

O estado de coisas inconstitucional no constitucionalismo contemporâneo: efetividade da Constituição ou ativismo judicial?

Pietro de Jesús Lora Alarcón
Professor

Sumário: Introdução; 1. O ECI na jurisprudência da Corte Constitucional de Colômbia; 1.1. Alguns elementos da realidade colombiana imprescindíveis para caracterizar o ECI; 1.2. Considerações da Corte Constitucional de Colômbia nas decisões que declaram o ECI; 2. O Requerimento da declaração de ECI no sistema penitenciário brasileiro – ADPF 347; 3. O ECI no Constitucionalismo Contemporâneo; 3.1. Sobre o prisma da doutrina; 3.2. O intérprete e a compreensão do Direito; 3.3. O intérprete e a compreensão da Constituição; 4. São as decisões que declaram o ECI uma manifestação de ativismo judicial?; 4.1. Cortes Constitucionais e Estado Constitucional de Direito; 4.2. O tema do ativismo judicial; 4.3. A interpretação dos fatos. Conclusões. Bibliografia.

Introdução

Em cenários nos quais as pessoas padecem de extrema vulnerabilidade e se registram gravíssimas violações aos direitos humanos, quais os critérios hermenêuticos a que pode ou deve recorrer o intérprete e aplicador do Direito para guardar a supremacia constitucional?

É legítimo que em tais situações o Judiciário incorpore o papel de ordenador da atuação estatal? Nessas condições, quais as variáveis metodicamente relevantes para realizar o controle de constitucionalidade dos atos normativos? Por acaso se modificam tendo em vista as peculiaridades fáticas? E, ainda, é possível declarar a inconstitucionalidade de circunstâncias ou fatos?

¹ Mestre e Doutor em Direito pela PUC/SP, com estudos pós-doutorais na Universidade Carlos III de Madrid e na Universidade de Coimbra. Professor dos cursos de Graduação e Pós-Graduação da PUC/SP e do Centro Universitário de Bauru – CEUB.

Esses são alguns dos temas em discussão quando se analisam as decisões da Corte Constitucional colombiana que sustentam a existência em vários âmbitos desse país de um *estado de coisas inconstitucional* – ECI –. E talvez as decisões da Corte tivessem sido objeto de análise com interesse exclusivamente acadêmico – o que já de por si teria um mérito significativo – não fosse pelo fato de que na ADPF 347, protocolada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) no Supremo Tribunal Federal, a peça inicial tenha-se referido com especial cuidado ao ECI nos termos estabelecidos pelo Tribunal Colombiano, para ao final requerer que se caracterize através dessa categoria jurídica a situação do sistema penitenciário brasileiro.

A ação obriga a uma reflexão em sentido mais abrangente, pois se insere num debate sobre as possibilidades de que, no Brasil, a jurisprudência seja especialmente útil, se adotada para a construção de uma norma de decisão final diante de uma situação extrema de não efetividade de direitos fundamentais por causas estruturais e ações ou omissões do poder público.

É compreensível a polêmica jurídica instalada se levarmos em conta os limites aos quais estão sujeitos os atores estatais, no caso e com ênfase, as Cortes constitucionais. Com efeito, no exercício de sua atividade as Cortes devem preservar a estrutura essencial do regime político condensado na separação de funções, mas também devem estar dispostas a assegurar a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais, nos planos horizontal e vertical, em grau máximo.

Assim, é natural que as decisões da Corte colombiana sejam alvo do juízo crítico da doutrina, ingressando como mais um elemento nos marcos da discussão sobre os ativismos judiciais, as omissões inconstitucionais e as possibilidades de manter a ponderação como pressuposto metodológico para a solução dos casos difíceis, em um contexto no qual os órgãos que exercem poder não raro cruzam acusações sobre extrapolações e ineficiências sobre o desempenho de cada um.

Nossa breve reflexão se insere nessa discussão, procurando encontrar respostas à ideia de se realmente estamos diante de uma nova modalidade de ativismo judicial, ou talvez diante de uma situação na qual o Judiciário, negando-se a declarar o ECI, torna-se também sujeito omissivo diante da gravidade dos fatos. Outra opção é possível examinar, e consiste em observar se na verdade as Cortes, autorizando a caracterização de um ECI, contribuem à aplicabilidade imediata dos fins e valores constitucionais em casos extremos.

Assumir um posicionamento sobre o assunto implica incursionar tanto na dimensão jurídico-constitucional, que sugere atender inicialmente a um conceito de Direito e de Constituição tendo como pano de fundo o Constitucionalismo de nossos dias, quanto na dimensão hermenêutica, que necessariamente conduz a uma análise sobre técnicas de interpretação no intuito de aplicar o Direito, com fundamento nos princípios adotados pelos sistemas jurídicos.

1. O ECI na jurisprudência da Corte Constitucional de Colômbia

1.1. Alguns elementos da realidade colombiana imprescindíveis para caracterizar o ECI

As jurisprudências que definem o ECI se originaram na Corte Constitucional Colombiana e começaram a ser formuladas para irradiar proteção jurídica a grupos vulneráveis. Paulatinamente, esse critério inicial foi materialmente impulsionado por fatores expressivos de uma realidade de crise humanitária de grandes proporções.

Por isso, nas últimas sentenças, é notória a associação com o conflito social e armado que se desenvolve ainda no país. Neste caso, as sentenças constituem uma continuidade das medidas historicamente tomadas para sua contenção. Não é matéria de análise do presente artigo o conjunto de fatores que desencadeiam a situação de guerra interna na Colômbia. Entretanto, citaremos alguns dados oficiais que servirão como referência para comprovar a gravidade da situação, passando de imediato a uma análise dogmático-constitucional sobre as decisões da Corte.

Na sua história recente, o deterioro em matéria de direitos humanos é de tal magnitude que uma organização política, a União Patriótica, – UP – fundada em 1984, teve entre o ano de seu nascimento e 1990 mais de 5 mil de seus integrantes assassinados ou desaparecidos. A Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, em decisão proferida em 26 de maio de 2010, responsabilizou ao Estado colombiano por ação e omissão nesses fatos, tendo em vista a comprovada atuação de membros da força pública, de maneira aberta ou acobertada, sob a forma de grupos paramilitares, na execução de planos de extermínio contra esse partido.²

² Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_213_esp.pdf>.

Entre 1982 e 2013, foram cometidas 728 chacinas no país, delas 1.116 foram executadas por grupos paramilitares, 295 por grupos armados não identificados e 238 pelas guerrilhas.³ Acionada por organizações nacionais e internacionais, a CIDH proferiu 15 decisões contra o Estado colombiano, assim que provada a participação dos seus agentes em crimes contra a humanidade.

No ano de 2008, surgiram os *falsos positivos* – execuções de pessoas civis que logo são apresentadas aos meios de comunicação como membros de forças insurgentes. Até abril de 2015, a Procuradoria-Geral da Nação tinha 3.043 processos abertos contra agentes públicos vinculados a essas execuções. A esses fatos devem se adicionar a comprovação de execuções extrajudiciais – 178.000 nos últimos dez anos –, o desaparecimento de mais de 25.000 colombianos, as 8.070 pessoas lesadas por minas terrestres, os 51 defensores de direitos humanos assassinados durante 2015 e a militarização dos presídios nos quais há mais de 5.000 pessoas consideradas presos políticos.⁴

Os deslocados internos totalizam 7 milhões e os refugiados 350 mil, que vivem, na sua maioria, no Equador e Venezuela.⁵ Em 13 de março do ano em curso, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados – ACNUR manifestava sua preocupação com a situação de vulnerabilidade de mais de 6 mil pessoas, entre as quais um imenso percentual de indígenas e afrodescendentes, vítimas de deslocamento forçado na região costeira pacífica do país, bem como de mais de 7 mil vítimas de confinamento e restrição de movimentação.

Em tais condições, como bem afirma V.M. Moncayo, não há dúvidas de que se constata “[...] uma circunstância especial de degradação dos direitos humanos, em cujo processo não se excluem nem agentes nem práticas que comprometem a responsabilidade do Estado”. E daí o tratamento que se dá dessa situação a partir da decisão da Corte Constitucional T-025 de 2004, que declarou o ECI.⁶

Apreciam-se dados bastante expressivos quanto à situação que pretende atender a Corte nas últimas decisões que reconhecem o ECI.

³ Disponível em: <<http://es.insightcrime.org/>>. Acesso em: 1 nov. 2016.

⁴ Consultar dados da Federação Internacional de Direitos Humanos em: <<https://www.fidh.org/es/>>. Acesso em: 3 nov. 2016.

⁵ Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/noticias/noticia/acnur-e-escriptorio-da-onu-para-direitos-humanos-pedem-protexao-a-populacao-civil-na-colombia/>>. Acesso em: 1 nov. 2016.

⁶ MONCAYO, V. M. Las conversaciones de La Habana: una compleja oportunidad para la paz en Colombia In: ESTRADA, Jairo (Coord.). *Solución política y proceso de paz en Colombia*. p. 18.

