

CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA

ASCES-UNITA

BACHARELADO EM DIREITO

**ATIVISMO JUDICIAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS: UM ESTUDO
ACERCA DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 592.581 DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

LUCAS ALVES RÊGO

CARUARU

2017

CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA

ASCES-UNITA

BACHARELADO EM DIREITO

**ATIVISMO JUDICIAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS: UM ESTUDO
ACERCA DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 592.581 DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Centro Universitário Tabosa de Almeida (ASCES-UNITA), como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do Professor Doutor Bruno Manoel Viana de Araújo.

LUCAS ALVES RÊGO

CARUARU

2017

BANCA EXAMINADORA

Aprovada em: __/__/____.

Presidente: Prof. Doutor Bruno Manoel Viana de Araújo

Primeiro Avaliador: Prof.

Segundo Avaliador: Prof.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus pais, Fábio e Márcia, amigos e primeiros mestres.

À toda minha família, que sempre me incentivou.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço ao eterno Deus, fonte de toda sabedoria, que me concedeu a graça de viver neste mundo.

De modo especial, agradeço aos meus pais, Fábio e Márcia, pelo amor, amizade e estímulo dispensados a mim na busca da concretização dos meus objetivos. Vocês são parte essencial deste trabalho. À vocês, minha eterna gratidão!

Ao meu irmão e amigo Eduardo, que mesmo sem saber, contribuiu na produção deste trabalho, tendo transmitido seu apoio de maneira amistosa.

À minha irmã, Camila, e meu cunhado, John, pelas contribuições nas traduções. Vocês são pessoas queridas que a distância não afasta do meu apreço.

Aos meus queridos avós, Saulo e Dolores – inspiração diária de cuidado –, que me transmitem os ensinamentos de união e harmonia familiar. Além deles, à minha querida avó, Antônia, por sua afeição.

Ao meu orientador, Professor Bruno Viana, pela assistência e contribuições, que foram fundamentais na construção deste estudo.

Por fim, a todos que contribuíram direta ou indiretamente para a conclusão deste trabalho. Muito obrigado!

“Eu não troco a justiça pela soberba. Eu não deixo o direito pela força. Eu não esqueço a fraternidade pela tolerância. Eu não substituo a fé pela superstição, a realidade pelo ídolo”

(Rui Barbosa)

RESUMO

A dignidade da pessoa humana – associada à proteção dos direitos fundamentais – é o fundamento da Constituição Federal do Brasil. É através da CF/88 que a proteção destes direitos ganha maior força, seja principiológica ou normativa. Com a inércia dos Poderes Legislativo e Executivo na criação de políticas públicas que visem salvaguardar efetivamente os direitos fundamentais, tem o Poder Judiciário se apresentado enquanto instrumento de propulsão na garantia dos referidos direitos. O presente estudo vem tratar acerca da crescente atuação do Judiciário – de forma específica, no Supremo Tribunal Federal (STF) – no denominado ativismo judicial, através da crescente judicialização da política, que corrobora para uma presença cada vez mais marcante da referida Corte em importantes decisões da nação, transcendendo, em algumas ocasiões, a relação com os demais poderes do Estado. Para analisar de maneira concreta como está se configurando o ativismo na Suprema Corte, esta pesquisa se propõe a analisar a influência do Recurso Extraordinário 592.581 nas relações políticas, jurisdicionais e sociais, visto que tal decisão alude pela possibilidade do Judiciário impor à Administração Pública a realização de obras emergenciais nas unidades prisionais. A referida decisão tem como propósito proteger a dignidade dos detentos, que sofrem condições desumanas nas acomodações prisionais. Tal decisão produz consequências na organização administrativa do país, demonstrando o aumento da intervenção do STF em decisões inerentes aos demais poderes, mas, ainda assim, restou refutada pela decisão a possibilidade de ofensa ao princípio da separação dos poderes e ao princípio da reserva do possível.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo Judicial. Direitos fundamentais. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The dignity of the human being, which is associated with the protection of fundamental rights, is the foundation of the Federal Constitution of Brazil. It is through CF-88 that the protection of these rights are given more power as normative, logical principles. There is a lack of progress shown from the Legislative and Executive Powers in the creation of public policies that aim to effectively protect these fundamental rights; however, the Judicial Power has been shown to be an instrument of progress on guaranteeing these same rights. The present study discusses the increasing judicial activities, specifically those in the Supreme Federal Tribunal called Judicial Activism. Which, through the increasing judicialization of policies, supports a permanent presence of the court in important decisions of the nation, even transcending, in some occasions, the involvement of the other Powers of the state. To analyze in a more concrete way the effect of activism on the Supreme Court, this research is proposing to examine the influence of the Extraordinary Resource 592.581 on political relations, judicial systems and society. This is due to the fact that this decision speaks to the possibility of the judiciary ability to make it mandatory for the Public Administration to begin construction of new prison units in emergency situations. The previously stated decision has as its primary goal the protection of the dignity of the incarcerated who suffer inhumane conditions at current prison units. This decision produces consequences on the administrative organization of the country, showing the increasing intervention from the Federal Supreme Tribunal; as well as decisions that do not connect to the other Powers, but still avoids the possibility of offending the separation principle of the Powers."

KEYWORDS: Judicial activism. Fundamental rights. Supreme Federal Tribunal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I: CONSIDERAÇÕES SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL	11
1.1 Panorama histórico	11
1.2 Breves apontamentos sobre o instituto	15
CAPÍTULO II: REPERCUSSÕES DO ATIVISMO JUDICIAL	22
2.1 O Supremo Tribunal Federal e sua posição ativista	22
2.2 Ativismo Judicial e Judicialização da Política	26
CAPÍTULO III: A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O RECURSO EXTRAORDINÁRIO (RE) 592.581	33
3.1 A impossibilidade de violação ao Princípio da Separação dos Poderes	34
3.2 A inaplicabilidade do Princípio da Reserva do Possível	39
3.3 A configuração do Estado de Coisas Inconstitucionais	42
CONSIDERAÇÕES FINAIS	47
REFERÊNCIAS	49

INTRODUÇÃO

A proteção dos direitos fundamentais é, indubitavelmente, o elemento de maior destaque nas diversas interpretações da Constituição Federal. O princípio da dignidade da pessoa humana alcança a todos os indivíduos que são regidos pela proteção do Estado, em suas diversas relações sociais. No âmbito prisional brasileiro, contudo, a situação é adversa: Superlotação, instalações precárias e diversos aspectos que promovem verdadeira degradação humana dos indivíduos.

Destarte, a Constituição Federal de 1988 se apresentou como marco na proteção dos aludidos direitos. Através dela, diversas ações e políticas ganham legitimidade na busca pela garantia de uma sociedade mais democrática e justa. Outrossim, remanescem no país as massivas violações aos direitos humanos – ainda que existam tratados internacionais de proteção dos mesmos, dos quais o Brasil é signatário – além de cumprimento do que dispõe o próprio texto da Constituição Federal e legislação infraconstitucional, como a Lei de Execuções Penais.

Nesse contexto, sobretudo com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, o Supremo Tribunal Federal ganhou visibilidade e maior participação enquanto instrumento de proteção dos direitos fundamentais, ao ser demandado a decidir sobre questões que fogem da alçada da corte prevista em seu regimento interno e na Constituição, confluindo em progressivo ativismo judicial.

Assim, o presente estudo visa analisar as principais peculiaridades do ativismo judicial, delineando suas implicações nos fenômenos sociais e jurisdicionais, principalmente quando há violação aos direitos fundamentais e estes são pleiteados judicialmente. Para ultimar este estudo, será apresentado um caso em concreto, a análise do Recurso Extraordinário 592.581 do STF, e suas implicações. Surgem, então, os seguintes questionamentos: Até que ponto a atuação proativa da Suprema Corte é plausível? Há, nesta atuação, uma violação ao Princípio da Separação dos Poderes? É cabível, ao Judiciário, intervir em atribuição exclusiva do Estado e sua administração?

Por conseguinte, é diante de tais questionamentos que o presente trabalho irá dedicar-se, realizando uma análise dos argumentos que foram utilizados pelos ministros do STF para fundamentar a decisão do recurso supracitado. Esta recente

decisão, proferida em repercussão geral, servirá como parâmetro para diversas aplicações judiciais em todo o Brasil, pois através dela pretende-se alcançar a real efetividade na proteção dos direitos fundamentais.

Quanto à metodologia de pesquisa, no tocante à abordagem do tema, utilizou-se a pesquisa qualitativa. No procedimento, foi aplicada a pesquisa bibliográfica, através de consulta a textos, jurisprudências, doutrinas, como também teses, periódicos, artigos, revistas, em meios eletrônicos, com o escopo de definir uma melhor exposição do tema e observar as principais características em que o ativismo judicial se manifesta, em especial quando se almeja cumprir dispositivos elementares da Constituição, como a dignidade da pessoa humana.

Desta maneira, o primeiro capítulo abordará as características gerais do fenômeno do ativismo judicial, seu surgimento e principais definições, além da sua incidência no Brasil.

No segundo capítulo, serão analisados os aspectos preponderantes do instituto do ativismo no STF, bem como os principais expoentes em que se manifesta o ativismo judicial, através da judicialização da política e autorrestrição judicial.

Por fim, no terceiro capítulo, serão discutidos os fundamentos da decisão do Recurso Extraordinário 592.581, que dispôs pelo cabimento de o Judiciário impor à Administração Pública realizar medidas de execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais.

CAPÍTULO I: CONSIDERAÇÕES SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL

1.1 Panorama histórico

No compêndio deste estudo, faz-se mister analisar a história do ativismo judicial e suas primeiras manifestações – que se desenvolvem, principalmente, na Suprema Corte norte-americana – para que sejam observadas as implicações que repercutem no Brasil, figurado no Supremo Tribunal Federal.

Em que pese não haver menção expressa ao vocábulo ativismo judicial, a primeira manifestação registrada do instituto aconteceu durante a resolução do caso “Marbury v. Madison”, no fim do século XVIII. Neste período, em que a Suprema Corte americana fora presidida por John Marshall, ocorreram as eleições para presidente dos Estados Unidos da América, tendo o candidato Thomas Jefferson vencido o candidato John Adams, à época presidente em exercício. Com sua saída do cargo determinado, John Adams indicou, além de outros, um aliado de seu partido, à magistratura, William Marbury.

Ao assumir o cargo como presidente, Jefferson determinou ao Secretário de Estado, James Madison, que suspendesse a nomeação de Marbury. Em 1803, através de controle de constitucionalidade, ao julgar pelo indeferimento da nomeação, o juiz John Marshall argumentou que não poderia conceder o que fora pleiteado, pois as atribuições haviam sido conferidas pelo parlamento, extrapolando as competências originárias da Suprema Corte previstas na Constituição, havendo violação a esta. Logo, ante a norma infralegal, deveria prevalecer o disposto na Constituição; afirmou, ainda, que questões de “natureza política” não poderiam ser julgadas naquela corte¹, visto tratar-se – pela primeira vez – de decisão de controle de constitucionalidade de normas pelo Poder Judiciário.

