

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL COMO ALTERNATIVA ÀS VIOLAÇÕES
MASSIVAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

AFONSO DE SOUZA OLIVEIRA

Rio de Janeiro
2017/1º SEMESTRE

AFONSO DE SOUZA OLIVEIRA

**O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL COMO ALTERNATIVA ÀS VIOLAÇÕES
MASSIVAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Dra. Carolina Machado Cyrillo da Silva

.

Rio de Janeiro
2017/1º SEMESTRE

S0048e

Oliveira, Afonso de Souza

O Estado de Coisas Inconstitucional como Alternativa às Violações Massivas de Direitos Fundamentais / Afonso de Souza Oliveira. -- Rio de Janeiro, 2017. 94 f.

Orientadora: Carolina Machado Cyrillo da Silva.

Trabalho de conclusão de curso (graduação) –
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito,
Bacharel em Direito, 2017.

1. Controle Concentrado de Constitucionalidade. 2. Estado de Coisas Inconstitucional. 3. ADPF 347. 4. Direitos Fundamentais. I. Machado Cyrillo da Silva, Carolina, orient. II. Título.

CDD 341.202

AFONSO DE SOUZA OLIVEIRA

**O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL COMO ALTERNATIVA ÀS VIOLAÇÕES
MASSIVAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Dra. Carolina Machado Cyrillo da Silva.

Data da Aprovação: __/__/____.

Banca Examinadora:

Orientador: Carolina Machado Cyrillo da Silva

Membro da Banca:

Membro da Banca:

Rio de Janeiro
2017/1º SEMESTRE

AGRADECIMENTOS

Difícilmente uma pessoa conseguirá descrever em uma simples folha de papel a gratidão pela chegada a este momento. A folha infelizmente não consegue traduzir o turbilhão de sensações que transbordam tanto na cabeça como no coração. Mas a folha permite eternizar todo esse momento, e a partir da eternização, os mesmos turbilhões de sentimentos podem ser revividos por diversas vezes para que tenha se tenha a certeza a cada lembrança o quanto valeu a pena tudo o que se passou.

E é com esse objetivo que a gratidão maior é dedicada ao ser responsável por tudo e por todos, e inclusive por este momento, a chegada até aqui não foi fácil, e a todo momento a fé em Deus foi fundamental para o fortalecimento da vontade e perseguição de um objetivo. Com a mesma grandeza a família também se encontra, o amor incondicional presente nos laços familiares, é como um comprimido de animo para os momentos de cansaço, como um antidepressivo para os momentos de solidão, e como alicerce para as horas de angústia, a família base de tudo, há de ser lembrada com louvor, e neste especial não posso deixar de registrar meu agradecimento a minha irmã pelo seu papel incomensurável em todos os momentos, inclusive nas preocupações com este trabalho.

De outro giro, o alento dos amigos e a companhia dos colegas mostraram-se fundamentais para a chegada até aqui. As risadas, as brincadeiras, os estudos, os choros e principalmente o ombro que se podia contar, ficarão marcados nestas páginas, que ao serem relidas certamente retornaram-me aos tempos de agora, com a certeza de que valeram a pena.

Da mesma maneira devo agradecer aos estágios e a Faculdade Nacional de Direito, locais de aprendizados infinitos, que me proporcionaram a construção do que hoje posso apresentar. E é com grande carinho que faço um agradecimento específico a esta faculdade, humana como poucos lugares serão, grandiosa como muitos pretendem ser, mas especial como só quem passou por aqui poderá um dia entender.

Agradeço ainda a minha orientadora, por nos acompanhar desde o projeto de pesquisa com as nossas ideias malucas, até a concretização de um trabalho árduo como este, que com certeza demonstram o tamanho de sua dedicação e capacidade tanto para com a pesquisa quanto para com o aluno, à Professora Carolina Cyrillo o meu muito obrigado.

Enfim, esses eram os poucos agradecimentos mais que necessários, para que de alguma forma pudesse eternizar o turbilhão de sentimentos vivenciados, a fim de revivê-los a cada releitura deste trabalho tendo a certeza do quanto tudo valeu a pena.

*Primeiro, os nazistas vieram buscar os comunistas,
mas, como eu não era comunista, eu me calei.*

*Depois, vieram buscar os judeus,
mas, como eu não era judeu, eu não protestei.*

*Então, vieram buscar os sindicalistas,
mas, como eu não era sindicalista, eu me calei.*

*Então, eles vieram buscar os católicos e,
como eu era protestante, eu me calei.*

Então, quando vieram me buscar...

Já não restava ninguém para protestar.

(Adapt. E não sobrou ninguém -Martin Niemoller)

RESUMO

As intensas desigualdades sociais que permeiam os países do Sul Global têm feito com que cada vez mais novos institutos jurídicos tenham como fundamento as realidades vivenciadas por estes países. Neste cenário, a Corte Constitucional Colombiana desenvolveu uma técnica decisória, hoje incorporada como instituto, que possibilitou o enfrentamento de situações de violações massivas e generalizadas de direitos fundamentais, conhecida como Estado de Coisas Inconstitucional. O referido instituto visa conferir a possibilidade de reconhecimento pelo Poder Judiciário de um fato, caso ou situação que afronte gravemente preceitos fundamentais das constituições democráticas, quando verificadas ainda omissões reiteradas dos atores políticos na promoção e consecução de políticas públicas para a solução do problema. O Estado de Coisas Inconstitucional fora suscitado em solo brasileiro recentemente quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal declarou o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro. Desde então o instituto vem sofrendo críticas e receios, os quais se pretende superar neste trabalho, com vistas a defender o Estado de Coisas Inconstitucional como alternativa às violações massivas de direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Controle Concentrado de Constitucionalidade, Estado de Coisas Inconstitucional, ADPF 347, Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

The intense social inequalities that permeate the Global South has produced increasingly new legal institutes based on the realities experienced by these countries. In this scenario, the Colombian Constitutional Court developed a decision-making technique, now incorporated as an institute, that made it possible to confront conditions of massive and generalized violations of fundamental rights, known as the Unconstitutional State of Things. The previously mentioned institute aims at granting the possibility of acknowledgement by the Judiciary branch of a fact, case or situation which gravely undermines fundamental precepts of democratic Constitutions whenever there is a perpetual absence of the political actors on promoting or executing public policies in order to solve the problems stated above. The Unconstitutional State of Things was recently raised on Brazilian soil on the judgment of the Claim of Non-Compliance with Fundamental Precept No. 347, in which the Supreme Court declared the Unconstitutional State of Things of the Brazilian prison system. Thenceforth, the institute has been subject to many concerns and criticism, which this study intends to overcome, with the purpose of defending Unconstitutional State of Things as an alternative to the massive violations of fundamental rights.

KEYWORDS: Judicial Review, Unconstitutional State of Things, ADPF 347, Fundamental Rights

Sumário

INTRODUÇÃO	9
I - A INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO.....	11
I.1 - O modelo de controle de constitucionalidade por omissão brasileiro	11
I.2- Os mecanismos de Controle de Inconstitucionalidade por Omissão	13
I.2.1 – Da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão:	14
I.2.2 – Do mandado de Injunção:.....	16
II- OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA EFICÁCIA:	20
II.1 – Os Direitos Fundamentais:	20
II.2 - A dimensão objetiva dos Direitos Fundamentais	23
III – O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL:.....	26
III.1 – Digressão histórica do Estado de Coisas Inconstitucional:	26
III.1.1 – SU – 559 de 1997 – O Início – Caso dos professores <i>de Maria La Baja e Zambrano</i> :	28
III.1.2 – Sentencia T 068 – O Tempo para os aposentados.....	31
III.1.3 – <i>Sentencia</i> T 153 – O Sistema prisional - Aprendendo com os erros:.....	32
III.1.4 – <i>Sentencia</i> T – 025 – <i>Desplazamiento Forzado</i> - A evolução do Estado de Coisas Inconstitucional:	34
III.2 – Conceito e Fundamentos:.....	37
III.3 – Pressupostos para aplicação do ECI:.....	40
III.4 – A inovação na técnica de decisão e monitoramento:.....	44
III.4.1 – As sentenças estruturais:	46
III.4.2 - As técnicas de decisão análogas:	49
IV - A ADF 347	54
IV.1 – A petição Inicial:.....	55
IV.2 – A análise das Medidas Cautelares:.....	58
V – DEFENDENDO O ECI COMO ALTERNATIVA ÀS VIOLAÇÕES MASSIVAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	64
V.1 – O Progressismo Judicial:	65
V.2 – A Separação de Poderes:	68
V.3 – A Falta de Expertise:	70
V.4 – O Uso Indiscriminado do ECI:.....	73
V.4.1– Projeto de Lei 736/2015:.....	74
VI – NOVAS PROPOSTAS DE APLICAÇÃO DO ECI.....	79
VI.1– Os Moradores em Situação de Rua:	79
VI.2– O direito à saúde:	83
CONCLUSÃO	89
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	91

INTRODUÇÃO

A constituição promulgada em 1988 significou um grande marco na retomada da ordem democrática, na construção da participação popular no processo político, bem como foi um marco na concretização e institucionalização de diversos direitos dos cidadãos. E é neste contexto de conquistas de direitos que a Carta Cidadã - assim denominada pela ampla participação do povo, em especial pelas pressões dos diversos movimentos sociais- que se consagram os direitos fundamentais, albergando toda uma gama de demandas a tempo reivindicadas por diversos setores da sociedade.

Tais direitos, tidos por muitos autores, como inclusos em uma classe “superior” de proteção pela Constituição Federal, tendo em vista os objetos de suas tutelas, bem como a conformação conferida pela própria Carta Magna, de pronto ganharam destaque, sendo em sua maioria garantias principiológicas, de auto aplicação no mundo jurídico, e norteadores de toda uma ordem republicana cunhada pela legalidade.

Ocorre, porém que a realidade socioeconômica de um país como o Brasil, contornado por uma grande desigualdade social, com uma democracia juvenil, com uma classe política desacreditada, e com um sistema político que exclui as minorias, fez e faz, com que os direitos mais importantes sejam suprimidos de certos grupos, fazendo assim com que tenhamos uma realidade formal (aquela descrita no texto constitucional), com garantias mil à população, sem qualquer distinção, e de outro modo uma realidade material (aquela vivenciada no dia-a-dia).

Desta forma, verificamos que nem sempre a realidade formal, condiz com a realidade material, de sorte que os principais afetados pelo vácuo existente, que impede a concretização dos direitos, serão os grupos menos favorecidos econômico, social, numérico e politicamente. Ou seja, há o direito – e fundamental - ali consagrado na mais alta norma jurídica nacional, mas por outro lado ele não alcança seu titular, e é neste aspecto que buscaremos trabalhar, ressaltando o hiato entre o plano teórico e a realidade.

A lacuna existente entre a norma que consagra o direito fundamental, e sua efetivação, está na maioria das vezes relacionada, a uma ineficiência do meio, que impede o individuo de

usufruir de forma ampla e irrestrita dos fundamentos basilares da Constituição. Esta ineficiência do meio é na verdade uma percepção da falha estrutural do Estado, onde verificasse uma omissão reiterada dos agentes públicos, sejam eles do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário.

Tal omissão é configurada, na medida em que o Legislador pautado por projetos particulares, ou de seu grupo de interesse, deixa em segundo plano a projeção de normas capazes de materializar, os dizeres principiológicos que consagram os direitos fundamentais. É presente ainda na atividade do poder Executivo, que deliberadamente, não adota medidas de políticas públicas em prol dos setores minoritários, tendo em vista que tais medidas em sua maioria estão pautadas por uma impopularidade majoritária.

E também o Judiciário desempenha um papel de destaque, na medida em que corrobora com as violações massivas aplicando o direito no estrito dizer do enunciado da lei, e neste contexto lei deve ser entendida como lei em sentido estrito, tendo em vista que em última análise o direito fundamental é em si um enunciado normativo de aplicação imediata.

Enfim é possível verificarmos que a omissão reiterada dos agentes públicos na promoção dos direitos fundamentais consagrados na Constituição, é capaz de gerar um estado de calamidade, a suscitar a declaração da inconstitucionalidade da própria situação, ou o que a doutrina e a Corte Constitucional Colombiana cunhou chamar de Estado de Coisas Inconstitucional.

Com esse intuito é que o presente trabalho elaborado no seio do Grupo de Pesquisa – Constitucionalismo Sul Americano – capitaneado pela professora Carolina Ciryllo, e baseado na tese de doutorado¹ e no livro “Estado de Coisas Inconstitucional” do Professor Carlos Alexandre de Azevedo Campos pretende apresentar o ECI, bem como defender sua aplicação no meio jurídico brasileiro, haja vista as fortes críticas enfrentadas, e ainda propor novos modais para aplicação do referido instituto em solo pátrio.

¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Da Inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”. Tese de Doutorado em Direito Público. Faculdade de Direito – Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2015.

I - A INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Neste capítulo buscaremos destacar como foi e é construída a doutrina e legislação, acerca da declaração da inconstitucionalidade por omissão no modelo brasileiro de controle de constitucionalidade.

O ponto de partida será a constituição de 1988, que expressamente consagrou a possibilidade de controle de constitucionalidade sobre as omissões estatais, e neste ponto apreciaremos a doutrina constitucional tradicional no tocante a equivocada premissa na qual se funda, qual seja a necessidade de enfrentamento da constitucionalidade apenas de lei ou ato normativo, defendendo assim a tese do Estado de Coisas Inconstitucional.

I.1 - O modelo de controle de constitucionalidade por omissão brasileiro

O Brasil através do artigo 103, §2º da Constituição Federal definiu a inconstitucionalidade por omissão, como a falta de “medida para tornar efetiva norma constitucional”.

Esse conceito foi cunhado pela doutrina tradicional, a fim de consagrar a inconstitucionalidade por omissão como a ausência de norma jurídica no sentido *scriptu senso*, que impeça o exercício de um direito pré-determinado pela constituição à reserva de legislação específica.

Tal premissa pode ser extraída dos dois principais mecanismos de declaração da inconstitucionalidade por omissão existentes no Brasil, quais sejam, a própria Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, artigo 102, I, “a”², e o remédio constitucional do Mandado de Injunção, artigos 5º, LXXI e 102, I, “q”³ todos da Constituição de 88.

Esta ordem de pensamento, que cunharemos chamar de doutrina normativista, extrai seu fundamento das raízes do constitucionalismo moderno, pelos ensinamentos de Canotilho, que

² Regulamentada pela lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, capítulo II, com redação dada pela lei 12.063, de 2009.

³ Regulamentado pela lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016 que institui o procedimento a ser adotado no julgamento do Mandado de Injunção.

em sua obra *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*⁴ já buscava determinar a ocorrência de omissão inconstitucional, que em sua visão estaria concretizada, pela inércia do legislador em “*fazer aquilo a que, de forma concreta e explicita, estava constitucionalmente obrigado*”.

Também o constitucionalista brasileiro José Afonso da Silva, em seu imortalizado livro *Curso de Direito Constitucional Positivo*⁵, expressa com clareza a ideia de que omissão cinge-se a uma inação legislativa ou até mesmo do executivo, tendo em vista consagração desta possibilidade pelo artigo 103, §2º⁶ da Constituição.

Fato é que a doutrina pré-constitucional influenciou na concepção de omissão que se levava a cabo pela Carta de 88, sendo que a omissão assim reconhecida ficou circunscrita a apenas as hipóteses previstas nas alíneas “a” e “q” do artigo 102 da Constituição.

Portanto necessário se faz uma digressão, a fim de conhecermos as bases doutrinárias para tal definição.

Como já mencionado José Afonso da Silva, influenciador da Constituição de 1988, dividia as normas constitucionais em: normas de eficácia plena e, portanto com aplicabilidade imediata; normas de eficácia contida, tais comandos possuem aplicabilidade imediata porém podem sofrer supressões legislativas futuras; e por fim as normas de eficácia limitada, ou ainda conhecidas como normas programáticas, sendo estas dependentes de legislação para que possam ser aplicadas, a fim de concretizar o idealizado pela Constituição.

Desta forma a doutrina cunhou utilizar a omissão inconstitucional para os casos de norma de eficácia limitada, pois tais normas demandariam a atividade legislativa para sua concretização, e apenas nessas hipóteses, poderia se imiscuir o judiciário a fim de reconhecer a mora do legislador, e a concretização da omissão inconstitucional.

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Editora Almeida, 1998.

⁵ SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 12ª ed. Malheiros Editores, São Paulo.2008.

⁶ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: [...]

§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

No mesmo sentido aponta Clèmerson Merlin Clève que a omissão inconstitucional apenas se caracterizaria quando estivéssemos diante de um dever de agir imposto pela constituição⁷. Assim, a constituição estaria frustrada quando uma norma constitucional não tivesse exequibilidade.

Da observância dos autores tradicionais denota-se que buscam os mesmos afastar a possibilidade de omissão inconstitucional, referente as norma de eficácia plena, pois à estas não estaria o legislador obrigado a um dever de agir por imposição constitucional.

De toda sorte o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro, não se atenta à possibilidade de inaplicabilidade de uma norma constitucional de eficácia plena por limitações do meio, como explica o professor Carlos Alexandre de Azevedo Campos⁸: *“Ao que parece, a concepção tradicional não vislumbra a inconstitucionalidade de limitações fáticas, sociais ou institucionais, para efetivação dos direitos constitucionais”*

A professora Flavia Piovesan, expoente na questão dos direitos fundamentais sob a ótica constitucional, enfatiza que apenas “normas impositivas” e as “normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade” estariam aptas a ensejar a omissão inconstitucional⁹, e por conseguinte a intervenção do judiciário com vistas a sana-la.

Assim a conclusão a que alcança acerca do controle de constitucionalidade estampada na constituição de 88, a partir da doutrina constitucionalista tradicional, é a de que apenas teremos uma inconstitucionalidade por omissão quando o legislador – e neste ponto, deve se entender como atividade legiferante - deixasse de produzir determinada norma que a constituição lhe determinasse.

I.2- Os mecanismos de Controle de Inconstitucionalidade por Omissão

⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro . São Paulo: RT, 1995.

⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo – Estado de Coisas Inconstitucional, Salvador: JusPodivm, 2016, p. 42.

⁹ PIOVESAN, Flávia. Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas. Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão e Mandado de Injunção. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003.

Neste toar a constituição de 1988 dentre muitos de seus avanços quanto ao aspecto democrático, e cidadão, albergou os direitos fundamentais como axiomas necessários e norteadores da atividade republica brasileira. E sobretudo buscou de forma vanguardista tutela-los contra os abusos tanto do Estado quanto de particulares.

Essa preocupação – que encontra razão de ser, pelo momento pretérito à promulgação da Carta de 88 – trouxe mecanismos já consagrados em outros ordenamentos com o fim de tornar eficaz o texto constitucional. Dentre os remédios constitucionais, o Mandado de Injunção merece destaque em nosso estudo, assim como dentre as ações do controle concentrado a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, será realçada, buscando exprimir o modelo de inconstitucionalidade por omissão brasileiro.

Acerca dos dois mecanismos, preocupamo-nos também em ressaltar o papel do Supremo Tribunal Federal, ator designado pela constituição brasileira para o papel de guardião do texto maior, e responsável pela análise dos dois modelos de enfrentamento da inconstitucionalidade por omissão, o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão¹⁰.

I.2.1 – Da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão:

Nos moldes do artigo 103, §2º a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, é um mecanismo do controle concentrado de constitucionalidade, que visa obter o reconhecimento pela Corte Suprema da omissão perpetrada pelo agente legislador, garantindo se assim a ordem jurídica.

Ao olharmos para o artigo 103, §2º da Constituição, norma instituidora da ADIO¹¹, bem como para os artigos 12-A e B da Lei 9.068/98 incluídos pela lei 12.063/09, observamos que qualquer norma constitucional pode ser objeto da propositura da ADIO, basta para tanto que a

¹⁰ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
[...]

q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

Art. 103. [...]

§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, (...).

¹¹ Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

norma constitucional não se torne eficaz, em razão da necessidade de complementação legislativa ou administrativa:

Art. 12-A. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade por omissão os legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.

Art. 12-B. A petição indicará:

I - a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa;

Ocorre, porém que até o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, da qual trataremos adiante, o Supremo Tribunal Federal havia sedimentado em sua jurisprudência, calcado na doutrina majoritária e tradicional, que a inconstitucionalidade a que se refere o artigo 103, §2º da Constituição deveria advir de uma omissão expressa pela Carta de 88, que impusesse ao legislador o dever de construção normativa, seja em âmbito parlamentar, seja na seara administrativa.

De toda sorte a ADIO, serviu para que se questionasse perante o poder judiciário a lacuna existente na legislação, capaz de causar desordem na ordem jurídica, não servindo, entretanto como exposto no julgamento da ADI 382, para “*a proteção de situações individuais ou de relações subjetivas*”.

Apesar da natureza aparentemente “sanadora” da ADIO, que se propunha a demonstrar a mora do agente político legislador, a fim de que este a sanasse em tempo razoável. A realidade demonstrou que a atuação do Supremo Tribunal Federal, é de pouca ou nenhuma eficácia para a mudança do contexto de omissão.

Isso porque, o STF tem assentado o entendimento de que, o crivo do judiciário na ADIO, deve se limitar a declarar a mora do legislador, sem contudo suprir diretamente a lacuna existente pela omissão constitucional. Embora o reconhecimento nesta seara tenha a eficácia *erga omnes*, apenas à administração é imposta o dever de regulamentar suprimindo a omissão no prazo de 30 dias, nos demais casos em especial frente ao parlamento, o Supremo se limita a notificar o agente legislador para que supra a omissão.

Tal medida é revelada pela literalidade do artigo 103,§2º bem como pelo princípio da separação de poderes, o qual buscou a jurisprudência do STF consagrar. Na visão do professor Jose Afonso da Silva, há nesta decisão emanada pelo STF, um caráter constrangedor, que traduziria uma “eficácia moral da decisão”¹². Na maioria dos casos, no entanto o legislador permanece inerte frente a tal decisão como é o caso da ADI 3682¹³.

I.2.2 – Do mandado de Injunção:

Já o mandado de injunção consiste em ação autônoma de controle incidental de constitucionalidade, previsto no artigo 5º, inciso LXXI da Constituição, que assim disciplina:

Art.5º- Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

O mandado de injunção é o instrumento capaz de atacar a inconstitucionalidade por omissão, intentada pelos Poderes Executivo e Legislativo, que como explica o professor José Afonso da Silva:

“constitui remédio ou ação constitucional posto a disposição de quem se considere titular de qualquer daqueles direitos, liberdades, ou prerrogativas inviáveis por falta de norma regulamentadora”¹⁴

A doutrina tradicional aponta dois requisitos para a utilização do referido remédio constitucional. O primeiro é que haja uma lacuna legislativa, consistindo na falta de norma regulamentadora imposta pela constituição, que inviabilize o exercício de um direito,

¹² SILVA, José Afonso, Controle de Constitucionalidade: Variações sobre o mesmo tema. Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional Nº 6, Madri: CEPC, 2002, p. 17.

¹³ ADIO 3682, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, onde o STF declarou a mora inconstitucional, em virtude da falta de lei complementar para instituição de municípios, o Supremo definiu o prazo de 24 meses para elaboração da referida lei, contudo até hoje o congresso permaneceu inerte.