Entretanto, passaremos sem maiores delongas ao relato dessas sentenças apreciando os argumentos técnicos trazidos para alicerçar a jurisprudência.

1.2. Considerações da Corte Constitucional de Colômbia nas decisões que declaram o ECI

Os ditames da Corte que declaram o ECI são bastante recentes. Numa primeira impressão destaca o progressivo amadurecimento na caracterização da anormalidade dos fatos que se confronta com a Constituição do país.

Na decisão SU-559, de 6 de novembro de 1997, o Tribunal declarou o ECI pela omissão de dois municípios do departamento de Bolívar, na zona costeira norte colombiana, de filiar seus docentes no Fundo Nacional de Prestações do Magistério, embora estivessem sendo feitos os descontos nos salários dos professores para vincular os recursos ao fundo.

Em lugar de transcrever o inteiro teor, que pode ser facilmente obtido pelos meios eletrônicos, destacaremos alguns parâmetros de interpretação levados em conta na sentença: a) a Corte assume a tarefa de *colaborar de maneira harmônica com o restante de órgãos do Estado para a realização de seus fins. Do mesmo modo que se deve comunicar à autoridade competente a notícia relativa à comissão de um delito, não há razão para omitir a notificação de que um determinado estado de coisas resulta violador da Constituição*; b) para a Corte, a guarda da Constituição implica sua legitimidade para instar o cumprimento das obrigações constitucionais pelas quais deve responder uma autoridade, evitando-se a utilização excessiva dos mesmos recursos jurídicos para o mesmo fim; c) o ECI deve guardar *relação direta com a violação dos direitos fundamentais*; d) a Corte sustenta que, neste caso, *a notificação da irregularidade existente poderá ser acompanhada de um requerimento específico ou genérico dirigido às autoridades para que realizem ou se abstenham de realizar uma ação* e, finalmente, e) a Corte expande os efeitos da sua decisão expondo “[...] *a circunstância de que o estado de coisas não somente serve de suporte causal da lesão jusfundamental examinada, senão que, ademais, em relação com situações semelhantes, não restringe o alcance do requerimento que se formule*”.

A Corte reafirmou o sentido da sua decisão na sentença T-068 de 1998, na qual examinou situação parecida e sustentou o ECI diante da mora habitual da Caixa Nacional de Previsão em resolver as petições dos aposentados. Logo, nas decisões SU-250 de 1998 e T-1695 de 2000 o ECI foi declarado pela falta de convocatória de concurso público para preencher vagas no sistema de notariado e registro.

Nesses casos, perante a anomalia jurídica ocasionada pelo retardo ou a inexistência de providências estatais, o Tribunal deu eficácia aos direitos fundamentais estampados na Constituição de 1991 através da interpretação e aplicação de seus princípios e invocando a aplicabilidade imediata de dispositivos que exigem máxima efetividade.

Já na Sentença T-590 de 1998, que declarou o ECI pela omissão do Estado em adotar medidas para garantir a segurança dos defensores de direitos humanos, a Corte considerou a grave situação do país que coloca essas pessoas em elevadíssimo grau de vulnerabilidade. Em pauta encontrava-se o traslado de uma pessoa que atuando em defesa dos direitos humanos realizou várias denúncias contra membros do Estado. A pessoa foi privada de sua liberdade, estando em curso processos nos quais era peticionário, por suposta participação em atos de rebelião no marco do conflito interno.

Fundada em dados do ACNUR e outras entidades de direitos humanos que atestaram que a atividade de defensor é de alto risco, argumentou a Corte que a situação “incrementa o dever de proteção jusfundamental que recai sobre o Estado com relação a essas pessoas”, motivando sua decisão no “[...] clima generalizado de intolerância e violência do qual são objeto por se dedicar à promoção das garantias mais básicas do ser humano”.

No caso, a Corte apurou e se certificou da ausência de ações estatais contundentes de proteção aos defensores de direitos humanos e fez uma convocação deixando preventas todas as autoridades da República para o cese de tal situação. Igualmente, solicitou ao Procurador-Geral da Nação e ao Defensor do Povo que “dentro da obrigação constitucional de guardar, proteger e promover os direitos humanos se ofereça especial favorecimento à proteção da vida dos defensores de direitos humanos.”. Finalmente, exortou “[...] a todas as pessoas que habitam na Colômbia para que cumpram com o mandamento do artigo 95 da Constituição que obriga a defender e difundir os direitos humanos como fundamentos da convivência pacífica.”.

Na mesma decisão a Corte argumenta:

Neste tema não são possíveis ambiguidades. A comunidade internacional é particularmente sensível e essa sensibilidade se requer indispensavelmente na Colômbia, devendo-se construir um avançado sistema de proteção jurídica e real para os defensores dos direitos humanos. Máxime quando a atitude dos defensores de direitos humanos é um componente básico da vida política de uma nação. [...]. Mas, a verdade é que, muito embora as instruções presidenciais, o ataque aos defensores de direitos humanos continua [...] e há condutas omissivas do Estado quanto a sua proteção, máxime quando se coloca em seu conhecimento o clima de ameaças contra esses ativistas. Esta é uma situação abertamente inconstitucional, à qual o juiz constitucional não pode ser indiferente.

As diretrizes dessa sentença foram ampliadas nos pronunciamentos da Corte referentes às Tutelas 719 de 2003 e 1191 de 2004, na quais para determinar o ECI a Corte considerou que os especiais riscos extraordinários aos que se expõem os defensores de direitos humanos lhes confere o *status de sujeitos de especial proteção constitucional*, o que implica:

[...] a proibição de que a Administração adote decisões que criem um risco extraordinário para as pessoas em razão de suas circunstâncias, com o conseqüente amparo aos afetados. [...] O Estado está obrigado a outorgar e desenvolver ações positivas para assegurar esta proteção especial, mais ainda está obrigado a evitar qualquer tipo de atividade que possa ampliar o grau de exposição a riscos extraordinários destas pessoas.

Na mesma decisão, ponderou o Tribunal sobre a necessária abertura de espaços de interlocução entre autoridades e defensores dos direitos humanos, para um debate democrático,

[...] em atenção à situação de conflito no país e ao papel que cumprem os defensores [...] na formação

da opinião pública e na promoção e denuncia das violações aos mesmos, e tendo em vista a incidência de seu trabalho como componente básico da vida política da Colômbia.

Também na Tutela 025 de 2004, que declara o ECI da população deslocada, a Corte prosseguiu caracterizando as conjunturas e condições fáticas para a determinação da inconstitucionalidade:

1) A vulneração massiva e generalizada de vários direitos constitucionais que afetem a um número significativo de pessoas; 2) a prolongada omissão das autoridades no cumprimento das suas obrigações para garantir os direitos; 3) a adoção reiterada de ações constitucionais como a tutela para garantir o direito quebrantado, advertindo que se cada um dos afetados utiliza-se seu direito de acessar o judiciário, se produziria uma inusitada congestão judicial; 4) a não expedição de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias necessárias para evitar a vulneração dos direitos; 5) a existência de um problema social cuja solução compromete a intervenção de várias entidades, requer a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações e exige um nível de recursos que demanda um esforço orçamentário adicional importante; [...]⁷

No caso, quanto à possibilidade de ruptura do princípio da separação de funções a Corte argumentou:

Com a finalidade de corrigir esta situação, é necessário que as diversas entidades nacionais e territoriais encarregadas da atenção da população deslocada, cumpram cabalmente com seus deveres constitucionais e legais e adotem, em prazo razoável, e dentro do âmbito de suas competências, os corretivos que assegurem uma suficiente apropriação orçamentária. Ao ordenar este tipo de

⁷ Corte Constitucional Colombiana. Decisão T-025 de 2004.

medidas, não está desconhecendo a Corte a separação de poderes que estabelece a nossa Constituição, nem deslocando às demais autoridades no cumprimento dos seus deveres. Pelo contrário, a Corte, tendo em vista os instrumentos legais que desenvolvem a política de atenção à população deslocada, assim como o desenho da política e dos compromissos assumidos pelas diversas entidades, está apelando ao princípio constitucional de colaboração harmoniosa entre as diversas ramificações do poder, para assegurar o cumprimento dos deveres de proteção efetiva dos direitos de todos os residentes no território nacional. Essa é a competência do juiz constitucional em um Estado Social de Direito respeito de direitos que tenham uma clara dimensão prestacional.

Para efetivar sua decisão, distinguiu a Corte entre ordens *complexas* e *simples*. As primeiras referem-se a ações que devem ser empreendidas pelos órgãos competentes em favor de todo e qualquer deslocado, independentemente de ter ingressado ou não com a ação de tutela e com o objetivo de superar as deficiências orçamentárias; nas segundas constam medidas em favor daqueles que ingressaram com ações de tutela.