Nessa oportunidade, o mais importante argumento em favor do controle de constitucionalidade de leis pela Suprema Corte foi que tal poder não implicaria a supremacia da vontade judicial sobre a vontade legislativa, mas, sim, colocaria a vontade fundamental popular (expressada pela e na Constituição e refletida na vontade de seus autores – founders) sobre ambas. A possibilidade de judicial review, então, simplesmente conferiria efetividade

¹ LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 42.

para a vontade do povo contida na Constituição sobre uma eventual e transitória vontade popular expressada em dado momento pelo legislativo.²

A decisão paradigmática do caso *Malbury x Madison*, na demarcação das primeiras manifestações essencialmente ativistas (vinculadas a revisão judicial) estabeleceu importantes ensinamentos, dentre as quais, segundo o professor Carlos Alexandre de Azevedo Campos³, merecem destaque:

[...] (i) que a *judicial review* já surgiu concretamente ativista e o ativismo judicial concretamente multidimensional, com mais de uma face ativista – falta de deferência da Suprema Corte ao Congresso Nacional e autoafirmação de um espetacular poder decisório sem previsão constitucional clara – e, ao mesmo tempo, diferentes faces de autorrestrição judicial – negação do poder pela Corte para controlar originariamente atos de altas autoridades do governo e capitulação frente aos interesses do Presidente da República; (ii) e que o ativismo judicial pode ser o resultado de estratégias ambivalentes de preservação institucional e simultâneo avanço de poder político-normativo. [...]

A expressão “ativismo Judicial” possui sua origem, de fato, atrelada a uma reportagem publicada em uma revista, datada de 1947. Ao escrever a reportagem, o historiador Arthur Schlesinger Jr. traçou, de maneira jornalística, uma distinção entre os magistrados ativistas e não ativistas.⁴

Para expor a ideia incipiente do termo, o historiador observara dois juízes da Suprema Corte norte-americana: Hugo Black e William Douglas. Para estes, haveria mutabilidade nos casos apresentados à Suprema Corte, visto que os elementos de influência nas decisões estavam submetidos às escolhas pessoais, havendo consequências sociais, bem como a inserção de aspectos políticos e ideológicos no modo decisório.⁵ Os aspectos normativos estavam sujeitos a fatores que perpassavam a aplicação estrita da norma e se confluíam paralelamente ao contexto social. Esta seria a atuação desenvolvida da corte constitucional.

² **Ativismo Judicial e Instrumentalidade do Processo.** Disponível em: <http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/40961352/Ativismo_e_Instrumentalidade_do_Processo_-_v._digital.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAJ56TQJRTWSMTNPEA&Expires=1474863091&Signature=kbLicZpPIPTB6LCrMFZjswdnek%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DAtivismo_Judicial_e_Instrumentalidade_do.pdf>. Acesso em: 17/09/2016.

³ CAMPOS, C. A. A. **A Evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana.** Disponível em: <http://www.academia.edu/9364210/A_evolu%C3%A7%C3%A3o_do_ativismo_judicial_na_Suprema_Corte_norte-americana>. Acesso em: 18/09/2016.

⁴ GREEN, Craig *apud* LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF.** Curitiba: Juruá, 2014.

⁵ LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF.** Curitiba: Juruá, 2014, p. 164.

Em sentido oposto, logrou destaque um grupo de julgadores que, em ponderação de princípios e aplicação da norma, não consideravam plausível o julgamento de decisões que se apresentariam como políticas. Para este grupo, as decisões políticas deveriam ser solucionadas pelos representantes eleitos pelo povo: Este era o início das primeiras manifestações de autocontenção.⁶

A atuação da Suprema Corte norte-americana na proteção dos direitos individuais contribuiu para a delimitação dos contornos do ativismo judicial. No momento histórico conhecido como “New Deal”, época de crescimento econômico nos Estados Unidos da América, após a chamada “Grande Depressão” – época de profunda crise que assolou o país economicamente. Assim, na década de trinta, com a expansão de programas de combate à desigualdade social e à vulnerabilidade dos cidadãos norte-americanos, através de ações intermediadas pela jurisdição são tracejados os primeiros esboços sociais e políticos do ativismo judicial, tendo a discussão princípios ideológicos, possibilitando o surgimento de controvérsias sobre a legitimidade democrática da Suprema Corte americana.

Destarte, os precedentes de formação do ativismo judicial apresentam elementos em comum com as primeiras delimitações da judicialização da política: As questões sociais fragmentam estruturas já consolidadas no país de seu surgimento – estruturas estas jurídicas, sociais, mas, sobretudo, políticas. A Suprema Corte norte-americana agiria como instrumento de mudança de paradigmas.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 age como um relevante instrumento de transformação do Poder Judiciário no cenário social do país. A década de sua promulgação fora marcada pela tentativa de equilíbrio na redemocratização, tendo o texto estabelecido como fundamento basilar de sua vigência a proteção da dignidade da pessoa humana, bem como os direitos fundamentais previstos na própria norma, tendo o Estado assumido a responsabilidade como garantidor destes.

Para a efetivação desses direitos, verificada a omissão legislativa, o judiciário, figurado no Supremo Tribunal Federal, inicia a intervenção aos demais Poderes.

Após a promulgação da Lei Maior, o STF, com as crescentes modificações de sua competência ao longo dos anos, auferiu e tem conseguido cada vez maior valor institucional, tendo em vista as excessivas demandas destinadas a esta corte.

⁶ KMIEC, Keenan D. *apud* LIMA, Flávia Santiago. *Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 164.

Nesse mesmo diapasão, a CF/88, como dispositivo excessivamente analítico, apresentou matérias atinentes a diversos setores jurídico-sociais. A ascensão institucional do STF continuava a crescer, ao inserir inovações nos modelos de controle constitucionalidade proporcionou inovações substanciais de legitimidade e competência. Proporcionalmente, a participação do STF era cada vez mais frequente na incipiente judicialização da política. Por ser o órgão de alçada máxima do Judiciário, detém a corte, em última instância, a prerrogativa de analisar seus próprios atos⁷.

Sobretudo após a Emenda Constitucional 45/04, que inovou ao apresentar elementos de colaboração aos preceitos jurídicos afirmados pelos tribunais, como, por exemplo, as súmulas vinculantes, houve significativas alterações na estrutura do STF e este logrou, conforme já fora exposto, maior contorno institucional. Surge, de acordo com a doutrina, o chamado ativismo jurisdicional.

A respeito desta classificação, Flávia Santiago Lima⁸ pontua:

A grande preocupação deste ativismo jurisdicional seria a alteração do concerto entre os poderes, em detrimento do arranjo constitucional, consubstancializado numa afirmação constante da prerrogativa do tribunal de estabelecer a “última palavra em matéria constitucional” – ou seja, a criação em torno de uma cláusula de supremacia judicial sobre a interpretação constitucional, diante da previsão do art. 102 da CF/88.

Após o advento da CF/88, a jurisdição constitucional, com os diversos subsídios legais que apresentou para todos os litígios que são julgados pelo STF, passou a buscar controlar as lacunas normativas, sobretudo em relação à inconstitucionalidade. Assim, o Poder Legislativo decaiu em sua funcionalidade, enquanto esfera da federação legitimada pelo modelo democrático do Estado.

Nesse passo, surgiu no Brasil um movimento que tem por objetivo o efetivo cumprimento dos fundamentos constitucionais, apresentado por construções acadêmicas e estabelecidos em critérios de ação. Luis Roberto Barroso⁹ afirma que “[...] O objetivo destas construções parecia claro: superar crônicas disfunções da formação nacional”, que se manifestavam numa “insinceridade normativa”, pela previsão de instrumentos desacompanhados de interesse político de seu

⁷ DANTAS, Ivo. *apud* LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 164.

⁸ LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 278.

⁹ BARROSO, Luis Roberto. *apud* LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 256

cumprimento.”. Esta, *a priori*, seria a intenção dos juristas brasileiros: O cumprimento dos valores elencados na CF/88, em especial os direitos fundamentais; o que ocorreu, na verdade, sobretudo no início dos anos 2000, foi a omissão do STF na proteção dos referidos valores.¹⁰

Este momento da jurisdição constitucional, que conclama o crescente ativismo do STF, está alicerçado no denominado pela doutrina de neoconstitucionalismo brasileiro, que principalmente, expande a compreensão premente da CF/88. O professor Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes ¹¹ apresenta as seguintes características do neoconstitucionalismo:

O neoconstitucionalismo, além de apresentar como fundamento jus filosófico o pós-positivismo e, por isso, de deter todas as suas particularidades, ainda apresenta as seguintes características: a) estruturação sobre o valor político-jurídico de um Estado Democrático de Direito; b) concretização dos valores constitucionais, negando-se a existência de normas puramente programáticas em face de princípios como os da máxima efetividade da Constituição e c) dignidade da pessoa humana como valor central do ordenamento. A elas somam-se, por óbvio, as delineações do pós-positivismo – seu pilar filosófico estrutural.

1.2 Breves apontamentos sobre o instituto

O fenômeno ativista, que, por vezes, em descompasso com o regimento interno da Suprema Corte, exsurge, tendo como pressuposto que lhe fundamenta a busca pela garantia de que lacunas normativas sejam interpretadas e aspectos sociopolíticos relativos à nação sejam juridicamente tutelados, ante a ausência de normatividade pelo Poder Legislativo, podendo resultar em violação a princípios constitucionais e em possível mutação constitucional.

O ativismo judicial, considerado como instituto jurídico, apresenta-se como uma postura proativa exercida pelos juízes da Suprema Corte na análise de suas decisões, utilizando, para tanto, vias interpretativas da norma que não lhe são cabíveis as devidas competências estabelecidas em seu regimento ou na Lei Maior. Há, assim, aplicações normativas excedentes ao estabelecido na Constituição Federal, confluindo na quebra do Princípio da Separação dos Poderes.

¹⁰ LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 256.

¹¹ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Ativismo Judicial: Por uma delimitação conceitual à brasileira**. Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito. Disponível em: <<http://www.confluencias.uff.br/index.php/confluencias/article/view/121/145>>. Acesso em: 22/09/2016.

Introduzindo o tema, o Ministro Luís Roberto Barroso preconiza:

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. 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.¹² (grifou-se)

No contexto social, o ativismo judicial é um fenômeno que se revela, sobretudo, na interferência judicial a aspectos estritamente políticos, confundindo-se com a chamada judicialização da política, que será abordada no decorrer do presente trabalho.

Para William Marshall¹³, precursor dos estudos sobre ativismo judicial nos E.U.A., são observados os seguintes aspectos para que o fenômeno do ativismo judicial seja identificado:

Ativismo contramajoritário; Não originalismo; Ativismo de precedentes (Etimologicamente, não acolhe os precedentes, sendo uma “falha”); ativismo jurisdicional, ao não obedecer aos limites jurisdicionais do próprio poder do qual faz parte o tribunal; criatividade judicial, ao serem criadas novas teorias e direitos na doutrina constitucional; e, por fim, ativismo remedial, existente quando o poder judicial é usado para impor obrigações de cunho afirmativo aos demais órgãos governamentais; e por, fim, ativismo partidário.

No Brasil, a busca pela proteção de direitos e garantias fundamentais, aliada a crescente notoriedade que o Supremo Tribunal Federal tem ganhado, sobretudo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, no cenário jurídico brasileiro, apontam para uma Corte cada vez mais decisiva e controvertida na busca de uma higidez jurisdicional. Outrossim, é necessário destacar que o ativismo judicial não pode ser atribuído unicamente à concepção jurídica emanada por um determinado magistrado, mas o fenômeno é observado quando as concepções jurídicas individuais são transformadas em manifestações judiciais que vinculam institucionalmente o tribunal. Por meio de estudos sobre as decisões das cortes, observou-se que em

¹² BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>. Acesso em: 18/08/2016.

¹³ MARHSALL, William P. *apud* LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014.

decisões individuais, estaria instalada uma margem para manifestações extremadas, e possivelmente, ativistas.¹⁴

Muito embora os fatores que estão vinculados ao ativismo judicial na Suprema Corte americana estejam diretamente integrados ao sistema de *Common Law* que vivenciam, as manifestações de ativismo judicial brasileiras também observam alguns dos aspectos supracitados: A interpretação constitucional é criativa, pois ante a ineficácia dos demais poderes, o Judiciário tem se valido de um ativismo para legitimar políticas públicas através do cada vez maior enaltecimento institucional do STF.