¹⁴ SILVA, José Afonso, Curso de Direito Constitucional Positivo, Op. cit., p. 426.

liberdade ou prerrogativa, e o segundo é o de que o impetrante do Mandado de Injunção deve ser beneficiário direto da norma inexistente.

Do mesmo modo que na ADIO o Mandado de Injunção, pressupõe a existência de uma imposição constitucional ao legislador, de regulamentar determinada matéria, repetindo novamente uma escolha salutar, mas que se apresenta defeituosa, deixando muitas vezes a mingua os direitos detidos nas normas programáticas tidas como de aplicabilidade imediata.

No tocante ao crivo do Mandado de Injunção pelo Supremo Tribunal Federal, é possível observarmos duas posturas em diferentes épocas, e em diferentes conformações do Supremo, uma primeira mais conservadora, e parecida com a posição adotada nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão, e uma segunda postura mais concretista, com vistas a dar efetividade à norma constitucional.

A primeira posição adotada pelo STF é possível ser retirada do primeiro ano de vigência da Constituição de 88, quando do julgamento da Questão de Ordem no Mandado de Injunção de nº 107¹⁵, naquela oportunidade ainda sem lei regulamentadora do remédio constitucional – lei esta que só fora promulgada em 2016 – o Supremo assentou que seriam aplicadas as regras do Mandado de Segurança à tramitação e julgamento do Mandado de Injunção, e firmou o entendimento de que àquela corte não caberia a formulação direta de norma capaz de albergar o direito vindicado.

Ou seja, neste primeiro momento o Supremo, aplicou a analogia da ADIO, com vistas expressas a separação de poderes conforme, consignou o Ministro Moreira Alves em seu voto. Ocorre que os próprios ministros do Supremo, percebiam, a irrelevância com que o Congresso tratava, as mais diversas declarações de sua mora, não sendo poucas as vezes em que o parlamento nada fazia.

Um desses assuntos que levavam o Supremo a declarar a inércia do Congresso, é o direito de greve dos servidores públicos¹⁶. Tal tema fora fundamental para uma virada na

¹⁵ Supremo Tribunal Federal, Pleno, Mandado de Injunção nº 107, Questão de Ordem, Relator Ministro Moreira Alves, DJU 02/08/1991.

¹⁶ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

postura conservadora da corte que em 2007 quando dos julgamentos dos Mandados de Injunção de nº 670, 708 e 712, adotou postura concretista, ao vindicar o direito de greve dos servidores públicos.

Naquela ocasião o Supremo, depois de mais de 20 anos da promulgação da Constituição, e ainda ausente a regulamentação do direito de greve dos estatutários, veio a determinar a complementação da lacuna inconstitucional, aplicando-se analogicamente as regras para os trabalhadores civis¹⁷ dispostas na lei 7.783/99.

Tal modificação de posicionamento foi fundamental para que a norma constitucional começasse a ter eficácia. Importante mencionar que o fator tempo se mostrou determinante para essa atuação concretista do STF, tendo em vista a inércia reiterada dos agentes políticos na formulação de norma, que pudessem viabilizar o direito de greve dos servidores públicos.

Enfim, é possível verificarmos que os padrões de enfrentamento da omissão inconstitucional caracterizados, sobretudo pela ADIO e pelo Mandado de Injunção, ainda que já incorporados à fase concretista do STF, não eram capazes de garantir a eficácia da constituição quando estivéssemos diante de um caos generalizado, a insurgir uma falha estrutural de todos os agentes públicos, conformados na inconstitucionalidade de uma situação, parâmetros basilares da ocorrência do ECI.

Sabe-se que apesar de o controle de constitucionalidade estar vinculado pela doutrina tradicional ao enfrentamento de leis ou atos normativos que afrontem a constituição, que a própria jurisprudência do STF, já albergou a possibilidade de que fatos ou situações possam contrariar o texto constitucional, como se verifica no julgamento da Intervenção Federal 114, quando naquela oportunidade apesar de o Supremo ter indeferido o pleito de intervenção, fora conhecida a ação que questionava um fato atentatório à Constituição de 88¹⁸.

[...]

VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica. (BRASIL, Constituição 1988).

¹⁷ Trabalhadores não estatutários regidos pelo regime da CLT.

¹⁸ EMENTA: - Intervenção Federal. 2. Representação do Procurador-Geral da República pleiteando intervenção federal no Estado de Mato Grosso, para assegurar a observância dos "direitos da pessoa humana", em face de fato criminoso praticado com extrema crueldade a indicar a inexistência de "condição mínima", no Estado, "para assegurar o respeito ao primordial direito da pessoa humana, que é o direito à vida". Fato ocorrido em Matupá, localidade distante cerca de 700 km de Cuiabá. 3. Constituição, arts. 34, VII, letra "b", e 36, III. 4. Representação que merece conhecida, por seu fundamento: alegação de inobservância pelo Estado-membro do princípio

Nesta ocasião requeria o procurador geral a intervenção federal especificamente no tocante a segurança pública do estado do Mato Grosso, pois na cidade de Matúpa três criminosos que haviam sido recolhidos ao sistema carcerário, foram levados a praça pública, linchados e mortos com requintes de crueldade, sem que as autoridades locais tivessem impedido tal barbárie. O STF veio a conhecer da ação, pois ficou configurado que a “situação” ofendia a dignidade da pessoa humana, preceito fundamental da constituição.

Contudo, longe está tal julgado de consagrar - distanciando-se da doutrina tradicional - a possibilidade de enfrentamento de um fato, caso ou situação, pelo contrário o julgamento apresentado demonstra um ponto fora da curva, na jurisprudência conservadora do STF, que necessita de modificação para o enfrentamento de violações massivas de direitos fundamentais, configuradas em inconstitucionalidade de um estado de coisas.

E ainda nesta sistemática, onde a corte é colocada a enfrentar omissões de um “fato” e não de uma lei ou ato normativo em sentido estrito, faz com que busquemos outras alternativas para o enfrentamento o Estado de Coisas Inconstitucional, e a via que melhor se apresenta é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, tendo em vista o seu caráter abrangente de salvaguarda de “preceitos fundamentais” bem como sua subsidiariedade que será melhor demonstrada em capítulo posterior.

Assim conquanto nossa constituição possibilite mecanismos eficazes para o enfrentamento de omissões inconstitucionais, tais mecanismos não albergam a possibilidade de enfrentamento de “estados” ou “situações” confrontadoras da constituição, razão pela qual há necessidade de avanço na jurisprudência, e principalmente na aceitação de outros mecanismos que possam levar ao conhecimento da corte situações que afrontam o texto constitucional, e que dependam do judiciário para cessação de tais violações, em especial quando tratar-se de violações massivas a direitos fundamentais.

constitucional sensível previsto no art. 34, VII, alínea "b", da Constituição de 1988, quanto aos "direitos da pessoa humana". Legitimidade ativa do Procurador-Geral da República (Constituição, art. 36, III). 5. Hipótese em que estão em causa "direitos da pessoa humana", em sua compreensão mais ampla, revelando-se impotentes as autoridades policiais locais para manter a segurança de três presos que acabaram subtraídos de sua proteção, por populares revoltados pelo crime que lhes era imputado, sendo mortos com requintes de crueldade[...]
IF114 /MT,Relator(a): Min.NÉRI DA SILVEIRA. Julgamento: 13/03/1991, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação DJ 27-09-1996 PP-36154 EMENT VOL-01843-01 PP-00001.

II- OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA EFICÁCIA:

Como já exposto a doutrina tradicional brasileira, incorporou a maioria dos direitos fundamentais dentre aqueles enunciados constitucionais de aplicabilidade imediata, ou seja, que não dependem de norma regulamentadora para sua concretização no mundo jurídico.

Ocorre, porém que a efetivação dos direitos esculpidos na Constituição de 1988, têm se mostrado enunciado normativo utópico, tendo em vista que a concretização de boa parte desses direitos fundamentais depende da atuação legislativa e do próprio executivo, ora na formulação de normas pragmáticas para a realização dos referidos direitos, ora na propositura de políticas públicas voltadas aos grupos vulneráveis, aos quais se direciona o direito fundamental.

Tal problema de ineficácia de direitos fundamentais, pode ser observado em diversas situações, dentre elas o direito à igualdade voltado aos grupos LGBT, que apesar de encontrar amparo em enunciado constitucional expresso aduzindo a igualdade de tratamento, a esses grupos são cerceados diversos direitos pela inércia política. É possível citar ainda a questão da saúde pública enfrentada pelo estado brasileiro, que apesar de consagrada como direito básico, encontra na atividade legislativa e executiva dificuldades em sua concretização.

Ou seja, diversas são as hipóteses em que é possível demonstrarmos que apesar de existir um direito, tido como fundamental e de aplicabilidade imediata a amparar determinado indivíduo, há nesta seara uma ineficácia na concretização do referido direito, caracterizada pela falha estrutural, e institucional dos agentes políticos responsáveis pela sua efetivação.

II.1 – Os Direitos Fundamentais:

Neste ponto voltamos nossa atenção para a omissão relacionada aos direitos fundamentais, pois embora haja resistência no reconhecimento da possibilidade de atuação do judiciário frente às falhas estruturais que acarretem na ineficácia destes direitos, buscamos diferencia-los dos demais enunciados constitucionais, com vistas a consagra-lhes uma

proteção superior, inclusive quando constatada a inércia do agente público em sua concretização.

Os direitos fundamentais ocupam lugar de destaque dentre os demais direitos, sendo estes superiores para a “ordem constitucional contemporânea” de modo que “todas as normas constitucionais giram em torno dos direitos fundamentais”¹⁹.

A que se fazer uma denotação com o termo Direitos Humanos, pois na maioria das vezes será possível fazer uma correlação semântica entre os dois termos, viabilizando a interação entre os mais diversos ordenamentos, que ora tratam de direitos fundamentais e ora de direitos humanos.

O professor Perez Luño buscou formular um conceito para direitos humanos, possível de tradução para os direitos fundamentais, que em sua visão são:

Um conjunto de faculdades e instituições que, cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente a nível nacional e internacional.²⁰

Os direitos fundamentais em sua razão de ser caracterizam-se pela sedimentação de conquistas dos indivíduos progressivas, que traduzem uma evolução dos valores universalmente aceitos como dignidade, liberdade e igualdade.

E como aponta Eusebio Fernandez *“a origem e fundamento desses direitos nunca pode ser jurídica, senão prévia ao jurídico, de forma que o Direito positivo não os cria, e sim atua para lhes assegurar efetividade”*²¹. Ou seja, em última análise os direitos fundamentais justificam-se pelos princípios morais, já existentes quando do surgimento da nova ordem constitucional. Ou na leitura de Habermas seriam as *“duas faces de Jano que se voltam simultaneamente para a Moral e para o Direito: justificam-se na moral e legitimam o ordenamento jurídico”*²².

¹⁹CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo – Estado de Coisas Inconstitucional. Op. cit., p. 66.

²⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. 9º ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 50.

²¹ FERNANDEZ, Eusebio: Fundamento de los Derechos Humanos. Anuário de Derechos Humanos. Vol. 1. Madrid Universidad Complutense, 198, p 97-98.

²² HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação pelo Direitos Humanos. In Merle, Jean –Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). Direito e Legitimidade. São Paulo: Landy, 2003, p 72.

A evolução histórica fez com que desde as constituições liberais do século XVIII, passando pelas do século XX, e as constituições modernas do século XXI, o conceito de direitos fosse se reformulando a fim de ancorar determinado anseio da sociedade, levando-se a formular os direitos de primeira geração, segunda geração, os de terceira geração e para aqueles que assim defendem os de quarta geração.

Neste sentido importante mencionar que os direitos de primeira geração, aqueles entendidos em sua maioria como limitações do poder do Estado, apesar de em sua essência serem autoaplicáveis, podem em determinado contexto necessitarem de ações do próprio Estado, a título de exemplo podemos observar o direito ao livre exercício da profissão²³, que apesar de em sua essência conceituar-se como uma abstenção do agir estatal, necessitou de lei – ou leis – que pudessem regulamentar não apenas a atividade empresarial²⁴, como também as diversas profissões existentes²⁵.

No tocante aos direitos sociais, ainda quando jungidos pelo manto da auto aplicabilidade, é indiscutível a falta de efetivação de tais preceitos como aponta o Professor Carlos Alexandre de Azevedo Campos:

“No caso dos direitos sociais e econômicos, a falta de efetividade pode decorrer da ausência de coordenação entre medidas legislativas administrativas e orçamentarias, implicando a ineficiência de políticas públicas.”

A toda a espécie os direitos fundamentais, tem se mostrado a última guarda do cidadão, tanto para com o Estado quanto para terceiros, ocorre que o excesso de formalismo presente na doutrina tradicional, combinado com a indiferença do legislador e a falhas estruturais de coordenação tem levado a uma clara ineficiência dos enunciados programáticos, que albergam tais direitos.

Portanto não restam dúvidas de que os direitos fundamentais encontram-se em um patamar a quem dos demais direitos consagrados na nossa constituição, bem como que os

²³ Artigo 5º, inciso XIII da Constituição Federal.

²⁴ A título exemplificativo pode se elencar o Código Civil ao regulamentar a atividade empresarial, e as regulamentações dela provenientes.

²⁵ E neste ponto podemos citar as diversas leis regulamentadoras de profissões, como no caso dos Advogados regulamentados pela lei 8.906/1994.

demais direitos quando lhes falta a efetividade por falta de regulamentação, poder-se-ia socorrer se do judiciário, a fim de decretação da mora do legislador, por que razão então os direitos fundamentais não poderiam ser tutelados pela omissão inconstitucional? Há de se ter um norte de dever de proteção sem reservas a esses direitos, inclusive amparando-os enquanto se mostrarem incapazes de se “autoaplicarem” no âmbito da realidade social em que se encontram.

II.2 - A dimensão objetiva dos Direitos Fundamentais

Os professores Daniel Sarmento e Cláudio Souza Neto são claros ao afirmarem que há uma ofensa a Constituição quando o próprio Estado:

“pratica excessos, intervindo de maneira exagerada ou indevida nas relações sociais, mas também quando deixa de agir em prol dos direitos fundamentais ou de outros bens jurídicos relevantes, ou quando faz de modo insuficiente”²⁶.

Assim, há um dever implícito de proteção do Estado para com o indivíduo, bem como do Estado para o indivíduo contra terceiros, perfazendo, sobretudo a atividade legiferante.

Um bom caso e talvez o mais citado para descrever os Direitos Fundamentais em sua dimensão objetiva é o caso da Lei Fundamental de Bonn. No presente feito o Tribunal Constitucional Alemão, entendeu que os direitos fundamentais esculpidos na Carta Magna Alemã, são além de um complexo de direitos subjetivos dos indivíduos, um dever/direito de prestação positiva por parte do Estado, vinculando todas as esferas de poder a criação, interpretação e a aplicação de todo o ordenamento jurídico²⁷.

Ou seja, os direitos fundamentais configuram “uma ordem objetiva”, de forma que não podem ser apenas entendidos como determinação negativa ao Estado, mas também prestações positivas deste. Sobretudo na interpretação e aplicação dos Direitos Fundamentais em todo o ordenamento, cabendo ao Estado ainda que indiretamente “tornar efetivos os direitos

²⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 480.

²⁷ BENDA, Ernesto et al. Manual de Derechos Constitucional Madri: Marcial Pons, 1996.

fundamentais também nas relações de direito privado”²⁸. Ou nas palavras do Professor Carlos Alexandre:

“caberia ao Estado, a partir da dimensão objetiva dos direitos fundamentais – de sua configuração como imperativos de tutela – a tarefa de proteger esses direitos individuais contra ameaças externas ... controláveis pela máquina estatal”²⁹.

Assim nascerá ao Estado o dever de implementar providências normativas e administrativas, a fim de salvaguardar os cidadãos de lesões que possam vir a sofrer em razão das violações à direitos fundamentais.

Outro caso emblemático e de mesma monta, no direito constitucional Alemão diz respeito às análises feitas pelo Tribunal Constitucional Alemão das hipóteses de aborto. O Tribunal ao analisar as leis que descriminalizavam parcialmente a prática, assentou em suas decisões o entendimento de que a proteção ao direito à vida é dever do Estado, incluindo a vida do feto, devendo o Estado:

“cumprir seu dever de proteção adotando as medidas adequadas, por meio de ajuste de critérios legais e factuais, com o propósito de promover uma proteção apropriada e efetiva, do direito à vida do feto”³⁰.

Assim o dever de proteção ou obrigação de proteção, traduz-se em uma imposição ao Estado de criar, mediante lei, as principais condições para efetividade do direito fundamental. Assegurando-lhes com a maior amplitude possível, em observância as limitações e condições fático-jurídicas. Pois em ultima análise a ausência destas condições a serem criadas pelo Estado, inviabiliza a efetividade dos direitos fundamentais. E estando em falta o Estado com o seu dever de proteção, na formulação destas condições configurar-se-ia a omissão normativa inconstitucional.

Da Constituição de 88 imergida em toda uma doutrina externa do direito constitucional, também é possível retirarmos a dimensão objetiva, relacionada ao dever de proteção do

²⁸ GRIMM, Dieter. A função Protetiva do Estado. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel (Coord.). A Constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007, p 156.

²⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo – Estado de Coisas Inconstitucional, Op cit, p. 79.

³⁰ KOMMERS, Donald P. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany. 2ª ed. Durham. Duke University Press, 1997, p. 349 et seq.

Estado para com os direitos fundamentais. Podemos encontrar no artigo 5º, inciso XLI, uma menção expressa a esse dever, onde se lê que “*a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*”.

Ainda que não diretamente, mas um caso interessante a se citar julgado pelo Supremo Tribunal Federal foi com relação a necessidade de representação da mulher ofendida, quando da agressão sofrida nos casos da Lei Maria da Penha³¹. No presente julgamento o STF veio a consignar a importância da proteção a dignidade da mulher, da qual é dever do Estado, e também enfatizou que, a imposição de representação da ofendida para o prosseguimento da ação penal caracterizaria uma “limitação do exercício do direito fundamental”, sendo em última análise o novel legal uma proteção legislativa insuficiente, ou ainda, uma omissão normativa inconstitucional, fato que levou o STF a dar interpretação a referida lei conforme a Constituição, desconstituindo a necessidade de representação da ofendida para prosseguimento da ação penal.

Por todos esses motivos é forçoso concluirmos que a proteção dos direitos fundamentais no Brasil demanda bastante atenção, não apenas no aspecto formal a fim de que sejam respeitados na construção normativa, mas também para que sejam efetivados materialmente, tanto na proposição de políticas públicas quanto na consecução de normas regulamentares, que possam tornar realidade os enunciados que consagram os direitos fundamentais.

³¹ BRASIL, LEI Nº 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006.

III – O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL:

Passamos agora a analisar o ponto principal do presente trabalho, um novo método de proteção aos direitos fundamentais, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, da qual trataremos no capítulo seguinte, e que pretende de forma inovadora estar à disposição quando das violações à direitos fundamentais esculpidos na Constituição.

Neste ponto tentaremos trazer as questões históricas, e estruturas do instituto fazendo uma digressão de sua utilização pela Corte Constitucional Colombiana, a fim de amolda-lo a realidade brasileira.

Ao final buscar-se-á refutar alguns dos argumentos levantados, pela doutrina e pela própria jurisprudência contra a utilização do Estado de Coisas Inconstitucional, enfatizando assim o caráter pontual do instituto e a sua caracterização de salvaguarda dos direitos de minorias e de grupos vulneráveis no âmbito do poder judiciário da América Latina.

III.1 – Digressão histórica do Estado de Coisas Inconstitucional:

O Estado de Coisas Inconstitucional ou ECI, como adiante denominaremos, fora cunhado sob esse termo, no seio da Corte Constitucional Colombiana que de forma vanguardista na América do Sul tem se mostrado um tribunal atento as necessidades sociais, bem como as falhas estruturais inerentes a maquina estatal.

Na visão dos juristas colombianos, incluindo neste campo os próprios magistrados da Corte, o Tribunal Constitucional “tem um papel de garantidor da dimensão objetiva dos direitos fundamentais em uma sociedade democrática e pluralista”³², e o ECI tem proporcionado o mecanismo necessário para que a Corte Constitucional manifeste esse papel.

A utilização do ECI pela Corte denota a importância do instituto na efetivação de Direitos Fundamentais para além do plano individual e particular, mas de construção de uma

³² HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. La Garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano em sede de acción de tutela: el llamado “estado de cosas institucional”. Revista del Centro de Estudios Constitucionales Año 1, nº 01, Universidad de Talca, Chile, 2003.p. 206.

agenda programática de Direitos Fundamentais, principalmente no tocante a idealização e promoção de políticas públicas, que em última análise garantem a efetividade do sistema de Direitos Fundamentais.

O nascimento do ECI no seio da Corte Constitucional Colombiana foi mais uma demonstração do papel ativista ou progressista que desempenha a corte há décadas, posicionamento este tido como negativo por uma parte considerável, tanto da doutrina colombiana quanto da internacional, incluindo nesta, a doutrina brasileira que enxerga, com medida o avanço do ativismo jurídico. De toda sorte essa demonstração de atenção com as falhas estruturais, que sucumbem a ineficácia de direitos, tem levado a Corte Colombiana a ganhar papel de protagonismo no direito constitucional, sobretudo no chamado *nuevo constitucionalismo latino-americano*³³.

Nos tópicos seguintes buscaremos tratar dos principais casos que envolveram o Estado de Coisas Inconstitucional na Colômbia a fim de que possamos fazer uma análise histórica da evolução do referido instituto. Bem como buscaremos demonstrar que a construção de uma jurisprudência de aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional pela Corte Constitucional Colombiana, não fora um fenômeno estanque, e muito menos linear, na verdade a construção do instituto percorreu altos e baixos, até que se pudesse chegar a uma compreensão atual do ECI, a partir dos erros e acertos.

Neste interim Luiz Ricardo Gómez Pinto tentou historicamente, reconstruir a evolução do ECI, chegando a conclusão de que a Corte colombiana percorreu três fases, até que se chegasse a compreensão de ECI aplicada hoje em dia, ressaltando o autor o papel de agente econômico do Tribunal.

Assim segundo a visão do autor a primeira fase que ele chamou de “etapa do iluminismo constitucional”³⁴, seria aquela entre 1997 e 2000, quando a corte preocupou-se com os pressupostos, os fundamentos, e os impactos econômicos, segundo Gómez Pinto

³³ Dalmau afirma que “o novo constitucionalismo latino-americano é uma evolução do “antigo” constitucionalismo latino-americano e que surgiu para atender à necessidade de alteração jurídico-política vivida pela América Latina atualmente”. In. DALMAU, Rúben Martínez. El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el proyecto de constitución del Ecuador. Alter Justicia, n. 1. Guayaquil, oct. 2008, p. 17-27. Disponível em: <<http://sites.google.com/site/martinezdalmau2/AlterJustitia1.doc>> Acesso em: 15 de maio de 2017.

³⁴ GÓMEZ PINTO, Luis Ricardo. El juez de las Políticas Públicas. En: Colombia 2012. ed:Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez ISBN: 978-958-716-552-4 v. 500 p. 40-141.

estivemos nesta época com uma Corte “legitimadora de direitos e instituições econômicas que haviam perdido o rumo”.

Na segunda fase Gómez Pinto aduz como sendo a época da decadência, ou do “tenebrismo constitucional”, compreendida entre os anos de 2000 a 2004, foi um período onde o tribunal encontrava-se com uma posição mais conservadora, e deixara de lado o papel progressista dos anos anteriores, chegando inclusive a desconhecer o alcance da declaração do ECI.

