

A (IN)APLICABILIDADE DO MODELO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO¹

Tatiana Fagundes Fischer²

RESUMO: O presente trabalho analisará a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), pouco trabalhada pela doutrina pátria, a qual foi recentemente aplicada, no ano de 2015, em julgado do Supremo Tribunal Federal envolvendo o sistema carcerário brasileiro (ADPF 347). Tem-se como objetivo a análise crítica da possibilidade do reconhecimento da referida teoria no ordenamento jurídico brasileiro. Buscar-se-á apresentar o modelo do Estado de Coisas Inconstitucional, examinar as funções e os pressupostos, esclarecer sobre a única aplicação da tese pelo STF e estudar, criticamente, os argumentos conflitantes sobre o tema. Este trabalho, sem a pretensão de esgotar o assunto, irá contribuir para a compreensão da teoria em tela. Demonstrar-se-á a possibilidade da adoção e aplicação da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional ao nosso ordenamento jurídico, desde que excepcionalmente e que sejam seguidos rigorosamente os requisitos e o procedimento adequado.

PALAVRAS-CHAVE: ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL. DIREITOS FUNDAMENTAIS. ATIVISMO JUDICIAL. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 foi um divisor de “águas” em nosso ordenamento jurídico, ficando conhecida como constituição cidadã, em razão de assegurar um variado rol de direitos. Fez constar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso III, da CF), consolidando-a como princípio fundamental do ordenamento jurídico brasileiro. Portanto, a Constituição de 1988 contribuiu para o reconhecimento de que este protoprincípio (denominação trazida pelo ex-ministro do STF Carlos Ayres Britto) possui um duplo papel, ou seja, tanto é a base do fundamento dos direitos fundamentais, assim como a sua finalidade (isto é, a finalidade dos direitos fundamentais é proteger a dignidade da pessoa humana)³.

¹ Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, aprovado com grau máximo pela banca examinadora composta pelo Professor Orientador Me. Álvaro Vinícius Paranhos Severo, Professor Me. Fábio Melo de Azambuja e Professor Me. Cláudio Lopes Preza Jr, em 07 de julho de 2017.

² Bacharel em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. E-mail: tatiana.fischer@acad.pucrs.br

³ Sarlet, 2007, p. 93

Nos dias atuais, tempos de graves violações a direitos fundamentais, um tema extremamente relevante é a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional. Tal tese, desenvolvida e aplicada pela primeira vez pela Corte Colombiana em meados de 1997 (*Setencia T-153/98*), originou-se com a finalidade de criar soluções e medidas estruturais que modifiquem as graves inconstitucionalidades que atingem variados direitos fundamentais de populações vulneráveis, decorrentes da omissão e da falta de coordenação das autoridades direta ou indiretamente responsáveis. Assim, por meio do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, o Judiciário erige que todos os órgãos que tenham de alguma maneira o dever de evitar a ocorrência das excessivas violações adotem medidas para solucionar o problema, determinando que o sistema institucional assumam o compromisso real de resolver efetivamente o caos generalizado.

Nessa linha, em razão da importância das situações que o Estado de Coisas Inconstitucional pode abranger, bem como da complexidade das possíveis soluções trazidas pelo modelo do ECI (por meio do diálogo institucional e da atuação conjunta dos poderes públicos), a tese foi adotada pelo judiciário brasileiro, gerando divergentes opiniões sobre sua aplicação. Isto é, o Supremo Tribunal Federal, no dia 09 de setembro de 2015, ao deferir parcialmente o pedido de medidas cautelares formuladas na ADPF 347, declarou expressamente o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro. Esse reconhecimento deu-se pela comprovada generalização da violação de preceitos fundamentais da população carcerária, visando providências para sanar graves e massivas lesões aos direitos fundamentais.

Logo, a decisão gerou um grande impacto e divergentes opiniões entre os operadores do direito, uma vez que a tese do Estado de Coisas Inconstitucional envolve ordens dirigidas não somente ao conjunto de instituições e do sistema de poderes públicos ligada à carência e ao abandono generalizado de uma parcela da sociedade vulnerável e esquecida. Nessa esteira, ao reconhecer o Estado de Coisas Inconstitucional, o Supremo possibilita que o judiciário interfira na implementação de políticas públicas.

Portanto, o presente trabalho objetiva analisar a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) e a possibilidade ou não de sua adoção em nosso ordenamento jurídico. Assim, em razão da evidente importância da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, bem como da sua pouca abordagem pela doutrina pátria e da sua recente aplicação pelo Supremo Tribunal Federal, desenvolve-se o presente trabalho.

1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

De início, cumpre ressaltar que os direitos fundamentais hoje reconhecidos pela Constituição não surgiram simultaneamente. Em outros termos, no decorrer dos séculos criaram-se novos direitos e modificaram-se os já existentes para adaptá-los ao momento histórico vivido. Nessa linha, ensina Hannah Arendt⁴, citada por Flávia Piovesan, “*os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução*”.

1.2 DIMENSÕES: CONCEITO

Em razão das progressivas modificações dos direitos fundamentais durante os séculos, para fins didáticos, a doutrina desenvolveu uma teoria que dividiu tais direitos em diferentes gerações, as quais são separadas de acordo com o surgimento e o reconhecimento pelas constituições. Conforme leciona Paulo Bonavides a teoria das gerações foi utilizada pela primeira vez no ano de 1979, pelo jurista tcheco Karel Vasak⁵.

As três principais dimensões são denominadas: direitos de liberdade (primeira dimensão), direitos de igualdade (segunda geração) e direitos de fraternidade (terceira geração).

Cabe ressaltar que o termo “geração” tem sido fortemente criticado, visto que transmite a ideia de que tais direitos foram sendo substituídos completamente ao longo dos anos. Por esta razão, Flávia Piovesan e Ingo Sarlet entendem que o termo mais adequado seria “dimensão”⁶. Portanto, apesar desta divisão didática, entende-se que cada dimensão se complementa, isto é, ocorre, na verdade, a progressiva acumulação e expansão dos direitos fundamentais durante os séculos.