Os métodos de aplicação e de argumentação dos órgãos judiciais têm tido função política, com a crescente judicialização desta, que se confunde com o ativismo judicial. Nos últimos dois séculos, são apresentadas pela doutrina duas linhas de justificação da ativa participação dos tribunais e das supremas cortes constitucionais. A primeira linha está fundamentada na soberania popular e na separação dos Poderes, devendo a Constituição, enquanto expressão maior da vontade do povo, prevalecer sobre as leis – que são manifestações das majorias parlamentares. A segunda linha argumentativa transpassa o formalismo do fenômeno jurídico e reconhece o papel decisivo do intérprete na atribuição de sentido às normas jurídicas.¹⁵

A despeito das manifestações ativistas se revelarem de inúmeras maneiras, a principal incidência do fenômeno se verifica no âmbito externo: A corte, em suas posturas ativistas, viola o princípio da separação dos poderes? As atribuições alusivas a cada poder, com amplo respaldo democrático e constitucional, são também fundamentadas sob a égide operacional, onde está incluída a ressalva que fundamenta duas modalidades de ativismo judicial.

Sobre estas duas formas de manifestação ativista, William Marshall¹⁶ apresenta a concepção de ambas, “remedial” e “jurisdicional”:

[...] O primeiro se refere ao uso da função judicial para impor obrigações afirmativas aos outros ramos de governo ou manter instituições governamentais sob supervisão judicial como parte da imposição de uma

¹⁴ LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹⁶ MARSHALL, WILLIAM P. *apud* LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 188.

garantia.[...] O ativismo jurisdicional, por sua vez, consiste na recusa em aderir aos limites da função judicial, numa espécie de superdimensionamento das suas competências, em prejuízo dos demais poderes[...]

Em decorrência das maneiras em que o ativismo judicial se manifesta, é possível traçar a concepção neutra, institucional e pluridimensional do instituto: O comportamento judicial ativista expande os poderes judiciais através de sua atuação, bem como promove a expansão do papel institucional do tribunal ante outras instâncias de poder.¹⁷

Em relação a este ponto, surgem os debates acerca da consideração jurídica do instituto de maneira objetiva, visto que entre os magistrados dos tribunais inclinações ideológicas diversas, que utilizam, diversificando nas decisões, inúmeros critérios jurídicos, tais como os precedentes e o minimalismo decisório.¹⁸

A imprecisão que por vezes se apresenta sobre as reais delimitações acerca do ativismo judicial em suas classificações doutrinárias está inserida em diversos aspectos que são inerentes ao instituto durante o estudo do tema. Assim, tendo em vista a observância à função a ser desempenhada pelo judiciário e que perpassa decisões tomadas nas outras esferas de poder – aliada ao aspecto metodológico, que influenciam diretamente no plano político – a professora Flávia Santiago¹⁹ apresenta dois eixos analíticos que estruturam o debate acerca do ativismo judicial:

O **eixo institucional** espelha a relação entre o tribunal e as demais instâncias estatais de poder e contempla: (a) no plano externo, as interações com os poderes legislativo e executivo, eventualmente relacionadas à intermediação dos conflitos entre os entes federativos e (b) no plano interno, o exercício de suas competências e a possibilidade de estabelecimento de tensões entre os próprios órgãos jurisdicionais.

[...]

O **eixo metodológico**, por sua vez, caracteriza as complexas relações entre os tribunais e a doutrina, *i.e.*, o arcabouço teórico que fundamenta suas atividades. Esta interação é intermediada pelas prescrições da teoria jurídica para atuação ou conformação judicial, com a estipulação dos temas em que a intervenção é recomendável e do modo de exercício (procedimentos e técnicas decisórias) desta atividade. Estes critérios permitem o desenvolvimento de um senso crítico quanto à atuação judicial, de modo que a imputação de ativismo implica numa reprovação posterior de um dado julgado [...] (grifo original)

¹⁷ LEITE, Glauco Salomão. **Inércia Legislativa e Ativismo Judicial: A dinâmica da Separação dos Poderes na ordem constitucional brasileira**. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=863a76ba2c63cb56>>. Acesso em: 10/09/2016.

¹⁸ LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 267.

¹⁹ LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014, pp. 211-212.

A autora conclui esta linha argumentativa ao afirmar que a principal operatividade que compreende o ativismo judicial e a autocontenção, está no destaque às relações institucionais do judiciário ao proceder com o controle de constitucionalidade.²⁰

Os pressupostos que estruturam o fenômeno ativista no ordenamento jurídico brasileiro – figurado na jurisdição constitucional, através do STF – também consideram o papel institucional crescente desta corte desde a Constituição Federal de 1988, e suas emendas. Em um período pós-positivista, a Suprema Corte brasileira destaca-se ao inovar no que se refere ao controle de constitucionalidade por omissão e mandado de injunção, que não possuíam contornos definidos no texto constitucional. Nesse sentido, Elival da Silva Ramos compreende o ativismo judicial tendo por fundamento a separação dos poderes, afirmando o instituto como uma “disfunção” no exercício jurisdicional, pois estaria violando a tripartição dos Poderes. Ademais, o autor apresenta as principais particularidades que incentivam o fenômeno ativista no Brasil: Supremacia constitucional, caráter monogenético dos preceitos contidos no texto constitucional, que são voltados à estrutura lógica de normas-princípio, além de imprecisão semântica da linguagem.²¹

A postura ativista influencia diretamente na crescente judicialização da política, pois há clara disposição do STF em acumular demandas processuais e é alvo de críticas pela comunidade jurídica brasileira. Não obstante, através da manipulação dos efeitos resultantes das decisões de inconstitucionalidade, por exemplo, o STF interpreta o texto constitucional de maneira ampliativa e apresenta notório parâmetro para classificar suas decisões como ativistas.²²

Ao fundamentar o modo de interpretação das normas com argumentos relativos a princípios da proporcionalidade, por exemplo, o Tribunal aplica critérios que fogem dos fundamentos consolidados para julgar e proferir determinadas decisões e, com a ascensão de poder institucional, as ferramentas de interpretação não observam critérios condizentes com o texto constitucional. A observação semântica, através da interpretação, ultrapassa as fronteiras em posturas subjetivistas dos julgadores e recai

²⁰ LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014, pp. 212-213.

²¹ LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 267.

²² LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 274.

em hermenêutica constitucional alheia – ainda que parcialmente – à fundamentação jurídica para o julgamento.

No tocante à separação dos poderes, ao serem observadas as deliberações políticas perpetradas pelo STF, o ativismo se revela como uma “disfunção” no exercício da conduta jurisdicional no âmbito constitucional. Há, em violação às atribuições funcionais, um avanço sobre as funções atinentes ao Legislativo; através desta “desnaturação substancial” da função institucional do judiciário é que ocorre a determinação do ativismo judicial. Ademais, para o exercício do ativismo destacam-se, também, atos relativos ao exercício da função de chefia do Estado, por meio de atos típicos da função típica do Executivo, em discricionariedade de práticas jurisdicionais de âmbito do Poder Legislativo, por exemplo.²³

Assim, é necessário pontuar o argumento da dimensão política que possui o STF atualmente. A corte revisa atos privativos dos demais poderes, interpreta a constituição de acordo com a amplitude pautada em critérios doutrinários e principiológicos, com o fim último de atender aos direitos que fundamentam a CF/88, causando descompasso nas funções precípua dos poderes. Por conseguinte, ao agir com discricionariedade, o STF também decide por não se pronunciar nos casos em que considera atos como *interna corporis*, baliza para a chamada autorrestrrição, que será abordada em momento posterior.

Para Tavares, André Ramos *apud* LIMA, Flávio Santiago²⁴, a autorrestrrição (*judicial restraint*) praticada em excesso pelo tribunal constitucional, quando ocorre em aspectos que a CF/88 determinou uma atuação comissiva do mesmo, descaracteriza a atuação do juiz da corte, na busca do cumprimento da Constituição, como, por exemplo, em mandado de injunção e ação de inconstitucionalidade por omissão.

A título de exemplificação, são verificadas implicações da postura ativista por parte do STF nos seguintes casos, que merecem destaque: A Súmula Vinculante 11 (chamada de “Súmula das Algemas”)²⁵ foi editada tendo por fundamento um julgado que tratava sobre a utilização das algemas de um réu em sessão no Tribunal do Júri. No entanto, à época da edição da súmula, não vigorava a nova redação do art. 474,

²³ RAMOS, Elival da Silva. *apud* LIMA, Flávio Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014, pp. 267-268.

²⁴ TAVARES, André Ramos *apud* LIMA, Flávio Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 271.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Aplicação das Súmulas no STF. **Súmula Vinculante 11**. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>>. Acesso em: 24/09/2016.

§3º, do Código de Processo Penal (CPP), que dispõe sobre o limite do uso de algemas no Tribunal do Júri. Violou, assim, disposição expressa do art. 103 da Carta Magna que exige, para aprovação de súmula, reiteradas decisões. Eis o teor do referido artigo, *in verbis*:

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela EC 45/2004)

Desse modo, o ativismo judicial merece ser analisado através de suas inúmeras e diversificadas maneiras de incidência, como um instituto que merece efetiva ponderação, pois através dele preceitos constitucionais desenvolvem eficácia ou, de maneira antagônica, podem ser restringidos a ponto de não serem observados os direitos e garantias fundamentais, previstos na Constituição Federal; e até mesmo, as normas e instituições que garantem a promoção da democracia. É cediço que, como guardião da Constituição, deve o Tribunal Constitucional atentar para os mecanismos de interpretação normativa. Assim sendo, obstará a formação de decisões ativistas por simples arbitrariedade, ante a possibilidade do instituto tornar-se instrumento de centralização de poder.

CAPÍTULO II: REPERCUSSÕES DO ATIVISMO JUDICIAL

2.1 O Supremo Tribunal Federal e sua posição ativista

A jurisdição constitucional, exercida no Brasil pelos órgãos do Judiciário e tendo o Supremo Tribunal Federal (STF) no vértice do exercício daquela, no atual contexto histórico transpassa a aplicação restritiva do texto constitucional, mas de forma abrangente se vincula às demandas sociais e, sobretudo, políticas, havendo a busca pela “correta” interpretação da norma constitucional. Ou seja, a interpretação constitucional, hodiernamente, está estritamente ligada a judicialização da política.

A busca pela resolução de ações que, em princípio, são atributos da atividade da Administração Pública, tem sido cada vez mais constantes perante os órgãos jurisdicionais. Ao ser observada a função precípua do STF de guarda da Constituição, passa a existir o amparo legal para a busca cada vez maior pelo Tribunal Constitucional, ainda que não haja, em determinados casos, razoabilidade na busca pelo órgão máximo de interpretação constitucional brasileira. Ainda assim, é, em última *ratio*, atribuição do STF a interpretação do texto, em si, e no âmbito da realidade que a norma está inserida.²⁶ O propósito é proteger o modelo democrático na busca pela resolução eficiente das demandas processuais, e para tanto, a jurisdição constitucional expansiva ultrapassa constantemente as limitações da clássica teoria da separação dos poderes.

O elemento que legitima e fornece um maior impulso para a expansão da jurisdição constitucional é, indubitavelmente, o fortalecimento das garantias e direitos fundamentais, pois sendo estes menosprezados, maior deverá ser a atuação dos dispositivos constitucionais que fundamentam a proteção desses direitos.²⁷ Para uma proteção eficiente, o STF deve integrar-se com as demandas sociais para cumprir a obrigação de proteger os mandamentos constitucionais.

Proteger os direitos e garantias fundamentais é um aspecto elementar na jurisdição constitucional, pois estes direitos são protegidos como cláusulas pétreas.

²⁶XAVIER, E. M. **O novo papel da jurisdição constitucional**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5361.> Acesso em: 17/10/2016.

²⁷ AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 95.