Por fim a terceira fase no entendimento do autor colombiano seria o “renascimento” da teoria do ECI, sendo iniciada pela *Sentencia* T-025, que a partir de 2004 ditou uma nova ordem de aplicação do ECI, após os erros cometidos ainda na primeira fase.

Sem embargos de outras divisões como a apresentada pelo Professor Carlos Alexandre, que busca compreender o ECI na sua etapa de aplicação pela Corte Colombiana em duas fases, antes e depois da *Sentencia* T-025, abaixo apresentamos quatro decisões que marcaram as três fases acima delineadas, e que foram fundamentais para a compreensão do Estado de Coisas Inconstitucional, inclusive para sua exportação ao direito brasileiro.

III.1.1 – SU – 559 de 1997 – O Início – Caso dos professores *de Maria La Baja e Zambrano*:

A *Sentencia* de Tutela nº 559 fora o primeiro caso de reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, pela Corte Colombiana, e por isso ganha um papel de destaque a pesar dos fatores numéricos, o caso foi de extrema importância para a guinada do ECI naquele Tribunal razão pela qual passamos a trata-lo.

Em 1997 a Corte constitucional Colombiana fora posta enfrentar um caso onde cerca de 45 professores dos municípios de *Maria La Baja e Zambrano* tiveram vários direitos previdenciários e trabalhistas violados pelos governantes das referidas localidades. Pois apesar de contribuírem com 5% de seus rendimentos para o *Fundo Previdenciário de Prestacion Social* não lhes eram devolvidos em contrapartida a cobertura de saúde ou da própria seguridade social.

As autoridades dos dois municípios alegavam falta de recurso para o custeio da saúde e da seguridade, mas continuavam a recolher compulsoriamente as contribuições dos professores. Muito embora restasse evidente que os 45 professores poderiam individualmente ou coletivamente pleitearem seus direitos, o fato apontava não ser isolado, levando assim a discussão até a Corte Constitucional Colombiana.

Quando da análise do caso a Corte, enquanto lhe fosse facultado decidir apenas o caso dos 45 professores, constatou que a violação dos direitos previdenciários e trabalhistas eram reiteradas, e constantes, alcançando aproximadamente 80% dos professores da região. Motivo que levou o Tribunal a retornar suas origens vanguardistas e verificar a falha estrutural.

Ficou consignado inclusive no acórdão da Sentencia 559, que haveria uma desigualdade na distribuição dos recursos da educação pelo agente central, o que estava ocasionando a violação massiva de direitos dos referidos professores, ou seja, a desigualdade decorreria de uma falha estrutural:

“De la lectura de este cuadro se deduce que el subsidio educativo que otorga la Nación a las entidades territoriales a través del situado fiscal - para el pago de los docentes oficiales - es distribuido de manera muy desigual. Ciertamente, mientras en algunos departamentos ese subsidio supera en más de diez veces la contribución que en punto al pago de los docentes deben hacer los municipios

[...]

La conclusión salta a la vista: existen enormes diferencias entre los municipios del país en relación con la carga que deben soportar sus presupuestos para sufragar los gastos que les demanda el pago de los docentes. Las diferencias se explican, en primera instancia, porque la distribución entre los departamentos del subsidio educativo nacional, representado en el situado fiscal, se realiza en forma notoriamente desigual. Ello significa que los municipios de varios departamentos tienen que hacer un esfuerzo presupuestal mucho mayor que los de otros, en lo relacionado con la prestación del servicio educativo, puesto que ellos deben asumir una parte considerablemente importante del pago de sus docentes.”³⁵

No presente caso a Corte além de assegurar o direito a filiação dos 45 professores que a princípio tinham seus direitos violados, albergou outros tantos nos quais a seguridade e saúde não esta alcançando, desta forma privilegiou a corte não apenas a dimensão subjetiva dos

³⁵ Sentencia SU.559/97 – retirada do site: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>, em 15 de abril de 2017.

direitos fundamentais dos decentes ali tratados mas também a dimensão objetiva atribuindo um “dever de colaboração” com os outros poderes.

A partir de tais premissas a Corte Constitucional Colombiana consignou existir uma falha estrutural a violar a eficácia dos direitos fundamentais de um grande número de indivíduos³⁶, de forma permanente, acarretando assim no reconhecimento do que consignou chamar “*estado de cosas*”:

“En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional

RESUELVE

Primero.- DECLARAR que el estado de cosas que originó las acciones de tutela materia de esta revisión no se aviene a la Constitución Política, por las razones expuestas en esta providencia. Como, al parecer, la situación descrita se presenta en muchos municipios, se advierte a las autoridades competentes que tal estado de cosas deberá corregirse dentro del marco de las funciones que a ellas atribuye la ley, en un término que sea razonable.”³⁷

De uma certa forma a decisão da corte fora além de progressista³⁸, programática, tendo em vista que ao mesmo tempo em que preocupava-se com a efetivação dos Direitos Fundamentais dos docentes, buscou solucionar o caso de forma a evitar uma enxurrada de demandas com o mesmo objetivo. Tal fato a nosso ver em nada desnatura o instituto do ECI, pelo contrário, atribuindo-lhe esse caráter o instituto possuía o condão de servir como instrumento em casos específicos, evitando-se assim a sua banalização, tema este que falaremos em capítulo posterior.

³⁶ Àquele momento o número de indivíduos era indeterminado, pois apesar de no início apenas 45 professores estarem reivindicando seus direitos ficou constatado, inclusive no acórdão da *sentencia* que um número incrivelmente maior de pessoas estariam na mesma situação, sendo contabilizados conforme a planilha abaixo constante no acórdão:

DEPARTAMENTOS	DOCENTES PAGADOS CON RECURSOS SITUADO FISCAL	DOCENTES PAGADOS CON RECURSOS DEL DEPARTAMENTO	DOCENTES PAGADOS CON RECURSOS DEL MUNICIPIO	TOTALES DEPTALES. Y NACIONAL
35 TOTAL =	206053	15556	52666	274275

³⁷ Sentencia SU.559/97 – Op.cit. em 15 de abril de 2017.

³⁸ O termo progressista será utilizado no presente trabalho para representar a atuação do poder judiciário em prol das causas sociais, e ou para além da letra fria da lei. Poderíamos substituir tal termo pela palavra ativista, contudo, acreditamos, que o o modelo de judiciário ativista tem suscitado diversas críticas, muitas delas salutar, que ao final podem inviabilizar a utilização de determinados institutos de caráter eminentemente ativistas, como por exemplo o principal objeto deste projeto de monografia, o Estado de Coisas Inconstitucional.

III.1.2 – Sentencia T 068 – O Tempo para os aposentados

Este foi o segundo caso onde a Corte veio a reconhecer o ECI, de modo a viabilizar a demanda de um número gigantesco e a princípio indeterminado de aposentados, que dirigiam pedidos de revisão de suas verbas previdenciárias a Caixa Nacional de Previdência.

A decisão da Corte Constitucional veio um ano depois do primeiro reconhecimento do ECI, quando agora o Tribunal fora chamado a se manifestar no caso em que a referida Caixa Nacional de Previdência, estava a demorar demasiadamente ao apreciar petições de aposentados e pensionistas colombianos. Aproximadamente 45 mil petições aguardavam a análise do órgão estatal, e a decisão do mesmo demorava entre dois e três anos³⁹.

A Corte Constitucional Colombiana veio a entender no presente caso que além dos interesses individuais, dos pensionistas, estava em jogo também a completa ineficiência de todo o sistema de resposta da Caixa Nacional de Previdência, o que ocasionava uma avalanche de demandas no judiciário colombiano.

Assim foi novamente reconhecido o Estado de Coisas Inconstitucional, dessa vez no tocante a ineficiência administrativa do Estado em resolver os direitos dos aposentados. Importante mencionar que para se chegar a declaração do ECI no caso em tela a Corte pautou-se em um estudo empírico realizado pela *Univerdad de los Andes*, que minuciosamente apontou as falhas estruturais que levava aquela situação. Tal fato é ressaltado, pois adiante tentaremos apresentar requisitos para a aplicação do ECI em solo brasileiro, a fim de evitar sua banalização, e já adiantando a necessidade de estudos empíricos tem se mostrado um grande aliado para utilização do ECI, pela Corte Constitucional Colombiana.

Pela segunda vez a aplicação do ECI mostrava-se uma saída eficaz para a falha estrutural apontada, que diferentemente do primeiro caso onde tínhamos a omissão legislativa como foco central no *estado de cosas*, agora tínhamos a atividade administrativa com deveras falhas sendo alcançada pelo ECI.

³⁹ GÓMEZ PINTO, Luiz Ricardo. El Juez de Las Políticas Públicas. Op. cit. P. 49 e 50.

III.1.3 – *Sentencia T 153* – O Sistema prisional - Aprendendo com os erros:

Embora o Estado de Coisas Inconstitucional tenha se mostrado como uma alternativa extremamente eficaz para o combate às violações massivas de direitos fundamentais, em diversos casos de sua aplicação em solo colombiano, haja vista os dois casos acima apresentados que conforme a própria história demonstram os acertos da aplicação do ECI, fato é que outros tantos o instituto ou fora aplicado de forma equivocada ou houvera falha no acompanhamento do cumprimento da decisão.

Um dos casos emblemáticos, e que serviu de base para a propositura inclusive da ADPF 347, nascedouro do ECI no poder judiciário brasileiro, fora a situação do sistema carcerário colombiano.

Embora o país vizinho nos pareça distante, a Colômbia e o Brasil em muito se assemelham, tanto culturalmente, tendo em vista a identidade latina impermeada entre os dois povos, politicamente haja vista as semelhanças inclusive nos problemas de corrupção enfrentada pelos dois países, e também juridicamente a afinidade se apresenta, uma vez que a Constituição Colombiana de 1991 influenciada por nossa Carta Cidadã de 1988, propuseram-se construir uma nova ordem democrática, pautada na promoção dos direitos humanos, diminuição das desigualdades e participação popular.

E neste contexto de semelhanças também se apresenta os sistemas carcerários. Ambos os países enfrentaram, enfrentam e provavelmente enfrentarão os problemas ocasionados pela superpopulação carcerária, aliada aos estigmas e as mazelas da sociedade para com os presos. Que fatalmente repercutem nas atividades eminentemente políticas, fazendo com que haja a completa inércia do Estado para com os grupos encarcerados, bem como tal omissão ocasione um sistema de horror, vivenciado todos os dias pelos indivíduos privados de sua liberdade.

Com todas essas premissas, a Corte Constitucional colombiana veio a analisar o caso do sistema carcerário colombiano quando da *Sentencia T -153* em 1998⁴⁰. As prisões da Colômbia aquela época – e ainda hoje – enfrentavam situações de superlotação, império da violência e a falta de ressocialização, que estavam a gerar uma violação massiva de direitos

⁴⁰ *Sentencia de Tutela* – T 153 de 28 de abril de 1988.

fundamentais, como à dignidade da pessoa humana, à vida, à integridade física, à família, à saúde e tantos outros quanto se possam citar.

O Estado mostrava-se indiferente as mazelas enfrentadas pelos presidiários, bem como a sociedade e os agentes políticos pouco se importavam com as condições pelas quais enfrentavam os indivíduos encarcerados. Tratava-se assim do que consignou a Corte como “tragédia diária dos cárceres”, fazendo se insurgir a aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional, conforme consta no acórdão da decisão:

“ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN ESTABLECIMIENTO CARCELARIO-Hacinamiento

[...]

Durante muchos años, la sociedad y el Estado se han cruzado de brazos frente a esta situación, observando con indiferencia la tragedia diaria de las cárceles, a pesar de que ella representaba día a día la transgresión de la Constitución y de las leyes. Las circunstancias en las que transcurre la vida en las cárceles exigen una pronta solución. En realidad, el problema carcelario representa no sólo un delicado asunto de orden público, como se percibe actualmente, sino una situación de extrema gravedad social que no puede dejarse desatendida. Pero el remedio de los males que azotan al sistema penitenciario no está únicamente en las manos del INPEC o del Ministerio de Justicia. Por eso, la Corte tiene que pasar a requerir a distintas ramas y órganos del Poder Público para que tomen las medidas adecuadas en dirección a la solución de este problema”.⁴¹

Um fato marcante no inteiro teor do acórdão é a maneira como a corte buscou enfatizar total omissão dos agentes políticos na proposição de políticas públicas, bem como que não estaria o tema do sistema carcerário na agenda política do país, visto que a minoria carcerária não angariava votos para os atores políticos, pelo contrário, geralmente aquele que se apresentasse contrário à promoção de direitos aos presos, era visto como patriota e atento aos anseios sociais.

Por fim a Corte ao declarar o Estado de Coisas Inconstitucional determinou diversas medidas – de cunho eminentemente político – a serem adotadas por todos os entes, em especial o executivo com a determinação de verdadeiras políticas públicas até então não implementadas, incumbindo a Defensoria do Povo e a Procuradoria-Geral da Nação a supervisão da execução do referido julgado.

⁴¹ *Sentencia T -153* – retirada de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>, em 16 de abril de 2017.

Assim tudo parecia estar solucionado, agora com a decisão deveria o legislativo legislar em prol da diminuição da superlotação, bem como para a promoção dos direitos fundamentais por ora violados e o executivo deveria promover as políticas determinadas pela Corte Constitucional. Ocorre, porém, que não fora assim que ocorrera.

Na verdade o legislativo não veio a criar as normas necessárias, o executivo pouco fez a fim de modificar o atual cenário, e a situação do sistema prisional colombiano continuou idêntica àquela que se encontrava antes da *Sentencia T-153*⁴².

O professor Carlos Alexandre de Azevedo Campos aponta como erro crucial para a ineficácia da decisão supra, a prolação “de ordens estruturais sem estabelecer procedimentos adequados de monitoramento durante a fase de implementação”, acrescenta ainda o autor que as ordens foram “flexíveis, possibilitando que os outros poderes manifestassem suas capacidades institucionais, mas faltou uma jurisdição provisória sobre a efetiva manifestação”⁴³.

Ao que nos parece faltou também diálogo entre as instituições para a concretização das ordens da Corte, fazendo com que o ECI relacionado ao sistema carcerário viesse a ser reconhecido outras duas vezes em momentos posteriores a decisão de 1998. O primeiro na *Sentencia T - 388* de 2013⁴⁴ e a segunda na *Sentencia T – 762*, de 2015⁴⁵, em ambos os casos a Corte consignou que as premissas que embasaram a decisão de 1998 eram diferentes das dos casos ora apreciados, ou seja, a declaração do ECI em 2013 e 2015 era direcionada a outros fatores que não apenas a superlotação carcerária enfrentada em 1998.

III.1.4 – *Sentencia T – 025 – Desplazamiento Forzado* - A evolução do Estado de Coisas Inconstitucional:

⁴² Acerca das falhas ocorridas na *Sentencia T153*, Libardo José. The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court INtervention in the Penitentiary System in Colombia. In. MALDONADO, Daniel Bonilla. Constitutionalism of Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 129-159.

⁴³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo, Estado de Coisas Inconstitucional op. cit. P. 134-135.

⁴⁴ *Sentencia T- 388*, de 28 de junho de 2013.

⁴⁵ *Sentencia T- 762*, de 16 de dezembro de 2015.

Sem embargo de outros tantos casos tão importantes como os acima citados, onde a Corte Constitucional Colombiana veio a declarar o ECI, reconhecendo a grave violação de direitos fundamentais. O julgamento que posteriormente ficou conhecido como “*el desplazamiento forzado*” foi um dos mais importantes – se não o mais importante – no enfrentamento de violações aos direitos fundamentais, e de reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional.

O professor César Rodríguez Garavito, talvez o principal autor a estudar o caso, em diversas de suas obras descreveu o que ocorrera em solo colombiano nesta época, assim como a decisão da corte e o que se sucedera fora fundamental para a cessação das violações que outrora se verificara.

Explica o professor que a Colômbia enfrentava uma situação peculiar, onde milhares de pessoas estavam a se deslocar dentro do território colombiano por conta da imensa violência. Essas pessoas estavam sendo obrigadas a abandonarem seus lares e suas profissões, em razão das atividades promovidas por grupos armados, em especial as FARC⁴⁶, que ameaçavam as vidas dos cidadãos e de suas famílias. Apesar da incontroversa violação massiva de direitos fundamentais, as autoridades colombianas permaneciam inertes ao tal fato.

A ajuda humanitária era inexistente, tais grupos não recebiam nenhum auxílio por parte do Estado, nem mesmo orientação acerca do que estava acontecendo ou acesso a programas sociais, em suma os direitos de moradia, saúde educação e trabalho estavam aquém do alcance destas pessoas deslocadas, lhes faltando o mínimo para a sobrevivência.

O relevo do caso para nosso estudo concentra-se na mudança de posicionamento e metodologia de julgamento adotada pela Corte Constitucional, que veio ao final significar uma verdadeira mudança para os indivíduos deslocados, fazendo com que realmente houvesse a efetividade necessária aos seus direitos fundamentais.

Aponta Garavito que a efetividade verificada neste caso encontra-se no aprendizado com os erros anteriores, em especial com o caso do sistema carcerário, fazendo com que a

⁴⁶ Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia – FARC – criada em 1964 – Grupo armado de vertente liberal juntamente com o Exército de Libertação Nacional (ELN) e o Movimento Revolucionário 19 de Abril (M-19). Resumo retirado a partir da descrição do site: <http://brasilecola.uol.com.br/historia/farc.htm>, consultado em 16 de abril de 2017.

Corte não se limitasse em determinar que as políticas públicas fossem promovidas, mas também supervisionando a execução da decisão, realizando audiências públicas, bem como formulou novas decisões ao longo de todo o cumprimento do julgado⁴⁷.

Outra importante atitude da Corte no presente caso foi a flexibilização da legitimidade passiva para a propositura do pedido de tutela, o Tribunal não apenas admitindo a interposição de recursos por associações de representação dos grupos vulneráveis, como também dispensou em alguns casos a necessidade de advogado.

Na decisão que veio a reconhecer a situação de penúria a suscitar o Estado de Coisas Inconstitucional, a Corte assentou que existia uma violação massiva de direitos fundamentais, que tal era constante, e que atingia um número elevado de pessoas, e na mesma oportunidade reconheceu a necessidade de acompanhamento constante da decisão a fim de decretar sua efetivação.

Salienta ainda o professor Garavito em obra de coautoria com Diana Rodríguez Franco, que o presente caso consagrou uma “macrosentença”, tendo em vista o tamanho da população beneficiada, a gravidade das violações de direitos que pretendia resolver, os numerosos atores estatais e sociais envolvidos e a ambição e duração do processo de implementação das ordens da decisão⁴⁸.

Ainda no acórdão veio a corte a assentar os pressupostos necessários para o reconhecimento do Estado de Coisas inconstitucional, como se verificava no caso em tela:

Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, cabe destacar los siguientes: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (ii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la

⁴⁷ RODRÍGUEZ GARAVITO, César (Coord.) Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia /coordinador César Rodríguez Garavito; Juan Carlos Guataquí ... [et al.]. - Bogotá: Universidad delos Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2009.

⁴⁸ RODRÍGUEZ GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado em Colombia. Op. cit. P 14, In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo, Estado de Coisas Inconstitucional, op. cit. P. 152.

vulneración de los derechos. (iv) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (v) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.⁴⁹

Em tópico posterior trataremos especialmente dos requisitos para aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional. Contudo insta ressaltar para o caso em exame que, a mudança de comportamento da Corte, tanto na aplicação restrita do ECI, seguindo pressupostos consolidados por sua jurisprudência, bem como acompanhando de forma minuciosa o cumprimento da decisão foram fundamentais, para um marco de virada na aplicação do ECI pela Corte colombiana, bem como para que o instituto pudesse se consagrar como instrumento de enfrentamento as violações massivas de direitos fundamentais, podendo assim ser inclusive “exportado” como fora no caso da APDF 347.

III.2 – Conceito e Fundamentos:

Neste tópico buscaremos abordar os principais aspectos teóricos do Estado de Coisas Inconstitucional, a preparar para a formulação de pressupostos e hipóteses de sua utilização. Tentaremos após a digressão acerca da aplicação do caso pela Corte Colombiana conceitua-lo e apontar seus fundamentos de aplicação.

É sempre tormentosa para o jurista a conceituação e definição de institutos e/ou mecanismos, tal tarefa dirigida aos doutrinadores ou em algumas vezes ao juiz, acaba por gerar disfunções, e disparidades entre os conceitos que podem levar a própria incompreensão do que se pretende traduzir.

No caso do Estado de Coisas Inconstitucional essa tarefa se complica ainda mais, tendo em vista que o nascimento do referido instituo se deu no ceio de uma Corte após diversas aplicações. O mais natural seríamos buscar a conceituação do termo no local de seu nascedouro, adentrando nas obras dos juristas colombianos, como por exemplo nas palavras de Blanca Raquel Cárdenas que tenta qualificar o ECI dizendo que “se poderá conceituar o

⁴⁹ *Sentencia T – 025 de 22 de janeiro de 2004.*

ECI como instrumento, um dispositivo, uma figura, um mecanismo, uma técnica, ou qualquer outra denominação análoga, porém jamais alcançará a entidade de ação propriamente dita”⁵⁰.

Ou ainda pela definição de Garcia Jaramillo que conceitua o ECI “como resposta judicial à necessidade de reduzir, em casos determinados, a dramática separação entre as consagrações da normatividade e a realidade social”⁵¹. Na verdade há necessidade de uma conceituação nova do instrumento para integraliza-lo ao sistema jurídico brasileiro, pois as perspectivas conceituais dos autores colombianos referem-se ao ordenamento jurídico colombiano, que apesar de parecido com o brasileiro, guarda consigo diversas peculiaridades.

Neste sentido o professor Carlos Alexandre de Azevedo Campos, busca alternativa para a conceituação do novel instituto atribuindo-lhe natureza de ferramenta processual:

Trata-se de técnica decisória por meio da qual se declara uma “realidade inconstitucional. Não é uma ação judicial propriamente dita, e sim um ferramenta processual pela qual cortes produzem uma norma declaratória da contradição insuportável entre texto constitucional e realidade social⁵².

A nosso ver, louvável foi a tentativa do professor Carlo Alexandre de cunhar um conceito pautado na doutrina colombiana, a fim de adequá-lo a realidade brasileira, contudo a expressão ferramenta processual, nos parece remeter a uma ideia de processo ou procedimento constitucional, enquanto na verdade deveria lembrar um mecanismo de proteção.

Por isso, conquanto acreditamos que o conceito será melhor trabalhado pelo próprio tempo e a solução que dará o STF na ADPF 347, entendemos que o termo instituto, voltado a suas origens do direito civil seja a melhor descrição do Estado de Coisas Inconstitucional, pois ressalta-o como método e regime a ser adotado.

Exposto um esboço de conceito, passamos a análise dos fundamentos teóricos do Estado de Coisas Inconstitucional.

⁵⁰ RAQUEL CÁRDENAS, Blanca, Contornos jurídico-fáticos del estado de cosas inconstitucional. Op. cit. P. 25.

⁵¹ GARCIA JARAMILLO, Leonardo. Constitucionalismo Deliberativo. Estud sobre o ideal deliberativo de 1 ala democracia e la dogmática constitucional del procedimiento parlamentário. México DF, Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 188.