1.2.1 Primeira dimensão: direitos de liberdade.

Os direitos de liberdade surgem no fim do século XVIII e início do século XIX, estes relacionam-se, diretamente, com a fase histórica do aparecimento das ideias de Estado liberal que desencadearam nas Revoluções Liberais⁷. Isto é, houve a necessidade de estabelecer limites da intervenção estatal na vida privada, para aumentar a autonomia dos indivíduos e conter, assim, o

⁴ Veja-se, <http://escola.mpu.mp.br/dicionario/tiki-index.php?page=Direitos+humanos>

⁵ Bonavides, 2005, p. 563.

⁶ Sarlet, 2007, p. 54

⁷ Mendes; Coelho; Branco, 2005, p. 267

Absolutismo. Por isso, Paulo Bonavides⁸ leciona que os direitos de primeira geração têm por titular o próprio indivíduo, trata-se de garantias oponíveis ao Estado, possuindo, portanto, um caráter negativo de não prestação estatal.

1.2.2 Segunda dimensão: direitos de igualdade.

Com o avanço do Estado Liberal, a consequência foi o caos social causado pela abstenção estatal, por isso demonstrou-se a necessidade de substituição do Estado omissor por um Estado ativo, com o dever de intervenção para proporcionar o equilíbrio das classes e a justiça social.

Assim, surgem, no século XX, os direitos com pretensões igualitárias, os chamados “*direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades*”⁹. Ademais, os titulares desses direitos não são meramente os indivíduos, são estes como integrantes de uma categoria social¹⁰.

Mais especificamente quanto à teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, cumpre destacar que no século XX a Colômbia viveu situações em que a ausência, quase total, do Estado nas áreas sociais, criou lacunas que possibilitaram o ingresso de narcotraficantes e de milícias armadas como ativos influentes na política interna do país. Por consequência, diante do descaso com a sociedade, houve degradantes violações dos direitos inerentes à pessoa humana. Em 1991, é promulgada a Constituição da República Colombiana, que declara um Estado Social de Direito (Estado responsável por garantir o bem estar social baseado na Dignidade da Pessoa Humana). Assim, diante desse contexto, principalmente em razão da positivação dos Direitos Humanos na Constituição da Colômbia, o Supremo do país desenvolve, em 1997, a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, a qual objetiva a efetivação dos Direitos Fundamentais violados por meio da interferência do judiciário nas políticas públicas¹¹.

Nessa linha, o modelo do ECI tem por objeto os direitos fundamentais violados, precipuamente aqueles relacionados com prestações positivas do Estado, que visam, essencialmente, à igualdade. Em outras palavras, objetiva-se a concretização - através da intervenção judiciária em políticas públicas - dos direitos fundamentais de segunda geração (os chamados direitos sociais e econômicos), que são massiva e sistemicamente violados¹².

⁸ Bonavides, 2005, p. 583.

⁹ Bonavides, 2005, p. 564

¹⁰ Mendes; Coelho; Branco, 2005, p. 268.

¹¹ OLIVEIRA BARROS.Allan Luiz.**Jus Navigandi**.03/2016.Disponível em:<<https://jus.com.br/588899allanluizoliveirabarros/publicacoes>>. Acesso em: 23/05/2017.

¹² Campos, 2016, p. 162.

1.2.3 Terceira dimensão: direitos de solidariedade ou de fraternidade.

Após a devastação causada pela Grande Guerra, cristalizam-se, no fim do século XX, direitos com teor humanista e universal, os chamados direitos de solidariedade (ou de fraternidade)¹³.

A diferença básica desta dimensão relaciona-se ao seu titular, visto que os direitos de fraternidade destinam-se à *“proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa”*.¹⁴

1.3 PERSPECTIVA SUBJETIVA E OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme leciona Ingo Wolfgang Sarlet¹⁵, os direitos fundamentais nas constituições contemporâneas possuem dupla perspectiva (ou dimensão), sendo este entendimento típico do *“Constitucionalismo Social”*¹⁶. Antes de defini-las, insta esclarecer que não se trata de uma divisão dos direitos fundamentais, uma vez que ambas as dimensões mantêm uma relação de remissão e de complemento recíproco¹⁷.

Tocante à perspectiva subjetiva, segundo ensina Ingo Sarlet¹⁸, refere-se à possibilidade jurídica que o titular dos direitos fundamentais tem *“de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe forem outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental”*. Assim seja, a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais é pensada *“sob a perspectiva dos indivíduos”*¹⁹.

No que concerne à perspectiva objetiva, significa dizer que *“os direitos fundamentais participam da essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação”*. Isto é, nesta dimensão, os direitos fundamentais são os elementos e os *“princípios básicos da ordem constitucional”*, uma vez que influenciam *“sobre todo o ordenamento jurídico”* ao estabelecerem valores que norteiam as ações *“de todos os poderes constituídos”*²⁰.

Ressalta-se que a teoria do Estado de Cosias Inconstitucional visa assegurar os direitos fundamentais, principalmente os de segunda dimensão, em sua perspectiva objetiva, ou seja, almeja-se que os efeitos que decorrem da aplicação de tal tese alcancem um número amplo de pessoas.

¹³ Bonavides, 2005, p. 569.

¹⁴ Sarlet, 2009, p. 58.

¹⁵ Sarlet, 2007, p.166.

¹⁶ Fernandes, 2016, p. 318.

¹⁷ Mendes; Coelho; Branco, 2005, p.300.

¹⁸ Sarlet, 2007, p.180.

¹⁹ Fernandes, 2016, p. 318.

²⁰ Mendes; Coelho; Branco, 2005, p.300.

1.4 DEFINIÇÃO DE DIGNIDADE DE PESSOA HUMANA

Na Constituição da República do Brasil, em seu artigo 1º, inciso III²¹ a dignidade de pessoa humana é um fundamento do Estado Democrático de Direito.