Nessa linha argumentativa, Walber Agra²⁸ aduz sobre a estruturação da atual jurisdição constitucional:

A jurisdição constitucional, estruturada de acordo com as exigências de uma sociedade pós-moderna, representa a substancialização dos princípios materiais do regime democrático, guiada em sua incidência pelos direitos fundamentais, requisitos inexoráveis para a realização de uma democracia que não se restrinja apenas a seu aspecto formal, mas que incorpore o aspecto material, o que possibilita a real participação de todos os setores da sociedade. [...]

No modelo de interpretação constitucional pela Suprema Corte brasileira, estão inseridos elementos dos sistemas americanos e europeus. O STF tem poder para verificar a validade de determinada lei pelo controle concentrado de constitucionalidade, ou de maneira direta, sendo este de maior enfoque pois revela-se como parâmetro de vinculação pelos demais órgãos e tribunais que aplicarão o entendimento. Pretendeu-se, com a CF/88, ampliar a efetividade na aplicação da norma constitucional; havendo, para tanto, a construção de um texto analítico.²⁹

Ao longo dos últimos anos, o STF tem julgado inúmeros casos que o levam a respeitar uma agenda de cunho predominantemente social, através da observação aos mecanismos de proteção das liberdades individuais, e por conseguinte, da dignidade da pessoa humana. O neoconstitucionalismo que hoje é vivenciado, tem como base de seu estabelecimento a promulgação da CF/88.

Nas constituições contemporâneas “constituição e direitos fundamentais” estão umbilicalmente associados. A premissa metodológica formal do modelo de Constituição cede lugar ao modelo de Constituição engajada, a objetivar a materialização de direitos essenciais e indispensáveis à fruição da dignidade humana, que rechaça o paradigma exclusivamente formal de liberdade e igualdade forjado pelo liberalismo clássico. A constituição do Estado Constitucional deve garantir os meios materiais para a realização plena dos direitos fundamentais. Neste sentido, os direitos políticos assumem relevante papel de destaque porque instrumentalizam a cidadania ativa e tornam cidadãos autores do projeto de realização do direito mediante a participação direta nos pleitos eleitorais e, também, através da defesa de direitos mediados pelo Poder Judiciário.³⁰

²⁸ AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 110.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. **A americanização do direito constitucional e seus paradoxos**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_americanizacao_do_direito_constitucional_e_seus_paradoxos.pdf>. Acesso em: 23/10/2016.

³⁰ PEIXINHO, M. M. O Princípio da Separação dos Poderes, a Judicialização da Política e Direitos Fundamentais. In: XVII Congresso Nacional do CONPEDI. 2008, Brasília, p. 9. **Anais**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/07_252.pdf>. Acesso em: 14/11/2016.

Esta Constituição inovou ao constituir inovações aos dois modelos de constitucionalidade oriundos de legislação alienígena, já presentes na Carta Maior: O controle de constitucionalidade difuso e concentrado. No entanto, é no controle abstrato que são observadas as alterações de maior destaque, presentes, por exemplo, no art. 103, onde se observam a ampliação da legitimidade na propositura de ação direta de inconstitucionalidade (ADI) por ação ou omissão. A visibilidade do STF gerou um aumento de participação deste no cenário jurisdicional, conforme explica Flávia Santiago Lima³¹:

[...] Teve-se, na verdade, um processo de ampliação das atribuições e incremento do poder de intervenção do STF, inclusive quanto à vinculatividade de suas decisões sobre demais poderes e órgãos jurisdicionais. Se o modelo de judicialização da política parecia viável no texto de 1988, as emendas que o modificaram e a legislação que lhe assegurou eficácia jurídica acentuaram este processo.

É na vigência da CF/88 que são incluídas, nas ações de controle concentrado, diversas espécies deste, como Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), por exemplo. A atuação jurisdicional do Supremo, sem o propósito inicial de usurpar funções alheias, buscou o desenvolvimento do modelo democrático social e normativo do Brasil, sendo o controle de constitucionalidade um meio de promoção daquele desenvolvimento.

Para tanto, com o fito de reduzir a intensa demanda que é dirigida à Corte e aos demais tribunais, procurou a CF/88, efetivar a utilização das súmulas vinculantes, além de estabelecer um marco delimitatório de repercussão dos temas para o conhecimento de recurso extraordinário, pelo STF, bem como para que haja eficácia plena nas decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Proteger a ordem constitucional é o objetivo primordial do STF. Entretanto, a morosidade na prestação jurisdicional, que atualmente atinge todo o Judiciário brasileiro, impede a efetivação daquela proteção. As demandas litigiosas que chegam à apreciação do Tribunal Constitucional – sobretudo em controle de constitucionalidade concentrado – são verificadas, inicialmente, por questões processuais; questões de mérito passam a ser postergadas devido ao grande acúmulo de processos na Corte.³²

³¹ LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 227.

³² LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 234.

O resultado dos julgados em sede de controle concentrado mostra que a atuação do STF, certamente condicionado pelas demandas que lhe são dirigidas: (a) concentra-se nos temas relacionados ao Direito Administrativo e não à proteção aos direitos fundamentais; (b) tem como objeto a legislação estadual; (c) prepondera o julgamento dos aspectos processuais, pois poucas são as ações julgadas quanto ao mérito; (d) as efetivas declarações de inconstitucionalidade a um baixo percentual das ações decididas [...] ³³

Aliado ao crescente desprestígio de representatividade do Poder Legislativo, acrescida, em algumas situações, de inoperância na falta de técnicas adequadas na construção da legislação, tem o STF buscado ocupar as lacunas deixadas pelos demais poderes, pois a efetivação do texto constitucional é o fundamento da força normativa deste. Assim, abre-se margem para manifestações não traçadas anteriormente na norma positivada.

Ocorrência de destaque diz respeito a mutação constitucional em face da competência privativa do Senado Federal para suspender a execução de norma declarada inconstitucional: Através do julgamento da Reclamação 4335-5/AC, os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau proferiram entendimento para a possibilidade de ignorar o que dispõe expressamente o art. 52, X, da CF/88, que determina a competência ser privativa do Senado Federal para suspender a execução, total ou parcialmente, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva proferida pelo STF. ³⁴

No caso em comento, alegou o Ministro Relator que ao Senado Federal caberia apenas a efetivação da “publicidade” de decisão que será proferida pelo STF em sede de controle de constitucionalidade. Haveria, então, mutação constitucional, visto que a suspensão de eficácia de uma norma é um juízo político da Casa Legislativa. Ao fim da análise, no julgamento,

O Min. Teori Zavaski – seguido por Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello – reafirmou que as decisões do STF “têm se revestido de eficácia expansiva, mesmo quando tomadas em controvérsias de índole individual” em decorrência das alterações promovidas pela Emenda Constitucional 45/04, apesar da expressa regra do art. 52, X, da CF/88. ³⁵

³³ LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 249.

³⁴ LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 309.

³⁵ LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 312.

2.2 Ativismo Judicial e Judicialização da Política

As manifestações ativistas promovem diretamente o surgimento da judicialização da política. Através da judicialização de diversas questões que transpassam as políticas, o Judiciário tem se revelado protagonista na efetivação de direitos que não estão expressamente estabelecidos em norma, relacionados a moral ou cidadania, ou até na participação de decisões que, em regra, são atribuições relativas à Administração Pública, conforme se verá adiante.

Dotada de conceitos jurídicos indeterminados, a Constituição vigente tem sido objeto de interpretação que suscita a proteção dos princípios estabelecidos no seu próprio texto. Assim, o magistrado, enquanto participante do processo de criação do direito, e não apenas aplicador do mesmo, age de acordo com critérios que eventualmente invadem a esfera do Poder Legislativo – preponderantemente – e o Poder Executivo.

Nesse sentido, é importante destacar a judicialização da política, pois esta é a principal forma de expressão do ativismo judicial no Brasil, segundo a maioria da doutrina brasileira, mas não deve, contudo, confundir-se com o instituto do ativismo. A judicialização da política tem se apresentado como novidade na jurisdição constitucional dos países que possuem o sistema *Civil Law* – como o Brasil – pois rompem e inovam com o sistema jurisdicional que cada vez tem se servido de instrumentos do modelo *Common Law*, ainda que não seja linearmente. No Brasil, como já fora afirmado, ainda prevalece uma visão pragmática e formalista de aplicação normativa, sem desenvolver-se uma observação casuística razoável.

São evidenciadas as características que influenciam no processo de condução recorrente de fatores políticos ao judiciário, segundo a explanação de Neal Tate³⁶:

[...] Democracia política (condição necessária, mas não suficiente para sua emergência), previsão da separação entre os poderes, que estabelece a competição e o controle recíproco entre as esferas de poder e, por fim, um elenco de direitos fundamentais (ainda não expressamente previstos numa constituição formal) que devem, por seu conteúdo, facultar aos excluídos do processo decisório o recurso às vias judiciais para efetivar os direitos previstos.

³⁶ TATE, C. Neal. *apud* LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 132.

Os precedentes fáticos para que haja a implementação do fenômeno da judicialização influenciam sobremaneira na percepção da jurisdição constitucional brasileira como mecanismo de cumprimento dos princípios e normas constitucionais. O primeiro precedente é, conforme já apontado, o reconhecimento da importância do Poder Judiciário enquanto instituição genérica essencial para a democracia contemporânea, devendo assim, ser independente e fortalecido. O segundo precedente para a existência de judicialização da política diz respeito a desilusão com a política majoritária, quando há, então, uma crise de representatividade dos parlamentares e, por conseguinte, do que representam. O terceiro precedente é a “fuga” de políticos parlamentares, que preferem que o Judiciário seja a instância que decida as questões polêmicas, evitando o desgaste nas deliberações.³⁷

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas pelo Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder das instâncias tradicionais, que são o Executivo e o Legislativo, para juízes e tribunais. Há causas diversas para o fenômeno. A primeira é o reconhecimento de que um Judiciário forte e independente é imprescindível para a proteção dos direitos fundamentais. A segunda envolve uma certa desilusão com a política majoritária. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, para evitar o desgaste, preferem que o Judiciário decida questões controvertidas, como aborto e direitos dos homossexuais. No Brasil, o fenômeno assume uma proporção maior em razão de a Constituição cuidar de uma impressionante quantidade de temas. Incluir uma matéria na Constituição significa, e certa forma, retirá-la da política e trazê-la para o direito, permitindo a judicialização. A esse contexto ainda se soma o número elevado de pessoas e entidades que podem propor ações diretas perante o STF³⁸

O acesso ao STF por via de ações diretas amplia a participação da corte nas atividades socioeconômicas e delimita, ainda que formalmente, a competência no arbitramento de conflitos que chegam ao referido tribunal. Principalmente, é vislumbrada a promoção da democracia, que é constantemente violada quando o STF atribui para si competências que não detém, convergindo para o aviltamento de atribuições que são inerentes ao Poder Legislativo e que, por inércia deste, promove expansão demasiada e em alguns casos, irrazoável, de outro Poder. É por intermédio

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial**. p. 7. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf>. Acesso em: 30/10/2016.

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O Constitucionalismo Democrático no Brasil: Crônica de um sucesso imprevisto**. P. 16. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf>. Acesso em: 29/10/2016.

desta posição contramajoritária que o STF é visto, em algumas situações, como violador da ordem democrática.

Luis Roberto Barroso³⁹, ao tratar dos fatores que ensejam a ocorrência da judicialização da política, ensina:

No Brasil [...] a judicialização decorre, sobretudo, de dois fatores: o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado; e o sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, que cobina com a matriz americana – em que todo juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto – e a matriz europeia, que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional. Nesse segundo caso, a validade constitucional de leis e atos normativos é discutida em tese, perante o Supremo Tribunal Federal, fora de uma situação concreta de litígio. Essa fórmula foi maximizada no sistema brasileiro pela admissão de uma variedade de ações diretas e pela previsão constitucional de amplo direito de propositura. Nesse contexto, a judicialização constitui um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. [...] (Grifamos)

Surge, nos países de tradição jurídica romano-germânica, como o Brasil, uma expansão da redemocratização, que na Europa iniciou-se com o fim da Segunda Guerra Mundial e, com a proeminência do modelo democrático dos Estados Unidos da América, irrompem as diversas manifestações de âmbito judicial na política, com a supremacia constitucional, utilizando-se da revisão judicial (*judicial review*) e aplicando precedentes jurisprudenciais.