⁵² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo, Estado de Coisas Inconstitucional, Op. cit. P. 185.

A pauta de fundamentos do ECI passa, sobretudo, pela Corte Constitucional Colombiana, nascedouro da referida tese - que posteriormente tornar-se-ia um instituto jurídico ou como já dito pelo Professor Carlos Alexandre uma ferramenta processual - pois é no seio da Corte que encontraremos respostas, aos marcos teóricos, e ideologias que culminariam no ECI.

A constituição da Colômbia buscou ressaltar o seu papel social, assim como as demais constituições do *nuevo constitucionalismo latino americano*, consagrou em seu núcleo o bem estar social, e atenta às desigualdades sociais, concentrou-se no plano efetividade das políticas públicas voltadas ao atendimento da população, um bom exemplo do sobredito, é o artigo 350 da Carta Colombiana que expressamente consagra a prioridade com o que denominou chamar de “gasto público social”:

ARTICULO 350. La ley de apropiaciones deberá tener un componente denominado gasto público social que agrupará las partidas de tal naturaleza, según definición hecha por la ley orgánica respectiva. Excepto en los casos de guerra exterior o por razones de seguridad nacional, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación⁵³.

Neste sentido, a Corte Constitucional tem se pautado em um plano de legitimação do Poder Público a partir dos direitos fundamentais, direcionando suas percepções a atenção social e aos direitos humanos dados pela Constituição Colombiana, desta forma o próprio Tribunal vem entendendo estar legitimado a atuar, dispensando muitas vezes as formalidades processuais, quando lhe seja apresentada uma violação dos direitos básicos, ancorada na cláusula do Estado social de direito.

Essa falta de formalismo, beirando a legitimação *extra legem*, remete-nos novamente as ideias propagadas pelo *nuevo constitucionalismo*, onde além da rejeição ao formalismo no processo de interpretação, podemos observar a vinculação dos atores públicos a eficácia dos direitos fundamentais e uma dose da abordagem moral sob aspectos jurídicos possibilitando a atuação ativista do juiz.

⁵³ Em tradução livre deste autor: A lei orçamentária deverá conter um componente denominado “gasto público social”, que concentrará itens de tal natureza, por definição feita pela Lei Orgânica respectiva. Exceto nos casos de guerra exterior, ou por razões de segurança nacional, o “gato público social” terá precedência sobre qualquer outra alocação.

É possível ainda que a atuação progressista suscitada pelo ECI tenha seu princípio de fundamento na teoria de justiça de John Rawls, onde a legitimação das cortes estaria associada ao *judicial review*, pois para o Rawls questões de justiça básica, estão estritamente ligadas a atividade legislativa ordinária, porém quando constada a ausência do “mínimo social” haveria a possibilidade de controle judicial de tais necessidades. Assim então o ECI pautado na ausência do mínimo existencial relacionado a determinado direito fundamental, estaria a legitimar a atuação da Corte Constitucional.

Os pensamentos filosóficos liberais-igualitários da mesma forma parecem permear a ideia do ECI, como explica a autora colombiana Blanca Raquel, pois estaria o tribunal sempre a buscar a promoção da igualdade material e com o ECI “a corte alcançou a confluência harmônica dos conteúdos jusfilosóficos que fundamentam os direitos, com os conteúdos materiais que os fazem efetivos”⁵⁴, ou seja conseguiu o poder judiciário conformar o enunciado programático de idealização do direito fundamental à realidade vivenciada pelos indivíduos.

III.3 – Pressupostos para aplicação do ECI:

Conforme já narrado no tópico 1 deste capítulo, desde 1997 ano de sua primeira aplicação o ECI, tem sido experimentado em solo colombiano, a ensejar erros e acertos, sendo sempre sublinhado seu papel positivo, contudo, como *mui* bem demonstrou a *Sentencia* T-025 os erros foram fundamentais para a construção de uma teoria do *Estado de cosas*, a ensejar a criação de pressupostos para seu acolhimento.

Neste sentido a formulação de requisitos foi uma tarefa crucial no debate do “caso dos deslocados”, naquela oportunidade como já mencionamos anteriormente a Corte buscou, se antecipar as novas suscitações do instituo, bem como corrigir os equívocos das aplicações passadas, estipulando assim os seis requisitos tratados no tópico III.1.4⁵⁵ quais sejam: 1-

⁵⁴ ⁵⁴ RAQUEL CÁRDENAS, Blanca, Contornos jurídico-fáticos del estado de cosas inconstitucional. Op. cit. P. 25-26.

⁵⁵ Como se verifica no acórdão da *Sentencia* T-025 :*Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, cabe destacar los siguientes: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (ii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del*

violações massivas e generalizadas de direitos fundamentais à afetar um número significativo de pessoas, 2- a prolongada omissão das autoridades na garantia desses direitos; 3- a adoção de práticas inconstitucionais na manutenção da violação; 4 – a não expedição de medidas legislativas necessárias para evitar a violação; 5- a existência de um problema social cuja a solução, necessite da intervenção de varias entidades, trabalhando de forma coordenada e complexa; 6 – se a judicialização individual das violações, seria capaz de congestionar ainda mais o judiciário.⁵⁶

Apesar da busca pela inexistência do excesso de formalismo presente no direito positivo, escorando-se na doutrina do novo constitucionalismo latino americano, a experiência demonstrou que a ausência de uma sistematização, e a aplicação pouco criteriosa, pode levar a uma banalização do instituto, e conseqüentemente a sua perda de eficácia.

Assim mais do que salutar, faz-se necessária em prol da separação de poderes, da falta de expertise do judiciário, e da não banalização do instituto uma construção dos pressupostos do Estado de Coisas Inconstitucional, principalmente para sua aplicação em terras brasileiras, onde o judiciário ainda é pautado pela supremacia do procedimento sobre o direito, evitando desta forma que tenhamos que enfrentar os mesmos erros vivenciados pela Corte Constitucional Colombiana.

Desta forma, buscaremos neste tópico além de reproduzir alguns dos pressupostos criados pela doutrina colombiana e brasileira, ousar em sugerir outros dois parâmetros, a fim da melhor aplicação do ECI pelo direito pátrio, pautando-nos sempre o resultado de efetivação dos direitos fundamentais.

Não se desconhece que o professor Carlos Alexandre trabalha com a ideia de apenas quatro pressupostos de aplicação do ECI, fazendo uma conjugação dos seis pressupostos apresentados pela Corte da *Sentencia* T-025, sendo o primeiro deles a necessidade de um

procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (iv) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (v) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.

⁵⁶ Os seis requisitos sobreditos, foram traduzidos de forma livre por este autor, objetivando a simplificação e melhor entendimento.

quadro de violações massivas e contínuas de diferentes direitos fundamentais, que deveriam afetar um número amplo de pessoas.

O segundo pressuposto para o professor estaria presente na omissão reiterada e persistente das autoridades públicas, em dar cumprimento à defesa e promoção dos direitos fundamentais, ressalta o professor a necessidade de estarmos diante de uma “falha estatal estrutural”, seja do legislativo, seja da administração que culminam na proteção deficiente de direitos fundamentais. Já o terceiro pressuposto estaria relacionado a necessidade de a superação dos problemas de violação de direitos fundamentais “exigir a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, mas um conjunto desses”, tal pressuposto também é defendido na doutrina colombiana pela obra de Libardo José Ariza⁵⁷.

E o quarto e último pressuposto apresentado pelo autor brasileiro, diz respeito à potencialidade de um número elevado de afetados “transformarem as violações de direitos em demandas judiciais”, pois na visão do professor amparado no sexto requisito da Corte colombiana, estar-se-ia a resolver uma questão de funcionalidade, evitando o congestionamento da máquina judiciária, tratando a questão assim de “litígios estruturais”. Apesar de em nossa visão este requisito representar uma ótica simplista dos problemas sociais, ao passo que desconsidera a dificuldade muitas vezes existente no acesso ao judiciário de grupos minoritários e pouco instruídos. Ainda sim parece-nos um requisito salutar a ser aplicado pelo judiciário brasileiro, alcançando-se assim a concentração das decisões e acompanhamento das decisões em um único órgão ou grupo.

Como já havíamos aduzido anteriormente além dos referidos, pressupostos elencados pelo professor Carlos Alexandre em sua obra *Estado de Coisas Inconstitucional*, que em suma aproxima os pressupostos sublinhados pela Corte Constitucional Colombiana, e os dos doutrinadores colombianos, apresentaremos outros dois requisitos, que ao nosso ver poderão contribuir para a melhor aplicação do ECI no Brasil.

O primeiro é a delimitação da competência para o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, para tanto entendemos que para a suscitação do ECI deva ocorrer ou no

⁵⁷ ARIZA, Libardo José. *The Economic and Social Rights of prisoner and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia*. In MALDONADO, Daniel Bonilla. *CONstitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia*. New York: Cambridge University Press, 2013. P. 142.

controle concentrado de constitucionalidade, como fora no caso da ADPF 347, onde o PSOL⁵⁸ utilizou-se da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para questionar a situação do sistema carcerário brasileiro, ou então que o reconhecimento do ECI se dê em sede de ações em que se discutam interesses difusos e de uma coletividade.

Tal requisito está intrinsicamente ligado à necessidade de potencialidade de demandas idênticas como apontado por Carlos Alexandre, pois aqui entendemos acima de tudo que busca-se a efetivação de direitos fundamentais não individuais, mas de grupos, e que o alcance das decisões judiciais apenas poderiam abarcar os referidos grupos quando proferidas pelo Supremo, guardião da Constituição na ordem nacional, ou quando proferidas por juízos demandados por interesse transindividuais, como por exemplo no caso das Ações Cíveis Públicas, onde expressamente deve estar se perseguindo os interesses da coletividade⁵⁹.

Um segundo requisito que percebemos salutar tanto nas aplicações do ECI pela Colômbia como no enfrentamento dos pedidos cautelares da ADPF 347 pelo Supremo Tribunal Federal, foi a necessidade de o pedido de declaração do Estado de Coisas Inconstitucional vir acompanhado de um estudo empírico sobre o tema que se pretende ver declarado inconstitucional. Tal requisito é capaz não apenas de apontar as mazelas pelas quais estão sujeitas os indivíduos com direitos violados, mas também para dimensionar o alcance da decisão a fim de que se preencha o requisito de “um número significativo de pessoas” atingidas pelas violações.

Tal estudo fora fundamental a nosso ver para o sucesso do ECI no “caso dos deslocados”, assim como na ADPF 347, na qual os relatórios do Conselho Nacional de Justiça, detalhando a situação de cada presídio, influenciaram de forma significativa para que houvesse a declaração do ECI por unanimidade de votos.

O que ora se defende é que antes da propositura da ação que suscitará o ECI, que seja feito um trabalho minucioso de levantamento e abordagem dos atores envolvidos, dando celeridade e objetividade ao processo e a limitação de pedidos, que se apreciará após o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional.

⁵⁸ Partido Socialismo e Liberdade.

⁵⁹ Conforme a Constituição da República de 1988: Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;(grifos nossos).

III.4 – A inovação na técnica de decisão e monitoramento:

A atividade judicial de análise da omissão inconstitucional, sempre foi algo a suscitar grandes debates, haja vista tudo o que expusemos no capítulo I, através dos tópicos I e II. Muito destes questionamentos talvez estejam concentrados no fato da atipicidade do trabalho exercido pelo julgador, que se depara com a necessidade de efetivação da norma, sem contudo ultrapassar a tênue linha da separação dos poderes.

O princípio da separação de poderes coloca a corte em uma tarefa que demanda, sobretudo atenção para com a realidade e contexto daquela sociedade. Por exemplo, em países mais conservadores onde a sociedade é capaz de descarregar plena confiança nos atores políticos, a atividade do julgador para com os casos de omissão se mostra escassa ou inexistente. Já nas sociedades, onde o agente público costuma ser desacreditado, e a atividade democrática lhe parece recente, há a necessidade de atuação do poder judiciário a fim de sanar as possíveis omissões, que desconfiguram as intenções do texto constitucional⁶⁰.

Dessa necessidade, que levará a declaração da omissão ofensiva ao texto constitucional, surgirá ainda o problema do que se fazer após a declaração da mora inconstitucional. Como já sublinhado na análise da ADIO⁶¹, e do Mandado de Injunção⁶², o Supremo já se colocou ao lado de uma doutrina mais conservadora, tempos em que apenas notificava o ator político de sua omissão, e hoje já se alinha a um posicionamento mais vanguardista, ancorado nos ideais *neo constitucionalistas*, onde não apenas notifica a mora, mas também busca concretizar a norma constitucional, fazendo cessar as violações que até então ocorriam.

Nesta difícil tarefa de suprir a mora do legislador, tem as cortes constitucionais ao redor do mundo, se preocupado na formulação de técnicas decisórias, que possam alinhar a supressão da omissão, com o princípio da separação de poderes.

⁶⁰ Não está aqui a se esquecer dos países totalitários, e dos tantos outros modelos de estado que se possa existir, ocorre porém, que nestes modelos há pouca atividade democrática como hoje se conhece, razão pela qual antes mesmo de se ter uma omissão constitucional, há a necessidade de uma constituição que seja democrática, e que possa efetivar um modelo de freios e contrapesos, como os existentes nas democracias modernas.

⁶¹ Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Capítulo I, tópico I.2.1.

⁶² Do Mandado de Injunção, Capítulo I, tópico I.2.2.

E duas técnicas nos chamaram a atenção acerca do papel do julgador, quando da declaração da omissão. A primeira delas chamada de “sentença aditiva” consiste em suprir a lacuna inconstitucional com uma norma análoga, ou que possa fazer às vezes da legislação inexistente, ou em o próprio tribunal elaborar uma forma de efetivação do direito constitucional violado, suprimindo da mesma maneira a omissão, contudo de um plano mais ativista, como conceitua Fátima de Sá.

Inicialmente, as sentenças aditivas podem ser definidas como aquelas que declaram que ao preceito impugnado lhe falta algo para ser conforme à Constituição, devendo, assim, o preceito ser aplicado incluindo aquilo que lhe faltava. Nesse passo, é declarada a inconstitucionalidade do preceito na parte em que não inclui algo ou alguém. Censuram, dessa forma, uma omissão legislativa inconstitucional, entendida aqui como um silêncio parcial do legislador, que cria uma situação contrária à Constituição, pois, na maior parte das vezes, violam o princípio da igualdade. Em sentido amplo, podem ser descritas, conforme Revorio, como aquelas que sem afetar o texto da decisão impugnada, produzem um efeito de extensão ou ampliação de seu conteúdo normativo, assinalando que tal dispositivo deve incluir algo que no texto da disposição não prevê expressamente. Assim, a inconstitucionalidade é declarada não naquilo que a norma prescreve, mas, contrariamente, a fiscalização recai no fato da norma não prever aquilo que deveria estar previsto para ser conforme à Constituição.⁶³

A teoria ou técnica das sentenças aditivas, inclusive já fora levantada em algumas oportunidades pelo Supremo Tribunal Federal em especial no julgamento do Mandado de Injunção de nº 708, onde o tribunal consignou a possibilidade de aplicação de legislação análoga.

No caso em comento o STF, estava a analisar o direito de greve previsto na constituição federal aos servidores públicos, mas que dependida de regulamentação infraconstitucional, pelo legislador ordinário, o que nunca ocorreu. Instado varias vezes a se manifestar sobre o tema, permanecia inerte o tribunal, apenas a declarar a mora do Congresso Nacional. Até que o no MI nº 708, houve o preenchimento da lacuna inconstitucional, permitindo a utilização de legislação análoga, qual seja, a regulamentação da greve dos trabalhadores do setor privado, a situação de paralisação dos servidores públicos⁶⁴.

⁶³ SÁ, Fátima de. “Omissões inconstitucionais e sentenças aditivas”. In. MORAIS, Carlos Blanco de (org.). “As sentenças intermédias da justiça constitucional”. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 428-429.

⁶⁴ MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIACÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA

Do referido julgado emanado do Supremo Tribunal Federal é possível se inferir a mudança de paradigma da corte, no enfrentamento da omissão inconstitucional, bem como uma proposta de decisão, que ainda foge dos padrões tradicionais, de simples reconhecimento da procedência ou improcedência dos pedidos.

Na verdade, ousou a corte suprema propor uma verdadeira modulação *ex decismo*, a fim de albergar a legislação análoga suprindo a mora inconstitucional. Este tipo de posicionamento, fora fundamental para que se chegasse ao segundo modelo decisório, encampado pelo Estado de Coisas Inconstitucional.

Esse segundo modelo, ou técnica de decisão são as chamadas sentenças estruturantes, ou decisões estruturais, que em nossa visão constituem um avanço na doutrina da omissão inconstitucional em passos progressistas, uma vez que visa tornar a constituição cada vez mais um reflexo da realidade, e a realidade um reflexo da constituição.

III.4.1 – As sentenças estruturais:

Passamos agora a abordar de uma maneira mais ampla o modelo decisório do Estado de Coisas Inconstitucional, bem como compara-lo com outros institutos cunhados ao redor do mundo que de igual maneira visam afastar uma situação de caos, violadora da constituição.

É certo que a denominação Estado de Coisas Inconstitucional, não inaugurou no direito global a instrumentalidade de decisões ativistas de cortes constitucionais, o próprio STF, em outras ocasiões como por exemplo, no julgamento do RE 592581 / RS⁶⁵, já havia

JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS NOS 7.701/1988 E 7.783/1989. 1. SINAIS DE EVOLUÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)

⁶⁵ 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.

expressamente consignado a possibilidade de o poder judiciário obrigar o executivo à proposição de políticas públicas de políticas públicas.

Ou seja, a denominação Estado de Coisas Inconstitucional conquanto, de forma significativa represente um marco de modificação de posicionamento das cortes que o reconhecem, não deixa também de representar uma construção jurisprudencial que vinha ou vêm sendo sedimentada no seio de um tribunal progressista.

O termo sentença estrutural, é mais bem trabalhado pelo jurista colombiano Rodriguez Garavito, que o qualifica como técnica de decisão. Que na visão do professor Carlos Alexandre de Azevedo Campos, possui estreita relação com o *structural suit* ou processo estrutural, que em resumidas linhas seria aquele em que o julgador confrontado com burocracias estatais com valores de dimensão constitucional, coloca-se em posição de reorganizar o caos instituído, para eliminar ameaças aos valores constitucionais, revelados por arranjos inconstitucionais.⁶⁶

Na visão do professor, esse litígio estrutural, ou processo estrutural, tem por síntese a ideia do *public law litigation*⁶⁷, onde o juiz se incube de um papel central na consecução de políticas públicas, resultando em remédios estruturais que ao final objetivam sanar as violações as constituições até então intentadas.

Essas decisões estruturais assim como as sentenças aditivas vão além de um juízo de declaração, pressupõem sobretudo mudanças institucionais e estruturais, onde não apenas é

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. (RE 592581 / RS - RIO GRANDE DO SUL, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Julgamento: 13/08/2015, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016)

⁶⁶ FISS, Owen M. The Forms of Justice The Supreme Court 1978 Term. Harvard Law Review Vol 93(1), 1979, p. 2. In CAMPOS, Alexandre de Azevedo, Estado de Coisas Inconstitucionais, Op. cit. p. 187.

⁶⁷ Ou litígio Público, diz respeito à processos onde se discute não interesses individuais e particulares, mas as práticas de melhorias de políticas públicas, em favor de um grupo de indivíduos interessados.

determinada uma obrigação de fazer à autoridade, mas também há uma preocupação com a reestruturação da tutela dos direitos fundamentais.

Neste sentido o Estado de Coisas Inconstitucionais seria a legitimação para utilização de sentenças estruturais pelos tribunais constitucionais, posto que a partir de seu reconhecimento poderia o judiciário atuar no sentido de suprir a lacuna inconstitucional, emitindo ordens ao poder executivo, bem como aderindo a políticas públicas solucionadoras do estado inconstitucional, e ainda cumprindo um papel de agente fiscalizador da situação, tanto do cumprimento das ordens já dadas como também na expectativa de novas ordens para o alcance da concretização dos direitos até então violados.

Ainda na visão dos professores Garavito e Campos o ECI estaria baseado na experiência dos anos 50 e 60 por qual passou os Estado Unidos. Poder-se-ia vincular a ideia da sentenças estruturantes aplicadas ao ECI, ao *structural injunction* trabalhado pelo americano Owens Fiss⁶⁸, para quem não haveria uma hierarquia entre os instrumentos decisórios, na verdade o caso concreto é que demandaria, observado o contexto, essa ou aquela medida judicial.

A base da ideia de Fiss concentra-se nos conflitos de direitos civis pelos quais passava os Estados Unidos, em especial a questão racial, nestes tipos de conflito as ordens tradicionais repressivas ou reparadoras, não são suficientes, pois a “inconstitucionalidade” estaria permeada nas próprias instituições, ou seja a “inconstitucionalidade” encontra-se na própria estrutura estatal, sendo certo que a solução perpassa pela reorganização do modelo institucional vigente.

Desse modelo, a técnica das sentenças estruturais retirou a necessidade de se ouvir experts no momento da proposição de soluções que ultrapassem as ordens habituais emitidas pelo judiciário, bem como no desenrolar do acompanhamento da sentença, fazendo assim suprir a maior deficiência que até então se encontrava.

Ou seja, as sentenças estruturantes, juntamente com o reconhecimento do de um fato, situação, ou estado de coisas como inconstitucional revelam-se como uma mudança de paradigma do controle exercido pela corte constitucional, de forma que merece forte destaque

⁶⁸ FISS, Owen M. The Allure of individualismo. Iowa Law Review. Vol. 78, 1973 p. 965, in CAMPOS, Alexandre de Azevedo, Estado de Coisas Inconstitucional, Op. cit. p. 190.

na percepção e atitude progressista da corte que vem a declarar o ECI. Ainda podemos retirar exemplos do direito estrangeiro, que albergaram técnicas de decisão, em prol dos direitos fundamentais, como demonstramos no próximo tópico.

III.4.2 - As técnicas de decisão análogas:

Como já realçado no tópico anterior o modelo de sentenças estruturais é pré-existente ao próprio conceito de Estado de Coisas Inconstitucional, bem como outros tantos institutos que se apresentaram ao redor do mundo, tendo como norte a necessidade de intervenção judicial no plano de violações aos direitos fundamentais.

Tais decisões embora em algumas ocasiões não apresente um modelo de instituto a se legitimar como o ECI, pois apenas enfrentavam a situação posta, vieram a contribuir para a concretização do remédio do Estado de Coisas Inconstitucional da forma que o conhecemos hoje em dia, sobretudo na forma como se pretende introduzi-lo em solo brasileiro.

Por esta razão, necessário se faz perpassarmos brevemente por algumas dessas decisões, que ou influenciaram ou se espelharam nas sentenças estruturantes, e que por alguma razão podem contribuir para o estudo do Estado de Coisas Inconstitucional e o novo modelo de decisão que ora se pretende fazer.

Um primeiro caso a se ressaltar são as conhecidas decisões *Brow's*, medidas adotadas pela Suprema Corte norte-americana com o auxílio das cortes locais, objetivando combater a segregação racial em escolas do sul dos Estado Unidos. No caso *Brow vs Board*, a Suprema Corte veio a declarar a inconstitucionalidade da segregação racial no ensino público, ocorre que na oportunidade a corte optou por não determinar de imediato o fim da segregação, mas sim, buscou que a situação inconstitucional fosse resolvida aos poucos, determinando que a fiscalização caberia à conselhos regionais.