De ressaltar que sendo na Colômbia o *Conselho Nacional de Atenção Integral à População Deslocada* o órgão encarregado de formular a política pública e de garantir o orçamento para os programas de atendimento, a Corte comunicou seu ditame, assinalando que é o Conselho que determina a forma de superação da insuficiência de recursos e das falências institucionais sobre o tema. Estabeleceu, ainda, prazo de seis meses, contados a partir da comunicação, para o acabamento das iniciativas encaminhadas a que os deslocados desfrutem de um mínimo de amparo a seus direitos.

A brevidade do espaço não permite maiores apontamentos sobre cada sentença. Contudo acreditamos que este relato permite uma aproximação inicial às fontes materiais e considerações que geraram a construção das normas de decisão aplicadas pela Corte.

Em que pese salientar que não se afigura em momento algum que a intenção tenha sido criar um paradigma interpretativo, a verdade é que na América Latina a gravidade das situações em matéria de direitos

humanos, aliada à ineficiência estatal para lidar com episódios frequentes e graves de desconhecimento de direitos, bem como às manifestações expressivas de uma *judicialização da política*, permitem pensar numa transposição ou adaptação da jurisprudência a novo contextos.

A expectativa sugere um exame sobre o ECI que não pode ser dissociado da reflexão em torno a temas como a *constitucionalização do ordenamento*⁸, a riqueza de técnicas de interpretação/aplicação do direito e o papel do Judiciário, convertido, em muitos casos, em um substituto de luta social para a efetividade da Constituição.⁹

2. O Requerimento da declaração de ECI no sistema penitenciário brasileiro – ADPF 347

Protocolada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e acompanhada de documentos que comprovam o quadro dramático dos direitos fundamentais no sistema penitenciário brasileiro, a ADPF 347 objetiva que seja reconhecido o estado de coisas inconstitucional nesse âmbito, sustentando que a tese é perfeitamente aplicável na jurisdição constitucional do país, para que o STF determine medidas urgentes dirigidas a sanar lesões gravíssimas decorrentes de condutas comissivas e omissivas dos poderes públicos dos entes federativos.

Na data de elaboração da nossa exposição, o processo, relatado pelo Min. Marco Aurélio de Farias Mello, encontra-se na Procuradoria-Geral da República. Entretanto, o Tribunal, em sede de pedido cautelar da ação, em decisão de 09.09.2015,¹⁰ determinou, por maioria, que estando presente o quadro de superlotação carcerária, condições desumanas de custódia e violação da integridade física e moral dos presos “[...] decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como ‘estado de coisas inconstitucional’”.

Estimou o Supremo que “[...] *Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona a liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional*”. E, finalmente, determinou que

⁸ Como formula R. Guastini em seu *Estudios de teoría constitucional*, México: Fontamara: UNAM: 2003.

⁹ Sobre tema tão relevante, recomenda-se a leitura da obra de Antoine Garapon, *O juiz e a democracia – o guardião das promessas*, 2. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2004.

¹⁰ ADPF 347. Rel. Min. Marco Aurélio. DJ. 19.02.2016.

Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.

Pois bem, advertíamos que a doutrina brasileira já manifestou algumas opiniões sobre o ECI, ora margeando, ora ingressando em detalhes da decisão do STF. Um dos pontos de partida do debate, ao qual temos aderido, consiste em que a Constituição de 1988 projetou um modelo de vida para a comunidade organizada, uma aspiração de futuro da qual se desprendem tarefas concretas para o Poder Público. Nesse modelo, as liberdades públicas, os direitos sociais e políticos, as diversas formas de expressão humana, devem ecoar, transparecer e se concretizar. Certamente essa não é a realidade nacional em campos como a educação, a saúde, a segurança pública, o sistema penitenciário, a seguridade social, a situação das crianças e dos adolescentes, para apenas citar alguns.

Com esse enfoque, se o ECI servisse para caracterizar toda e qualquer situação na qual a realidade não retrata o projeto constitucional, então não seria preciso refletir sobre seu conteúdo jurídico, e como afirma L. Streck, a figura seria tão abrangente que não haveria espaços para sua contestação.¹¹ Desde logo, por essa linha de raciocínio poder-se-ia também pensar que se a Corte Constitucional – seja a Corte colombiana ou o STF brasileiro – é a chamada a declarar o ECI, emergiriam bases argumentativas para justificar o decisionismo e o ativismo carentes de qualquer proporção ou limite.

Por isso consideramos que teórico estruturalmente não é possível construir a tese de que o ECI serve para caracterizar juridicamente toda e qualquer situação. Muito embora na atual quadra do Constitucionalismo, nos cenários de sociedades periféricas ou semiperiféricas, o papel do Judiciário seja especialmente relevante para a efetivação do Estado Social de Direito, não é possível construir a realidade aguardada a partir quase que exclusivamente de decisões judiciais.

¹¹ L. Streck, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ou.24/observatorio-constitucional-estado-coisas-incosntitucional-forma-ativismo>>, acesso em: 4 nov. 2016.

Entretanto, a sustentação desse ponto de vista requer alguns subsídios e considerações, que serão feitas no decorrer da exposição.

3. O estado de coisas inconstitucional no Constitucionalismo Contemporâneo

3.1. Sobre o prisma da doutrina

Na linha expositiva que empreenderemos, há duas preocupações: de início, o papel epistemológico necessariamente crítico da doutrina com relação às decisões dos juízes e das cortes constitucionais; logo a seguir, a necessidade de reconhecer que os contextos nos quais se expõem as análises doutrinárias e se fundamentam sentenças e acórdãos são carregados de experiências humanas peculiares e enriquecedoras.

Há uma discussão preliminar lembrada sobre o primeiro tema, que gira em torno se a ótica do jurista é de *segunda mão*, recebida dos legisladores ou dos juízes, ou se forja uma perspectiva própria e inédita, uma construção discursiva independente.¹²

Bastante similar era a apreensão do saudoso professor L. A. Warat, a qual se refere L. Streck, no sentido de que “ainda hoje – ou cada vez mais – a produção doutrinária que se relaciona àquilo que se pode denominar de dogmática jurídica continua caudatória das decisões tribunalícias. Ou seja, a doutrina continua doutrinando pouco. Cada ementário constitui um resto de sentido. Migalhas (des) significativas, coagulações de sentidos que, perigosamente, colocam em constante risco a sobrevivência do direito”.¹³

É claro que a resistência não consiste em eventualmente ter como objeto de análise uma decisão jurisprudencial. O que resulta realmente problemático é que a doutrina não consiga detectar o transfundo ideológico que há nelas. Por outras palavras, o realmente grave é que a doutrina não reflita e aceite um modelo jurisprudencial por mera fé, sem se preocupar pela maneira como este expressa uma compreensão do Direito.

¹² NINO, Carlos. *Introdução à análise do direito*. p. 1-10.

¹³ STRECK, L. *Compreender direito*. Notas Introdutórias. p. 10.

As sentenças e acórdãos são autênticas normas – normas de decisão – que propõem um determinado sentido do proibido, do permitido e do obrigatório. Interferem na estagnação ou no progresso jurídico que se destine aos mais diversos planos da vida social. Nesse sentido, qualquer decisão destinada à defesa da supremacia da Carta torna evidente uma forma de funcionamento do próprio Direito, no qual se entrecruzam representações que provêm de posturas que abrangem desde a política, passando pela economia e a moral, até questões de elevadíssima relevância nos planos da ética.

Esse embrulho é inevitável porque o Direito se interliga com as cosmovisões dominantes, as circunstâncias sociais e as relações de poder. Por isso enfatizava Carlos Nino que “como um instrumento de mudanças sociais de natureza variada, o direito é reflexo de ideologias e de esquemas valorativos dominantes e enfrenta a resistência de diferentes grupos de pressão e de diversas circunstâncias sociais e econômicas”.¹⁴

E também por isso para a doutrina não pode existir figura ou categoria jurídica que não seja interpretada conforme o contexto em que se dá sua gênese, e deve afunilar seu raciocínio para verificar as contradições e manifestações de poder que lhe deram origem. Em termos concretos, o que seja a constitucionalização, o controle de constitucionalidade, a legalidade e questões como o ECI se definem não somente a partir de considerações extraídas do âmbito textual ou legislativo, senão que se encontram enraizadas em últimas em questões fáticas.

Logicamente, uma das grandes dificuldades para a doutrina, diretamente entrelaçada com essa visão, é que ao final é gerado um enfrentamento entre uma pretensa universalidade discursiva e a riqueza contextual. Esse contratempo é normal. O que não é possível é forjar um discurso afastado da realidade, quando no exercício de interpretação e aplicação do Direito as Cortes constitucionais elaboram a norma de decisão não só a partir do exame do texto normativo, mas também dos fatos que o envolvem. E na nossa visão, o desafio de abordar a jurisprudência sobre o ECI supõe este reconhecimento que antecede a qualquer outra reflexão.

¹⁴ NINO, Carlos. *Introdução à análise do direito*. p. 7.