No Brasil, através da CF/88 e das diversas emendas à esta, os mecanismos de uma democracia representativa e popular foram positivados e instrumentos de defesa de direitos coletivos, tais como ação civil pública e ação popular, abriram precedentes para a valoração interpretativa na jurisdição constitucional. Revelou-se de suma importância a proteção à democracia e aos direitos fundamentais, e para isto, é necessário assegurar autonomia ao Judiciário, aliada a expansiva competência, integração de setores e partidos minoritários, além de consolidar instituições jurídicas, como a Advocacia e Defensoria Pública⁴⁰.

Com a existência de conceitos indeterminados, o juiz que aplicava a lei através da subsunção do fato à norma, observa, gradativamente a dinâmica da realidade social e sobre esta valora para buscar a proteção dos direitos fundamentais. Através

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial**. p. 8. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf>. Acesso em: 30/10/2016.

⁴⁰ LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014, pp. 221-223.

desses modelos de aplicação constitucional ativistas, é incitada a criação de políticas públicas que outrora foram omissas na proteção de direitos e deveres por legislação apropriada e que, em determinado momento, é objeto de análise pelo STF, na busca da eficácia das garantias fundamentais. Para a proteção destes, é impreterível que o Judiciário realize o controle e estímulo de políticas públicas, devendo ser observados os critérios hermenêuticos adequados.⁴¹

Para Barroso⁴², haveria alguns entraves à crescente judicialização da política: Risco para a legitimidade democrática, pois o STF não é consagrado pela vontade popular, mas sua soberania decorre de expressa previsão normativa, na Constituição, já que, enquanto agentes públicos não recrutados pela via eleitoral aplicam o que está disposto na lei, preservando, ainda que não seja de maneira total, a preservação da separação dos Poderes; há, também, argumentos filosóficos, pois a Corte agiria como mediador entre a preservação da democracia e o constitucionalismo.

Os critérios utilizados pelo STF nas pautas inovadoras que são objeto de análise da Corte são dotados de valoração que atualmente encontram nas súmulas vinculantes instrumento de referência no exercício da atividade normativa do Tribunal. Contudo, essa atividade normativa tem sido desacompanhada de interpretação ampliativa, tendo como um referencial jurídico a jurisprudência dos demais tribunais.

O autor pontua, também, outra circunstância que se opõe à excessiva judicialização da política: Risco de politização da Justiça. Não deve o Direito se confundir com a Política – muito embora se incorporem em algumas situações – pois atualmente a Ética deve pautar as relações jurídicas que existam, sobretudo como instrumento de legitimidade e preservação da dignidade da pessoa humana. Assim, ao se afirmar que o Direito é política, devem ser vislumbradas as limitações à esta associação, assim evidenciadas:

[...] Direito é política no sentido de que (i) sua criação é produto da vontade da maioria, que se manifesta na Constituição e nas leis; (ii) sua aplicação não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos; (iii) juízes não são seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, conseqüentemente, sua subjetividade há de interferir com os juízos de valor que formula. A Constituição faz a interface entre o universo

⁴¹ VERBICARO, Loiane Prado. **Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil.** *Rev. direito GV* [online]. 2008, vol.4, n.2. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200003> Acesso em: 30/10/2016.

⁴² BARROSO, Luís Roberto. **Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>. Acesso em: 30/10/2016

político e o jurídico, em um esforço para submeter o poder às categorias que mobilizam o Direito, como a justiça, a segurança e o bem-estar social. Sua interpretação, portanto, sempre terá uma dimensão política, ainda que balizada pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento vigente.

[...] o juiz (i) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; (ii) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; (iii) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo, emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível. [...] A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a favor e não contra a democracia.⁴³

Por fim, Barroso aponta a última crítica à crescente judicialização da política: Os limites da capacidade institucional do Judiciário. Com o propósito de preservar a separação dos Poderes, as funções definidas para cada Poder são de amplo domínio e conhecimento pelo Judiciário, pela Administração Pública (Executivo) e pelo Legislativo, muito embora exercam um controle recíproco, objetivando a não exasperação dos limites existentes na Constituição. Havendo divergências na interpretação normativa constitucional ou infraconstitucional, deverá haver uma atuação derradeira pelo Judiciário. Logo, devem ser delineados os limites para a atuação do referido Poder, sob pena de ultrapassar as barreiras normativas e institucionais atribuídas a ele.

O estudo das principais manifestações em que é inserido o caráter ativista revela-se na crescente judicialização de diversos aspectos da cidadania e seus indivíduos e, preponderantemente, da política. Não obstante a busca pela proteção dos direitos fundamentais, a excessiva judicialização pode ocasionar a violação aos expressos dispositivos constitucionais que vedam a discricionariedade do STF em analisar atos relacionados à organização das funções legislativa e administrativa.

Assim, deverá existir uma limitação ao exercício irrazoável da jurisdição constitucional. A principal é a Constituição Federal, que não deve ser desrespeitada principalmente pelo órgão que possui a função de proteger os seus dispositivos. Nesta linha argumentativa, Walber Agra⁴⁴ pontua:

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. **Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. pp. 12-14. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>. Acesso em: 30/10/2016.

⁴⁴ AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 137.

[...] A política do self-restraint significa que o órgão que exerce a tutela constitucional deve se autolimitar ao interpretar a Constituição, para não transformar essa prerrogativa em um monopólio de dizer o direito de acordo com suas conveniências, sem respaldo na Lei Maior, ferindo a atuação dos poderes estabelecidos.

Deste modo, em contraposição surge a teoria da autorrestricção/autocontenção (“*self-restraint*”), aduzindo que a Suprema Corte aplicará o aspecto protecionista dos direitos fundamentais que está contido na Constituição, que se efetiva através de mecanismos democráticos e estruturais do Estado, que não são plenamente eficazes. Deveria o Estado agir na implementação de políticas públicas de proteção aos direitos elementares estabelecidos na Carta Maior. Entretanto, através desta teoria, as lides que são submetidas à apreciação do STF só seriam observadas por este em caso de comprometimento premente de violação à ordem constitucional e os consectários princípios que a regem, além da repercussão do caso em outras demandas que estejam diretamente relacionadas a manutenção dos valores democráticos.

Para que seja analisada a autocontenção (ou autorrestricção), necessária é a observação ao histórico decisório da Corte, vislumbrando as influências políticas e ideológicas. A autocontenção é, na verdade, uma manutenção do *status quo* alusivo às atribuições do STF. Assim, este exerce o papel de prospecção na interpretação constitucional e recebe demandas processuais que deverão ser encaminhadas aos poderes eleitos pelos cidadãos.

Os atos *interna corporis* – inerentes às Casas Legislativas e proferidos por autoridades no exercício de sua regular competência, que tem por escopo a regulamentação, consolidação das aludidas Casas e proteção das prerrogativas de seus membros – têm sido objeto de interferência pelos órgãos judiciais, especialmente o STF. No entanto, os atos *interna corporis*, semelhantemente aos atos políticos, apresentam, no aspecto funcional, a impossibilidade de apreciação judiciária; no aspecto estrutural, ambos possuem um espaço discricionário de atuação; e ambos os atos fundamentam-se como instrumentos de proteção da auto-organização e independência dos poderes.⁴⁵

A autocontenção realiza uma ponderação no compartilhamento de atribuições relativas a determinado poder, pois sendo obedecidas as que são inerentes a algum

⁴⁵ AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 139.

Poder, questões de maior grau de complexidade na resolução poderão ser discutidas em associatividade com outro, sem ultrapassar, assim, as atribuições originárias: Caminho necessário para a manutenção da ordem constitucional e democrática.

Muito embora existam preceitos da Constituição que balizem o alcance do controle de atos exteriores às atribuições próprias do Poder Judiciário, agentes políticos e sociais participam do processo de análise de questões pelo Judiciário, confluindo em propenso ativismo – tendo por destaque o STF. Nesse sentido, a jurisdição constitucional expansiva não cumpre o efetivo papel de proteger os direitos daqueles agentes no tocante a um processo democrático equilibrado.

[...] a ausência de parâmetro normativo não pode ser considerada regra absoluta para definir o que seja uma questão política, haja vista o caráter principiológico da Constituição e o princípio do non liquet. O fator determinante para individualizar o que seja uma questão política se encontra albergado na doutrina e na jurisprudência, já que se configura como um conceito indeterminado.⁴⁶

A moderação exercida pelo Judiciário na solução de demandas que, claramente, são atribuições de outros poderes, está fundamentada na complexidade inerente aos casos que envolvem as lides: Elementos eminentemente técnicos que, devido à complexidade, não seriam recomendáveis as suas resoluções pelo Judiciário, sob o risco de assumir o risco dos efeitos sistêmicos decorrentes de análise mais aprofundada, são ignorados pelo próprio STF.

⁴⁶ AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 140.

CAPÍTULO III: A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O RECURSO EXTRAORDINÁRIO (RE) 592.581

O presente capítulo tem por objetivo analisar as repercussões do Recurso Extraordinário (RE) 592.581, do STF. Tal recurso tem origem com o ajuizamento de uma ação civil pública pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul (MP-RS) em face do Estado homônimo, buscando que este promovesse uma reforma geral no Albergue Estadual de Uruguaiana, visto que este se encontrava em situação precária, apresentando condições indignas aos encarcerados.

O juízo de primeira instância deferiu o pedido e determinou a reforma do asilo em um prazo de seis meses. Contra esta decisão, o Estado do Rio Grande do Sul recorreu ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS), tendo este reformado a sentença ao julgar pela insuficiência orçamentária para realizar a reforma, além do descabimento de o Judiciário determinar as ações que devem ser realizadas em uma instalação prisional, responsabilidade do Poder Executivo.

Diversamente, o MP-RS recorreu ao STF, argumentando pela aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, haja vista que estes balizam todo ordenamento constitucional, sendo obrigação do Estado conferir efetividade na aplicação do artigo 5º, XLIX, da CF, a fim de garantir condições dignas aos detentos que cumprem pena privados de liberdade. Nessa linha, estabeleceu-se o debate sobre a possibilidade de intervenção do Judiciário em matéria de atribuição da Administração Pública, figurado no julgamento do RE 592581.

A decisão, prolatada com repercussão geral, estabeleceu a possibilidade de a Administração Pública realizar obras emergenciais em presídios com o escopo de garantir a proteção dos direitos fundamentais dos detentos. Para fundamentar tal decisão, os ministros da Suprema Corte utilizaram-se dos postulados da dignidade da pessoa humana (artigo 5º, inciso XLIX, CF), não sendo possível, segundo a tese proferida pelo STF, contrariar a decisão utilizando os argumentos do Princípio da Separação dos Poderes e a Reserva do Possível, que serão detalhados adiante e estão presentes na ementa do Inteiro Teor do Acórdão⁴⁷, transcrita a seguir:

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 592.581 Rio Grande do Sul. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 13 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>>. Acesso em: 15/11/2016.

EMENTA: REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL.

I - É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais.

II - Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial.

III - Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal.

IV - Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes.