Ocorre que as decisões eram vagas e havia forte resistência dos conselhos, razão pela qual a Suprema Corte necessitou emitir o *Brow I* e de forma mais ativa o *Brow II*, como uma espécie de fiscalização e monitoramento do cumprimento de *Brow I* e de novas perspectivas da comunidade sulista naquele momento. Mas, o mais importante é a observação feita por

Fiss⁶⁹, de que os litígios de direitos civis revelaram a necessidade de enfrentamento às violações de direitos fundamentais caso a caso, necessitando de posturas *a quem* das práticas rotineiras, de forma que os remédios estruturais se mostraram uma boa alternativa para solução de tais litígios.

Outro ponto de destaque ainda em solo americano é a aplicação do modelo de decisões estruturais ao sistema prisional daquele país, os casos *Lewis v. Casey*⁷⁰ e *Brow v. Plata*⁷¹, revelaram de forma significativa a responsabilidade do poder judiciários em enfrentar e solucionar as condições inconstitucionais dos presídios norte-americanos, em especial a superlotação que como no caso brasileiro ocasiona outras tantas violações de direitos fundamentais. Nestes casos a Suprema Corte e as cortes federais, através do litígio e decisões estruturais buscaram sanar as violações perpetradas, contra os direitos dos presos, com a declaração de inconstitucionalidade dos sistemas prisionais de 41 Estados⁷².

Nestes casos o judiciário estadunidense além nomear interventores, elaborou um plano de recuperação, supervisionada⁷³, que apesar dos graves problemas encontrados ainda hoje naquele sistema, deram uma visão geral acerca da eficácia das decisões, conforme salientado por Sabel e Simon:

*“de modo geral, estes casos provocaram significativas melhoras. Especialmente nos sistemas mais duros do Sul, a intervenção levou à eliminação da tortura rotineira e autorizada (...) e gerou, no mínimo, modestas melhorias nas instalações físicas do confinamento”*⁷⁴

⁶⁹ FISS, Owen M. *The Civil Rights Injunction*. Op. cit. p 91.

⁷⁰ 518 U.S 343 (1996). Tratava-se de um caso de reforma prisional no Arizona, a Suprema Corte reverteu ordem distrital que determinava reforma do sistema de bibliotecas das prisões, por entender que não estava sendo prestado aos presos o serviço adequado. In , In CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo, Estado de Coisas Inconstitucional, Op. Cit. p 195.

⁷¹ 563 U.S. (2011), “Em 2011, a Suprema Corte norte-americana julgou o caso *Brown v. Plata*, em que manteve decisão proferida por corte da Califórnia, que determinara a soltura de 46 mil prisioneiros de menor periculosidade, em razão da crônica superlotação dos presídios daquele Estado. In. *Petição Inicial da ADPF 347, SARMENTO, Daniel, (cord.) 2015.*

⁷² Veja-se, a propósito, Charles F. Sabel e Willian H. Simon. “Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds”. *Harvard Law Review*, n. 117, 2004. Para uma defesa deste modelo de atuação judicial, associado às structural injunctions, veja-se Owen Fiss. *The Civil Rights Injunctions*. Bloomington: Indiana, 1978.

⁷³ “um amplo código para a administração das prisões, cobrindo aspectos diversos como as instalações, saneamento, comida, vestuário, assistência médica, disciplina, contratação de pessoal, bibliotecas, trabalho e educação” In. *Malcom M. Feeley e Edward L. Rubin, Judicial Policy Making and the Modern State: How Courts Reformed America’s Prisons. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, pp. 40-41. In. Petição Inicial da ADPF 347, SARMENTO, Daniel, (cord.) 2015.*

⁷⁴ Charles F. Sabel e Willian H. Simon. “Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds”. Op. cit., p. 1035. In. *Petição Inicial da ADPF 347, SARMENTO, Daniel, (cord.) 2015.*

Outra corte a adotar uma técnica similar a das sentenças estruturantes foi a da África do Sul, em diversos casos ao longo do século XX a corte constitucional adotou um posicionamento voltado a decisões que necessitariam de acompanhamento constante, em especial para sanar falhas estruturais da administração pública. Ocorre que a doutrina e a jurisprudência sul africana, ainda relutam em utilizar o remédio estruturante para as questões de violações sistemáticas de direitos socioeconômicos⁷⁵.

Por fim cumpre assinalar ainda a importante contribuição da Índia no desenvolvimento do modelo de decisões estruturantes, em situações de violações massivas de direitos fundamentais. A experiência da corte constitucional indiana, tem revelado o papel central que a própria instituição tem se proposto a exercer nos casos de proteção a grupos minoritários e desprotegidos, pois embora não haja um arcabouço institucional que possibilite a atuação do judiciário, a falta do mesmo tem sido utilizada para legitimação de sua atuação.

A pratica no direito indiano foi denominada de *Public Interest Litigation*, com esse instrumento a corte possibilitou o acesso inclusive individualizado de envolvidos em casos de violações a direitos fundamentais. Como se sabe o país é marcado por grande desigualdade social, e com boa parte de sua população abaixo da linha da pobreza, onde a ausência do básico para subsistência é constante, e falta de alimento é problema rotineiro para os mais pobres.

Neste sentido o judiciário indiano tem se empenhado em desenvolver decisões estruturais voltadas a assegurar o acesso a alimentação aos que que passam fome. O caso mais emblemático foi o *People's Union of Civil Liberties v. Union of India e Other*⁷⁶ neste julgamento a corte veio analisar uma prática usual de vários países em desenvolvimento, qual seja a estocagem de alimento para exportação, uma ONG questionava perante a corte, que tal atitude desconsiderava por completo a problemática da fome enfrentada pelo país.

⁷⁵ MBAZIRA, Cristopher. From Ambivalence to Certainty: Norms and Principles for the Scutural Interdict in Socio-economic Rights Litigation in South Africa. South African Journal of Humanan Rights Vlo. 24, 208, p. 1-2, In CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo, Estado de Coisas Inconstitucional, Op. Cit. p 197.

⁷⁶ Disponível em http://www.right2info.org/cases/plomino_documents/r2i-people2019s-union-for-civil-liberties-pucl-and-another-v.-union-of-india/getfile?filename=peoples-union-of-civil-liberties-v.union-of-india.pdf, visitado em 06/06/2017.

Ao final a Suprema Corte declarou inconstitucional a prática do governo indiano, bem como estabeleceu diversas diretrizes a serem seguidas por órgão e entidades, revelando o caso mais bem sucedido em solo indiano da utilização das sentenças estruturais, o debate foi tão intenso e profícuo que levou a elaboração da *National Food Security Act* em 2013⁷⁷, e é unânime na doutrina indiana que a decisão da Suprema Corte e principalmente o seu monitoramento nos moldes das decisões estruturais, foram fundamentais para modificar o cenário de combate a fome naquele país.

Além dessas citadas, poder-se-ia encontrar modelos de sentenças estruturais ainda na Argentina e em outros países em desenvolvimento com altos índices de desigualdades sociais. Fato é que o modelo de sentença estruturante, ou qualquer outro método voltado ao monitoramento de decisões que enfrentem violações de direitos fundamentais ante a inércia de poder público, estão em sintonia com o preconizado pelo Estado de Coisas Inconstitucional, de forma que o instituto é flexível e harmônico a aderência de outras práticas e modelos que possam contribuir com cessação das violações inconstitucionais.

Ademais os casos acima citados, revelam para além dos efeitos *inter partes* das decisões estruturantes, um alcance social e político na medida em que estas decisões fortalecem a necessidade de uma atenção há indivíduos marginalizados da sociedade, a título de exemplo, poder-se-ia tomar como exemplo o caso da ADPF 347 que será melhor trabalhada no próximo capítulo, onde a partir da análise das medidas cautelares pelo STF, e com o reconhecimento do ECI, a comunidade jurídica e política passou a contar com um forte argumento ante a necessidade de modificação do sistema.

A declaração da mais alta corte do país da situação desumana a qual se encontram os presos no Brasil, serviu de base para que os tribunais aliados ao CNJ⁷⁸ pudessem de forma mais rápida implementar as audiências de custódia no território nacional, para que os juízes sensíveis a situação de superlotação carcerária pudessem de forma republicana determinar medidas alternativas ao encarceramento em massa, para que as entidades de atenção aos grupos sob o cárcere pudessem pleitear nas instâncias inferiores melhorias nas condições de

⁷⁷ A Lei Nacional de Segurança Alimentar de 2013 é um ato do Parlamento da Índia, que visa proporcionar grãos de alimentos subsidiados para cerca de dois terços da Índia 1,2 bilhão de pessoas, fonte https://en.wikipedia.org/wiki/National_Food_Security_Act,_2013.

⁷⁸ Conselho Nacional de Justiça.

cada estabelecimento prisional de forma individualizada⁷⁹, para que o mundo jurídico pudesse alicerçar seus argumentos em prol da defesa dos direitos fundamentais nas mais variadas instâncias⁸⁰ e para que o próprio mundo político pudesse voltar sua atenção a falência do sistema prisional brasileiro.

⁷⁹ Vide o caso da cadeia pública do município de Maracaju- MS, onde através de uma ação civil publica o Tribunal de Justiça veio a reconhecer o Estado de Coisas Inconstitucional do microsistema carcerário: APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA – REJEITADA – MÉRITO – CADEIA PÚBLICA – SUPERLOTAÇÃO – OFENSA À INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL DOS PRESOS – CONFIGURADA – OMISSÃO DO PODER PÚBLICO – INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO – POSSIBILIDADE – CONSTATADA A VIOLAÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – RE N. 592.581 E ADPF N. 347 – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – ENTENDIMENTO DA SUPREMA CORTE – MULTA COMINATÓRIA – OBSERVÂNCIA A PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – VALOR E PRAZO MANTIDO – PREQUESTIONAMENTO – RECURSOS IMPROVIDOS, COM O PARECER. Em relação à legitimidade passiva do Estado, sua competência para administração da segurança pública encontra-se inculpada na Constituição Federal, em seu artigo 144. Enquanto que AGEPEN também é responsável pela administração das penitenciárias, cabendo-lhe zelar pelo bom estado dessas e proporcionar condições adequadas de uso dos estabelecimentos prisionais, sendo sua obrigação tomar as medidas necessárias para a satisfatória custódia dos presos, segundo o Decreto-Lei n. 26/79. Destarte, evidente a pertinência subjetiva da demanda. Assegura a Constituição Federal, em seu artigo 5º, o respeito à integridade física e moral do preso (inciso XLIV). O direito à integridade física protege o recluso contra tratamento degradante, desumano ou tortura. Enquanto que o direito à integridade moral importa na vedação do tratamento contrário a honra do preso ou que cause sofrimento psíquico a este. Diante da falta de segurança na cadeia pública do Município de Maracaju, superlotação, recolhimento de presos condenados, ausência de atendimento a direitos básicos previsto na Lei de Execução Penal, violação a preceitos previstos na Constituição Federal, revela-se imperiosa a intervenção do Poder Judiciário de modo a obrigar o Poder Público a realizar obras em presídios para garantir a integridade física dos presos, independentemente de dotação orçamentária, constatada violação da dignidade da pessoa humana e inobservância do mínimo existencial dos presos, em conformidade com o entendimento exarado no Recurso Extraordinário nº 592.581/RS. Verificada 50 a finalidade coercitiva da multa, qual seja de compelir o obrigado inadimplente ao cumprimento da obrigação, enfatizando o mandamento constitucional de prestação jurisdicional efetiva e célere, afiro razoável e proporcional o valor da multa nesta fase processual, considerando os bens jurídicos tutelados (integridade física e moral dos presos) bem como o prazo de 90 dias. (Processo APL 08002964920148120014 MS 0800296- 49.2014.8.12.0014 Órgão Julgador 1ª Câmara Cível Publicação 14/03/2016 Julgamento 23 de Fevereiro de 2016 Relator Des. Divoncir Schreiner Maran).

⁸⁰ Vide neste ponto a pesquisa desenvolvida pelo professor Siddharta Legale Ferreira, que formula a ideia de Estado de Coisas Inconvencional, construindo os caminhos para a suscitação de violações massivas de direitos fundamentais frente a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/26042/19681>, visitado em 06/06/2017.

IV - A ADFF 347

Passamos a partir de agora analisar o caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, onde o Supremo Tribunal Federal veio pela primeira vez em solo brasileiro reconhecer o Estado de Coisas Inconstitucional.

Conforme já exposto no primeiro capítulo o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro, em especial o concentrado, possibilita duas alternativas expressas ao enfrentamento da inconstitucionalidade por omissão, o primeiro delas a via do Mandado de Injunção, e a segunda a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Ocorre, porém que as duas vias possíveis ao enfrentamento do tema, possuem margem estreita de alocação do objeto, de forma que inviabilizam qualquer questionamento similar ao ECI.

Isto ocorre, pois tanto o MI, quando a ADIO expressamente condicionam o interesse de agir a falta de norma regulamentadora em sentido estrito, que inviabilize uma previsão constitucional. O MI através do artigo 5º, inciso LXXI da Constituição bem como do artigo 2º da Lei 13.000/2016, que com a mesma redação assim dispõem:

Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

E a ADIO de mesma maneira prescreve ser condição para o recebimento inclusive da petição inicial, a indicação quanto a norma que o legislador deixou de editar, ou ainda o ainda a providência de cunho administrativo que afronta a constituição, conforme se infere do artigo 12-B, inciso I da Lei 9.868/99:

Art. 12-B. A petição indicará:
I - a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa;

Desta forma, partindo da ótica processual em âmbito nacional, a única via possível para o enfrentamento do ECI, em sede de controle concentrado, onde a decisão possa ter efeitos *erga omnes*, seria como foi, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, tendo

em vista seu caráter residual e subsidiário⁸¹, e sua flexibilidade quanto ao objeto e causa de pedir, como esculpido no artigo 1º, da Lei 9.882/1999:

Art. 1º A arguição prevista no § 1o do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição; (Vide ADIN 2.231-8, de 2000)

Assim verifica-se que a ADPF, é o meio ainda que de forma residual, adequado para que se suscitem casos em que a própria situação institucional viole a Constituição Federal, inclusive quando houver falhas estruturais, violações de direitos fundamentais, e a resolução demandar ordens e monitoramentos singulares, como no caso do ECI.

IV.1 – A petição Inicial:

Como já mencionado anteriormente a ADPF 347, fora proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, assinada sob o comando do professor e advogado Daniel Sarmiento, que também capitaneia a Clínica UERJ Direitos, responsável por todo o substrato de estruturação e embasamento para a propositura da ação.

De forma clara e didática, a petição elenca além dos requisitos formais, para a admissibilidade de qualquer ação do controle concentrado, a situação caótica do sistema prisional brasileiro, e como o Estado de Coisas Inconstitucional, apresenta-se como uma solução eficaz ao problema, apontando inclusive os possíveis óbices ao seu reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal.

⁸¹ “Veja-se: 13.Princípio da subsidiariedade (art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99): inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão, compreendido no contexto da ordem constitucional global, como aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata. 14. A existência de processos ordinários e recursos extraordinários não deve excluir, a priori, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da feição marcadamente objetiva desta ação.” (STF. ADPF 33, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 07.12.2005.)

Na petição inicial o Arguente⁸² ainda requer que sejam conferidas medidas de natureza cautelares a fim de desde logo possa se minimizar as condições desumanas vividas no cárcere, com vistas sobretudo a principiar a implementação do ECI, e conseqüentemente da sentença estruturante, que será construída através do monitoramento do STF sobre a questão.

Foram ao todo oito pedidos cautelares, formulados na petição inicial, sendo alguns requerimentos manifestamente no sentido de o STF venha a declarar a expressa aplicação da lei vigente, com a confirmação de um sistema penal, sob o ângulo punitivo e recuperativo, como se retira dos dois primeiros pedidos:

a) Determine a todos os juízes e tribunais que, em cada caso de decretação ou manutenção de prisão provisória, motivem expressamente as razões que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

b) Reconheça a aplicabilidade imediata dos Arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Cíveis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, determinando a todos os juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão.

Logo após foram formulados os pedidos de caráter impositivos autorizadores, solicitados com o fito de que o STF, como mais alta Corte, cúpula do judiciário brasileiro, viesse a autorizar bem como determinar que o próprio poder judiciário, observasse a situação de caos do sistema prisional, a fim de que as medidas que ocasionam o próprio estado de inconstitucionalidade sejam amenizadas pelos juízes e tribunais, em especial os responsáveis pelos cumprimentos das penas:

c) Determine aos juízes e tribunais brasileiros que passem a considerar fundamentadamente o dramático quadro fático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal.

d) Reconheça que como a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica, a preservação, na medida do possível, da proporcionalidade e humanidade da sanção impõe que os juízes brasileiros apliquem, sempre que for viável, penas alternativas à prisão.

⁸² PSOL.

e) Afirme que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos do preso, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, visando assim a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção.

f) Reconheça que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abater tempo de prisão da pena a ser cumprida, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, de forma a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção.

E por fim os pedidos de cunho obrigacional, para que sejam expedidas ordens mandamentais ao CNJ⁸³ e ao poder executivo, em especial à União Federal, com requerimentos que visem viabilizar a diminuição da população carcerária, e possibilitar os investimentos através do FUPEN:

g) Determine ao Conselho Nacional de Justiça que coordene um ou mais mutirões carcerários, de modo a viabilizar a pronta revisão de todos os processos de execução penal em curso no país que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas “e” e “f” acima.

h) Imponha o imediato descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, e vede à União Federal a realização de novos contingenciamentos, até que se reconheça a superação do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

Posteriormente são trazidos os pedidos de mérito, que no caso em tela são melhor descritos como “definitivos”, tendo em vista que os cautelares também constituem análise de mérito. Nesses pedidos o Arguente formula como pretende ver elaborada a sentença estruturante através do acórdão do STF, sendo a base o Plano Nacional que visa à superação do Estado de Coisas Inconstitucional.

O Plano Nacional baseia-se no modelo colombiano mais acertado, qual seja a *Sentencia T-025*, e pretende ver construída na decisão da corte brasileira uma forma jamais vista de

⁸³ O CNJ apesar de órgão integrante do poder judiciário, é entendido como membro administrativo, que não cumula função jurisdicional, por esta razão a ordem a esse órgão não seria necessariamente vertical, como nos casos dos juízos de execuções penais, ou horizontais como com relação ao poder executivo ou legislativo, o mais certo seria dizer que estas ordens seriam transversais, e de caráter obrigacional/mandamental.

monitoramento do cumprimento do chamado plano, que em seu núcleo pretende o Arguente ver contemplado:

O Plano Nacional deverá conter propostas e metas específicas para a superação das graves violações aos direitos fundamentais dos presos em todo o país, especialmente no que toca à **(i)** redução da superlotação dos presídios; **(ii)** contenção e reversão do processo de hiperencarceramento existente no país; **(iii)** diminuição do número de presos provisórios; **(iii)** adequação das instalações e alojamentos dos estabelecimentos prisionais aos parâmetros normativos vigentes, no que tange a aspectos como espaço mínimo, lotação máxima, salubridade e condições de higiene, conforto e segurança; **(iv)** efetiva separação dos detentos de acordo com critérios como sexo, idade, situação processual e natureza do delito; **(v)** garantia de assistência material, de segurança, de alimentação adequada, de acesso à justiça, à educação, à assistência médica integral e ao trabalho digno e remunerado para os presos; **(vi)** contratação e capacitação de pessoal para as instituições prisionais; **(vii)** eliminação de tortura, de maus tratos e de aplicação de penalidades sem o devido processo legal nos estabelecimentos prisionais; **(viii)** adoção de medidas visando a propiciar o tratamento adequado para grupos vulneráveis nas prisões, como mulheres e população LGBT.

Conquanto a análise do plano esteja atrelada ao julgamento do mérito propriamente dito da ADPF 347, certo é que a apreciação dos pedidos cautelares na visão da doutrina e da própria jurisprudência já abarcou o primeiro pedido definitivo qual seja a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional⁸⁴.

A inicial ainda veio acompanhada de uma representação da Clínica UERJ Direitos , que alicerçou a formulação da petição, de parecer do professor Juarez Tavares, e diversos relatórios, auditorias, e demonstrações da situação caótica dos presídios brasileiros, em especial os relatórios do CNJ, que percorreram as 5 regiões brasileiras, catalogando e discriminando presídio por presídio. Tais dados foram e serão fundamentais para que a exemplo da *Sentencia T-025* a Corte possa tomar conhecimento do Estado de Inconstitucionalidade existente.

IV.2 – A análise das Medidas Cautelares:

No dia 9 de setembro de 2015 o Supremo Tribunal Federal através do plenário da corte analisou os pedidos cautelares contidos na presente ADPF, em observância do artigo 5º lei

⁸⁴ a) Declarar o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro. (letra ‘a’ dos pedidos definitivos.)

9.882/99. Na ocasião o Ministro Marco Aurélio, relator da ação apresentou seu extenso voto, onde buscou discorrer sobre a necessidade da declaração do ECI, bem como frisou o papel do instituto na proteção de grupos marginalizados, nas palavras do Ministro “*não se tem tema “campeão de audiência”, de agrado da opinião pública*”.

O estado de caos do sistema carcerário, apesar de notória sua falência, fora evidenciado pelo relator como sendo um lugar onde a maior parte dos indivíduos estão sujeitos a condições desumanas como superlotação⁸⁵, torturas, homicídios, violência sexual, celas insalubres, proliferação de doenças, comida também insalubre, ausência de água potável e produtos de higiene básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo há domínio dos presídios por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual.

Na apreciação cautelar buscou ainda o Supremo, analisar o cabimento da via da Arguição de Descumprimento Fundamental eleita pelo PSOL, para a declaração do ECI, nesta oportunidade o tribunal, em uma postura inovadora, mas coerente com a jurisprudência acerca do cabimento da ADPF, consignou que o enfrentamento do tema principalmente dos atos comissivos e omissivos dos poderes públicos, que ocasionam o “estado de inconstitucionalidade”, apenas poderia ser solucionado mediante uma mudança paradigmática do comportamento dos entes públicos, incluindo nessa esfera o poder judiciário⁸⁶.

Neste ponto em especial, vale ressaltar que o passo dado pelo STF, em acolher a ação, que não apenas questiona um ato normativo do poder legislativo ou executivo, mas um fato ou situação mostra-se como uma mudança de comportamento salutar, no enfrentamento do controle concentrado de inconstitucionalidade.

⁸⁵ A população carcerária, em maio de 2014, tinha 711.463 presos, incluídos 147.397 em regime domiciliar, para 357.219 vagas disponíveis. Sem levar em conta o número de presos em domicílio, o déficit é de 206.307, subindo para 354.244, se computado. A deficiência de vagas poderia ser muito pior se não fossem os 373.991 mandados de prisão sem cumprimento.

⁸⁶ Preliminar de cabimento da ação - Há relação de causa e efeito entre atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, atacados nesta ação, e o quadro de transgressão de direitos relatado. O afastamento do estado de inconstitucionalidades, conforme se pretende nesta ação, só é possível mediante mudança significativa do comportamento do Poder Público, considerados atos de natureza normativa, administrativa e judicial. P. 21 do inteiro teor do acórdão da ADPF 347 MC.

