas inconstitucional e o compromisso significativo no ordenamento jurídico brasileiro.

[12] Ante los retos actuales y para evitar las profundas crisis sistemáticas en materia de derechos humanos que se viven en la región latinoamericana, tenemos que recordar el pensamiento del barón de Montesquieu, al señalar que "los jueces de la nación no son, según sabemos, sino la boca por donde habla la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor" (MONTEQUIEU, 2015, pág. 151), sino todo lo contrario, hoy en día ante los contextos mundiales y para alcanzar los objetivos y aspiraciones constitucionales, su actuación ya nose reduce en una simple revisión de las leyes y actos frente a la Constitución ysus fuentes, sino que además exige una actividad más elaborada que materialiceel contenido que consagra los derechos fundamentales de millones de personas.

paradigma da proceduralização é a maneira mais sofisticada e elaborada para tentarmos uma correspondência entre a Constituição e a realidade brasileira.

CONCLUSÃO

No primeiro capítulo estabelecemos o leitor no debate acerca do estado de coisas inconstitucional. Apresentamos como surgiu na doutrina internacional, sua aplicação na Corte Constitucional Colombiana, seus requisitos para aplicação, além de suas funções e efeitos. Demonstramos também que na África do Sul e na Índia já há doutrina que envolve decisões estruturais e necessitam de uma solução dialógica. Com todos estes conceitos, analisamos a ADPF 347 e como foi declarado o ECI no Brasil. Ressalta-se que, sem maiores digressões, a questão carcerária brasileira, de forma cristalina, preenche os requisitos para a sua declaração e abertura do paradigma da proceduralização.

Após absorver a principiologia básica do ECI, delimitamos quais as maiores críticas da ainda recente doutrina brasileira sobre o assunto e, mais que isso, apresentamos o nosso objeto de pesquisa. O objeto de pesquisa deste artigo foi responder à seguinte questão: a declaração do estado de coisas inconstitucional é uma decisão ativista por parte do Supremo Tribunal Federal?

Para isso, trilhamos o seguinte caminho, de proêmio, discutimos sobre o que é o paradigma da proceduralização, quais os seus pressupostos e requisitos. Conforme demonstrado, o paradigma da proceduralização parte da premissa que a ciência do Direito não consegue absorver a complexidade da sociedade pós-moderna, sendo assim, é necessário, não de forma a superar o paradigma da decisão, mas complementá-lo com a proceduralização, ou seja, com a possibilidade de: A) Diálogo; B) Acordo ou C) Autorregulação, entre os Poderes e outros atores sociais (ABBOUD, 2021. p. 598).

A via procedural só pode ser aberta se adimplir os requisitos: A) dever de fundamentação; B) pluralidade de manifestação de diferentes fragmentos da sociedade; C) deixar aberto canal de comunicação para reflexão e adaptabilidade (ABBOUD, 2021. p. 620-630). Sendo assim, afirmamos que o ECI, nada mais é do que uma espécie do gênero paradigma da proceduralização, ou seja, uma das hipóteses em que o Poder Judiciário não consegue solucionar o problema

apresentado com decisões binárias - procedente ou improcedente, legal ou ilegal, constitucional ou inconstitucional etc. O paradigma da proceduralização é uma maneira diferente de absorver as demandas da sociedade e resolver os problemas sociais, garantindo os direitos fundamentais de todos.

Já o ativismo judicial, conceito que tem diversas imprecisões terminológicas, foi estabelecido que é quando o Poder Judiciário atua contrário à Constituição e as leis fazendo prevalecer o seu ponto de vista (ideológico, político etc), logo, constatamos que não existe bom ou mau ativismo. Ativismo judicial é ato ilegal e inconstitucional e não pode ser dessa maneira classificado.

Ora, se ativismo judicial é atuar contra a lei e contra a Constituição, as críticas que afirmam que o ECI, de forma retórica, é uma declaração ativista *per se* e se imiscui nos outros poderes não se sustenta, porquanto, conforme inclusive exemplificado no caso dos deslocados internos na Colômbia, o ECI, nada mais é que espécie do gênero paradigma da proceduralização que, além de demonstrar que o Poder Judiciário não consegue resolver o problema sozinho, abre a jurisdição Constitucional para participação dos outros Poderes e de outros diversos atores sociais, logo, pelo contrário, o ECI, quando corretamente aplicado, reafirma o diálogo entre os poderes e, portanto, não tem nada de ativista.

Cediço que o ECI pode ter decisões ativistas, contudo, no paradigma da decisão também há diversas decisões ativistas, sendo assim, apenas a possibilidade ou uma probabilidade maior de decisões ativistas não pode macular o instituto. No estudo dos professores (GARAVITO; FRANCO. 2010), estabelece-se os diversos efeitos positivos da declaração do ECI que não só defenderam os direitos fundamentais dos deslocados internos, mas reforçou-os.