V - Recurso conhecido e provido. (Grifamos)

3.1 A impossibilidade de violação ao Princípio da Separação dos Poderes

O Princípio da Separação dos Poderes, embora referido à antiguidade clássica, através de Aristóteles, que explanou um modelo sobre o exercício de funções em divisão por agrupamentos, – em sua acepção política clássica, idealizado por John Locke e estruturado pelas propostas de Montesquieu – sofreu alterações de seus parâmetros consolidados outrora: Haveria violação ao referido princípio com a recepção, pelo Supremo Tribunal Federal, de diversos casos de ampla repercussão que chegam à Corte, com deliberações cada vez mais políticas?

Ainda que na República brasileira, firmada no chamado Estado Democrático de Direito, existam as delimitações já firmadas sobre a separação dos poderes e as funções típicas exercidas preponderantemente por estes, com a violação de direitos fundamentais surge a necessidade de manifestação do Judiciário. Este não detém a possibilidade de criar políticas públicas, mas de torná-las efetivas quando descumpridas, pois suas decisões, em sede de Jurisdição Constitucional, possuem efeitos políticos. Assim, tem prevalecido o entendimento de que a separação dos Poderes não obedece a uma estrutura rígida, mas a um equilíbrio com colaboração mútua; o referido Estado Democrático de Direito traz em seu bojo profundas

transformações sociais que garantem o dever de cuidado aos fundamentos éticos e jurídicos na proteção dos de direitos fundamentais.

O ilustre constitucionalista Canotilho⁴⁸ apresenta as dimensões da separação dos poderes, por intermédio dos seguintes princípios:

[...] o *jurídico-organizatório* (criação de estrutura constitucional com funções, competências e legitimação de órgãos para um comando recíproco do poder – *check and balances*); o *normativo autônomo* (possibilidade de “compartimentação” de funções para justificar a justeza de uma decisão), e o *princípio fundamentador de incompatibilidades* (necessário à chamada “separação pessoal de poderes ou funções” para que se evite o entrelaçamento pessoal de funções executivas e legislativas).

Portanto, o Princípio da Separação dos Poderes, enquanto princípio estrutural do organização jurídico-política do Brasil, está associado aos demais princípios constitucionais que regem a aplicação normativa. A própria CF/88, ao tratar da existência dos poderes “independentes e harmônicos entre si”, estabelece as premissas que asseguram um comprometimento formal com a teoria da separação dos poderes.

Com forte influência do constitucionalismo americano, a concepção racionalista da separação dos poderes tem sido gradativamente substituída pela noção de poderes que cumprem o seu papel de traçar diretrizes gerais, visto que a ineficácia ou inércia no exercício das competências alusivas a cada poder – em destaque, neste caso, o Judiciário – geram a busca, pela sociedade, de uma atuação supletiva ou até substitutiva, para que ocorra intervenção do referido poder objetivando resguardar a supremacia constitucional.

No caso em estudo, o Recurso Extraordinário 592.581, através das apreciações dos ministros é possível constatar que o princípio da separação dos poderes encontra-se suscetível ao rompimento de alguns de seus elementos conceituais, mas que não configuram efetiva violação ao mesmo. É possível perceber tal entendimento de acordo com os votos firmados por alguns ministros, tais como Luis Roberto Barroso, Luiz Fux, Rosa Weber e Carmen Lúcia. Neste sentido, é possível observar o alinhamento com a corrente que vota pela possibilidade de o Judiciário designar pela obrigatoriedade da Administração Pública realizar obras emergenciais nas unidades

⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes *apud* CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan. Montesquieu e a releitura da separação de poderes no estado contemporâneo: elementos para uma abordagem crítica. **Revista Lex Humana**, nº 2, p. 40. Disponível em: <<http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana&page=article&op=view&path%5B%5D=21&path%5B%5D=20>>. Acesso em: 15/11/2016.

prisoinais, conforme o voto discorrido pela ministra Carmen Lúcia, com destaque para o seguinte trecho:

[...] na verdade, não se investe nisso, como disse Vossa Excelência, por falta de vontade política. E, convenhamos, não é assim que haverá de ser o exercício da democracia, senão que as políticas públicas haverão de ser adotadas segundo o que a Constituição determinar e para o cumprimento daquilo que seja necessário para o Estado Democrático de Direito, o que significa cumprir o direito; o que significa, ter, inclusive, que fazer presídios. Aliás, deveriam fazer mais escolas, porque talvez não precisássemos de tantos presídios. Mas, de toda a sorte, é preciso que o Brasil repense isso.⁴⁹

Assim, o entendimento predominante tem por base a mitigação da soberania plena que dispôs outrora o Poder Executivo, podendo o Judiciário analisar e impugnar atos de seus agentes. Estes avanços de controle entre os atos praticados pelos poderes são oriundos da Carta Maior de 1988. Os limites constitucionais de interferência de um poder nos demais são, atualmente, mecanismos de evitar eventuais arbítrios que possam, porventura, deslocar a real função da tripartição dos poderes, visando, principalmente, valorizar a supremacia da C/88.

O controle exercido pelo Poder Judiciário, por meio de uma tutela incisiva na Jurisdição Constitucional, mediante o estímulo derivado da judicialização da política, tem hodiernamente fragmentado a separação dos poderes, transpassando, porém, os critérios constitucionais de exercício das funções típicas e atípicas de cada poder. Nesta perspectiva é a explanação de Manoel Messias Peixinho⁵⁰:

[...] a) O princípio da separação dos poderes não foi histórica e originariamente um modelo binário a compreender que cada poder tem um escopo teórico fechado, em que as funções Executiva, Legislativa e Judiciária eram incomunicáveis. Ao contrário, a doutrina clássica admitia o exercício de funções compartilhadas. (b) No direito constitucional contemporâneo se reconhece que a doutrina da separação dos poderes deve ser vista de uma nova maneira com a existência de uma Jurisdição Constitucional, que além de deter as competências típicas, é-lhe reservada, concorrentemente, a missão indelegável de efetivar os direitos fundamentais. (c) Com a judicialização da política, o paradigma de magistrado é de que “o novo juiz” transformou-se em partícipe da sociedade e defensor da democracia porque a prestação jurisdicional não é uma atividade exclusivamente jurídica, mas, também, provoca transformações políticas, sociais e econômicas. (d) A

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 592.581 Rio Grande do Sul. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 13 de agosto de 2015. Voto da Ministra Carmen Lúcia, pp. 110-111. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>>. Acesso em: 18/11/2016.

⁵⁰ PEIXINHO, M. M. O Princípio da Separação dos Poderes, a Judicialização da Política e Direitos Fundamentais. In: XVII Congresso Nacional do CONPEDI. 2008, Brasília, p. 17. **Anais**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/07_252.pdf>. Acesso em: 18/11/2016.

judicialização da política “desconstruiu” o modelo superado de hermenêutica identificada com a interpretação formal e transformou o juiz no mais importante guardião da Constituição, dos direitos fundamentais e de defensor contra as violações às garantias constitucionais perpetradas pelos próprios poderes. [...]

Por seu turno, malgrado existir ampla solidez legal concernente aos direitos fundamentais – por meio de diversos tratados internacionais que o Brasil é signatário –, a proteção dos mesmos revela-se totalmente ineficaz quando é analisada a situação carcerária do país. A disposição do STF enquanto elemento de atuação na esfera política é uma realidade, como já fora exposto, mas carece de esclarecimentos a discricionariedade de atuação da corte quando as políticas legislativas do Estado são omissas.

A reiterada omissão do Estado brasileiro em oferecer condições de vida minimamente digna aos detentos exige uma intervenção enérgica do Judiciário para que, pelo menos, o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana lhes seja assegurada, não havendo margem para qualquer discricionariedade por parte das autoridades prisionais no tocante a esse tema.⁵¹

É necessário, portanto, a regulamentação de mecanismos de atuação harmônica que garanta a preservação dos princípios norteadores da República e da democracia, na mesma medida em que proporcione meios de proteger os cidadãos e sua dignidade. A apreciação à jurisprudência do STF na última década indica para este caminho.

Para amparar seu voto, o Ministro Relator do recurso em estudo avalia a impossibilidade de invasão do Judiciário na seara da Administração Pública, visto se tratar de intensa violação a direitos humanos. Conforme já fora explanado, e ratificado pelo entendimento do ministro, o Brasil é signatário de tratados de direitos humanos que possuem natureza suprallegal, sendo uma nação que possui um sistema normativo de complementaridade entre o direito do país e o estrangeiro, transcrevendo dispositivos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.⁵²

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 592.581 Rio Grande do Sul. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 13 de agosto de 2015. Relatório, p. 45. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>>. Acesso em: 18/11/2016.

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 592.581 Rio Grande do Sul. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 13 de agosto de 2015. Relatório, pp. 33-40. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>>. Acesso em: 19/11/2016.

Com a latente violação aos direitos humanos, existente na situação calamitosa do Albergue Prisional de Uruguaiana, no Rio Grande do Sul, evidencia-se expresse comprometimento na transgressão do mínimo estrutural que deveria ser estabelecido nas unidades prisionais, por atenção ao que expressam os tratados e a Constituição Federal. Quando há, assim, concentração de poder em uma instituição ineficiente, como neste caso se apresenta o Poder Executivo, não haverá longevidade na estruturação desse modelo político.

De maneira equilibrada, em concordância com o relator, assim expõe o Ministro Edson Fachin, ao afirmar pelo não cabimento de o Poder Judiciário interferir em substituição ao que dispõe o legislador, mas que havendo inércia jurisdicional, deverá o Poder Judiciário agir, com prudência e equilíbrio:

É possível, assim, uma atuação que não seja cegamente omissa e nem irresponsavelmente ativista, mas que garanta o direito fundamental do preso à sua integridade física e moral durante sua custódia pelo Estado. Uma compreensão sobre a separação de poderes que se atenha ao tradicional entendimento de que ao Poder Judiciário cabe apenas ser deferente às escolhas do Executivo e do Legislativo demonstra uma limitada concepção de democracia, segundo a qual as escolhas majoritárias dos representantes do povo (gestores e legisladores) são inquestionáveis. E essa compreensão rasa de democracia acaba por permitir que direitos fundamentais de minorias, pouco vistas, sejam sistematicamente violados. Uma compreensão robusta de democracia deve, ao contrário, possibilitar que esses grupos minoritários – como o são os encarcerados em geral – tenham suas situações de privação expostas e que diante da violação de seus direitos o Poder Judiciário os garanta.⁵³

Em consonância com o voto do Ministro Fachin, os ministros Luis Roberto Barroso, Celso de Mello, Rosa Weber, Marco Aurélio, Gilmar Mendes. O ministro Gilmar afirmou não gostar de utilizar a expressão ativismo judicial, afirmando que o termo:

[...] traduz, em certa medida, a ideia de uma censura, não é? Quando se usa a expressão, o que se está a dizer é que houve um excesso; quando o que nós estamos a dizer, de forma muito clara, é que, se houve excesso, foi quanto à falta de cuidados elementares com os direitos fundamentais.⁵⁴

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 592.581 Rio Grande do Sul. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 13 de agosto de 2015. Voto do Ministro Edson Fachin, p. 15. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>>. Acesso em: 19/11/2016.

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 592.581 Rio Grande do Sul. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 13 de agosto de 2015. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 121. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>>. Acesso em: 19/11/2016.

Utilizaram-se os ministros, ainda, de dispositivos da Lei de Execução Penal, além de diversas discussões sobre o sistema carcerário brasileiro.

Nesse discernimento, para concluir tal linha argumentativa merece notoriedade o brilhante entendimento proferido pelo Ministro Luiz Fux⁵⁵:

E, hoje, os direitos fundamentais não podem ser tratados como os direitos civis, onde uma parte tem direito, outra tem deveres; os direitos fundamentais assumem uma dimensão objetiva, que pressupõem, inclusive, a irradiação de seus efeitos para outras relações jurídicas - e, aí, está a decisão de Vossa Excelência, que pode ser aplicada como tese de repercussão geral a todos os casos em que se fazem necessárias obras emergenciais. E esses direitos fundamentais, nessa dimensão objetiva, reclamam também a existência de procedimentos, de instituições, de mecanismos de tutela, para que eles, efetivamente, sejam considerados Direitos Fundamentais.