Vale mencionar ainda que nesta parte, fica claro e evidente que estar-se-ia a reconhecer o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, podendo tal afirmação ser retirada do próprio voto do Ministro Marco Aurélio, que literalmente consigna a necessidade de uma mudança significativa com vistas a sanar o “estado de inconstitucionalidades”⁸⁷.

Passando a verificação dos direitos fundamentais violados, como já dito anteriormente, pressuposto básico para o reconhecimento do ECI, o Ministro relator aponta quais desses direitos estariam sendo suprimidos, tendo em vista as situações de penúria já elencadas acima:

Diante de tais relatos, a conclusão deve ser única: no sistema prisional brasileiro, ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica.

Neste mesmo sentido, conquanto estivéssemos diante de um estado de coisas inconstitucional, seria necessário o apontamento dos ditos dispositivos ou preceitos constitucionais que naquele momento estariam em confronto com a realidade dos presídios brasileiros, sendo apontado pelo relator o artigo 1º, inciso III, o artigo 5º, incisos III, XLVII, alínea “e”, XLVIII, XLIX, LXXIV e o artigo 6º, todos da Constituição Federal de 1988⁸⁸, dentre outros pertinentes a legislação infraconstitucional, mas que de igual forma contrariam o estado do sistema carcerário.

Sobre a análise do pressuposto omissão, o acórdão relembrou a trágica realidade dos atores públicos responsáveis, em especial a do executivo, que permanece a desrespeitar direitos fundamentais esculpidos na constituição, e de igual maneira regulamentados por algum novel legal. Ademais ficou consignado como já notório, o fracasso das políticas

⁸⁷ O Ministro ainda explicita estar-se diante de um ECI, quando: “Todavia, as dificuldades em se definir o alcance maior do termo não impedem, tendo em conta o quadro relatado, seja consignada uma zona de certeza positiva: o sistema carcerário brasileiro enquadra-se na denominação de “estado de coisas inconstitucional””. P. 30 Acórdão ADPF 347 MC. Op. cit.

⁸⁸ Nesse contexto, diversos dispositivos, contendo normas nucleares do programa objetivo de direitos fundamentais da Constituição Federal, são ofendidos: o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III); a proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante de seres humanos (artigo 5º, inciso III); a vedação da aplicação de penas cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”); o dever estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º, inciso XLVIII); a segurança dos presos à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX); e os direitos à saúde, educação, alimentação, trabalho, previdência e assistência social (artigo 6º) e à assistência judiciária (artigo 5º, inciso LXXIV). P. 25 Acórdão ADPF 347 MC, op. cit.

públicas, legislativas e orçamentárias, havendo nas palavras do relator “defeito generalizado e estrutural de políticas públicas”, sem perspectivas de melhoras.

Ainda sobre a omissão dos três poderes, lembrou o relator o papel crucial do judiciário, que também contribui para a falha estrutural, tendo em vista o alto índice de presos provisórios, como apontado pela Clínica UERJ Direitos, número que corresponde a quase 40% do total de indivíduos postos ao cárcere, podendo se inferir a existência de uma cultura do encarceramento. Ou seja, tem-se na verdade uma falha estatal estrutural como realçou o ministro:

A responsabilidade do Poder Público é sistêmica, revelado amplo espectro de deficiência nas ações estatais. Tem-se a denominada “falha estatal estrutural”. As leis existentes, porque não observadas, deixam de conduzir à proteção aos direitos fundamentais dos presos. Executivo e Legislativo, titulares do condomínio legislativo sobre as matérias relacionadas, não se comunicam. As políticas públicas em vigor mostram-se incapazes de reverter o quadro de inconstitucionalidades. O Judiciário, ao implementar número excessivo de prisões provisórias, coloca em prática a “cultura do encarceramento”, que, repita-se, agravou a superlotação carcerária e não diminuiu a insegurança social nas cidades e zonas rurais.

Por fim, veio o tribunal ancorado nas lições do professor César Garavito⁸⁹, a estabelecer o seu papel como “coordenador institucional”, produzindo um “efeito desbloqueador”, não necessariamente atuando como um “elaborador” de políticas públicas, mas sim cumprindo o papel institucional acima citado. Neste sentido restaram acolhidos apenas dois dos oito pedidos de natureza cautelar.

O primeiro deles fora o pedido de determinação de reconhecimento da eficácia do Pacto de São José da Costa Rica no que diz respeito as audiências de custódia, contido no item “b”⁹⁰ dos pedidos cautelares, nesta ocasião apesar dos debates os ministros acompanharam o relator por unanimidade, ao entenderem que a Convenção Interamericana de Direitos Humanos possui caráter supralegal ao ser incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, em especial por se tratar de proteção aos direitos humanos.

⁸⁹ RODRÍGUEZ GRAVITO, César; FRANCO, Diana Rodríguez. Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: De justicia, 2010, p. 39.

⁹⁰ b) Reconheça a aplicabilidade imediata dos Arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, determinando a todos os juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão.

O segundo pedido deferido fora o “h”⁹¹, requerendo que houvesse a determinação para que a União descontingenciasse o Fundo Penitenciário Nacional- FUNPEN, este pedido também fora acompanhado pela unanimidade do tribunal.

Outra determinação constante do julgamento das medidas cautelares da ADPF 347, consistiu na determinação de ofício proposta pelo Ministro Luiz Roberto Barroso, de que a União e os Estados apresentassem os dados necessários sobre as situações de cada sistema prisional. Neste ponto ao que nos parece houve uma interpretação equivocada do tribunal acerca do pedido definitivo de apresentação de um Plano Nacional. Isto porque em seu voto o Ministro Barroso faz expressa referencia a esse pedido de apresentação do Plano, e em sua visão o deferimento do solicitado, estaria diretamente vinculado ao pedido cautelar de descontingenciamento do FUPEN, pois após a apresentação do plano encontraríamos as saídas para utilização dos valores, que outrora se encontravam contingenciados, mas após intensas discussões e principalmente por contrariedade do relator, a determinação *ex officio* fora modificada para que se ordenasse apenas a apresentação de informações em especial pelo Estado de São Paulo, que até o momento era o único a não alimentar um sistema de informações nacional.

Com relação aos demais pedidos, a de se frisar que o relator Ministro Marco Aurélio havia deferido os itens “a”⁹², que tratava da necessidade de os juízes motivarem a falta de medidas cautelares no caso de prisões provisórias, “c”⁹³ que buscava a determinação de observância do estado dramático pelos juízes na aplicação da pena e “d”⁹⁴ para que os juízes estabelecessem quando possível pena alternativas a prisão, contudo apesar de ser acompanhado por outros ministros, não se chegou a formar a maioria necessária.

⁹¹ h) Imponha o imediato descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, e vede à União Federal a realização de novos contingenciamentos, até que se reconheça a superação do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

⁹² a) Determine a todos os juízes e tribunais que, em cada caso de decretação ou manutenção de prisão provisória, motivem expressamente as razões que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

⁹³ c) aos juízes e tribunais – que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de implemento de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal;

⁹⁴ 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;

Assim a conclusão que se pode alcançar com o fim do julgamento das medidas cautelares contidas na ADPF 347, são a de que: 1- o tribunal de fato veio a reconhecer o Estado de Coisas Inconstitucional em solo brasileiro especificamente com relação ao sistema prisional nacional; 2- houve o reconhecimento expresso pelo voto de vários ministros que estaríamos diante de um litígio estrutural, a ensejar uma legitimação do poder judiciário no enfrentamento das omissões e comissões inconstitucionais; 3- com a análise das cautelares, e principalmente com o pedido de informações deferido de ofício por sugestão do Ministro Barroso, começou a se instaurar no Tribunal um embrião de sentença estruturante; 4- o tribunal ainda comedido e por desconhecer a experiência colombiana reservou-se a analisar os demais pedidos quando do julgamento do mérito da ADPF, - a nosso ver, sem entender que a própria análise cautelar, já prescindia o enfrentamento do ECI, e por fim 5- o Tribunal se mostrou favorável tanto a elaboração de um plano de superação do ECI no sistema carcerário, quanto ao monitoramento pela própria corte do cumprimento desse plano que se dará quando do julgamento do mérito propriamente dito, nos moldes da *Sentencia T-025*.

V – DEFENDENDO O ECI COMO ALTERNATIVA ÀS VIOLAÇÕES MASSIVAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Passamos agora analisar sistematicamente os possíveis óbices ao reconhecimento do ECI, bem como as críticas apresentadas pela doutrina e pela própria jurisprudência em relação ao instituto e sua aplicação no direito brasileiro, com o objetivo de afastando-as, no capítulo posterior e final propor novas hipóteses de aplicação do instituto em solo pátrio.

Boas críticas já foram apontadas pela doutrina colombiana, desde o caso dos professores até o caso do deslocados, certo é que a postura ativista - ou como preferimos abordar progressista - de cortes constitucionais, sempre suscitará que os mais conservadores apontem barreiras e precauções a serem adotadas no momento da tomada de decisões deste nicho.

Com relação ao ECI, os principais bloqueios que se apresentam são a tênue linha a ser enfrentada em relação a separação dos poderes, em especial quando em casos como no Brasil tal encontra-se como preceito fundamental e cláusula pétrea do sistema constitucional, há ainda a falta de expertise do poder judiciário para o acolhimento, proposição e monitoramento de políticas públicas, principalmente quando a realização de tais políticas encontram-se vinculadas ao orçamento manejado pelo poder executivo, bem como é possível se apresentar como obstrução a possibilidade do uso indiscriminado do ECI, podendo ser suscitado por qualquer juiz ou tribunal, em qualquer tipo de ação, sempre que tivermos uma situação que na visão do peticionante viole a constituição.

Acerca das críticas apontadas pela doutrina diversas são as personalidades que ponderaram o reconhecimento do ECI, apresentando algum ponto de discordância com a postura adotada pelo STF, como Fernanda Ravazzano⁹⁵, Rubens Glezer e Eloísa Machado⁹⁶, Lucas Pessôa Moreira⁹⁷, e em especial os que trataremos adiante como o professor Lenio

⁹⁵ O Estado de Coisas Inconstitucional e a incoerência do STF, em <https://canalcienciascriminais.com.br/o-estado-de-coisas-inconstitucional-e-a-incoerencia-do-stf/>, visitado em 14/05/2017.

⁹⁶ Decide, mas não muda: STF e o Estado de Coisas Inconstitucional, Rubens Glezer e Eloísa Machado, em <https://jota.info/artigos/decide-mas-nao-muda-stf-e-o-estado-de-coisas-inconstitucional-09092015>, visitado em 14/05/2017.

⁹⁷ MOREIRA, Lucas Pessoa, O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E SEUS PERIGOS, consultado de apesp.org.br.

Streck⁹⁸ através de sua coluna no Consultor Jurídico, o professor José Ribas em parceria com Rafael Bezerra para o Jota⁹⁹ e por fim os professores Raffaele de Giorgi, José Eduardo Faria e Celso Campilongo em artigo para o Estadão¹⁰⁰.

Todas as críticas acima apontadas revelam a preocupação com a postura ativista/progressista esculpida pelo julgamento da ADPF 347 ainda que em sede de cautelares, todos os críticos também são unânimes em apontar que o sistema carcerário brasileiro encontra-se a beira da falência e que a realidade vivenciada pelos detentos e detentas, destoa de qualquer padrão mínimo de dignidade, exposta pela Constituição Federal.

Desta forma passaremos a abordar em subtítulos cada possível objeção apontada, a fim de se viabilizar o Estado de Coisas Inconstitucional como alternativa às violações massivas de direitos fundamentais.

V.1 – O Progressismo Judicial:

Muitos dos críticos ao ECI, e até o próprio autor da ADPF alicerçado na representação da Clínica UERJ Direitos, apontam que o reconhecimento e a superação do ECI, demandam uma posição ativista da corte constitucional, e que ao tomar essa posição ativista a corte estaria sufragando outros poderes constituídos, a relação com a separação de poderes será trabalhada no tópico seguinte, neste pretendemos defender a atitude progressista da corte constitucional, principalmente frente às violações massivas de direitos fundamentais.

O professor Lenio Streck, ferrenho crítico ao ativismo judicial, em sua coluna semanal do site Consultor Jurídico (CONJUR), ao tecer seus comentários sobre o ECI no julgamento cautelar da ADPF 347, sintetizou muito bem a principal obstrução que os críticos do ativismo judicial pretendem sobrepor ao dizer que “*Sabemos que, em uma democracia, quem faz*

⁹⁸ Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo, Lenio Luiz Streck, em Lenio Luiz Streck www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo, visitado em 14/05/2017.

⁹⁹ Estado de Coisas Fora do Lugar (?), José Ribas Vieira e Rafael Bezerra, em <https://jota.info/artigos/estado-de-coisas-fora-lugar-05102015>, visitado em 14/05/2017.

¹⁰⁰ Estado de Coisas Inconstitucional, em <http://opinio.estadao.com.br/noticias/geral.estado-de-coisas-inconstitucional,1000000043>, visitado em 14/05/2017.

escolhas é o Executivo, eleito para fazer políticas públicas. Judiciário não escolhe.”¹⁰¹ É justamente esse argumento que pretendemos adiante desconstruir.

Antes cumpre-nos consignar o porquê da utilização do termo progressista e não ativista. Na página 30 deste trabalho abordei em uma nota de rodapé que não utilizaríamos ou evitaríamos utilizar ao máximo a palavra ativismo, pois a nosso ver o termo traz consigo uma conotação depreciativa à postura do judiciário.

Não há na verdade um tribunal ativo, no sentido de atuação *ex officio*, ou ainda um tribunal que toma para si deliberadamente as funções de outros poderes. Há sim, em especial no ECI, um tribunal atendo as demandas sociais, e a realidade dos demais poderes, que em casos especiais atua em prol de um preceito constitucional em detrimento de outro ou ainda em detrimento de princípios teóricos concebidos tradicionalmente.

Essa atenção as demandas sociais, se faz presente sobretudo no Brasil, marcado pela desigualdade social, onde um tribunal fora encarregado pelo próprio constituinte como guardião do texto maior, razão pela qual entendemos que esse tipo postura, descreve muito mais uma atitude progressista, no sentido antônimo de conservador, do que propriamente um ativismo judicial de interferência desarmônica nos outros poderes.

Mas o que seria ativismo? O professor Carlos Alexandre conceitua o ativismo judicial em sua obra *Dimensões do Ativismo Judicial* como:

“o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos que a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias.”

O que o professor Carlos Alexandre busca defender é justamente a ideia de que não necessariamente o papel ativista de uma corte é algo que deva ser evitado, pois na maioria das vezes o que se classifica como decisões ativistas, encontram-se no campo das decisões contra

¹⁰¹ Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo, Lenio Luiz Streck, Op. cit.

majoritárias¹⁰², onde as violações de direitos, sem a intervenção judicial dificilmente cessariam de forma voluntária.

Assim a atuação da corte frente ao Estado de Coisas Inconstitucional, não pode ser classificada como ilegítima, principalmente porque a atuação progressista neste instituto, diferente do que defendem alguns autores, não busca ou tenta fazer valer a supremacia judicial, pelo contrario, o ECI pressupõe uma atuação ativista estrutural, com diálogos institucionais intensos e profícuos, tanto na fase inicial, quanto na consecução das medidas necessárias a sanar o ECI.

Como já dito, o ECI embora seja reconhecido e monitorado pelo judiciário, contará com a participação do poder executivo, do poder legislativo, do próprio judiciário, bem como das demais entidades da sociedade civil, que estejam dispostas a patrocinar uma saída às violações massivas de direitos fundamentais.

Portanto, o que temos no ECI são decisões progressistas legítimas, ante a completa omissão estatal, que buscam com o auxílio institucional externo, superar a realidade dos direitos fundamentais violados de determinados grupos, razão pela qual em nossa opinião não haveria óbice a este tipo de postura progressista da corte com base nas críticas tradicionais que são feitas as demais decisões ativistas.

Ademais, os críticos do ECI geralmente estão embasados na ideia do *rule of the clear mistake* ou regra do erro manifesto, formulado por James B. Tayer¹⁰³. A teoria taayeriana diz que apenas caberia ao poder judiciário a declaração de nulidade de normas com erros grotescos e manifestos, fora isto a técnica legislativa apenas caberia ao parlamento. Ocorre que essa visão apesar de ultrapassada frente as variáveis tantas que impõe o mundo moderno, pode sem muito esforço alocar o ECI, tendo em vista que no presente instituto, temos uma omissão tão grave do legislador, e da mesma forma tão manifesta, que ao poder judiciário não

¹⁰² “[...] É preciso não desconsiderar a função contra majoritária que cabe ao Supremo Tribunal Federal exercer no Estado democrático de Direito e que legitima, precipuamente, a proteção das minorias e dos grupos vulneráveis, sob pena de comprometimento do próprio coeficiente de legitimidade democrática das ações estatais.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 397 MC/DF. Rel Min Marco Aurélio. Data de publicação no DJE e no DOU: 14/09/2015. Info 798. Disponível em: > Acesso em: 30 de maio de 2017.

¹⁰³ THAYER, James Bradley. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. Harvard Law Review Vol. 7 (3) 1893, p. 129-156.

caberia apenas a deferência de costume, mas sim uma postura que buscasse anular não a lei como defendida por Tayer, mas a situação manifestamente contrária a constituição.

Outro autor de grande peso entre aqueles que buscam retirar a legitimidade para o conhecimento do ECI, é o professor Jeremy Waldron¹⁰⁴ que defendeu uma ideia de valor fundamental conferido a atividade democrática outorgada ao legislador, onde apenas este poderia decidir sobre os embates entre direitos e princípios, pois na visão do professor, o legislativo é “*formado e elaborado de modo que se dê igual peso às preferências e opiniões de todos*”, e que decisões tirânicas podem ser tomadas tanto por legisladores quanto por cortes, razão pela qual aquele que detêm a vontade popular é o mais acertado para tanto. Novamente, o argumento é facilmente desconstruído dando azo ao progressismo, pelo simples fato dos novos arranjos institucionais, conferidos nos parlamentos modernos, em especial nos países de fortes desigualdades e de prematura democracia.

Ora, caso o fundamento fosse levado a cabo, dificilmente teríamos preservados os direitos de minorias, tanto em países desenvolvidos como nos mais pobres, haja vista a conformação política de acolhimento das vontades majoritárias. A defesa da tese de Waldron, pressupõe necessariamente um parlamento amplamente plural e receptivo, o que não acontece na maioria dos países, e muito menos nos locais onde há necessária interferência do judiciário em prol da diminuição da desigualdade – Sul Global –, a ideia do autor, quando cotejada com a realidade desses países, apresenta-se diametralmente contrária aos direitos de minorias, que como sabido já são diuturnamente violados.

Ou seja, ainda que a preocupação dos críticos às decisões progressistas tenham bons fundamentos, ainda sim, em um cenário de caos estrutural, as teses tradicionalmente concebidas, clamam por flexibilização a fim de que a falha não seja perpétua, e de que os atores envolvidos no estado inconstitucional possam visualizar algum tipo de saída, ainda que por vias oblíquas, mas legítimas.

V.2 – A Separação de Poderes:

¹⁰⁴ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. Yale Law Journal Vol. 115, (6), 2006, p 1.348.

Outra forma objeção ao conhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional e as decisões progressistas de uma forma geral, é a tênue linha de separação entre poder executivo, legislativo e judiciário, ainda mais na configuração democrática-institucional brasileira, que outorga funções típicas e atípicas aos poderes, de forma que a harmonia prescrita pelo artigo 2º da Constituição muitas vezes fica prejudicada.

Um dos alicerces para a defesa da barreira criada pela separação de poderes às decisões progressistas, e ao ECI, é sem dúvida a lição do professor Adrian Vernule, que a muito tempo vem se preocupando com as capacidades institucionais no direito norte-americano¹⁰⁵. Vernule defende a alternativa de uma justificativa institucional empírica, em favor da autorestrição judicial, pois como juízes são falíveis e não compreendem os diversos efeitos indesejados de seus erros, interpretações ambiciosas devem ser evitadas¹⁰⁶. Ou seja, na visão do professor o Legislativo teria melhor capacidade institucional do que as cortes judiciais.

Para os autores críticos os legisladores estariam em posições melhores, do ponto de vista institucional, para interpretar as mudanças da sociedade, sendo por isso mais legitimados para dizer o significado da constituição. A tese de Vernule concentra-se principalmente nos casos ambíguos, onde para o autor o juiz deve atuar com modéstia e sem ambição, conferindo ao legislador a interpretação constitucional, pois este estaria institucionalmente mais capacitado e com uma melhor visão dos efeitos das decisões, pois toda análise que permeie a constituição estará envolta de questão para além do mundo jurídico, podendo abarcar fatores sociais e econômicos.

Ocorre que a crítica à separação de poderes tradicionalmente concebida, encontra obstáculo em um cenário de falhas estruturais, que conformam a base para a existência do ECI, não é possível deixar a cargo única e exclusivamente do legislador ordinário a solução para um problema que o próprio vem causando. Ora é a própria omissão inclusive do legislador na promoção de políticas públicas que ocasionam o estado de caos vivenciado pelo ECI.

¹⁰⁵ VERNULE, Adrian. Judicial Review and Institutional Choice. William and Mary Law Review Vol. 43 (4), 2002, p. 1.557-1.558.

¹⁰⁶ VERNULE, Adrian. Juddgind under Uncertainty. Na Institutional Theory os Legal Interpretation. Citado por CAMPOS, Alexandre de Azevedo, Estado de Coisas Inconstitucional, Op. cit. p. 237.

Os professores Garavito e Diana Rodriguez defendem que o ECI, ou de uma forma geral as sentenças estruturantes possuem um “efeito desbloqueador”¹⁰⁷, em face da falta da capacidade institucional da corte, o que possibilitaria sua atuação nestes casos excepcionais. Bem como o modelo de decisão estruturante ultrapassa qualquer limite pré-estabelecido às funções jurisdicionais, ao passo que atribuí a competência para a solução do estado inconstitucional, a todos os poderes e a uma gama de órgãos e organizações que junto com o poder judiciário, podem vir a solucionar o estado de caos.

E esse é sem dúvida o principal argumento a pôr por terra qualquer objeção de ordem institucional frente a separação de poderes com relação ao Estado de Coisas Inconstitucional. Por quanto o argumento as vezes se sustente nos demais casos de atuação progressista das cortes constitucionais, com relação ao ECI o mesmo não se verifica, a chamada a participação institucional plural e democrática que demanda uma decisão estruturante, condiciona a participação dos poderes políticos, eleitos e não eleitos, sob o forte monitoramento do poder judiciário, ademais a intensa participação externa verificada no ECI, não apenas traz mais legitimidade ao processo, como também confere a decisão a capacidade institucional para que se possa enxergar as possíveis consequências do julgamento.

V.3 – A Falta de Expertise:

Outro ponto defendido com veemência entre os autores que se posicionaram receosos à utilização do ECI pelo Supremo Tribunal Federal, é acerca da baixa capacidade do poder judiciário na expertise de promoção e monitoramento de políticas públicas, tendo em vista ser esta atividade precípua do poder Executivo.

Essa possível objeção tem estrita ligação com a própria separação de poderes, bem como uma visão tradicional do modelo judicante desempenhado pela corte constitucional. Visto que a *priori* a expertise necessária à edição, consecução e formulação de políticas públicas, dependem sobremaneira de meios adequados, gente especializada, e condições financeiras, e ainda que o modelo tradicional de participação do judiciário na sociedade se dá através de decisões impositivas, antidialógicas e de cumprimento forçado.