3.2. O intérprete e a compreensão do Direito

Embora, como reconhece Nino, não seja fácil encontrar uma única resposta, especialmente se nos recusamos a aceitar uma fórmula tão vazia como aquela que nos diz que “o objeto do direito é regular a conduta humana”,¹⁵ o estudioso do Direito procura um ângulo de observação para sua compreensão.

De nossa parte temos assumido, em várias oportunidades, que o Direito pode ser analisado como fenômeno ou experiência histórica e cultural, que essencialmente procura atingir fins e prestigiar valores ou elementos consensuais da comunidade organizada.¹⁶ E optamos por esse enfoque sabendo que cada palavra usada dessa síntese pode ser convenientemente esmiuçada, como também que essa postura é apenas uma forma de encarar as diversas manifestações do fenômeno.

Seja que a opção interpretativa tenha altas doses de sofisticação ou que não seja outra coisa que uma repetição das fórmulas de sentido comum, essa escolha será projetada a toda e qualquer reflexão sobre os diversos tópicos do mundo jurídico. Se houver suficiente sensibilidade para tentar um progresso que outorgue autonomia ao Direito, então haverá compromisso e provavelmente uma responsabilidade científica testada em vários momentos. Alertamos sobre isso porque há demandas de confronto inexorável, entre elas o exame dos fatores sociais que incidem na configuração do Direito; a justificativa moral dos seus dispositivos; as fórmulas redacionais e seus significados; a efetividade e resultado de sua interpretação e aplicação.

Nessa trilha, merece atenção redobrada o fato de que sendo uma experiência o Direito somente poderia ser concomitantemente uma construção coletiva. Como tal não se confunde com as representações que temos de suas categorias. Ou seja, o Direito não é a lei, nem a Constituição, nem a sentença, nem o decreto, nem qualquer outro dos muitos *status* ou níveis que nos oferece o que tem se convencionalmente denominar *direito positivo*.¹⁷

De maneira que razão assiste a Zagrebelsky quando opina que a raiz das dúvidas e polêmicas do jurista, e na verdade do que tudo depende, é da *ideia* de Direito e de suas marcas históricas. E bem por

¹⁵ NINO, Carlos. *Introdução à análise do direito*. p. 7.

¹⁶ Trabalhamos este conceito a partir de G. Lumia, *Elementos de teoria e ideologia do direito*, p. 23 e ss. e Norbert Roland, in: *Nos confins do direito*, p. 5-15.

¹⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. p. 9.

isso na primeira oportunidade, ao abordar a compreensão da Constituição, Zagrebelsky convida a indagar, a controverter e argumentar com relação às "ideias gerais, a mentalidade, os métodos, as expectativas, as estruturas de pensamento e os estilos jurídicos herdados do passado e que já não encontram justificação no presente".¹⁸

Essas reflexões, a nosso juízo, devem ter especial repercussão no debate sobre o Direito que se pretende construir na América Latina. Na mutabilidade da história, as sociedades deste segmento do mundo parecem ter ficado estáticas num grau elevado de ineficácia jurídica, que passa pela precariedade da ideia incutida de república, de constituição, de separação de funções, de direitos humanos. Nelas, o papel da interpretação muitas vezes permaneceu (ou permanece) vinculado às vontades dos detentores do poder, o que conduziu (ou conduz) a uma representação do Direito desprovida de legitimidade. Não raro a ideia de Direito é a de um amontoado de textos incompreensíveis e distantes dos interesses das pessoas.

Paralelamente, persistiu-se em negar que o Direito pudesse ser teorizado, e disto somente poderia derivar uma predominante cultura jurídica desprovida de subsídios para atender às necessidades populares. Tornou-se comum a banalização da interpretação, a escassa motivação das decisões e a aceitação quase que automática de modelos importados da doutrina estrangeira que, naturalmente, possui outros pontos de referência. Construímos, como chamava atenção um professor colombiano em Congresso sobre filosofia do direito, uma *teoria impura do Direito*.¹⁹ A essa situação L. Streck tem feito referência com bastante assiduidade:

O direito necessita de teorias que explicitem as condições para o adequado fornecimento de respostas (decisões) que estejam em conformidade com a Constituição. Esse é o ponto central da reflexão jurídica: a necessidade de uma teorização, que decorre do caráter alográfico do direito, como diz Eros Grau. O direito necessita de um "medium interpretandi". Sem a teoria não há direito.²⁰

¹⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*, p. 9-10.

¹⁹ LÓPEZ MEDINA, Diego E. Por que falar de uma "teoria impura do direito" para América Latina? *Cadernos do Programa de Pós-graduação Direito/UFRGS*, v. 11, p. 3-49, 2016.

²⁰ STRECK, L. *Compreender direito*. É possível fazer direito sem interpretar? p. 35.

Nesse sentido, veja-se que as palavras de um texto jurídico normativo como a Constituição apenas alcançam seu real significado a partir de um exercício de teorização que compreende um embasamento em consonância com o mundo, com a realidade, é dizer, com os fatos da vida. O que revela que interpretar a Constituição exige uma tomada de postura filosófica, uma filosofia do Direito, uma compreensão dos pressupostos que lhe dão origem.

Logicamente, se o intérprete não procura compreender esses fundamentos e acredita que o Direito é um dado em si mesmo, então terminará por negar o caráter prático da ciência jurídica. Durante muitos anos essa foi uma opção do positivismo nas suas diversas versões – o legalismo, o historicismo, o institucionalismo e outras – deixando em segundo plano outras disciplinas que contribuem a desvendar as razões do Direito.²¹

A recuperação de uma postura filosófica, a teorização e a identificação dos obstáculos a transpor no contexto da América Latina, sugerem a possibilidade de um jurista crítico. Na nossa percepção, diagnosticando realidades com o apoio da interdisciplinariedade e oferecendo soluções a partir das noções do campo do Direito, o estudioso foge da retórica, da padronização de alternativas e da fragmentação do seu próprio conhecimento. Abandona, dessarte, a imagem de que o Direito é resultado exclusivo do legislador, dos juízes ou dos responsáveis por políticas públicas ou diretrizes executivas.

No transcender de um positivismo acrítico, no qual a história do Direito é a história das leis e dos códigos, o intérprete começa o processo de averiguação das relações humanas, em tempo e espaço historicamente considerados, da qual se desprendem novas categorias jurídicas que não escaparão a seu entendimento.

3.3. O intérprete e a compreensão da Constituição

Se de maneira geral o estudo o Direito supõe uma Teoria do Direito e um exercício hermenêutico, o estudo da Constituição subentende uma Teoria da Constituição e uma dogmática constitucional.

²¹ Sobre o tema, veja-se G. Zagrebelsky, *História e constituição*, p. 29-31.

Na sua exploração no campo da ciência jurídica, a pretensão do intérprete não pode ser diversa de projetar a potencialidade do texto normativo constitucional fazendo que incida sobre os fatos, transformando realidades. O texto não é um sistema, pois o sistema é construído pelo intérprete identificando os valores e fins nele embutidos. Logicamente, identificar valores e fins para de imediato, torna-os susceptíveis de aplicação às mais diversas realidades, demanda um raciocínio axiológico e teleológico, isto é, exige argumentos sólidos e convincentes para construir a solução justa ou adequada, que será uma solução normativa. Mas é nisso, precisamente, que consiste a interpretação constitucional.

Não tencionamos fazer uma exposição pormenorizada das técnicas de interpretação. Contudo, métodos serão irremediavelmente utilizados na presente reflexão no momento de tomar posição sobre o reconhecimento do ECI. O que nos preocupa por ora é a atitude teórica que se deve abraçar para uma análise nessa direção. A questão é necessária porque sendo o ECI uma incorporação à contemporânea ciência do Direito Constitucional, o que possa ser dito sobre ela depende da resposta a indagações como: para que serve, num determinado contexto, uma Constituição?

Cumpre advertir que os ventos do chamado *constitucionalismo de princípios* assomaram tardiamente na América Latina. No entanto, conta-se com constituições – como a brasileira de 1988 e a colombiana de 1991 – com elevada carga valorativa e postulados finalísticos relevantes. Nelas, tais valores e fins dirigem-se ao texto normativo através das chamadas *normas princípio*, que reclamam efetividade em grau superlativo, mas que também podem entrar em franca oposição ocasionando os tão conhecidos juízos de ponderação. Na base do estabelecimento de proporções por parte do intérprete para solucionar casos difíceis, subjaz uma concepção sobre a elasticidade ou flexibilidade do conteúdo dos princípios, que dessa maneira se distinguem das *normas regra*.

Nessa toada, a doutrina tem encampado a perspectiva de uma constitucionalização do ordenamento jurídico, assumindo que a interpretação da Constituição não pode ser realizada a partir dos moldes clássicos, senão que reclama uma nova leitura ancorada, precisamente, na principiologia constitucional, na superação do positivismo legalista e na ultrapassagem da eficácia normativa pela aplicabilidade direta dos dispositivos constitucionais.