Nessa linha - apesar do importante reconhecimento expreso, conforme doutrina majoritária, a dignidade de pessoa humana é considerada uma qualidade intrínseca de todo ser humano, não sendo, portanto, um direito atribuído pelo ordenamento jurídico ou pela qualidade pessoal. Ou seja, a dignidade existe por si mesma em cada ser humano, não em razão da sua expressa positivação no ordenamento²².

Quando relacionada com os direitos fundamentais, Ingo Sarlet²³ ressalta quanto ao elo existente entre a dignidade da pessoa humana e tais direitos, destacando a influencia e a consequente unidade advinda da dignidade.

Neste diapasão, o entendimento majoritário refere que a dignidade da pessoa humana é um “protoprincípio”²⁴ que possui duplo papel quando relacionado aos direitos fundamentais. Em primeiro lugar a dignidade humana é fundamento de todos os direitos fundamentais, portanto, esses direitos sempre visam à proteção e à promoção a dignidade de pessoa humana. O segundo papel refere que a promoção da dignidade de pessoa humana é o fim (é a finalidade) de todos os direitos fundamentais.

1.5 RESERVA DO POSSÍVEL X MÍNIMO EXISTENCIAL

Na prática, os direitos fundamentais, principalmente em relação aos direitos sociais, enfrentam dificuldades no momento de sua efetivação, tendo em vista precipuamente os custos econômicos para o Estado. Em razão disso, originou-se a Teoria da Reserva do Possível²⁵.

Portanto, para ocorrer a efetivação dos direitos humanos constitucionalizados é necessário que haja verbas dos cofres públicos. Nesse sentido, os direitos sociais e econômicos recebem uma distinção significativa no momento da prestação, uma vez que os custos para proporcionar, por exemplo, saúde, educação, alimentação para todos, exorbitam o orçamento público. Sendo, assim, as políticas públicas são extensas, complexas e delicadas quando se tratam de garantias sociais de prestação, conforme leciona Ingo Sarlet²⁶.

²¹ Art. 1º - CF/88: 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;

²² Sarlet, 2007, p.67

²³ Sarlet, 2007, p. 85

²⁴ Denominação dada pelo ministro do STF Carlos Ayres Britto.

²⁵ Sarlet, 2007, p. 302

²⁶ Sarlet, 2007, p.302

A partir da década de 1970, diante da impossibilidade econômica de efetivar todos os direitos fundamentais, o Tribunal constitucional alemão começa a analisar alegações que erigem a chamada cláusula da Reserva do Possível²⁷

No Brasil e em países subdesenvolvidos, tal teoria alhures apontada é alegada frequentemente pelos entes públicos, principalmente nos casos relacionados à saúde e à educação.

Em contraposição à cláusula da reserva do possível está a teoria do mínimo existencial, a qual serve como limite daquela, assim como garantia e assistência das necessidades básicas dos indivíduos²⁸:

Explica-se, a reserva do possível defende que aquilo que está além da capacidade financeira e orçamentária do Estado não pode ser exigido, existindo uma reserva daquilo que se pode utilizar dos recursos existentes. Porém, mesmo sendo aceito tal entendimento, deve ser assegurado, ao menos, o mínimo existencial do indivíduo, proporcionando, assim, pelo menos, os direitos básicos para a dignidade de pessoa humana²⁹.

2 DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA SEPARAÇÃO DE PODERES

2.1 CONCEITO

Durante a história, autores como Locke e Montesquieu discutiram quanto à melhor distribuição deste Poder Estatal, objetivando, primeiramente, a contenção dos abusos do Estado decorrente da concentração do Poder Político³⁰.

Nessa linha, o Princípio da Separação dos Poderes, hoje reconhecido pela maioria dos ordenamentos jurídicos, significa, de maneira breve, a distribuição das atribuições estatais em três órgãos distintos, cada qual com sua função específica.

Dalmo Dallari³¹ ressalta que “*a concepção moderna da separação de poderes não foi buscar em Aristóteles sua inspiração, tendo sido construída gradativamente, de acordo com o desenvolvimento do Estado e em função dos grandes conflitos político-sociais*”.

Portanto, com o decorrer dos séculos, o princípio da separação dos poderes adaptou-se à evolução Estatal, sendo ampliadas suas funções e diminuída sua rigidez, revelando-se, com o passar dos anos, a essencialidade do princípio para a eficiência e o equilíbrio do Poder Político do Estado.

Os primeiros ensinamentos sobre a Tripartição de Poderes segundo critérios funcionais foi expressa pela primeira vez na antiguidade grega, na obra “Política” do filósofo Aristóteles. Entretanto, somente no século XVII é que ocorre um aprofundamento doutrinário da separação dos

²⁷ Fernandes, 2016, p. 670

²⁸ Fernandes, 2016, p. 670

²⁹ Fernandes, 2016, p. 671

³⁰ Veja-se, Mendes; Coelho; Branco, 2005, p.219.

³¹ Dallari, 2010, p. 218

Poderes. Na obra “Segundo tratado do governo civil” de John Locke, o autor teoriza a existência de quatro funções fundamentais: deliberativa, executiva, federativa e, excepcionalmente, prerrogativa.

Nesse diapasão, cumpre ressaltar que a obra de maior destaque é “O espírito das leis” de Barão de Montesquieu, 1748. Para o autor, o ser humano tende naturalmente ao abuso do poder, logo, para contê-lo, é necessária a distribuição das funções do Estado entre três diferentes poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. Ainda, tal divisão clássica entende que os poderes são independentes e harmônicos entre si, gerando, por consequência, o desenvolvimento do chamado sistema de freios e contrapesos³².

Outra importante característica do modelo de Montesquieu refere-se à inexistência de qualquer vínculo ou influencia mútua entre os Poderes. Portanto, a separação dos poderes foi considerada absoluta, uma vez que não havia espaço para a mínima interpenetração dos poderes, cada qual com sua exclusiva função³³. Por último, destaca-se a ideia de Montesquieu no sentido de que o juiz estava limitado à aplicação da lei, sendo inadmissível espaço para a interpretação e ativismo judicial.