Isso posto, diante de todo esse panorama, responde-se ao objeto de pesquisa afirmando que o ECI não é uma declaração ativista porque parte do paradigma da proceduralização e, ao que tudo indica, deverá ser incorporado à ciência jurídica se o direito tem pretensões de sobreviver à pós-modernidade.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Direito constitucional pós-moderno**. São paulo: ed. Thomsom reuters Brasil, 2021.

_____. **Ativismo Judicial**: Os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional.São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2022.

_____. **Despojos da "lava jato"**: ECI, degeneração e proceduralização. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-jun-11/observatorio-constitucional-despojos-lava-jato. Acesso em 26 nov. 2022.

ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. **Estado de coisas inconstitucional no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *In:* **Revista do tribunal regional eleitoral do Ceará**. v. 5 n° 8. p. 11-22. 2009.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da inconstitucionalidade por omissão ao estado de coisas inconstitucional**. 2015. tese (doutorado em direito). Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2015.

DÍAZ, Omar Huertas. CARLI, Ana Alice de. SOARES, Bruno de Paula. El estado de cosas inconstitucional como un mecanismo de exigibilidad de respeto y garantíade los derechos humanos en colombia y suaplicación en brasil por la corte suprema. **Revista Direito UFMS.** v.3, n.1, p. 33-51, jan/jul. 2017.

DIMOULIS, Dimitri. LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLET, André Luiz Fernandes et al. (org) **As novas faces do ativismo judicial. Salvador**. Juspodvim. 2011. p.459-473.

DANTAS, Eduardo Souza. Ações estruturais, direitos fundamentais e o estado de coisas inconstitucional. **Revistas constituição e garantia de direitos**. Rio Grande do Norte. p. 155-176.

DIMOULIS, Dimitri. LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes et al. (org) **As novas faces do ativismo judicial. Salvador**. Juspodvim. 2011. p.459-473.

DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here?** Principles for a new political debate. Princeton: Princeton university press. 2006.

GAMA, Marina Faraco Lacerda. Deixando de lado o "ativismo" e a "autocontenção" judicial. A irrelevância jurídica dos termos para a Constituição de 1988. *In:* **Revista do advogado**. n° 147. p. 147-155. 2016.

GARAVITO, César Rodríguez. FRANCO, Díana Rodríguez. **Cortes y cambio social**: como la corte constitucional transformó el desplaziamento forzado en Colombia. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010.

GIORGI, Raffaele de. FARIA, José Eduardo. Campilongo, Celso. **Estado de coisas inconstitucional**. Disponível em:https://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043. Acesso em: 26 nov. 2022.

GLEZER, Rubens Eduardo. MACHADO, Eloísa. **Decide, mas não muda: STF e o estado de coisas inconstitucional**. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decide-mas-nao-muda-stf-e-o-estado-de-coisas-inconstitucional-09092015. Acesso em: 26 nov. 2022.

MAGALHÃES, Breno Baía. O estado de coisas inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: O impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. *In:* **Revista Direito GV**. v. 15. n. 2. São Paulo. 2019.

MAMEDE, Juliana Maria Borges; LEITÃO NETO, Helio das Chagas; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. O estado de coisas inconstitucional e o compromisso significativo enquanto instrumentos do constitucionalismo dialógico no Brasil: virtudes e limites. *In:* **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 3, set./dez. 2021. DOI: 10.5380/rinc.v8i3.72953.

MARMELSTEIN, George. Estado de Coisas inconstitucional: uma análise panorâmica. *In:* **Diálogos jurídicos luso-brasileiros**. Salvador. v. 01, 2015.

MBEMBE, Achille. Necropolítica. *In:* **Revista do ppgav/eba/ufrj** | n. 32 | dezembro 2016.

MURALIDHAR, Shir. “India”. En Malcolm Langford (ed.). *in:* **Social Rights Jurisprudence**. Emerging Trends in International and Comparative Law. Cambridge: Cambridge University Press. 2008.

PENNA, Bernardo Schimidt. Mais do ativismo judicial à brasileira: Análise do estado de coisas inconstitucional e da decisão na ADPF 347. *In:* **Revista pensamento jurídico**, v. 11. nº01, jan/jun. 2017.

LINSPECTOR, Clarisse. **Para não esquecer**. Rio de Janeiro. 1ªed. Rocco. 2020.

STRECK, Lenio. **Estado de coisas inconstitucional é uma nova forma de ativismo**. Disponível em: https://conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo. Acesso em 26 nov. 2022.

TAVARES, André Ramos Tavares. Justiça Constitucional e suas fundamentais funções. *In:* **Revista de informação legislativa**. Brasília. n° 43 jul/set. 2006.