Sem embargo, a ausência de uma aprimorada e generalizada teoria da decisão repercute em que ao lado de jurisprudências, como a que agora ocupa nossa atenção, sejam encontradas outras de extremo conservadorismo. No Brasil e outros países da região, constata-se um panorama decisório de altos e baixos interpretativos, de ousadias e recuos, em alguns casos doses de emotividade na interpretação e em outros um excesso de cautela por parte do Judiciário.²²

Como se trata de ir adiante com fundamento numa compreensão constitucional, a despeito das teses que reivindicam a *intenção original dos redatores do texto (original intent)* e da *atitude passiva*, que sustenta que a interpretação deve acolher o sentido que entrave o menos possível às autoridades políticas para que façam o que entendam ser melhor para a comunidade,²³ inclinamo-nos por uma atitude teórica que considera que a Constituição tem, no mínimo, três formas de ser concebida e que devem ser vistas como complementares.

Em primeiro lugar, o entendimento de que tecnicamente e quando bem interpretada instala um sistema de princípios e não uma sequência descontinua de formas políticas de distribuição de poderes ou um conjunto anárquico de direitos.

Destarte, cada princípio deve ser interpretado e aplicado de modo a criar um todo coerente com as interpretações de outros setores da Constituição.²⁴ Os valores e fins no transfundo de cada princípio justificam uma estrutura constitucional que lhes outorga um papel preponderante no momento de estabelecer a norma de decisão que deverá dar solução ao dilema jurídico.

Para que esse resultado seja o mais afinado com a intencionalidade constituinte, cada princípio deve ser considerado *não absoluto*, mas compatível com os outros com os quais coexiste e com os quais se comunica dentro dos processos de interpretação.²⁵

²² Uma amostra disso é a evolução do mandado de injunção brasileiro, que veio de menos a mais em sucessivas decisões que hoje são qualificadas como *ativistas*, quando a queixa inicial era sua inutilidade. Consulte-se os MI 670, 708 e 712, relatados pelos Min. Gilmar Mendes e Eros Grau.

²³ DWORKIN, R. *Controvérsia constitucional*. Revista *Sub Judice*, n. 12, p. 28.

²⁴ Dworkin identifica este tipo de postura como a *tese da integridade constitucional* e complementa a explicação argumentando que são os princípios da moral política, nesta tese, os que justificam a estrutura constitucional, questão que detalha no seu *Law's Empire*. A nosso juízo, a questão da moral política é questão, especialmente em sociedades plurais, de extrema complexidade. Sendo consequentes com o nosso posicionamento em outras reflexões, continuamos a optar por critérios axiológicos e teleológicos como inspiradores do projeto constitucional, sem que isso signifique reconhecer que este debate seja menos complexo que o referente ao da moral política.

²⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Idem*, p. 10.

Logo, e em segunda chamada, que as sociedades assignam à Constituição não somente a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida, senão a de realizar as condições de possibilidade da mesma.²⁶ Nesse sentido, as categorias do Direito Constitucional e, logicamente, sua interpretação, para poder servir como critério de ação ou de juízo para a práxis, devem dirigir-se a promover uma combinação ou *política constitucional* na qual interagem os vários órgãos que recebem o mandato de efetivá-la. Assim, a Constituição *viva* é o resultado concreto das adesões ou abandonos ao projeto constitucional por parte dos diversos atores sociais, econômicos e políticos.

Finalmente, a atitude do jurista crítico presume procurar no momento da interpretação as saídas para a conquista na sociedade do plano de valores e fins, em lugar de uma atitude descompromissada ou de resignação diante do fatalismo das circunstâncias.

É claro que em todo o exercício de interpretação e aplicação do texto constitucional há problematizações, porque não se retira a Constituição do papel em virtude de um voluntarismo interpretativo e pouco responsável. Mais uma razão para avançar com cuidado em nossa exposição.

Pensamos que a identificação de uma orientação estabilizadora em termos temporais e espaciais, que deve dar lugar a uma constitucionalização da vida social, vinculada a esses condicionantes valorativos e finalísticos, é a motivação permanente do intérprete e a grande tarefa de um tribunal constitucional.

4. São as decisões que declaram o ECI uma manifestação de ativismo judicial?

Diz M. Beuchot que o instrumento cognoscitivo de maior relevância na filosofia contemporânea é a hermenêutica. E há que prestar atenção a essa afirmação que parece corroborada pela explosão de análises sobre o tema.

Em ocasiões, como reconhece o próprio Beuchot, cansados do racionalismo e do cientificismo os intérpretes partem para os extremos do relativismo e do subjetivismo e, então, para fugir do paradigma da

²⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. p. 13.

univocidade, se deslizam ao paradigma da equivocidade. Por isso proliferam “[...] as hermenêuticas relativistas, equivocistas, nas quais ou quase tudo é válido ou quase qualquer interpretação é válida, ou de plano não há nenhuma validade nem objetividade para a interpretação. Por isso convém encontrar um ponto médio, uma moderação prudencial”.²⁷ Esse ponto médio em Beuchot se focaliza na *phrónesis* aristotélica, que há sido revitalizada dentre outros autores por Gadamer.²⁸

No Brasil, o professor L. Streck também se refere ao tema, denunciando como, em pleno século XXI, ainda não se conseguem estabelecer parâmetros para resolver o *como decidir*. A derivativa dessa anomalia é que a interpretação navega entre “objetivismos” e “subjativismos”. Para Streck a tarefa é encontrar um caminho intermediário, e daí a necessidade de construir uma teoria da decisão.²⁹

A nosso ver – na esteira das questões até agora sustentadas, e a isso também se reporta D. Sarmento – o núcleo do debate é como tornar o sistema jurídico funcional, estável e harmônico com os valores do Estado Democrático de Direito, que precisa de princípios, mas também de regras. O importante é encontrar uma medida justa, “que não torne o processo de aplicação do Direito amarrado demais, como ocorreria num sistema baseado exclusivamente em regras, nem solto demais, como sucederia com um que se fundasse apenas em princípios”.³⁰

E nessa visão, uma boa teoria da decisão vai precedida de uma boa Teoria do Direito e da Constituição, que são precisamente as que nos impediriam cair nos extremos do *objetivismo* ou do *subjativismo*, da dicotomia entre *originalistas* e *não originalistas*, entre univocidade e equivocidade.

Situaremos nosso posicionamento sobre o assunto em três segmentos que nos parecem pertinentes e significativos, ligando-os de imediato ao exame do ECI.

4.1. Cortes Constitucionais e Estado Constitucional de Direito

Colocar em pauta a jurisprudência que determina o ECI permite-nos ingressar no papel do juiz no Estado organizado constitucionalmente, é dizer, um Estado sujeito a um Direito que emana da Constituição.

²⁷ BEUCHOT, M. Perfiles esenciales de la hermenéutica. p. 8-9.

²⁸ Idem, *ibid.*, p. 9.

²⁹ STRECK, L. *Compreender direito*. É possível fazer direito sem interpretar? p. 39.

³⁰ SARMENTO, D. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, D. (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. p. 140.

Na Colômbia, o artigo 1º da Constituição de 1991, resultante de um processo de paz entre Estado e grupos insurgentes, caracteriza o Estado como um Estado Social de Direito. No Brasil, como foi percebido pela doutrina há já um bom tempo, a interpretação sistemática do Texto normativo constitucional promulgado em 1988 aponta para um Estado Social comprometido com a efetividade dos direitos e prestações estampados no artigo 6º e posteriormente desenvolvidos no Título VIII.

Adicione-se que tanto a Colômbia quanto o Brasil projetam também a construção de um Estado democrático, inicialmente no artigo 3º da Carta de 1991 e no artigo 1º, parágrafo único e no artigo 14, da Constituição de 1988. Todavia, nos dois textos podem ser identificados vários dispositivos que autorizam aferir a intenção de uma democracia participativa e inclinada à deliberação.³¹

Não pretendemos mostrar com exaustividade artigos das constituições em pauta. Sem embargo parece-nos imprescindível mencionar, pela sua densidade teleológica e valorativa, o artigo 2º da Carta colombiana, que expõe:

São fins essenciais do Estado: servir à comunidade, promover a prosperidade geral e garantir a efetividade dos princípios, direitos e deveres consagrados na Constituição, facilitar a participação de todos nas decisões que os afetam e na vida econômica, política, administrativa e cultural da Nação; defender a independência nacional, manter a integridade territorial e assegurar a convivência pacífica e a vigência de uma ordem justa. As autoridades da República estão instituídas para proteger a todas as pessoas residentes em Colômbia, na sua vida, honra, bens, crenças, e demais direitos e liberdades e para assegurar o cumprimento dos deveres sociais do Estado e dos particulares.