Porém, conforme ensina Dalmo Dallari³⁴, embora haja semelhanças e influências, o modelo atual do princípio da Separação dos Poderes não se molda à ideia do Montesquieu, uma vez que hoje em dia os poderes estão todos em uma posição de igualdade e harmonia. Além disso, mais tarde, em razão da mudança do contexto político-social, foram desenvolvidas novas construções doutrinárias responsáveis por permitir variáveis mecanismos de interpenetração entre os poderes, desta forma “*atenuando a teoria que pregava a separação pura e absoluta*”³⁵ de Montesquieu.

Em suma, a teoria que distribui as funções do Estado em diferentes poderes modificou-se ao longo do tempo, sendo construída e aprimorada por diversos autores durante os séculos. Por consequência, tais ensinamentos contribuíram para a incorporação do princípio fundamental da separação dos poderes pela maioria das organizações políticas atuais. Isso resta evidenciado de maneira expressa e destacada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a qual refere que a sociedade em que não esteja estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição³⁶.

³² Dallari, 2010, p. 220.

³³ Lenza, 2010, 397

³⁴ Dallari, 2010, p. 223

³⁵ Lenza, 2010, p. 398.

³⁶ Art. 16º: Toda sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem Constituição.

2.2 A APLICAÇÃO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NO BRASIL

Conforme leciona José Afonso da Silva³⁷, a distribuição funcional clássica do poder político existiu no ordenamento jurídico Brasileiro desde a primeira constituição outorgada pela monarquia em 1824. Durante os anos sofreu pequenas modificações, contudo permaneceu reconhecida pela maioria das sucessivas constituições.

Atualmente, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 2º, erige a separação de poderes como princípio fundamental, referindo que “*são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*”.

Cumprir destacar que o princípio da Separação de Poderes em nossa Constituição revela-se muito mais complexo se comparando às ideias de Montesquieu, uma vez que o objetivo não é somente o de limitar os abusos estatais, como também o de alcançar a maior e melhor eficiência do Estado.

Por esta razão, além da utilização do sistema de freios e contrapesos, admite-se, ainda, o exercício de funções atípicas por cada poder, além das tipicamente conhecidas, não existindo mais a exclusividade de funções. Somado a isso, a Constituição Federal de 1988 prevê a possibilidade da fiscalização entre os poderes, relação denominada por José Afonso da Silva como “*colaboração de poderes*”.³⁸

Ademais, eleva-se a importância do princípio da Separação de Poderes ao ser reconhecido, expressamente no art. 60, §4º, inciso III da CF/88, como cláusula pétrea³⁹. Portanto, trata-se de um princípio fundamental que jamais poderá ser alterado ou removido da Constituição, nem mesmo em razão de Proposta de Emenda à Constituição (PEC).

Vale ressaltar que o princípio fundamental da separação dos poderes, quando relacionado ao modelo do ECI, é utilizado pelos doutrinadores tanto como argumento contrário à teoria, quanto como argumentação favorável ao Estado de Coisas Inconstitucional.

3 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

3.1 NOÇÕES PRELIMINARES

Segundo Bernardo Gonçalves Fernandes, controle de constitucionalidade pode ser entendido como “*a verificação de compatibilidade (ou adequação) de lei e atos normativos em relação a uma Constituição, no que tange ao preenchimento dos requisitos formais e materiais que as lei ou atos normativos devem necessariamente obedecer*”⁴⁰

³⁷ Silva, 2014, p. 108.

³⁸ Veja-se, Silva, 2014, 109.

³⁹ Lenza, 2010, p. 400

⁴⁰ Fernandes, 2016, p. 1306

Portanto, o controle de constitucionalidade visa a garantir que as leis e atos normativos estejam compatíveis com todo o texto constitucional, uma vez que, conforme Kelsen⁴¹, a Constituição é uma “*norma fundamental - hipotética*” que serve como “*fundamento de validade último*” em relação às demais normas - situadas em níveis inferiores na “*estrutura escalonada da ordem jurídica*”.

Quanto à classificação, Gilmar Mendes⁴² classifica o controle de constitucionalidade em três grupos distintos que variam de acordo com critérios determinantes. O primeiro relaciona-se ao órgão que exerce o controle, o segundo é dividido conforme o modo como é exercido, e, por último, quanto ao momento do controle.

Em relação ao primeiro, quanto ao controle que leva em consideração o órgão que exerce o controle de constitucionalidade, pode-se dividir em controle político, controle jurisdicional e controle misto⁴³.

O controle de constitucionalidade político é exercido pelos órgãos políticos, ou seja, por aqueles que não sejam órgãos jurisdicionais. Portanto, o controle constitucional jurisdicional é o realizado pelos órgãos do Poder Judiciário.

Por último, o controle de constitucionalidade misto é exercido tanto pelos órgãos judiciais, quanto pelos órgãos dos Poderes legislativo e executivo. Ademais, nesse sistema “*não há um controle que se sobrepõe ao outro, sendo que há convivência mútua com cada qual desenvolvendo sua função no ordenamento jurídico*”⁴⁴. Tal modelo é adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

3.2 MODELOS JURISDICIONAIS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Levando em consideração o controle constitucional de natureza jurisdicional, o Ministro Gilmar Mendes⁴⁵ explica que este pode ser dividido, didaticamente, quanto ao órgão judicial que exerce o controle de constitucionalidade. Nesse sentido, há a possibilidade de ser um controle judicial concentrado (austríaco), controle judicial difuso (americano) e controle judicial misto⁴⁶.

O modelo austríaco ou europeu de controle de constitucionalidade “*defere a atribuição para o julgamento das questões constitucionais a um órgão jurisdicional superior ou a uma Corte Constitucional*”⁴⁷.