¹⁰⁷RODRIGUEZ GARAVITO, César; RODRIGUEZ FRANCO, Diana. Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado em Colombia. Op. Cit. Os professores tratam do tema ao comentarem a Sentencia de Tutela n° 025, conhecida como o *caso dos desplazados*.

Ocorre, porém que o óbice da falta de expertise, tem sido contornado através da proposta de sentença estrutural necessária ao ECI, bem como os demais atores tanto da classe política quanto da sociedade civil são chamados à construção das referidas políticas públicas com vistas a suprir a falta de perícia do judiciário em tal campo.

A resposta a presente barreira, vem, sobretudo da Corte Constitucional Colombiana através da *Sentencia de Tutela nº 025*, o conhecido caso dos *desplazados*. Quando naquela oportunidade após uma série de decisões sem eficácia a Corte Colombiana veio a assentar as premissas fundamentais para o reconhecimento e superação do ECI, sobretudo ao dialogar acerca da sentença estruturante, que na visão da corte apresenta-se como condição *sine qua non* para a concretude das decisões emanadas referentes ao ECI.

Conquanto a decisão do STF tenha dado um passo largo em prol da superação do caos do sistema carcerário, ao reconhecer o Estado de Coisas Inconstitucional, temos neste ponto que concordar com os críticos do ECI, que a dita decisão cautelar deixou e muito a desejar, na superação do obstáculo da “falta de expertise” com a proposição de uma sentença estruturante.

Isto por que como bem ressaltado pelos autores José Ribas Vieira e Rafael Bezerra ao tecerem uma análise entre a Sentença T-025 e a ADPF 347, intitulando a análise de ESTADO DE COISAS FORA DO LUGAR¹⁰⁸, a decisão cautelar na ADPF 347, distanciou-se e muito do pretendido pelo arguente, mantendo-se ainda pouco progressista e deixando de exercer o necessário “ativismo dialógico”, bem como também distanciou-se do modelo de enfrentamento estrutural, esculpido pela corte constitucional colombiana.

Quando do julgamento da *Sentencia T-025* a Corte, evidenciou a necessidade de um aprimoramento da técnica decisória vinculada ao ECI, sendo que naquela oportunidade criou-se o que ficou conhecido como Comissão de Seguimento, que ficou responsável pelo monitoramento das diversas decisões proferidas pela corte, bem como das políticas que foram promovidas em virtude do reconhecimento do ECI.

¹⁰⁸ BEZERRA, Rafael e VIEIRA, José Ribas (autores) LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta (Coord.). Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional. Belo Horizonte: Fórum, 2016. 250 p.203-222.

Como ressaltado pelos professores e Rodríguez Garavito e Rodríguez Franco, a Comissão foi fundamental para a superação da falta de expertise da corte, bem como para a real superação do ECI, e conseqüentemente para eficácia da decisão que reconheceu o estado de caos.

Enquanto isto no Brasil, como já dito, dos oito pedidos cautelares apenas dois foram atendidos, o reconhecimento da necessidade de apresentação do preso à autoridade judiciária em tempo hábil (Audiência de Custódia) e o descontingenciamento do Fundo Penitenciário (FUNPEN). O monitoramento permaneceu com o relator e conseqüentemente com o Supremo, apesar de haver a delegação ao CNJ da implementação e acompanhamento das audiências de custódia.

Isso tem feito com que a decisão cautelar tenha pouca eficácia, tanto o é, que a Associação Nacional dos Defensores Públicos, apesar de já ter peticionado na ADPF 347, necessitou ajuizar a reclamação de nº 23.872 aduzindo o descumprimento contumaz acerca da implementação da audiência de custódia¹⁰⁹. No mesmo sentido o Governo Federal com vistas a providenciar o descontingenciamento do FUPEN, editou a MP 775/2016 prorrogada pela MP 781/2017, contudo as referidas Medidas Provisórias apresentaram-se como drible a decisão do STF, ao passo que além de descontingenciar o FUNPEN, não apenas alocaram os valores na melhoria dos presídios, mas também dispensaram boa parte do fundo para questões de segurança pública alheias a questão carcerária.

Por fim, ainda que haja argumentos em prol da barreira da “falta de expertise” do poder judiciário a limitar o uso do ECI, entendemos que de forma alguma tais óbices podem ser levados adiante no conhecimento do instituto, isto porque embora a prematura decisão do STF na ADPF 347, tenha se distanciado do prenúncio da *Sentencia T-025*, certo é que a ADPF terá um longo caminho a percorrer no Supremo, de forma que ancorado na experiência colombiana, acreditamos que o STF virá a complementar, a decisão acerca do ECI, quando do julgamento do mérito da ADPF, até por que no julgamento de mérito é que se contém o Plano

¹⁰⁹ A referida Reclamação, de relatoria do ministro Dias Toffoli, teve seu seguimento negado em 19 de maio de 2016, ficando, por consequência, prejudicado o pedido liminar, nos termos do art. 21,§1º, do RISTF. A íntegra da Reclamação (Rcl) nº 23.872 e do voto do ministro relator Dias Toffoli encontram-se disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4974808>>. Acesso em: 30 de maio de 2017.

Nacional qual visa reestruturar o sistema carcerário brasileiro, consagrando o julgamento como um modal de sentença estruturante a ser aplicado em solo pátrio.

E ainda que não o faça a experiência colombiana, rechaçou a barreira da capacidade técnica na proposição de políticas públicas, ao promulgar a necessidade de uma análise dialógica, entre os poderes Executivo, Legislativo e o Judiciário no enfrentamento do Estado de Coisas Inconstitucional, de forma que nesse modelo todos se complementam a fim de superar as violações massivas de direitos fundamentais.

V.4 – O Uso Indiscriminado do ECI:

Outra preocupação que atormenta aqueles que se dispuseram a analisar o Estado de Coisas Inconstitucional, e de forma especial sua recente aplicação na ADPF 347, foi o fato da possível utilização indiscriminada do instituto, a gerar um cenário onde tanto a simples falta de luz em frente a minha casa, quanto a situação de superlotação do sistema carcerário podem ser evidenciados como Estado de Coisas Inconstitucional.

Ocorre que as premissas utilizadas pelos críticos, já foram superadas pela experiência colombiana, bem como foram realçadas pelo autor da ADPF 347 no momento do ajuizamento, através da proposição de pressupostos de aplicação do instituto, pressupostos estes que já foram elencados neste trabalho no item III do capítulo III, de forma que buscaremos apenas relembra-los, a fim de que se possa ultrapassar a barreira do possível uso retórico do ECI, como defendido por Lenio Streck¹¹⁰.

De uma forma geral os requisitos são: 1- violações massivas e generalizadas de direitos fundamentais à afetar um número significativo de pessoas, 2- a prolongada omissão das

¹¹⁰ O Autor ao trata de seu temor no uso retórico do ECI: O uso retórico do ECI -Além disso, tudo o que já foi referido acima demonstra que o ECI acarreta o risco (também) de ser utilizado para fins retóricos. Explico: não seria necessário lançar mão desse “argumento de teoria colombiana” para tratar do que a legislação processual penal brasileira já prevê. Ora, na especificidade da questão penitenciária, o Poder Legislativo estabeleceu exigências para o uso republicano e destinação dos fundos penitenciários a cargo da administração judicial e do Departamento Penitenciário Nacional. São, portanto, exigências legais, estabelecidas pelo Poder Legislativo. E não pelo Poder Judiciário. Além do mais o Fundo Penitenciário Nacional, gerido pelo Departamento Penitenciário Nacional, foi criado por Lei Complementar (LC 79/94 e regulamentada pelo Decreto 1093/94). Em resumo, com a aceitação da tese da ECI fica cada vez mais difícil fazer a comunidade jurídica entender porque existe uma crise no direito e na sua operacionalidade no Brasil. Consultado em <http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo> visitado em 30 de maio de 2017.

autoridades na garantia desses direitos; 3- a adoção de práticas inconstitucionais na manutenção da violação; 4 – a não expedição de medidas legislativas necessárias para evitar a violação; 5- a existência de um problema social cuja a solução, necessite da intervenção de varias entidades, trabalhando de forma coordenada e complexa; 6 – se a judicialização individual das violações, seria capaz de congestionar ainda mais o judiciário. Além dos outros dois que propusemos: 1- o uso do ECI apenas no controle concentrado, ou nas ações de interesse difuso e 2- que o pedido de declaração do ECI venha acompanhado de um estudo empírico da situação de caos.

O respeito a tais pressupostos dificilmente fará com que haja o uso indiscriminado do instituto, reservando-o para casos excepcionais que demandem a tutela jurisdicional para a superação das violações a direitos fundamentais.

Acerca ainda do uso indiscriminado, e de sua relevância para a eficácia do ECI, a de se ressaltar que após a decisão cautelar da ADPF 347, fora apresentado o Projeto de Lei nº 736, que visa justamente regulamentar a aplicação do ECI em solo pátrio, do qual teceremos adiante brevíssimos comentários.

V.4.1– Projeto de Lei 736/2015:

O projeto de lei apresentado pelo senador Antonio Carlos Valadares, protocolado logo após a análise pelo STF das medidas cautelares na ADPF 347 e, por conseguinte após o reconhecimento do ECI, esteve preocupado com a popularização do instituto, bem como com o seu reconhecimento de forma indiscriminada.

Por quanto o projeto se apresente como uma regulamentação a taxar os parâmetros necessários ao ECI, o real motivo ficou expresso na justificativa do referido projeto:

Embora louvável a decisão de reconhecer o estado de coisas inconstitucional de nosso sistema penitenciário, provocando as esferas do poder público à ação, entendemos ser bastante preocupante a determinação de afastamento do princípio da separação de Poderes, cláusula imodificável de nossa Constituição, na decisão, especialmente quando combinada com a desconsideração do princípio da reserva do financeiramente possível. Parece questionável a consolidação dessa corrente jurisprudencial fundada no conceito do “estado de coisas inconstitucional”.

Como delimitado pela justificativa do presente projeto de lei, o que se pretende é evitar ao máximo a postura progressista de reconhecimento do ECI, principalmente por que no entender do autor, tal instituto adentra a esfera de competência do poder legislativo colocando em risco a separação de poderes.

Discordamos totalmente da premissa adotada pelo autor do projeto, primeiro por que como já dito o judiciário apenas atuará quando os demais poderes se omitirem, de tal forma que ponha em risco os direitos fundamentais mais básicos de grupos vulneráveis da sociedade, segundo por que o ECI, não dispensa a atividade legiferante e executiva, pelo contrário pressupõe a atuação conjunta de todos os atores políticos ou não, na construção de uma saída ao quadro de violações massivas aos direitos fundamentais.

Ademais, o teor do projeto se aprovado sem alterações dificultará sobremaneira o reconhecimento do ECI, tanto pelo Supremo quanto pelos juízes de instâncias inferiores. Primeiro por que a primeira vista o projeto pretende concentrar o reconhecimento do ECI no STF, e apenas no STF, como se verifica em seu artigo 2º que pretende alterar a Lei nº 9.882/99¹¹¹, para acrescentar dentre outros os artigos 9-A, B, C e D bem como alterar o artigo 10 da mesma lei.

Segundo por que o dito projeto busca estabelecer critérios para o reconhecimento do ECI, sendo o ultimo deles a pá de cal em qualquer possibilidade de suscitação do ECI, conforme se infere da proposição de artigo 9-A:

“Art. 9º-A. O Supremo Tribunal Federal poderá reconhecer o estado de coisas inconstitucional como fundamento para o deferimento de pedido de medida liminar ou para a decisão definitiva de mérito na arguição de descumprimento de preceito fundamental, caso verificados, cumulativamente, os seguintes pressupostos:

I – constatação de um quadro de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, perpetrada pelo Estado, por ação ou omissão, que afete número significativo de pessoas e impeça a preservação do mínimo intangível assegurador da dignidade humana;

II – falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e judiciais, que gere a violação sistemática dos direitos, a perpetuação ou o agravamento dessa situação;

III – previsão expressa, no texto constitucional, de políticas públicas que necessitem de concretização.”

¹¹¹ Lei da ADPF, legislação que regulamenta o procedimento a ser adotado para o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

O inciso III da referida proposição legislativa, busca inserir como critério para o reconhecimento do ECI, a necessidade de previsão constitucional expressa acerca de uma política pública ainda não efetivada, ocorre que como já amplamente demonstrado os casos em que se suscita o ECI, são casos esquecidos pelo legislador ordinário, quem dirá pelo constituinte, que visa alocar no texto maior apenas a base fundamental da república.

Estipular como requisito a “previsão expressa no texto constitucional de políticas públicas” beira o absurdo, pois o que se busca no ECI é justamente a concretização de direitos fundamentais já previstos expressamente na constituição, mas que são a todo o momento esquecidos pelos poderes políticos nas consecuições de políticas públicas. Ora o que se busca no ECI, não é a concretização de políticas públicas, o que se busca é própria proposição de políticas públicas.

E o texto do projeto pretende ainda em sua segunda parte regulamentar a forma de superação do ECI. Calcado possivelmente na experiência colombiana através da *Sentencia T-025*, onde se propôs um plano de saída do quadro de caos, através da *Comissão de Seguimento*, bem como da proposta de julgamento de mérito da ADPF 347 através de um Plano Nacional, pretende o PL 736/2015 que após o reconhecimento do ECI seja celebrado um “compromisso significativo”, como se infere:

“Art. 9º-B. Reconhecido o estado de coisas inconstitucional, nos termos do art. 9º-A, o Supremo Tribunal Federal determinará a celebração de compromisso significativo entre o Poder Público e os segmentos populacionais afetados pela ação ou omissão, com o intuito de tornar efetivo o preceito fundamental, ponderados os princípios e normas constitucionais envolvidos.

Parágrafo único. O compromisso significativo consiste em constante intercâmbio entre os segmentos populacionais afetados e o Estado, em que as partes tentam celebrar acordo para a formulação e implementação de programas socioeconômicos que visem a afastar a violação ao preceito fundamental detectada.”

Embora a *priori* o texto pareça nos apresentar uma saída dialógica, eficaz e preocupada com os direitos fundamentais, o artigo 9-C não deixa dúvidas que o que se pretende é restringir a atuação progressista do judiciário, sobretudo na interferência das sociais e no manejo do orçamento estatal:

“Art. 9º-C. O compromisso significativo, de que trata o art. 9º-B, observará as seguintes diretrizes, para que seja considerado válido e eficaz:

I – observância ao princípio da independência e harmonia dos Poderes, mediante a preservação de suas competências e prerrogativas constitucional e legalmente fixadas;

II – respeito às balizas orçamentárias previstas constitucionalmente e nas leis que estabeleçam o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias, e os orçamentos anuais;

III – respeito às vinculações orçamentárias constitucionalmente fixadas;

IV – respeito à destinação legal dos recursos que integram os fundos da administração pública;

V – compatibilidade com as normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, previstas na Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000;

VI – observância à disponibilidade financeira dos entes federados interessados;

VII – respeito à legitimidade dos Chefes do Poder Executivo na definição de prioridades da ação governamental e à sua competência precípua de elaborar e implementar políticas públicas com vistas à concretização dos direitos fundamentais com assento constitucional.

§ 1º A inexistência de disponibilidade financeira, de que trata o inciso VI, deve ser objetivamente demonstrada, facultando-se ao Supremo Tribunal Federal valer-se do auxílio dos órgãos de controle externo e, se necessário, a contratação de perícia especializada para aferir a pertinência das alegações feitas pelo ente estatal competente.

§ 2º A manipulação da situação financeira ou político-administrativa, descrita no § 1º, pela autoridade pública competente, com o objetivo de criar obstáculo artificial à efetivação de preceitos fundamentais em favor dos segmentos populacionais envolvidos, não impedirá a concretização dos direitos fundamentais pleiteados e será caracterizada como ato de improbidade administrativa de que trata o art. 11 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a ser apurado em processo específico.”

Ou seja, o que se pretende com o projeto de lei é diminuir a atuação judicial, incumbindo toda a construção de saída do Estado de Coisas Inconstitucional ao Legislativo e ao Executivo, ocorre que dificilmente essa saída será eficaz, tendo em vista que foram esses próprios poderes que ocasionaram por suas omissões às violações massivas de direitos fundamentais.

Embora sejamos favoráveis há uma regulamentação do ECI, em especial com a criação de uma ação própria para seu reconhecimento e superação, temos a nos posicionar contrários ao Projeto de Lei nº 736/2015, tendo em vista a sua completa desvirtuação com os objetivos do Estado de Coisas Inconstitucional. Dentre esses objetivos, a efetivação de direitos fundamentais através da atuação progressista das cortes judiciais.

Bem como por apresentar-se ainda prematuro ao impossibilitar o reconhecimento do ECI por magistrados de instâncias inferiores, e neste ponto voltamos a frisar nossa proposição de requisito, para que o ECI apenas possa ser declarado pelo juízo singular ou por tribunais inferiores na hipótese de se apresentarem em ações de tutela de direitos difusos ou coletivos.

Enfim, a preocupação com o uso indiscriminado do ECI, a ensejar não apenas uma interferência desarmônica do poder judiciário em outros poderes, mas também por provocar um descrédito do instituto pela ineficácia das decisões que o reconhece, é uma preocupação louvável e salutar, que não apenas os críticos, mas também os defensores do ECI devem ter no momento da suscitação de tal técnica perante o judiciário.

E embora acreditemos que no futuro uma regulamentação, bem trabalhada com os diversos setores ligados ao tema, discutida no meio da sociedade, e principalmente preocupada com as violações de direitos fundamentais possa ser bem vinda, temos que os requisitos avançados pela jurisprudência colombiana, bem como reconhecidos na ADPF 347, são por ora suficientes para evitar o uso indiscriminado do ECI.

VI – NOVAS PROPOSTAS DE APLICACÃO DO ECI

Passamos agora a dialogar e refletir acerca de possíveis aplicações do Estado de Coisas Inconstitucional em solo brasileiro, as proposições se concentrarão em casos onde a atuação estatal é notoriamente a mingua, e que estudos preliminares, fazem apontar à necessidade de mudança do cenário para a cessação das violações de direitos fundamentais.

As propostas buscarão não apenas o enfrentamento dos casos pelo STF, como também visualizamos a possibilidade de que algumas situações tendo em vista a competência regional e a realidade local possam ser suscitados perante, um juízo de primeira instância, em sede de ação coletiva como Ação Civil Pública.

Examinaremos as propostas a partir dos requisitos elencados neste trabalho, buscando fazer um cotejo analítico de cada requisito com a situação vivenciada possivelmente violadora de preceitos fundamentais que podem suscitar o ECI.

VI.1– Os Moradores em Situação de Rua:

O IPEA¹¹² em outubro de 2016 publicou uma pesquisa intitulada Texto para Discussão - Estimativa da População em Situação de Rua no Brasil¹¹³, onde se calculou que aproximadamente 101.854 pessoas vivem em situação de rua em solo pátrio, tal número apesar de alarmante pode ser ainda maior tendo em vista as dificuldades relatadas pelos pesquisadores, na obtenção de dados para o senso.

Em março de 2008 foi realizada a Pesquisa Nacional sobre a População em Situação de Rua¹¹⁴, depois do I Encontro Nacional sobre População em Situação de Rua, organizado e fomentado pela Secretaria Nacional de Assistência Social (SNAS), onde se verificou que o perfil dos entrevistados viventes em situação de rua é basicamente formado por homens

¹¹² Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.

¹¹³ Texto para discussão / Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.- Brasília : Rio de Janeiro : Ipea , 2016. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/26102016td_2246.pdf, visitado em 30 de maio de 2017.

¹¹⁴ RELATÓRIO VIOLAÇÕES DE DIREITOS DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA NOS MESES QUE ANTECEDEM A REALIZAÇÃO DA COPA DO MUNDO, consultado em <http://apublica.org/wpcontent/uploads/2014/06/Viola%C3%A7%C3%B5es-Copa-do-Mundo-12-06-14-1.pdf>, visitado em 30 de maio de 2017.

(82%), entre 25 e 44 (53%), majoritariamente pardos (39,1%)¹¹⁵ que em 2008 percebiam no máximo 80 reais por semana (52,6% conseguiam entre 20 e 80 reais) e 70,9% declarou possuir atividade remunerada, sendo que apenas 15,7% declarou solicitar algum tipo de ajuda financeira na rua. Destes todos 17,1% não sabia ler ou escrever, sendo que só 3,8 % dos entrevistados estavam estudando.

Já com relação a realidade vivenciada na rua a pesquisa veio a confirmar o que já é notório, 19% dos entrevistados não conseguiam se alimentar no mínimo uma vez ao dia, 29,7% dos entrevistados declaram que têm algum problema de saúde, destes apenas 18,7% estão sendo medicados, 24,8% dos entrevistados eram despossuídos de qualquer tipo de documentos de identificação, 88% não eram contemplados por nenhum tipo de benefício governamental, 61,6 % não possuíam título de eleitor e 52% disseram já terem sido impedidos de adentrarem a algum estabelecimento.

Ou seja, a realidade dos moradores em situação de rua como já sabido, é pautada na luta diária pela simples sobrevivência, e neste ponto o presente estudo não buscará adentrar nos aspectos pisco econômicos e sociológicos que levaram tais indivíduos a situação de rua, a busca neste tópico é demonstrar em apertadas linhas o cabimento do Estado de Coisas Inconstitucional frente às violações massivas de direitos fundamentais enfrentadas por aqueles sobreviventes à situação de rua.

Com relação ao primeiro requisito elencado pela jurisprudência colombiana para o acolhimento do ECI, qual seja a violação massiva e generalizada de direitos fundamentais à afetar um número significativo de pessoas, temos que este encontra-se devidamente preenchido, visto que a situação de penúria na qual vivenciada pelos indivíduos em situação de rua afronta fortemente diversos preceitos fundamentais.

A saber, o primeiro o mais importante deles a dignidade da pessoa humana esculpido no artigo 1º, inciso III da Constituição de 88¹¹⁶, bem como afrontam o artigo 3º, inciso I, III e

¹¹⁵ Observada no conjunto da população brasileira (38,4%) declararam-se brancos 29,5% (53,7% na população em geral) e pretos 27,9%, (apenas 6,2% na população em geral). Assim, a proporção de negros (pardos somados a pretos) é substancialmente maior na população em situação de rua.

¹¹⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III - a dignidade da pessoa humana.

IV¹¹⁷, que constitui como objetivos da república a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização bem como a diminuição das desigualdades sociais, a promoção do bem de todos, e importante neste ponto frisarmos, a palavra todos sem distinções.

Ainda no quadro vivenciado pelos moradores em situação de rua é possível se verificar violações diretas aos direitos fundamentais esculpidos no artigo 5º da Carta Maior¹¹⁸, que preleciona sermos todos iguais perante lei, bem como possuímos o direito “à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, e ainda o previsto no inciso III do mesmo artigo que preceitua que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

Há também violações explícitas ao artigo 6º da Constituição, que em linhas garrafais predispõe ser “direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Conquanto a previsão constitucional de diversos direitos tidos como fundamentais, possam no mundo teórico proporcionar a ideia de proteção, acolhimento e amparo as pessoas em situação de rua, a realidade desvirtua-se e muito de todos esse direitos, os indivíduos e suas famílias dormem e residem ao relento, em calçadas marquises, por baixo de pontes, e nas portas dos templos religiosos, a comida lhes falta no dia a dia tanto é que a pesquisa do SNAS de 2008 apontou que quase 20% não se alimenta ao menos uma vez ao dia, o acesso a saúde – que será objeto de outro tópico - já precário para os demais cidadãos- é fortemente sufragado dos que permanecem em situação de rua, os trabalhos lhes são cerceado na medida em que não possuem residência fixa, bem como os estigmas sociais lhe causam a maior barreira no

¹¹⁷ "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

(...)