3.2 A inaplicabilidade do Princípio da Reserva do Possível

O princípio da reserva do possível, originado na jurisprudência alemã, se coaduna ao dever de prestação do Estado no que se refere aos direitos fundamentais serem regulados de acordo com a disponibilidade orçamentária do ente estatal. Tal princípio confronta expressamente dispositivos constitucionais que garantem o dever de prestação de medidas que visem garantir os direitos fundamentais, além de outros princípios, como o princípio da proporcionalidade e inafastabilidade da tutela jurisdicional – este determinado no artigo 5º, XXXV, da CF, versando sobre a impossibilidade de não sujeição à apreciação do Judiciário de qualquer lesão ou ameaça a direito, não sendo possível àquele declinar de necessária medida de ação, quando for demandado.

Apresentando diversas classificações, dentre as quais a teoria interna e externa, destaca-se o principal argumento para se estabelecer o princípio em estudo:

De acordo com a teoria interna, a reserva do possível seria um limite imanente à norma jusfundamental. Assim, para a delimitação normativa de cada direito fundamental social, seria sempre levada em consideração a escassez de recursos estatais, que é o fator determinante da invocação da reserva do possível.⁵⁶

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 592.581 Rio Grande do Sul. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 13 de agosto de 2015. Voto do Ministro Luiz Fux, p. 105. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>>. Acesso em: 19/11/2016.

⁵⁶ MATSUDA, Juliana Tiemi Maruyama; PEREIRA, Helida Maria; SOUZA, Luciana Camila de. **O mínimo existencial como limite à aplicação da reserva do possível aos direitos fundamentais sociais**. p. 6. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/%207306306> Acesso em: 21/11/2016.

Merece destaque a teoria relativa, que estabelece o dever de ponderar valores e direitos, para em seguida indagar pela possibilidade de mitigar a sua proteção.

De acordo com esse entendimento, as restrições aos direitos fundamentais podem existir sem afetar seu conteúdo essencial, desde que respeitem o princípio da proporcionalidade. E a observância desse princípio poderá ser aferida através do sopesamento entre os valores em conflito. Se um direito for restringido para fazer prevalecer um direito de maior relevância, no caso concreto, terá havido respeito à proporcionalidade e, por consequência, o núcleo essencial do direito restringido terá sido preservado.⁵⁷

Na análise do caso em estudo, alegar a aplicação do princípio da reserva do possível configura omissão do Estado em prestar o mínimo existencial aos seus indivíduos, como os detentos, incluindo os direitos básicos que possuem os mesmos, tais como um tratamento penitenciário devido, que não sejam aferidos meios cruéis de proteção aos detentos – o que por hora já é desrespeitado no Albergue Estadual de Uruguaiana – e busquem proteger a dignidade da pessoa humana, amparada por previsão constitucional, em seus artigos 1º, III, além do artigo 5º, parágrafo 1º, ambos da CF/88, dispondo sobre as normas que definem os direitos fundamentais: estas deverão ter aplicação imediata.

No relatório do R.E. 592.581, o Ministro Ricardo Lewandowski cita um trecho do acórdão pelo qual fora interposto o referido recurso, que denega a possibilidade do Judiciário determinar ao Poder Executivo a realização de obras em unidade prisional, mas reconheceu, contudo, a premente violação a integridade física e psíquica dos detentos. O Ministro apresenta, ainda, os argumentos utilizados pelo MP-RS para interposição do recurso, tais como

[...] que a integridade física e moral dos presos configura interesse de natureza geral, consubstanciando direito fundamental de observância obrigatória pelo Estado, que tem como um de seus pilares constitucionais a dignidade da pessoa humana.⁵⁸

Em contraposição, no voto do Ministro Fachin é levantado, pelo mesmo, uma refutação sobre a ponderação do Judiciário em ignorar o respeito ao princípio da

⁵⁷ MATSUDA, Juliana Tiemi Maruyama; PEREIRA, Helida Maria; SOUZA, Luciana Camila de. **O mínimo existencial como limite à aplicação da reserva do possível aos direitos fundamentais sociais**. p. 13. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/%207306306> Acesso em: 21/11/2016.

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 592.581 Rio Grande do Sul. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 13 de agosto de 2015. Relatório, p. 7. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>>. Acesso em: 19/11/2016.

reserva do possível, sendo observadas determinadas condições e motivos objetivamente manifestados para que se preserve, ainda que minimamente, o respeito ao mencionado princípio. Ao fim do seu voto, no entanto, concorda o Ministro pela impossibilidade de alegação do princípio da reserva do possível para afastar a necessidade da tutela estatal no resguardo dos direitos fundamentais.⁵⁹

[...] Nada obstante, colho, da própria manifestação do Ministério Público Federal, que, em determinadas condições, sob motivos justificáveis e objetivamente expostos, a cláusula da reserva do possível há de ter a sua dignidade jurídica ponderada. [...] do ponto de vista da enunciação da tese, entendo que, à luz do que sugere o Ministério Público, a cláusula ou a reserva do possível somente seria oponível se objetivamente verificado o justo motivo que tenha sido suscitado.

Destarte, utilizar-se do critério da preservação da reserva do possível é inviabilizar a adequada aplicação das verbas oriundas do Fundo Penitenciário Nacional (Fupen) – que têm por finalidade a oferta de recursos para a realização de obras no Sistema Penitenciário Brasileiro – como instrumento de ação nas reformas que se apresentam nas unidades prisionais, em caráter emergencial. Em verdade, a aplicação das verbas do Estado, se aplicadas corretamente, não devem mitigar a proteção dos direitos fundamentais em detrimento de ações intangíveis.

Para a aplicação do princípio da reserva do possível e para preservação dos direitos fundamentais, em geral se revela necessário que sejam observados critérios objetivos de preservação incontestes do funcionamento da máquina pública, pois o princípio da reserva do possível não deve ser condenado, visto que assevera um controle do Estado às variadas despesas e seu orçamento em geral – que em algumas situações são alterados ou dilapidados – mas ponderado em objetivar os direitos que devem também ser resguardados.

Nesse sentido é a exposição do Ministro Edson Fachin, em seu voto⁶⁰:

A reserva do possível não pode servir de argumento para escusar o Estado de cumprir os comandos constitucionais, sobretudo aqueles expressamente nomeados e caracterizados como direitos fundamentais. Eventual objeção orçamentária deveria ser acompanhada de prova expressa, documental, que justifique adequadamente e demonstre a impossibilidade financeira do

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 592.581 Rio Grande do Sul. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 13 de agosto de 2015. Voto do Ministro Edson Fachin, pp. 66-67. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>>. Acesso em: 19/11/2016.

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 592.581 Rio Grande do Sul. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 13 de agosto de 2015. Voto do Ministro Edson Fachin, p. 91. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>>. Acesso em: 19/11/2016.

Estado, bem como porque as escolhas político-governamentais deixaram de atender demanda tão fundamental. A invocação da reserva do possível não pode consistir em mera alegação que isenta, por si só, o Estado de suas obrigações. Somente justo motivo, objetivamente aferido, tem tal valia.

Na mesma linha argumentativa inferiram todos os ministros presentes no julgamento do recurso em estudo, em consonância com o voto do relator: Ministros Luis Roberto Barroso, Celso de Mello, Luiz Fux, Gilmar Mendes, Carmen Lúcia, Marco Aurélio e Rosa Weber.

3.3 A configuração do Estado de Coisas Inconstitucionais

Para a manutenção da ordem constitucional necessário se faz obedecer aos ditames da Lei Maior, em respeito aos princípios em que se encontra respaldado o modelo de organização do Estado brasileiro. Como afirmado anteriormente, o princípio da dignidade da pessoa humana é o eixo de sustentação da CF/88 e carece de medidas de real proteção, ante o patente aviltamento dos direitos fundamentais.

Foi através desta linha argumentativa, com a violação dos direitos fundamentais em circunstâncias fáticas diversas das envolvidas no Albergue Estadual de Uruguaiana, que a expressão “Estado de Coisas Inconstitucionais (ECI)” se erigiu. O termo surgiu na Colômbia, por meio da denominada “Sentencia de Unificación (SU) 559”, exarada em 1997, na Corte Constitucional Colombiana (CCC). Na ocasião, constatou-se a violação a direitos previdenciários de professores de dois municípios colombianos, e a violação refletiu um número indeterminado de professores além daqueles que ajuizaram a lide.⁶¹

Verificando a situação de amplo descumprimento à imprescindível proteção dos direitos fundamentais, a CCC agiu com o intento de proteger a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e não se limitou aos litigantes no processo em debate, mas promoveu uma integração dos Poderes: Ao declarar o ECI, iniciou o processo de medidas que visavam garantir a todos os indivíduos, na mesma situação de aviltamento massivo de direitos, proteção objetiva através dos instrumentos constitucionais. Além deste caso, a violência e a superlotação dos presídios daquele

⁶¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de A. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 2015. Disponível em: <<http://jota.info/artigos/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional-04052015>>. Acesso em 23/11/2016.

país foram situações que ensejaram a determinação do ECI e a conseguinte manifestação da corte colombiana.⁶²

Desta forma, o ECI pode ser definido como a constatação de veemente e genérica violação a direitos fundamentais, inserida em situação de omissão das autoridades constituídas, confluindo em uma atuação de intervenção da Suprema Corte para garantir a defesa dos direitos violados. Para a decretação de ECI, é imperioso destacar os seus pressupostos, elencados por Carlos Alexandre de Azevedo Campos⁶³:

O **primeiro pressuposto** é o da constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais que afeta a um número amplo de pessoas. Para além de verificar a transgressão ao direito individual do demandante ou dos demandantes em um determinado processo, a investigação da Corte identifica quadro de violação sistemática, grave e contínua de direitos fundamentais que alcança um número elevado e indeterminado de pessoas. [...] O **segundo pressuposto** é o da omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais. A ausência de ou falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas e orçamentárias representaria uma “falha estrutural” que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação. Não seria a inércia de uma única autoridade pública, e sim o funcionamento deficiente do Estado como um todo que resulta na violação desses direitos. Além do mais, os poderes, órgãos e entidades em conjunto se manteriam omissos em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade. O **terceiro pressuposto** tem a ver com as medidas necessárias para a superação do quadro de inconstitucionalidades. Haverá o ECI quando a superação de violações de direitos exigir a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes. [...] Para a solução, são necessárias novas políticas públicas ou correção das políticas defeituosas, alocação de recursos, coordenação e ajustes nos arranjos institucionais, enfim, **mudanças estruturais**. (Grifo original)

No Brasil, semelhantemente a Colômbia, a situação também é de violação. Inúmeros direitos fundamentais são transgredidos em situações cotidianas que ultrapassam as limitações do caso em estudo, da unidade prisional gaúcha. A vulnerabilidade se intensifica com a indiferença do Poder Executivo em promover medidas eficazes de combate ao descumprimento desses direitos. O STF, enquanto guardião da Constituição, busca garantir a eficiência na tutela dos direitos e deveres previstos na Constituição, dispendo de princípios que assegurem, ainda que

⁶² CAMPOS, Carlos Alexandre de A. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 2015. Disponível em: <<http://jota.info/artigos/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional-04052015>>. Acesso em 23/11/2016.

⁶³ CAMPOS, Carlos Alexandre de A. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 2015. Disponível em: <<http://jota.info/artigos/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional-04052015>>. Acesso em 23/11/2016.

gradativamente, o respeito aos inúmeros sujeitos de direito, buscando eliminar eventuais inconstitucionalidades.