⁴¹ Kelsen, 1998, p. 155.

⁴² Mendes; Coelho; Branco, 2005, p.1055

⁴³ Mendes; Coelho; Branco, 2005, p.1055

⁴⁴ Fernandes, 2016, p. 1319.

⁴⁵ Mendes; Coelho; Branco, 2005, p.1056.

⁴⁶ Mendes; Coelho; Branco, 2005, p.1057.

⁴⁷ Mendes; Coelho; Branco, 2005, p.1057.

De outra banda, no sistema americano ou difuso é assegurado “a qualquer órgão judicial incumbido de aplicar a lei a um caso concreto o poder-dever de afastar a sua aplicação se a considerar incompatível com a ordem constitucional”⁴⁸.

Por fim, o controle de constitucionalidade jurisdicional misto “congrega os dois sistemas de controle, o de perfil difuso e o de perfil concentrado”. Este é o modelo utilizado pelo Brasil⁴⁹.

3.3 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO: DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF)

3.3.1 Conceito e Finalidade

Ressalta-se que no ordenamento jurídico brasileiro são verificadas cinco ações para o controle jurisdicional concentrado: arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), ação direta de inconstitucionalidade (ADI), ação declaratória de constitucionalidade (ADC), ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) e ação direta de inconstitucionalidade interventiva⁵⁰.

Especificamente quanto ao controle exercido por meio da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) - prevista no parágrafo 1º do artigo 102 da Constituição Federal do Brasil e regulada pela Lei número 9.882/99 – tem-se como uma medida para “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”⁵¹ ou para analisar “controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”⁵²

Ademais, tendo por base o entendimento do STF e da doutrina majoritária, “preceitos fundamentais são entendidos como aquelas normas materialmente constitucionais que fazem parte da Constituição formal”⁵³. Em outros termos, os preceitos fundamentais são aquelas normas que possuem matéria com relevância constitucional e social presentes na Constituição formal, ou, ainda, são “as matérias típicas fundantes do Estado e da sociedade alocadas no texto constitucional”⁵⁴.

Todavia, a Constituição Federal não expressa quais exatamente seriam as normas com relevância material para serem denominadas como preceito fundamental. Em razão disso, o STF “vem construindo, cotidianamente, um rol aberto, sempre em permanente fazer dos preceitos”⁵⁵.

⁴⁸ Mendes; Coelho; Branco, 2005, p.1058.

⁴⁹ Mendes; Coelho; Branco, 2005, p.1112.

⁵⁰ Veja-se, Fernandes, 2016, p. 1353-1429.

⁵¹ Parágrafo 1º, da Lei nº 9.882/99: 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.

⁵² Parágrafo único, art. 1º, Lei nº 9.882/99: 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;

⁵³ Fernandes, 2016, p. 1429.

⁵⁴ Fernandes, 2016, p. 1429.

⁵⁵ Fernandes, 2016, p. 1429.

3.3.2 Espécies e objeto

Existem duas espécies, a primeira é a chamada arguição de descumprimento de preceito fundamental autônoma (ou principal), e a segunda, a denominada arguição de descumprimento de preceito fundamental incidental;

Especificamente quanto à arguição autônoma ou principal, a lei estabelece que é cabível contra “*ato do Poder Público*”. Entende-se como tal os atos administrativos, atos normativos ou atos judiciais⁵⁶. Ou seja, destaca-se a grande amplitude do objeto da ADPF autônoma, uma vez que “*pode ser impugnado ato de qualquer dos Poderes Públicos, no âmbito federal, estadual ou municipal, desde que para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental da Constituição*”⁵⁷.

Nessa linha, Gilmar Mendes⁵⁸ explica que a ADPF surge com o intuito de apreciar questões que não são cabíveis a outros controles de constitucionalidade jurisdicional abstrato, fato que justifica o amplo objeto da arguição autônoma ou principal.

3.3.3 Legitimidade

Embora a Constituição Federal não estabeleça os legitimados para a propositura da arguição de descumprimento de preceito fundamental, conforme entendimento do STF e da Lei regulamentadora da ADPF (número 9.882/99), os legitimados ativos a propor ADPF são os mesmo que podem propor a ação de inconstitucionalidade genérica (ADI)⁵⁹.

Assim sendo, aplicam-se os incisos do artigo 103 da Constituição Federal Brasileira⁶⁰ para estabelecer quem são os legitimados ativos a propor a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Diante disso, o ministro Gilmar Mendes⁶¹ ressalta sobre a tramitação no Congresso de Projeto de Lei que visa à alteração dos legitimados ativos, com a finalidade de permitir que qualquer cidadão possa propor a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Nessa linha, para Gilmar Mendes⁶², reconhecer o cidadão como legitimado ativo “*afigura-se recomendável e até mesmo inevitável*”, tendo em vista “*que a defesa de preceito fundamental confunde-se, em certa medida, com a própria proteção de direitos e garantias individuais*”.

⁵⁶ Fernandes, 2016, p. 1431.

⁵⁷ Novelino, 2012, p. 331.

⁵⁸ Mendes; Coelho; Branco, 2005, p.1208.

⁵⁹ Veja-se, Fernandes, 2016, p. 1433 e Mendes; Coelho; Branco, 2005, p.1247.

⁶⁰ Art. 103. Da CF/88: Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

⁶¹ Mendes; Coelho; Branco, 2005, p.1201.

⁶² Mendes; Coelho; Branco, 2005, p.1200.

Por fim, considerando o objeto e os legitimados para a propositura da ADPF, conclui-se que o controle de constitucionalidade por meio de tal instrumento, principalmente da espécie autônoma ou principal, é “dotado de grande flexibilidade” e amplitude, “o que pode permitir desenvolvimento de soluções criativas para a adequação do modelo jurídico-institucional às demandas dos novos tempos”⁶³.