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹¹⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

convívio social, dentre tantas outras situações que demonstram as violações necessárias aos direitos esculpido na constituição.

No mesmo sentido encontra-se preenchido o requisito de amplitude de indivíduos para o alcance do ECI, uma vez que pelo recente estudo do IPEA cerca de cem mil pessoas, encontram-se diariamente em um estado afrontador a constituição ao permanecerem nas ruas, ao alento da própria sorte, número este que pode ser bem maior haja vista as dificuldades de se encontradas no censo da população de rua.

Já com relação ao segundo requisito, de omissão reiterada das autoridades, também temos que se encontra preenchido, porquanto podemos encontrar ensaios de legislações a amparar a população em situação de rua como, por exemplo, o Decreto nº 7.053 de 2009, que institui a Política Nacional para a População em Situação de Rua, bem como a Lei 8.742 de 1993 que estipula sobre a organização da Assistência Social, ainda há um caminho muito distante a se percorrer na consecução de políticas públicas voltadas a população em situação de rua.

Igualmente aos indivíduos que se encontram no sistema carcerário brasileiro, a população de rua, não está na pauta dos agentes políticos, pois não é assunto popular e condicionador de voto do eleitorado, até por que conforme a pesquisa acima apontada 88% sequer tem título de eleitor, razão pela qual o esquecimento pelos setores públicos em especial o executivo, faz com que a omissão não apenas se faça presente como se faça sentir no dia-a-dia daqueles que necessitam viver em situação de rua.

As práticas institucionais que buscam a manutenção das violações diárias de direitos fundamentais, encontram-se, sobretudo nas propostas maquiadas de auxílio a população em situação de rua, a pretexto de acolhimento, os programas institucionais fazem verdadeira eugenia, para obtenção de uma “cidade limpa”, onde os moradores em situação de rua são vistos como entulhos a obstruírem as ruas e calçadas, e não como vidas que dependem da assistência social adequada para a superação da realidade da vivência da rua.

A título de exemplificação temos a recente publicação do Decreto 57.581/17 pelo prefeito de São Paulo que possibilita dentre outras coisas a apreensão de objetos de moradores de

rua, na capital paulista, "*que caracterizem estabelecimento permanente em local público*"¹¹⁹. Ou seja, não faltam demonstrações de que as autoridades e os atores políticos competentes, não possuem como objetivo a superação das violações existentes, quando não raras as vezes trabalham em prol do agravamento do drama vivenciado pelos moradores em situação de rua.

Como já dito embora existam alguns ensaios de legislação com vistas a proteção da população de rua, certo é que ainda falta muito, e principalmente inexiste responsabilização ao gestor público que deixa de produzir políticas públicas para essa população, como nos casos de responsabilização por falta de investimento na saúde e educação, da mesma forma a ausência de medidas legislativas drásticas para a solução do problema impõe o necessário reconhecimento do ECI.

Com relação ao requisito cinco dos pressupostos apresentados na ADPF 347 e pela Corte Colombiana, não há dúvidas de que o problema dos moradores em situação de rua demanda a intervenção de varias entidades, trabalhando de forma coordenada e complexa. Primeiro por que o problema que se apresenta não é regional é um problema de Brasil, englobando todas as esferas de poder, bem como a solução às violações massivas de direitos fundamentais só cessarão quando da construção de um diálogo institucional profundo entre os poderes estatais, as organizações sociais e a própria sociedade civil.

Por fim com relação aos requisitos estipulados neste trabalho, entendemos que o ECI, poderá no caso dos moradores em situação de rua ser suscitado tanto perante o STF, por meio de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental como ocorreu no caso do sistema carcerário, ou ainda tendo em vistas situações regionais que demandem maior atenção, ser o suscitado em Ações Civis Públicas, onde o magistrado estará atento àquela localidade, e para omissão dos agentes políticos locais. Bem como entendemos que a suscitação do ECI por meio de ACP, demandará um estudo profícuo por parte do suscitante com vistas a demonstrar a realidade das violações aos direitos fundamentais na referida região.

VI.2– O direito à saúde:

¹¹⁹Reportagem publicada pelo site Migalhas, disponível em <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17.MI252285.61044-+de+camas+de+moradores+de+rua+em+SP>, visitado em 30 de maio de 2017.

Antes da Constituição de 88 a saúde pública sempre foi entendida como serviço disponível quando da existência de doenças¹²⁰. Essa compreensão restrita fazia com que apenas os trabalhadores que contribuíssem para a previdência social fossem amparados pelo sistema público de saúde.

Com os ideais democráticos da Constituição de 1988 a saúde foi reconhecida como direito fundamental, e básico a qualquer cidadão gerando nos anos de 1990 a lei 8.080 que instituiu o Sistema Único de Saúde no Brasil, e regulamentou a obrigatoriedade do Estado na promoção de condições que possibilitem o pleno exercício de tal direito.

Contudo, apesar de ter sido consagrado como direito fundamental a todos os cidadãos, e sintetizado no SUS, a saúde como política pública, nunca chegou a possuir a infraestrutura que lhe tornasse eficaz, deixando assim o Estado de garantir a operacionalidade da rede de saúde pública, violando sobremaneira a dignidade dos cidadãos que dependem das políticas públicas de saúde estatais, sendo que a realidade caótica pode ser encontrada tanto nas esferas federal, estadual e inclusive municipal.

Tanto o é que em 2016 o IBOPE divulgou uma pesquisa, na qual a saúde fora elencada como a principal preocupação do eleitor¹²¹, haja vista o notório descaso dos agentes públicos para com o tema que apesar de campeão de audiência entre os eleitores, pouco ressoa na classe política, de forma que apesar de o texto constitucional e as diversas espécies legislativas, preveem de forma explícita a necessidade de atenção a saúde, a ausência de políticas públicas que busquem o aperfeiçoamento e a eficiência do sistema, traduz o completo descompasso entre a realidade do papel e a vivenciada nos hospitais públicos brasileiros.

O Brasil é um dos poucos países do mundo que adotam o sistema de saúde irrestrita disponível a todos, contudo o orçamento reservado a este setor no ano de 2010 foi de apenas

¹²⁰ “O conceito de saúde adotado pelo constituinte de 1988 considera os fatores determinantes e condicionantes (alimentação, moradia, saneamento, meio ambiente, renda, trabalho, educação transporte etc.) defendidos pelos sanitaristas. Além disso, impõe aos órgãos que compõem o SUS o dever de identificar esses fatos sociais e ambientais e, ao governo, o de formular políticas públicas condizentes com a melhoria de vida da população.” MARTINS, op. cit., p. 75 e 76.

¹²¹ Segundo o IBOPE, “a Saúde aparece sempre como a maior preocupação do eleitor” nas eleições de 2016. GRANDELLE, Renato. IBOPE: Saúde é a maior preocupação do eleitor em 19 capitais. Disponível em <https://oglobo.globo.com/brasil/ibope-saude-a-maior-preocupacao-do-eleitor-em-19-capitais-19996686:30> de maio de 2017..

10,7%, enquanto a média mundial é de 20%, e a média dos países emergentes de 12,2%¹²², ademais segundo relatório publicado pelo TCU¹²³ no ano de 2015 64% dos hospitais visitados estavam superlotados, sendo que em apenas 6% a taxa de superlotação não é frequente, e 81% dos hospitais possuem déficit de pessoal¹²⁴.

A realidade vivenciada pelos usuários do SUS, representa uma verdadeira odisseia na busca por simplesmente sobreviver, a falta de médicos, de leitos, de medicamentos, de matérias básicos, de equipamentos e de unidades, ocasionam as filas intermináveis, as esperas, a superlotação, a proliferação generalizada de doenças infecto contagiosas, o mau atendimento – quando existente – que podem sem exageros custar as vidas dos usuários da saúde pública brasileira.

Assim passamos a análise dos pressupostos necessários para a constatação e o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema de saúde pública brasileiro.

Por princípio devem ser ressaltadas as violações massivas de direitos fundamentais que se encontram esculpidas na Constituição Cidadã especialmente nos artigos 1º, inciso III¹²⁵ ao tratar como fundamento da república a dignidade da pessoa humana, 6º¹²⁶ traduzindo a saúde como direito fundamental, e básico a todos os indivíduos, 7º, inciso XXII¹²⁷ que prescreve o direito a saúde preventiva no ambiente de trabalho, 23, inciso II¹²⁸ que disciplina as competências dos entes federativos, encarregando-os da garantia à saúde aos cidadãos.

Com relação ao número de pessoas abrangidas, não há dúvidas do elevado número que se apresenta no caso em tela, dados da ANS¹²⁹ apontam que 75% da população brasileira

¹²² Dados do relatório do Ministério da Saúde, disponível em <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/siops/mais-sobre-siops/6115-dados-informados-uniao>, visitado em 30 de maio de 2017.

¹²³ Tribunal de Contas da União.

¹²⁴ Relatório constante do Acórdão 693/2014-Plenário. Disponível em <http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24E08D405014E0D3A7C6E3D97>, visitado em 30 de maio de 2017.

¹²⁵ Op. cit. (BRASIL, 1988)

¹²⁶ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

¹²⁷ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:[...] XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

¹²⁸ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:[...] II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

¹²⁹ Agência Nacional de Saúde.

utiliza o SUS frequentemente, e que 150.515.722 de pessoas são usuários em potencial¹³⁰, desta forma o número significativo de pessoas a serem abrangidas pelo reconhecimento do ECI está plenamente satisfeito.

Temos sob análise um caso onde as autoridades- em especial o legislativo- parecem preocupadas em épocas eleitorais, uma vez que o tema é chamariz de votos, desta forma é possível encontramos um espectro legislativo a se considerar, em especial a Lei 8.080/90 que institui o SUS, legislação amplamente elogiada pela OMS, pelo seu caráter abrangente, há ainda a Lei 8.142/90 que regulamenta a organização do SUS, a Lei 9.782/1999 que define o sistema de vigilância sanitária, dentre outras leis, e a EC 29/2000 que estipulou o mínimo constitucional a ser investido na esfera estadual em saúde, contudo em que pese o leque legislativo encontrado a realidade do sistema público de saúde ainda é caótico, de sorte que as poucas iniciativas legislativas em quase 30 anos de promulgação da Constituição de 88, não são suficientes para a modificação da realidade de violações massivas aos direitos fundamentais dos usuários do sistema.

As praticas institucionais desencadeadas, que em nada colaboram com a mudança de paradigma encontrado no SUS, são muitas, e citamos como exemplo a Emenda Constitucional nº 95 que institui o teto dos gastos públicos, conhecida popularmente como PEC 241, ou PEC 55¹³¹, tal diploma alterador da constituição, ao prever um limite aos investimentos públicos, impossibilitou o aumento nos montantes destinados a saúde pública, que como já dito encontram-se abaixo da média mundial.

Ainda a LC 156/2016 que institui o plano de Auxílio aos Estados e ao Distrito Federal, que prevê a impossibilidade de contratação de pessoal inclusive nas áreas da saúde, exceto nos casos de aposentadoria, ora se a situação já era alarmante, sem a perspectiva de aumento do efetivo, parece-nos ficar ainda pior.

Como ressaltando não há no cenário propostas legislativas e de políticas públicas eficazes e com chances de se tornarem realidade na modificação do cenário de caos vivenciado pelo sistema público de saúde, pelo contrário a grande crise que abala o país,

¹³⁰ Tal número é alcançado quando subtraído o número geral de pessoas com plano de saúde no Brasil, que em 2015 segundo a ANS perfazia o montante de 50.516.992, de pessoas.

¹³¹ Conhecida Também como PEC do teto dos gastos.

cumulada com o retrospecto político de austeridade, apenas nos fazem acreditar que o quadro de violações aos direitos fundamentais apenas se agravará.

O problema em tela não será resolvido, com a simples proposição de uma nova legislação, pelo contrário, a situação evidencia uma falha estrutural de todo modelo de saúde pública, desde atividade legiferante, passando-se pela atuação do poder executivo, que com migalhas vem inserindo ensaios de políticas públicas no sistema gratuito de saúde.

Grande responsabilidade também encontra-se no judiciário, tal tema inclusive ganhou o pseudônimo de judicialização da saúde, estima-se que devido única e exclusivamente a decisões judiciais os gastos do Ministério da Saúde foram de R\$ 1,1 bilhão em 2015, neste cenário fora elaborado pelo CNJ o relatório intitulado Judicialização da saúde no Brasil Dados e Experiências¹³², que apontou que a ampla maioria dos casos o litígio é individualizado, a gerar um alto custo à máquina judiciária, bem como para deslocar grande parte dos investimentos orçados à saúde.

Frisa-se que não estamos a defender a não apreciação pelo judiciário das causas de saúde, pelo contrário, o acesso ao judiciário deve se dar a todos sem distinção, ocorre que a judicialização de microcausas, abarrotam o judiciário e pouco modificam a realidade do sistema, por quanto constituam muitas das vezes o último suspiro entre a vida e a morte, certo é que o reconhecimento do ECI no sistema de saúde pública brasileiro, acompanhado de um monitoramento eficaz, resultaria em respostas mais efetivas, e possivelmente uma diminuição drástica nos ajuizamentos individuais.

Assim entendemos que a superação das violações massivas de direitos fundamentais encontradas no sistema de saúde pública brasileiro, demanda um esforço estratégico, e estrutural, a necessitar da participação de todos os atores políticos e agentes da sociedade civil, com vistas a cessar tais violações, de forma que a técnica do enfrentamento pelo reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucionais, se apresenta de maneira abrangente possibilitando uma alternativa concreta a solucionar o problema.

¹³² Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência. Coordenadores: Felipe Dutra Asensi e Roseni Pinheiro. - Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

Por fim entendemos que os diversos estudos apresentados, tal como aqueles já existentes, conjugados com a notória falência do sistema de saúde pública brasileiro, preenche o requisito de estudo empírico a evidenciar um Estado de Coisas Inconstitucional. Bem como consideramos que neste caso haja vista às violações se concentrarem em toda a extensão nacional, e ainda a existência do Sistema Único de Saúde, sob o controle federal, que o ECI deva ser suscitado perante o Supremo Tribunal Federal, a fim de que a decisão que o reconheça passa ter efeito *erga omnes* e vinculante as demais instâncias e entes públicos do território pátrio.

Contudo nada impedirá em que em casos pontuais de falência generalizada de um hospital ou instituição de saúde, possa o ECI ser suscitado perante um juízo singular, em uma das ações que encampem os interesses difusos, e que possam preservar os direitos fundamentais que até então estavam a serem violados.

Como se percebe as possibilidades de aplicação do ECI, podem alcançar diversas áreas, bem como pode o instituto ser apresentado como uma solução a problemas socioeconômicos, que ostentem uma falha estrutural, e generalizada à suprimir e violar direitos fundamentais, devendo o interprete e suscitador do ECI, sempre buscar o uso comedido do instituto à situações realmente caóticas e que demandem uma intervenção progressista do poder judiciário, com vistas sobretudo a impedir o uso indiscriminado do ECI, e por consequência a eficácia de seu reconhecimento e a cessação das violações massivas aos direitos fundamentais.

CONCLUSÃO

Ao término do presente trabalho no qual buscamos apresentar o Estado de Coisas Inconstitucional, bem como defende-lo como alternativa às violações massivas de direitos fundamentais, podemos sintetizar algumas considerações que englobam a presente pesquisa.

A primeira delas é que o STF ao analisar os pedidos cautelares da ADPF 347 e reconhecer o ECI, deu um relevante passo em sua jurisprudência progressista, abarcando não apenas um novo modelo de enfrentamento no controle concentrado de constitucionalidade, mas, sobretudo encampando a defesa dos direitos fundamentais de grupos marginalizados, majoritariamente esquecidos, e diariamente ofendidos.

O ECI, apesar de novo em solo brasileiro já se consolidou na jurisprudência colombiana como alternativa eficaz ao enfrentamento das mazelas públicas, neste espeque a Corte Constitucional Colombiana de forma vanguardista, vem mostrando ao constitucionalismo moderno balizas concretas para a concretização e máxima efetivação do texto constitucional.

O instituto embora novo como já dito, juntamente com a postura progressista das cortes constitucionais, a duras penas vem sendo criticado, e temido pelos juristas tradicionais, que entendem estar o judiciário imiscuindo-se em matéria estranha as suas funções, o que acarretaria ofensa a separação e harmonia entre os poderes. Ocorre, porém que a premissa adotada pelos temerários encampa-se no fato de conceberem o judiciário no modelo tradicional.

Por vezes esquecemos, mas o tempo conforme dicionário Aurélio é uma sucessão de instantes, ou seja é dinâmico – não estático – de forma que o tempo, assim como rege as conformações políticas sociais e econômicas, também rege a atividade judiciária.

Estar preso a ideia do modelo de constitucionalidade “tradicionalmente” concebido, é negar que estamos a mercê do tempo, e que por isso estamos sempre a evoluir, tal constatação é fundamental, para que se afirme com todas as letras, que as decisões ativistas são em sua grande maioria decisões definitivamente progressistas, pois caminham com o seu tempo e com as necessidades da sociedade que dele desfruta.

Não há no modelo fático de sociedade em que vivemos espaço para formalismos retóricos, o formalismo é fundamental sim para a construção de um estado democrático de direito, contudo jamais o formalismo pode esculpir-se na negação da realidade que nos circunda.

É neste sentido que a afirmação do ECI se impõe, como um modelo de enfrentamento às realidades fáticas destoantes das concepções teóricas. Como já amplamente ressaltado neste trabalho, vivemos em um país com duas realidades completamente distintas, a do papel e a do dia-a-dia, onde seres humanos são privados da mínima dignidade, esquecidos pelo poder estatal e largados a míngua da própria sorte.

A defesa do Estado de Coisas Inconstitucional a nosso ver se faz altamente necessária, não apenas no meio acadêmico, mas também nos plenários dos tribunais, nos livros doutrinários, e principalmente no seio da sociedade. E com esse intuito se desenvolveu o presente trabalho, com vistas não apenas a afastar os óbices a aplicação do ECI, mas sobretudo, para difundi-lo como alternativas aos cerceamentos mais ofensivos ao texto constitucional.

As projeções acerca do instituto em solo brasileiro ainda carecem de concretude jurisprudencial, sobretudo por ter o STF em muito, se limitado no enfrentamento das medidas cautelares da ADPF 347, acredita-se que quando do julgamento do mérito fará a corte um reexame de todo o trajeto até ali, e confirmando sua postura progressista enraizará a cultura do enfrentamento das violações aos direitos fundamentais pela ótica do ECI.

Embora as projeções sejam especulativas, as necessidades de enfrentamento de violações de direitos fundamentais apontadas no último capítulo são reais, moradores em situação de rua e usuários do Sistema Único de Saúde padecem todos os dias com as mazelas estatais, de forma que urge nestes grupos e ressoa neste trabalho a necessidade de sedimentação jurisprudencial e doutrinária do Estado de Coisas Inconstitucional como alternativa às violações massivas de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoría del discurso y derechos humanos**, Bogotá: UEC, 200

_____. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: CEPC, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Dez anos da Constituição de 1988 (Foi bom para você também?). In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Org.). 1988 – 1998: Uma década de Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. Mandado de injunção: o que foi sem nunca ter sido. Uma proposta de reformulação. In: **Temas de Direito Constitucional**. Tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: **Temas de Direito Constitucional**. Tomo IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BEZERRA, Rafael e VIEIRA, José Ribas (autores) LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta (Coord.). Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BOBBIO, Norberto. Presente y porvenir de los derechos humanos. **Anuário de Derechos Humanos** Vol. 1. Madrid: Universidad Complutense, 1981.

BRANDÃO, Rodrigo. A proteção dos “direitos e garantias individuais” em face de Emendas Constitucionais à luz da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional, Salvador: JusPodivm, 2016.

_____, Atualidades do Controle Judicial da Omissão Legislativa Inconstitucional. **Direito Público** Ano VIII, nº 42, Nov -Dez 2011.

_____. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2ªed. Coimbra: Coimbra Editora, 200.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição** . 4ª ed. Coimbra: Editora Almedina,2001.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro** . São Paulo: RT, 1995.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**, Cambridge: Harvard University Press, 1977.

FERNANDEZ, Eusebio. Fundamento de los Derechos Humanos. **Anuário de Derechos Humanos** Vol. 1. Madrid: Universidad Complutense, 1981.

FERRAJOLI, Luigi. Passado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (Ed.) **Neconstitucionalismo(s)**. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2005.

GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis (Ed.). **Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?** Aldershot: Ashgate, 2006.

GÓMEZ PINTO, Luis Ricardo. El juez de las Políticas Públicas. En: Colombia ed:Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez ISBN: 978-958-716-552-4 v. 500, 2012.

GRAVITO RODRÍGUEZ, César; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y Cambio Social. Cómola Corte Constitucional transform el desplazamiento forzado en Colombia.** Bogotá:Dejusticia, 2010

HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação pelos Direitos Humanos. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.)**Direito & Legitimidade.** São Paulo: Landy, 2003.

HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. La Garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano em sede de acción de tutela: elllamado “ estado de cosas inconstitucional”. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales** Ano 1, Nº 1, Universidad de Talca, Chile, 2003.

JUSTICE, William Wayne. The two faces of judicial activism. In: O’BRIEN, David M. (Ed.) **Judges on Judging. Views from the Bench.** 8ª ed. New York: W.W. Norton & Company,2008.

MARSHALL, William P. Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism. **ColoradoLaw Review** Vol. 73 (4), 2002.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação.** São Paulo: Saraiva, 2011 MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional.** 5ª ed. SãoPaulo: Saraiva, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución.** 9ª ed. Madrid: Tecnos, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas. Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão e Mandado de Injunção.** 2ª ed. São Paulo: RT, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7ª ed. Porto Alegre:Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma Teoria. In: **Arquivos de Direitos Humanos** Vol. 4, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 4ª ed. São Paulo:Malheiros, 2000.

_____, José Afonso, Curso de Direito Constitucional Positivo, 12ª ed. Malheiros Editores, São Paulo.2008.

STRECK, Lenio Luiz, Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de Ativismo, disponível em www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo, visitado em 14/05/2017.

SUSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Public Law and Legal Theory Working Paper** nº 28, University of Chicago Law School, 2002.

THAYER, James Bradley. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. **Harvard Law Review** Vol. 7 (3), 1893.

VERMEULE, Adrian. Judicial Review and Institutional Choice. **William and Mary Law Review** Vol. 43 (4), 2002.

_____. **Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

VIEIRA, José Ribas, BEZERRA, Rafael, Estado de Coisas Fora do Lugar (?), disponível em <https://jota.info/artigos/estado-de-coisas-fora-lugar-05102015>, visitado em 14/05/2017.

WALDRON, Jeremy. A Right-Based Critique of Constitutional Rights. **Oxford Journal of Legal Studies** Vol. 13 (1), 1993.