³¹ Uma leitura pormenorizada dos Diplomas permite extrair a intencionalidade de edificar uma democracia participativa. São exemplos, no caso da Constituição colombiana o artigo 48, que estabelece a participação dos particulares na seguridade social; no caso da brasileira, os artigos 194, caput, com relação à mesma matéria; ainda podem ser mencionados os artigos 198, III e 205, nos casos da saúde e da educação. Tivemos oportunidade de desenvolver o tema em *Ciência política, estado e direito público*, p. 139-142.

Note-se que na Constituição brasileira há dispositivos que pontuam a mesma intenção. O artio 1º, III do Título I, *Dos Princípios Fundamentais*, começa por estabelecer como fundamento do Estado a *dignidade da pessoa humana*, matriz, sem dúvida, dos direitos fundamentais; o artigo 3º, que estabelece a intenção de construir uma *sociedade livre, justa e solidária*. E há notadamente um extenso rol de direitos fundamentais expostos no artigo 5º e ainda o compromisso, no artigo 4º, II, de atuar na direção de outorgar *prevalência* aos direitos humanos.

Verifica-se que nos dois casos as constituições remetem a um regime de especialização de funções – como corresponde aos Estados democráticos – para assegurar direitos. Suas diretrizes estabelecem uma morfologia estatal condicionando a ação dos seus órgãos à obtenção de fins. Evidentemente que as constituições examinadas no momento de caracterizar o Estado como um Estado Social e Democrático colocam um carimbo axiológico que pautará o sentido da atuação do Poder Público.

Com fundamento nessas premissas, a indagação resultante é a repercussão que tem o preparo e aparelhamento de um Estado Social na tarefa da Corte que guarda a Constituição, especialmente quando os valores e fins que ela determina são obstaculizados pela ação ou omissão de agentes públicos.

Pode a Corte, em casos extremos, reconduzir o Estado aos caminhos da constitucionalização?

Preocupado com essa situação, L. Ferrajoli retoma a problema desde sua gênese, é dizer, desde a nomenclatura *Estado de Direito*, conceituando-os como “àqueles ordenamentos nos quais todos os poderes estão vinculados ao respeito de princípios substanciais, estabelecidos pelas normas constitucionais, como a divisão de poderes e os direitos fundamentais”.³²

Ferrajoli parte de um positivismo renovado, em cuja base está a rigidez constitucional e o controle de constitucionalidade, insiste por isso na superação do *paleojuspositivismo* – *Estado legislativo de Direito* –. *Do seu ponto de vista, a nova fase do Estado Constitucional é susceptível de se compreender a partir da troca de paradigmas em*

³² FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y presente del Estado de Derecho*. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. p. 13-14.

três âmbitos: “a) na natureza e estrutura do direito; b) na natureza da ciência jurídica e c) na jurisdição”.³³

Com efeito, se no Direito pré-moderno de formação jurisprudencial e doutrinal não existia um sistema unitário e formalizado de fontes e, então, o direito era sustentado pela intrínseca racionalidade e justiça do conteúdo das visões dos juízes e dos juristas, no Estado de Direito surgido na modernidade, a disciplina é refundada sobre o princípio da legalidade como garantia de liberdade perante a arbitrariedade.

Surge assim o Estado legislativo, que combate o esquema anterior promovendo uma consequência determinante para a ciência jurídica e a jurisprudência. É que se no Direito pré-moderno doutrina e jurisprudência são o próprio Direito, no Estado legislativo de Direito a ciência jurídica passa a ser uma disciplina cognoscitiva e, por sua vez, a jurisprudência passa a ser submetida à lei e à legalidade. Esse desenvolvimento no terreno da tarefa de decidir derivou na independência dos juízes e em garantias processuais que constituem a parte formal do devido processo legal.

Logo, na segunda metade do século XX, operou-se uma nova mudança de paradigma com o postulado da força normativa da constituição e a abertura a uma visão de supremacia constitucional que vence a formalidade e se instala na forma de compreender o ordenamento jurídico e no caráter que deve assumir a interpretação e aplicação dos desideratos constitucionais.

Contudo, para Ferrajoli o modelo de Estado atual já está em crise, e ela decorre, na sua opinião, do “*colapso da capacidade reguladora da lei*”, da regressão a um Direito jurisprudencial pré-moderno que nos coloca de “retorno ao papel criativo da jurisdição”, e pela “perda da unidade e coerência das fontes e a convivência e superposição de diversos ordenamentos concorrentes”.³⁴

Essa tentativa de fornecer uma sucessão histórica é bastante elucidativa, mas o que realmente preocupa Ferrajoli é a incompatibilidade entre as aspirações constitucionais e o papel que poderia ter o juiz e a jurisprudência. Daí falar em retorno ao pré-modernismo.

De tudo resulta que, no que se refere ao exame do ECI, há de se iniciar pela necessidade de superar os desafios que o Estado Constitucional tem, na prática, para sua afirmação contemporânea, e nesse processo os juízes e a jurisprudência não podem ser afastados ou

³³ FERRAJOLI, Luigi. Idem, p. 14.

³⁴ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 20.

simularmos que não existem. O que se reivindica, em todo caso, é que o equilíbrio decisório é algo essencial no Estado Constitucional para atender não somente os limites de cada órgão do Estado mas para estabelecer os resguardos e salvaguardas dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, não se pode esperar que diante de condições de vulnerabilidade extrema e confronto de princípios constitucionais, que afetam sensivelmente o projeto de vida da comunidade política, sejam extravasados os limites de organização e competências, mas tampouco que se mantenham impassíveis os responsáveis pela defesa da Constituição e a superação do quadro de crise.

O assunto reporta tanto a tema da neutralidade do Estado Constitucional quanto ao da neutralidade do intérprete e do juiz. A inação estatal, que a partir da ótica do liberalismo clássico do Estado legislativo impõe o respeito pelas opções do ser humano, mas resulta insuficiente para resolver os casos relatados e que originam a possibilidade de declarar o ECI. A mesma inação, que pode representar para alguns que o Estado não interfira na sua propriedade ou riqueza, representa o abandono e a condenação para os membros do grupo vulnerável e em franca desvantagem.

Acontece que a Constituição pretende a criação de uma ordem orientada para a liberdade, a igualdade e a concretização da dignidade das pessoas, nesse sentido ela não é neutra. E se fosse de outro modo, nada faria sentido. Em tais condições, não é possível para o intérprete ou para o juiz assumir que no Estado, balizado pela Constituição, um grau de intensa vulnerabilidade em matéria de direitos humanos, por exemplo, seja algo corriqueiro e natural.

Por isso, assiste razão Gargarella e Curtis quando lembram a polémica entre Hart e Lord Devlin, em que se deduz que pode, em certos casos, não haver razões para que exista uma

[...] superposição entre vigente e válido. Um certo estado de coisas pode representar o estado de coisas vigente, mas, ao mesmo tempo, pode ser moralmente inaceitável, e podemos contar com razões para modificá-lo. [...] pelo contrário, esse estado de coisas requer também de uma justificativa especial se é que se pretende que seja mantido”.³⁵

³⁵ GARGARELLA, Roberto; COURTIS, Christian. *El nuevo constitucionalismo latino-americano: promesas e interrogantes*. p. 37-38.

É claro que em consonância com o que temos já afirmado, as justificativas jurídicas no Estado Constitucional para que se mantenha ou se modifique um ECI não se confundem com justificativas morais, embora o intérprete ou o juiz tenham orientações morais. As justificativas, em qualquer caso, devem ser orientadas pela principiologia constitucional.

4.2. O tema do ativismo judicial

É claro que a construção de uma cultura de responsabilidade democrática na América Latina passa por um sistema judiciário eficiente e sensível à efetivação dos direitos. Nessa pretensão, não há como desvincular variáveis como democracia e interpretação e aplicação do Direito. Trata-se de aspectos interligados.

Entretanto, na nossa reflexão não vamos a discutir argumentos tão singelos e batidos como o de que o problema do ativismo judicial reside em que os juízes não são eleitos, ou bem aqueles que sustentam, em análises desavisadas, em que não devem ser juízes ou Cortes aqueles que cuidem da integridade do texto constitucional. Na história do constitucionalismo latino-americano, a fiscalização da lei e dos atos normativos emanados do Poder Público tem sido tradicionalmente tarefa dos juízes e, mais recentemente, de Cortes Constitucionais, resultante da escola do *judicial review* dos Estados Unidos ou do controle concentrado da Alemanha.

A discussão é outra e reside na filosofia do trabalho interpretativo e nas técnicas aplicadas para encontrar as melhores opções e solucionar dilemas jurídicos. Na nossa trilha expositiva, as melhores saídas sempre serão aquelas que prestigiem a axiologia e a teleologia da Constituição. É dizer, o problema tem a ver com a maneira como uma Corte Constitucional utiliza as ferramentas constitucionais para decidir.

Sobre o ponto, em páginas anteriores temos argumentado que a interpretação judicial não é um ato de voluntarismo ou sujeito ao reconhecimento de padrões morais, isso porque uma cultura jurídica ancorada na realização dos direitos fundamentais tem como referência postulados jurídicos, expostos na Constituição regularmente em normas princípio de alta carga valorativa que evidenciam escolhas que conduzem a um projeto de vida comunitária.