Especificamente em relação ao Estado de Coisas Inconstitucional, os mecanismos constitucionais que melhor se adaptam ao reconhecimento de tal teoria no ordenamento jurídico brasileiro são o mandado de injunção, o recurso extraordinário com repercussão geral da matéria envolvida e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF)⁶⁴.

Entretanto, cumpre referir que o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional por meio do controle de constitucionalidade via ADPF merece um maior destaque, uma vez que, além de encaixar-se às características do ECI, foi através da ADPF 347 que se reconheceu, pela primeira e única vez, o ECI no ordenamento jurídico brasileiro.

Como já referido, a ADPF da espécie autônoma (ou principal) possui uma ampla abrangência. Ou seja, conforme Carlos Alexandre Campos, o objeto “ato do Poder Público não é apenas um ato isolado ou comissivo de um poder, mas podem ser atos de diferentes autoridades, órgãos e poderes”⁶⁵. Assim sendo, o mesmo cabe contra ato de “competência das três distintas esferas federativas”⁶⁶.

De acordo com tal raciocínio, no ECI tem-se como “lesão a preceito fundamental” a ampla e sistêmica violação de inúmeros direitos fundamentais, já como “ato do poder público” tem-se as omissões estruturais das autoridades públicas⁶⁷.

Além disso, vale ressaltar os efeitos “erga omnes” e vinculante da ADPF. Gilmar Mendes⁶⁸ explica que “a decisão (de mérito) proferida na ação de descumprimento de preceito fundamental terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público”. Tem-se, portanto, um processo “sem partes, no qual se discute amplamente a tutela do interesse público de forma geral”. Logo, haja vista que o ECI tem como pressuposto a exigência de alcançar um número elevado e amplo de pessoas e grupos vulneráveis⁶⁹, a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional enquadra-se perfeitamente aos efeitos “erga omnes” e vinculante da ADPF.

Além disso, ao proferir a decisão em ADPF, Gilmar Mendes ensina que “deverá ser feita comunicação às autoridades responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se, se for o

⁶³ Mendes; Coelho; Branco, 2005, p.1201.

⁶⁴ Campos, 2016, p. 259.

⁶⁵ Campos, 2016, p. 182.

⁶⁶ Campos, 2016, p. 182.

⁶⁷ Campos, 2016, p. 259 e 260.

⁶⁸ Mendes; Coelho; Branco, 2005, p.1228.

⁶⁹ Campos, 2016, p. 180.

caso, as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental”⁷⁰. Nesse mesmo sentido, as sentenças estruturais resultantes do reconhecimento do ECI trazem remédios que deverão ser cumpridos por outras autoridades. Portanto, cumpre destacar o amplo grau de medidas possíveis prescritas pela lei que regula a ADPF: “*a liminar poderá consistir (...) [em] qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental*”. Nessa esteira, tal amplitude enseja “*autorização inequívoca para que o Supremo profira sentenças estruturais*”⁷¹.

Em suma, conclui-se que - embora haja a necessidade de ampliações dos legitimados – a ADPF enquadra-se às características do instrumento ECI, sendo, portanto, o melhor meio para o reconhecimento e a afirmação do Estado de Coisas Inconstitucional.

4 ATIVISMO JUDICIAL

4.1 ORIGEM E CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL.

Luís Roberto Barroso⁷² ensina que o ativismo judicial se caracteriza pela expansão da interpretação da Constituição pelo aplicador, explicando que tal mecanismo é associado à ideia de ampliação da participação do Poder Judiciário e da “*maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes*” que vai “*além do legislador ordinário*”.

Alexandre de Moraes⁷³ explica que a primeira utilização da referida expressão deu-se no ano de 1947 por Arthur Schlesinger Jr, na Corte Suprema norte-americana. Nessa Linha, Alexandre de Moraes e Barroso⁷⁴ estabelecem dois momentos diferentes da defesa dos Direitos Fundamentais por meio do ativismo judicial nos EUA: primeiramente, aliada ao pensamento conservador e, em seguida, às ideias progressistas. Portanto, para estes autores, o ativismo judicial manifestou-se em situações opostas, ou seja, além de ter sido, inicialmente, usada como justificativa para a aplicação da segregação racial americana no ano de 1857, em um segundo momento, decidiu-se pela inconstitucionalidade *da lei que adotava a doutrina dos “iguais, mas separados”*.

4.2 ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

O protagonismo judiciário tem-se ampliado tanto no Brasil quanto mundialmente, precipuamente após a segunda grande guerra, a partir da qual ocorreu um fortalecimento e crescimento da atuação do Poder Jurídico frente questões de essência executiva e legislativa⁷⁵:

⁷⁰ Mendes; Coelho; Branco, 2005, p.1228.

⁷¹ Campos, 2016, p. 260.

⁷² Veja-se: < http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=4 >

⁷³ Moraes, 2013, p.784

⁷⁴ Veja-se: < http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=4 >

⁷⁵ Veja-se: < http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=3 >

Conforme leciona Barroso⁷⁶, especificamente no caso do Brasil, entende-se que fatores como a redemocratização do país, a constitucionalização abrangente da atual Magna Carta e a complexidade dos mecanismos de controle de constitucionalidade geraram a tendente judicialização de política nacional.

Por esta razão, permitiu-se que novas técnicas interpretativas surgissem, responsáveis por ampliar ainda mais a atuação jurisdicional⁷⁷. Todavia, necessita-se compreender a diferença entre a tendente judicialização da política e o mecanismo de ativismo judicial, uma vez que são seguidamente confundidos, conforme leciona Barroso⁷⁸.

Em suma, ambas as técnicas são responsáveis pela ampliação da atuação do Poder Judiciário, entretanto há relevantes diferenças que as tornam completamente diferentes. A principal refere-se à ideia da subjetividade, uma vez que no ativismo há decisões deliberadas, desprovida de amparo constitucional, sendo baseada na vontade do aplicador⁷⁹. Já a judicialização da política esta relacionada a uma tendência mundial, a qual pretende resolver questões complexa de natureza legislativa ou executiva nos limites legais.