Nesta perspectiva – considerando a violação de direitos fundamentais na caótica situação carcerária brasileira, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347 –, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) requereu ao Supremo Tribunal Federal a declaração do ECI do sistema carcerário do país, tendo em vista as condições degradantes que assolam o sistema penitenciário, perpetradas pela omissão dos Poderes nas esferas estatais. Entre os pedidos, além da referida declaração, estão a elaboração de políticas públicas, a interferência pela Suprema Corte nas estruturas orçamentárias e a determinação na aplicação de institutos processuais, a fim que e amenize a situação carcerária.

Em novel decisão, expedida no dia 27 de agosto de 2015, o STF proferiu medida cautelar ao declarar o ECI do sistema carcerário brasileiro. Referida decisão, ainda que em sede cautelar, busca promover a amenização dos efeitos negativamente exorbitantes do cárcere. De tal medida, ainda não é possível extrair a possibilidade de existência de eficácia da mesma, mas já indica os passos necessários para a reforma do caótico modelo prisional no país.⁶⁴ Pela decisão, é possível extrair as seguintes conclusões⁶⁵:

[...] presente cenário de forte violação de direitos fundamentais dos presos e falência do conjunto de políticas públicas voltado à melhoria do sistema carcerário, o Supremo deve impor aos poderes públicos, em síntese, as seguintes medidas: elaboração e implementação de planos de ação sob monitoramento judicial; realização das audiências de custódia; fundamentação das decisões que não aplicarem medidas cautelares diversas da prisão, a fim de reduzir o número de prisões provisórias; consideração do “estado de coisas inconstitucional” quando da aplicação e execução da pena.

Ainda que a jurisdição constitucional se revele proativa em benefício da proteção dos direitos fundamentais (como almeja a ADPF 347), faz-se mister a ponderação da atividade exercida pela Suprema Corte, tendo em vista a possível violação ao princípio da separação dos poderes, como já apresentado neste estudo, se houver a interferência do Judiciário no controle de políticas públicas, conforme

⁶⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF inicia julgamento de ação que pede providências para crise prisional.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>>. Acesso em: 25/11/2016.

⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347.** Relator: Min. Marco Aurélio, 27 de agosto de 2015. p. 9. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/adpf-situacao-sistema-carcerario-voto.pdf>>. Acesso em: 25/11/2016.

propôs o requerente da ADPF 347. Pelo voto do relator da referida ADPF, Ministro Marco Aurélio, é possível depreender pelo equilíbrio que propõe entre os poderes.

Todavia, o relator assevera pela legitimidade de interferência do STF para desconstituir a omissão, por meio de decisões judiciais.

[...] Isso é o que se aguarda deste Tribunal e não se pode exigir que se abstenha de intervir, em nome do princípio democrático, quando os canais políticos se apresentem obstruídos, sob pena de chegar-se a um somatório de inércias injustificadas. Bloqueios da espécie traduzem-se em barreiras à efetividade da própria Constituição e dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos. Repita-se: a intervenção judicial mostra-se legítima presente padrão elevado de omissão estatal frente a situação de violação generalizada de direitos fundamentais. Verificada a paralisa dos poderes políticos, argumentos idealizados do princípio democrático fazem pouco sentido prático.⁶⁶

Em pertinente consonância com a decisão do Recurso Extraordinário 592.581, que também constatou a ausência de medidas por todos os entes estatais no tocante a mudanças nas condições penitenciárias, o Ministro Marco Aurélio, ao proferir seu voto no julgamento da APDF 347, aduz pela viabilidade do Judiciário promover ações que afastem, de maneira eficaz, a inércia de setores políticos. Considerou, no voto, pelo dever de resguardar os princípios da dignidade da pessoa humana e a garantia do mínimo existencial, que são diametralmente violados nas instituições carcerárias⁶⁷, elidindo quaisquer ferramentas teóricas que não objetivem – através do declarado Estado de Coisas Inconstitucionais – garantir a aplicação dos princípios apontados acima.

De acordo com o Ministro Aurélio, ainda, devem ser acionadas medidas que proporcionem a descontinuidade da violação sistemática dos direitos fundamentais. Por fim, delibera sobre as ações que os juízes, tribunais e o Estado devem realizar para ensejar o efetivo cumprimento da mudança almejada:

a) aos juízes e tribunais – que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal; b) 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,

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**. Relator: Min. Marco Aurélio, 27 de agosto de 2015. p. 13. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/adpf-situacao-sistema-carcerario-voto.pdf>>. Acesso em: 25/11/2016.

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**. Relator: Min. Marco Aurélio, 27 de agosto de 2015. pp. 13-14. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/adpf-situacao-sistema-carcerario-voto.pdf>>. Acesso em: 25/11/2016.

contados do momento da prisão; c) aos juízes e tribunais – que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; d) aos juízes – que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo; e) 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.⁶⁸

Por intermédio do voto do ministro, se configurou adequada a viabilidade da ADPF como medida para a concretização de direitos violados de maneira generalizada. Há, assim, a possibilidade do Judiciário agir ante a omissão dos demais poderes, sem violar o Princípio da Tripartição dos Poderes, por meio de uma tutela que alcança não só os indivíduos que têm os direitos denegridos, mas toda sociedade.

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**. Relator: Min. Marco Aurélio, 27 de agosto de 2015. p. 23. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/adpf-situacao-sistema-carcerario-voto.pdf>>. Acesso em: 25/11/2016.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo realizado pretendeu demonstrar as reais incidências do ativismo judicial no Brasil, visto que a aplicação implícita deste instituto reverbera por todas as ações perpetradas pelo Poder Público.

Destacaram-se as maneiras em que o ativismo judicial se manifesta, breves apontamentos de seu surgimento e suas principais expressões de visibilidade nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, bem como nas relações sociais, políticas e jurídicas, através da notável ascensão da judicialização da política.

No tocante ao debate sobre as manifestações ativistas, discutiu-se sobre o Recurso Extraordinário 592.581 que tramita no STF e reconheceu pela possibilidade do Poder Judiciário estabelecer critérios na reforma de instituições prisionais, buscando proteger a dignidade da pessoa humana, além de outros princípios constitucionais. Através desse recurso, o debate sobre a legitimidade de interferência do Poder Judiciário sobre funções típicas de outros poderes pode ser validado.

O exercício das prerrogativas inerentes aos poderes não garante a eles uma rigidez na distribuição de suas atribuições. Diversos países – a exemplo da Colômbia, que forneceu os primeiros sentidos à expressão denominada de Estado de Coisas Inconstitucionais – são parâmetro de promoção de um diálogo entre os poderes, que tem por intuito o respeito aos postulados da dignidade da pessoa humana e seus consectários princípios.

O Albergue Estadual de Uruguaiana é apenas um exemplo da real degradação humana dos detentos em todo país, que sofrem com a superlotação carcerária e a falta de direitos básicos como alimentação e por conseguinte, saúde digna. É impreterível, assim, a implementação de políticas públicas pelo Poder Executivo na busca pela proteção material dos direitos que são violados. O STF age, deste modo, apenas como instituição que impulsiona a implementação destas políticas, sem de fato dimensioná-las, *a priori*.

Com a falta de zelo institucional, mas também e sobretudo, humano, necessário é efetivar a criação de instrumentos que preservem a dignidade de todos os indivíduos: Políticas públicas e organização para a correta aplicação da legislação processual penal, de forma a utilizar adequadamente os recursos advindos do Fundo

Penitenciário Nacional (FUNPEN). Se não houver um mínimo planejamento para uma reestruturação eficaz, será premente a necessidade do STF interferir na mobilização das questões que não são de sua responsabilidade primária.

Destarte, o STF reconheceu de maneira acertada pela configuração do Estado de Coisas Inconstitucionais, pois através dele está legitimada a declaração da necessidade de mobilização do Poder Público no sentido de realizar mudanças emergenciais. Tal decisão – proferida em medida cautelar – complementa o entendimento do RE 592.581 de que, mediante o princípio da inafastabilidade jurisdicional, o STF está iniciando uma maneira de vislumbrar a dignidade dos detentos, sem necessariamente agir sem critérios estabelecidos.

Portanto, para a preservação dos direitos fundamentais, tendo por base inúmeros princípios que regem a principiante democracia brasileira, são inegáveis os benefícios provenientes da decisão do RE 592.581, no sentido de impulsionar uma mudança nas medidas punitivas, sem desmembrar a tripartição dos poderes, mas sim proporcionando mecanismos de harmonia entre os mesmos.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Ativismo Judicial e Instrumentalidade do Processo. Disponível em: <http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/40961352/Ativismo_e_Instrumentalidade_do_Processo_-_v._digital.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAJ56TQJRTWSMTNPEA&Expires=1474863091&Signature=kbLicZpPIPTB6LCrMFZjswdnek%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DAtivismo_Judicial_e_Instrumentalidade_do.p df>. Acesso em: 17/09/2016.

BARROSO, Luís Roberto. **A americanização do direito constitucional e seus paradoxos**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_americanizacao_do_direito_constitucional_e_seus_paradoxos.pdf>. Acesso em: 23/10/2016.

_____. **Constituição, democracia e supremacia judicial**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf>. Acesso em: 30/10/2016.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>. Acesso em: 18/08/2016.

_____. **O Constitucionalismo Democrático no Brasil: Crônica de um sucesso imprevisto**. P. 16. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf> Acesso em: 29/10/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 347**. Relator: Min. Marco Aurélio, 27 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/adpf-situacao-sistema-carcerario-voto.pdf>>. Acesso em: 25/11/2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal. 1988. Vade Mecum Saraiva. Colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 20 ed. Atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2015.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Aplicação das Súmulas no STF. **Súmula Vinculante 11**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>> . Acesso em: 24/09/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 592.581 Rio Grande do Sul**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 13 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>>. Acesso em: 19/11/2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de A. **A Evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana**. Disponível em: <http://www.academia.edu/9364210/A_evolu%C3%A7%C3%A3o_do_ativismo_judicial_na_Suprema_Corte_norte-americana>. Acesso em: 18/09/2016.
CAMPOS, Carlos Alexandre de A. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 2015. Disponível em: <<http://jota.info/artigos/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional-04052015>>. Acesso em 23/11/2016.

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan. Montesquieu e a releitura da separação de poderes no estado contemporâneo: elementos para uma abordagem crítica. **Revista Lex Humana**, nº 2. Disponível em: <<http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana&page=article&op=view&path%5B%5D=21&path%5B%5D=20>>. Acesso em: 15/11/2016.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Ativismo Judicial: Por uma delimitação conceitual à brasileira**. Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito. Disponível em: <<http://www.confluencias.uff.br/index.php/confluencias/article/view/121/145>>. Acesso em: 22/09/2016.

LEITE, Glauco Salomão. **Inércia Legislativa e Ativismo Judicial: A dinâmica da Separação dos Poderes na ordem constitucional brasileira**. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=863a76ba2c63cb56>>. Acesso em: 10/09/2016.

LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014.

MATSUDA, Juliana Tiemi Maruyama; PEREIRA, Helida Maria; SOUZA, Luciana Camila de. **O mínimo existencial como limite à aplicação da reserva do possível**

aos direitos fundamentais sociais. Disponível em:
<www.agu.gov.br/page/download/index/id/%207306306>. Acesso em: 21/11/2016.

PEIXINHO, M. M. O Princípio da Separação dos Poderes, a Judicialização da Política e Direitos Fundamentais. In: XVII Congresso Nacional do CONPEDI. 2008, Brasília. **Anais.** Disponível em:
<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/07_252.pdf>. Acesso em: 14/11/2016.

VERBICARO, Loiane Prado. **Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil.** *Rev. direito GV* [online]. 2008, vol.4, n.2. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200003> Acesso em: 30/10/2016.

XAVIER, E. M. **O novo papel da jurisdição constitucional.** Disponível em:
<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5361>. Acesso em: 17/10/2016.