Assim, por exemplo, rejeitar o racismo significa não somente inclusão social, senão estabelecer as bases para uma sociedade na qual sejam

eliminados os preconceitos por motivos étnicos ou pela simples cor da pele. Há intrinsecamente uma valoração do ser humano, simplesmente uma pessoa não pode ser conduzida a estágios de degradação – tratada como indivíduo de espécie distinta da humana ou como mera coisa – pela cor da sua pele. E isso é perfeitamente deduzível, no caso da Constituição brasileira, tanto do artigo 1º, III, quanto do artigo 3º e do artigo 4º, que expõem baluartes interpretativos que condenam o racismo.

Portanto, a decisão que condene o racismo não está alinhada a uma subjetividade que possa ser discricionariamente descartada por um ou outro juiz. Ou seja, não se trata de uma escolha pessoal do juiz, ou do resultado de uma aceitação livre e espontânea, senão de uma decisão que pode ser motivada com fundamento em um exercício de interpretação do sistema jurídico constitucional.

Por essa via, na compreensão de que o juiz exerce a tarefa de construir uma norma de decisão com fundamento no texto normativo constitucional e ancorado em fatos e na sua percepção - algo inevitável - do fenômeno, evita-se o juízo aleatório, se fornece segurança jurídica e se fortalece o regime democrático. Juiz, destarte, não substitui nem ao legislador nem à Administração Pública.

Acontece que na Colômbia e no Brasil há uma realidade que tem algo em comum: a crise aguda de representatividade do Legislativo e do Executivo ocasionada pelo desgaste dos sistemas eleitorais e ausência de uma política de Estado que encaminhe a superação dos problemas sociais, que se acumulam ao longo do tempo. Dessa simbiose, fatal para a reprodução de um ambiente jurídico ancorado nos postulados constitucionais, de inoperância administrativa e precariedade no conceito de interesse público, de escassa visão sobre o que representa a indisponibilidade de gestão dos bens públicos e prestação de contas, pode surgir uma visão da jurisprudência constituir-se em vanguarda defensora da Constituição ou correr até à margem dela.

Para compreender melhor há que constatar como na história recente a insatisfação popular e a *crise nas alturas nos órgãos de representação (crises institucionais)* trouxeram como consequência o traslado das discussões sobre política, economia, ética, direitos sociais, proteção das pessoas carentes e mais vulneráveis, às instâncias jurisdicionais, num fenômeno conhecido como *judicialização da política*.

Em reiteradas oportunidades, os impasses e transtornos ocasionados pela omissão estatal para a efetivação de direitos converteram as cortes constitucionais em instâncias promotoras do bem-estar social,

obrigando a um dever decisório que tem sido qualificado como *ativismo judicial*. Da filtragem constitucional desejada passamos a uma discussão sobre *ativismos conservadores ou ativismos progressistas*.

Se a polêmica fosse concentrada no terreno da política seria muito mais singelo manter uma posição. Aplaudiríamos o progressismo e qualquer conservadorismo seria rejeitado. Pode o cientista do Direito aplaudir quando convêm? Quem diria o que é progresso ou conservação? O Judiciário? O povo?

A questão, por isso, é mais profunda e difícil. Algo deve ser dito inicialmente: não é compatível com a supremacia material da Constituição que a construção de uma norma de decisão, nos casos em que as Cortes examinem situações nas quais sejam requeridas providências para atender gravíssimas violações de direitos humanos ou proteção de grupos vulneráveis, seja ancorada numa visão burocrática, que não leve em conta as diferenças qualitativas da interpretação constitucional. A Constituição deve ser vista como um “modelo axiológico”, que é na verdade um *valor em si*³⁶, em cujo centro está a garantia dos direitos fundamentais.

No caso, a separação entre o Judiciário e o restante dos órgãos do Estado passa a ser balizada pela justiça material e pela aspiração constitucional de uma ordem justa, que faz que a dimensão jurídica do dever, que outrora consistia num simples reflexo ou aplicação da lei, se converta num elemento autônomo propriamente constitucional.³⁷

Claro que ainda nessa linha expositiva existe o risco de um decisionismo ou um ativismo negativo ou de decisões holísticas e daquilo que Comanducci denomina *neoconstitucionalismo de contrapoderes*.³⁸ Daí a importância de se estabelecerem elementos axiológicos e finalísticos norteadores da tutela jurídica.

Por isso temos insistido em que no Estado Constitucional, que se distingue por um elemento instrumental – a separação de funções – e um elemento de fundo – a proteção dos direitos fundamentais –, e cuja tática consiste em tornar o Poder Público refém de um projeto principiologicamente alicerçado, a interpretação da constituição, axiológica e teleologicamente sustentada, elimina o risco decisionista e pode impulsionar uma ação do Judiciário para a satisfação dos direitos.

³⁶ COMANDUCCI, P. Formas de (Neo)Constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. p. 83-84.

³⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. Idem, p. 93.

³⁸ COMANDUCCI, P. Idem, p. 86.

No caso das sentenças da ECI, é possível distinguir duas questões de interesse: a dificuldade com o conhecimento das consequências jurídicas e os argumentos que as justificam.

Em torno à primeira questão, basta-nos reconhecer que as decisões da Corte não eliminam as causas estruturais que originam o ECI, mas podem reduzir o impacto das mesmas, especialmente a partir das atuações dos órgãos aos quais lhes foi ratificada a competência de tomar decisões para aliviar a gravidade dos fatos. E, nesse sentido, tem o valor constitucional de avizinhar o projeto estampado no texto da Constituição de 1991 à realidade do país. No caso colombiano, não podemos esquecer, o pacto constitucional deu-se como resultado de um processo de paz, o que ressalta que a operação de consignar opções através de princípios se torna tão relevante que resulta ser praticamente a própria condição de sucesso da obra do constituinte.³⁹

Para o STF brasileiro, a decisão de declarar um ECI somente pode estar racionalmente exposta se ancorada em valorações e fins estabelecidos constitucionalmente. Aqui o fundamental consiste em compreender o sentido de Direito e de Constituição elaborado pelo Tribunal que inspiram os elementos decisórios.

Na decisão colocada pela Corte Constitucional colombiana e que já foi referenciada pelo próprio Supremo Tribunal brasileiro, a pedra angular é o caráter jurídico imperativo dos deveres constitucionais dos órgãos de representação popular e da atribuição jurisdicional para poder atender a uma expectativa de satisfação de direitos especialmente aos setores mais vulneráveis da sociedade em contextos de crise. Se a Corte colombiana não tivesse realizado essa função, os dispositivos constitucionais não passariam de exortações morais insuficientes para atender casos que precisam de soluções urgentes, como o drama dos deslocados na Colômbia. Igual poder-se ia dizer do drama nos presídios brasileiros.

Vale lembrar, que na sua crítica a Dworkin, que defende que os juízes devem-se ater a julgar de acordo com princípios, deixando as considerações referentes à política aos outros órgãos do Estado como maneira de superar a discricção judicial, Carlos Nino indica que, talvez o que se deve exigir não é que os juízes se abstenham de toda consideração de políticas sobre objetivos coletivos, e sim que as políticas

³⁹ Nesse sentido, Gustavo Zagrebelsky, *idem*, p. 97.

consideradas pelos juízes sejam inferidas das finalidades que buscam os outros órgãos do Estado ao estabelecer as normas do sistema.⁴⁰

Nossa opinião sobre o tema é que as duas formas de apreciar o assunto conduziriam ao mesmo resultado. Discrção judicial não é sempre sinônimo de ativismo judicial e as Cortes constitucionais não poderiam permanecer de costas aos objetivos traçados pela Constituição, obrigatórios para os órgãos do Estado, nem poderiam renunciar a decidir com fundamento nos princípios do sistema. Podem confirmar ações a serem empreendidas por outros órgãos ou exigi-las quando estas não existam.

No caso das sentenças sobre o ECI, a jurisprudência pode ser considerada uma ferramenta útil de defesa e desenvolvimento do Estado constitucional social e democrático de Direito porque se trata de uma proteção reforçada e estrutural dos direitos fundamentais, no caso da Colômbia, no meio de um prolongado conflito social e armado interno no qual não há obediência das partes às normas do Direito Internacional Humanitário e dentro de um quadro de gravíssimas e sistemáticas violações aos direitos humanos que afeta grupos vulneráveis que merecem proteção reforçada.⁴¹ No caso brasileiro, diante das violações graves aos direitos humanos apontadas pelos requerentes na ADPF 347.

4.3. A interpretação dos fatos

Nas sentenças da Corte colombiana, a absorção dos elementos da realidade do país é um exercício valorativo empírico. Na ADPF 347, o requerimento está em boa medida embasado no mesmo tipo de exercício. Ou seja, devem-se valorar fatos. Estamos diante de um alargamento do controle de constitucionalidade?