Entretanto, quanto ao primeiro conceito, embora parte da doutrina discorde, conforme entendimento do professor Carlos Alexandre de Azevedo Campos, o *“ativismo judicial não é aprioristicamente legítimo ou ilegítimo”*, uma vez que nas situações em que há o respeito pelos limites constitucionais e pela harmonia entre os poderes é possível, excepcionalmente, a legitimidade do ativismo⁸⁰.

Ademais, Carlos Alexandre Campo explica que a validade do ativismo depende de um *“caráter dinâmico e contextual”*⁸¹. Nessa linha de pensamento, as *“condições e variáveis, contextuais e dinâmicas, necessárias e suficientes, exógenas e endógenas, de natureza institucional, política, social e jurídico-cultural”* podem favorecer e até exigir, excepcionalmente, posturas ativistas para resolver problemas insolucionáveis de efetividade da Constituição.

4.3 DIMENSÕES DE ATIVISMO JUDICIAL

Carlos Alexandre de Azevedo Campos propõe uma categorização das posturas ativistas da Suprema Corte brasileira em cinco dimensões: dimensão metodológica, dimensão processual, dimensão estrutural ou horizontal, dimensão de direitos, dimensão antidialógica.

A dimensão metodológica relaciona-se às posturas judiciais de *“interpretações criativas e expansivas dos enunciados normativos legais e constitucionais, notadamente dos princípios*

⁷⁶ Veja-se < http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=3 >

⁷⁷ Moraes, 2013, p. 784

⁷⁸ Veja-se < http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=3 >

⁷⁹ Moraes, 2013, p. 784

⁸⁰ Campos, 2016, p. 221.

⁸¹ Campos, 2016, p. 221.

constitucionais”⁸². Já a dimensão processual refere-se à “*autoamplificação*”⁸³ ou “*ampliação, por conta própria, de seus instrumentos processuais e da eficácia de suas decisões*”⁸⁴. A dimensão estrutural ou horizontal é a “*interferência rígida e incisiva sobre as decisões dos demais poderes*”⁸⁵, faltando com “*deferência às capacidades legal e cognitiva dos outros poderes*”⁸⁶. A dimensão de direitos são as posturas de “*interferência em ações regulatórias e coercitivas dos outros poderes e na formulação e execução de políticas públicas*”⁸⁷. Por fim, a dimensão antidialógica refere-se a posturas de “*afirmação da supremacia judicial*”⁸⁸, ou seja, de “*afirmação da posição do Supremo não apenas como último interprete da Constituição, mas como único, exclusivo.*” Esta é a única dimensão “*que se pode afirmar aprioristicamente ilegítima*”⁸⁹.

Por último, cumpre salientar que - tendo em vista a postura multifacetada do ativismo – tais dimensões não se apresentam isoladas em cada situação ativista, podendo, em uma única postura judicial, estar presentes até todas as dimensões citadas.

4.4 ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

O ministro Barroso⁹⁰ explica que no Brasil, o ativismo judicial tem sido fomentado em decorrência da crise de representatividade e da atuação efetiva do Poder legislativo. Portanto, conforme o ministro Alexandre de Moraes⁹¹, “*a inércia dos Poderes Políticos em efetivar totalmente as normas constitucionais*” tem permitido o avanço do judiciário em questões tradicionalmente legislativas e executivas.

Pode-se dizer que o grau de ocorrências ativistas no judiciário brasileiro é bastante relevante, sendo facilmente destacáveis decisões em que houve a sua manifestação de maneira nítida. Uma postura ativista bastante recente foi o reconhecimento pelo STF do Estado de Coisas Inconstitucional no ordenamento jurídico Brasileiro, na qual a Corte determinou medidas (remédios) estruturais para serem cumpridas pelos demais poderes.

Nessa linha, conforme entendimento de Carlos Alexandre de Azevedo Campos⁹² e do autor Lênio Srtreck, no momento em que o STF interfere na execução de políticas públicas, verifica-se a expansão do judiciário, configurando-se, portanto, uma típica situação de ativismo judicial .

Tendo em vista à categorização em dimensões das posturas ativistas tomadas pelo STF (trazida pelo professor Alexandre de Azevedo Campos e alhures analisada), a que melhor define a

⁸² Veja-se, <<https://jota.info/artigos/materias35-dimensoes-do-ativismo-judicial-do-stf-23092014>>

⁸³ Campos, 2016, p. 222.

⁸⁴ Veja-se, <<https://jota.info/artigos/materias35-dimensoes-do-ativismo-judicial-do-stf-23092014>>

⁸⁵ Campos, 2016, p. 223.

⁸⁶ Veja-se, <<https://jota.info/artigos/materias35-dimensoes-do-ativismo-judicial-do-stf-23092014>>

⁸⁷ Veja-se, <<https://jota.info/artigos/materias35-dimensoes-do-ativismo-judicial-do-stf-23092014>>

⁸⁸ Veja-se, <<https://jota.info/artigos/materias35-dimensoes-do-ativismo-judicial-do-stf-23092014>>

⁸⁹ Campos, 2016, p. 223.

⁹⁰ Veja-se: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a62567b46de3c8ef>

⁹¹ Moraes, 2013, p. 784

⁹² Campos, 2016, p. 217 e 218

declaração do ECI é a dimensão estrutural dialógica. Todavia, cumpre destacar que no ECI, assim como nas demais situações de ativismo, há características de todas as demais dimensões⁹³, em razão disso faz-se necessário o estudo de cada uma delas.

Nesse diapasão, Carlos Alexandre Campos refere que quanto à dimensão metodológica, o ECI, além de possuir uma formulação criativa e inovadora – tendo em vista que não há previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro - é destinado a controlar “*omissões com falhas estruturais*”, tendo por “*base a ordem objetiva de direitos fundamentais*”⁹⁴.