A questão pode ser problemática. O próprio Magistrado da Corte Constitucional colombiana relator da decisão na Tutela 025 de 2004, sustenta que nas sentenças que declaram o ECI:

⁴⁰ NINO, Carlos. *Ibid.*, p. 511-513.

⁴¹ Nessa perspectiva, Gabriel Bustamante Peña, *Estado de cosas inconstitucional y políticas públicas*, p. 6.

“[...] não se julga um ato jurídico, senão uma realidade, um estado de coisas. Conceitualmente é um giro copernicano no entendimento do controle de constitucionalidade, devido a que, no controle do direito, as normas e os atos são o tradicional, porém, aqui o que se controla ou se pretende transformar é a realidade, uns fatos, um estado de coisas contrário à Constituição”.⁴²

Para sopesar fundamentos que possam contribuir para uma adequada análise, convém lembrar que tais ocorrências ou inações se consideram abertamente contrárias a preceitos constitucionais porque vulneram massiva e maciçamente direitos fundamentais. Procura-se que sejam assim declarados e em consequência a Corte inste às autoridades competentes a que, nos marcos das suas funções e dentro de um término razoável, adotem as medidas necessárias para corrigir ou superar tal estado de coisas.⁴³

Perceba-se que a supremacia material da Constituição é posta a prova pela atuação ou ineficiência estatal extrema. Não nos parece adequado sustentar que com a declaração do ECI o controle deixe de ser controle porque se aplica a fatos em lugar de se aplicar a atos normativos. O que percebemos é a necessidade de estabelecer a vinculação positiva dos órgãos estatais à materialização dos fins constitucionais. Fatos são eventos ou acontecimentos, e embora não sejam elementos exclusivos para construir a norma de decisão, tampouco ela poder ser construída sem levá-los em conta.

A questão já foi enfrentada por Friedrich Muller, e em nosso meio por Eros Grau. Os autores esclarecem que na época da interpretação meramente subsuntiva, o exercício hermenêutico era distanciado da aplicação do Direito. Mas, a interpretação é concomitante à aplicação do Direito, ou seja, a interpretação é *produção prática do Direito* e isso significa que a *norma* é produzida pelo intérprete não apenas a partir de elementos colhidos do texto normativo (mundo do dever ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual será aplicada – o que quer dizer, a partir de dados da realidade (mundo do ser).

⁴² Voto do Magistrado Manuel José Cepeda (Relator). Decisão T-025 de 2004.

⁴³ LYONS, Josefina Quintero; MONTERROZA, Angélica Matilde Navarro; MEZA, Malka Irina. La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, v. III, n. 1, p. 71-72, 2011.

Por isso o intérprete interpreta também o caso no momento histórico no qual se opera a interpretação em cujo contexto será aplicado o texto, e por isso inexistem soluções previamente estruturadas como produtos semi-industrializados e uma linha de montagem, para os problemas jurídicos.⁴⁴

Nos casos decididos na Colômbia, é com decorrência do relato fático que se imprime coerência à norma de decisão. Entretanto, vale advertir, fatos não são suficientes. O intérprete deve sempre atender às exigências de uma *reserva de consistência*,⁴⁵ isto é, apresentar os argumentos substanciais que demonstrem que os atos ou omissões do agente público são incompatíveis com a Constituição. E esses elementos estão no texto normativo.

Para a Corte Constitucional existem razões suficientes para declarar o ECI sem fugir do sistema. Podem ser singelamente sintetizadas porque: são elas aquelas chamadas à guarda da Constituição; o Estado Constitucional é orientado por princípios que induzem a fins e valores; porque o Estado tem um compromisso com os direitos humanos, decorrente tanto da própria Constituição como dos tratados internacionais; e porque existe a necessidade de proteção e amparo de pessoas em situação de vulnerabilidade a partir da utilização de garantias constitucionais.⁴⁶

São as circunstâncias em que se desenvolvem as relações humanas, aliadas à postura interpretativa que considera a unidade sistêmica da Constituição da qual se extrai a intencionalidade valorativa e finalística, desconhecida pela omissão ou pela ação de outros órgãos ou atores, os elementos motivadores da decisão.

Conclusões

Para a apreciação conveniente das decisões que declaram o ECI é preciso, com antecedência, assumir uma compreensão de Direito e de Constituição. Nessa visão, o jurista crítico procurará encontrar os fundamentos para um raciocínio ancorado em valores e fins que

⁴⁴ Consulte-se a obra de Eros Grau, Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, p. 92-93.

⁴⁵ CAMBI, E. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e constituição*. p. 668.

⁴⁶ BUSTAMANTE PEÑA, Gabriel. *Estado de cosas inconstitucional y políticas públicas*. p. 6.

possibilitarão o início da uma caminhada à procura de respostas para uma teoria da decisão. O objetivo é afugentar pretensões voluntaristas, emotivas ou de irresponsabilidade hermenêutica na construção da norma que coloca fim ao dilema jurídico.

As jurisprudências sobre o ECI deixam evidente uma contradição entre a sociedade e as aspirações constitucionais, como consequência se estabelece a necessidade de uma mudança na política constitucional que não pode ser conjuntural, mas estratégica e projetada ao futuro.

No contexto da judicialização dos mais variados campos da vida social e de defesa da supremacia material da Constituição, as Cortes Constitucionais podem e devem assumir um compromisso com os setores mais vulneráveis, rejeitando a exclusão sistêmica e a violência injusta por sobre eles exercida. Isso implica que exponham claramente os argumentos constitucionais que possibilitam que o legislador ou o administrador seja obrigado a tomar medidas imediatas de modificação do contexto, atuando ainda como regulador temporal e espacial da atuação dos outros.

Nas sentenças estudadas, insta-se as autoridades a uma ação conjunta, programada e eficaz para a transformação da realidade de maneira a concretizar um *dever ser* próprio do Estado Constitucional na sua atual fase de desenvolvimento. O que não é incompatível com uma ação jurisdicional, que mantida nos rigores do sistema fundado em elementos axiológicos e teleológicos, declare a situação de inconstitucionalidade de fatos, eventos e circunstâncias que se afiguram na contramão da constitucionalização da vida social.

Bibliografia

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS - ACNUR. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/noticias/noticia/acnur-e-escriptorio-da-onu-para-direitos-humanos-pedem-protecao-a-populacao-civil-na-colombia/>>. Acesso em: 1 nov. 2016.

BEUCHOT, Mauricio. *Perfiles esenciales de la hermenéutica*. México: FCE: UNAM, 2008.

BUSTAMANTE PEÑA, Gabriel. *Estado de cosas inconstitucional y políticas públicas*. 2011. Maestría (Estudios Políticos) - Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, D.C., 2011. Disponível em: <http://participaz.com/images/pdf/Capitulo6/estado_de_cosas_insconstitucional.pdf>. Acesso em: 3 nov. 2016.

CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Disponível em: <www.corte-constitucional.gov.co>. Acesso em: 5 nov. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_213_esp.pdf>. Acesso em: 1 nov. 2016.

DWORKIN, Ronald. *Controvérsia constitucional*. *Revista Sub Judice* – Justiça e Sociedade, n. 12, p. 27-31, jan./jun. 1998.

FREITAS, Juarez. A pretensão da única resposta correta pode inviabilizar a melhor interpretação. In: *A melhor interpretação constitucional “versus” a única resposta correta*.

FUX, Luiz; NERI JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GARGARELLA, Roberto; COURTIS, Christian. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*. Santiago de Chile: CEPAL: ONU, 2009.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. México: Fontamara: UNAM, 2003.

FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Disponível em: <<https://www.fidh.org/es/>>. Acesso em: 3 nov. 2016.

INSIGHT CRIME. Disponível em: <<http://es.insightcrime.org/>>. Acesso em: 1 nov. 2016.

LÓPEZ MEDINA, Diego. *Por que falar de uma “teoria impura do direito” para américa latina?* in Cadernos do Programa de Pós-graduação. Direito/UFRGS. vol. 11. 2016. pp. 3-49.

LUMIA, Giussepe. *Elementos de teoria e ideologia do direito*. São Paulo: Martins Fontes.

LYONS, Monterroza e Meza. La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia. *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, v. III, n. 1, p. 71-72, 2011.

MONCAYO, Victor Manuel. Las conversaciones de la Habana: una compleja oportunidad para la paz en Colombia. In: ESTRADA, Jairo (Coord.). *Solución política y proceso de paz en Colombia*. Bogotá: Ocean Sur, 2013. p. 9-34.

NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. Tradução de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ROLAND, Norbert. *Nos confins do direito*. São Paulo: Martins Fontes.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Compreender direito – desvelando as obviedades do discurso jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ou.24/observatorio-constitucional-estado-coisas-incosntitucional-forma-ativismo>>. Acesso em: 4 nov. 2016.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Tradução ao castelhano de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995.

_____. *História y constitución*. Tradução ao castelhano de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005.