O ECI caracteriza-se também por ter uma dimensão ativista processual, uma vez que “*expande seu poder decisório subjetivo para alcançar resultados próprios de processos objetivos e atua sem que haja previsão legal expressa para tanto, o que revela a autoampliação de poderes decisórios*”.⁹⁵

Quanto à dimensão de direitos, ao declarar o ECI, o Poder judiciário interfere em “*medidas regulatórias em políticas públicas em favor da garantia de direitos básicos, e, principalmente, do mínimo existencial*”⁹⁶.

Em relação à dimensão antidialógica, por óbvio, essa deve ser evitada, uma vez que a ausência de diálogo e equilíbrio entre os Poderes torna a postura ativista ilegítima⁹⁷. Sendo assim, o instrumento do ECI caracteriza-se pelo ativismo judicial dialógico, no qual há equilíbrio entre os Poderes⁹⁸.

Por último, quanto à dimensão estrutural ou horizontal do ativismo judicial - característica mais marcante da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional -, o ECI interfere fortemente em espaços tradicionalmente legislativos e administrativos (sem “*precedência normativa*”⁹⁹), em razão da “*inércia dos outros poderes*”¹⁰⁰.

5 DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL (ECI)

5.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O professor Carlos Alexandre de Azevedo¹⁰¹ explica que, embora “*com raiz nos structural remedies dos Estados Unidos, o ECI foi declarado, pela primeira vez, pela Corte Constitucional colombiana, em processo que envolveu direitos previdenciários e de saúde de professores municipais*”.

⁹³ Campos, 2016, p. 223.

⁹⁴ Campos, 2016, p. 223.

⁹⁵ Campos, 2016, p. 223.

⁹⁶ Campos, 2016, p. 225.

⁹⁷ Campos, 2016, p. 225.

⁹⁸ Campos, 2016, p. 225.

⁹⁹ Campos, 2016, p. 223.

¹⁰⁰ Campos, 2016, p. 224.

¹⁰¹ Campos, 2016, p. 99.

Nessa linha, o termo Estado de Coisas Inconstitucional foi aplicado pela primeira vez pela Corte Colombiana em 06 de novembro de 1997 com a “*Sentencia de Unificación SU 559*”¹⁰², quando declarou-se o ECI no caso envolvendo professores municipais que “*tiveram os direitos previdenciários recusados pelas autoridades locais*”¹⁰³.

Ao passo do tempo, o judiciário Colombiano passou a utilizar desse instrumento reiteradas vezes, em situações diversas, como no sistema carcerário colombiano (1998), na não convocação de concurso público para notários (1998), no caso dos defensores de direitos humanos (1998), no caso da mora no pagamento das verbas de aposentadoria (1999), no deslocamento forçado de pessoas em decorrência da violência urbana (2004) e, por fim, no caso da superlotação dos presídios (2013 e 2015)¹⁰⁴.

Contudo, Carlos Alexandre Campos¹⁰⁵ divide, didaticamente, a evolução do ECI na Colômbia em duas fases, a primeira de insucessos e a segunda de aperfeiçoamento. Ou seja, o autor refere que na fase inicial é possível questionar se os requisitos e os pressupostos estavam presentes. Nessa linha, pode-se dizer que, além da relevante “*falha de efetividade*”, nessa fase ocorreu a banalização do uso do instrumento, uma vez que não foram aplicados os pressuposto e respeitada a excepcionalidade do mecanismo. Já na segunda fase, ocorre a decisão mais relevante, na qual houve a “*preocupação com a efetividade*” das medidas, por meio do “*monitoramento do cumprimento das ordens flexíveis, catalisadoras de políticas públicas*”¹⁰⁶.

Ademais, no Brasil, a primeira decisão judicial que adotou o instrumento do ECI ocorreu no dia 09 de setembro de 2015, quando o Supremo Tribunal Federal deferiu parcialmente o pedido de cautelares da ADPF nº 347/DF, reconhecendo expressamente a existência do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro. Tal Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental foi proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) em face da crise generalizada do sistema carcerário do país, tendo como finalidade interferir na “*implementação de políticas públicas, em alocações orçamentárias e na interpretação e aplicação da ordem processual penal, visando reduzir os problemas da superlotação dos presídios e das condições degradantes do encarceramento*”¹⁰⁷.

5.2 PRESSUPOSTOS

Cumprir observar que - levando em consideração que o instrumento do Estado de Coisas Inconstitucional foi sendo aperfeiçoado ao longo das aplicações, tendo em vista os insucessos

¹⁰² Campos, 2016, p. 121.

¹⁰³ Campos, 2016, p. 121.

¹⁰⁴ Veja-se, CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo; Estado de Coisas Inconstitucional. 1.ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

¹⁰⁵ Campos, 2016, p. 166 e 167.

¹⁰⁶ Campos, 2016, p. 166 e 168.

¹⁰⁷ Veja-se: < <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>

iniciais – desenvolveram-se os pressupostos e fundamentos exigidos para ocorrer o excepcional reconhecimento do ECI¹⁰⁸. Nessa linha, Carlos Alexandre Azevedo Campos¹⁰⁹ delimita os três pressupostos básicos para que tal reconhecimento seja legítimo e surta efeitos positivos.

O primeiro pressuposto é o da constatação de uma violação massiva, sistêmica e contínua de variados direitos fundamentais “(*liberdades fundamentais, direitos sociais e econômicos, dignidade humana, mínimo existencial*)”, que afeta um número elevado e amplo de pessoas e grupos vulneráveis¹¹⁰.

Já o segundo é a constatação de uma “*omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais*”. Ou seja, trata-se de uma omissão estrutural histórica do “*ciclo das políticas públicas*” e da legítima falta de coordenação entre as autoridades. Carlos Alexandre acrescenta¹¹¹:

O ECI relaciona-se de perto com as chamadas “questões policêntricas”. Policentrismo é a “propriedade de um problema complexo com um número de ‘centros’ de problemas subsidiários, cada um relacionado com o outro, de modo que a solução de cada problema depende da solução de todos os outros”. Problemas policêntricos são uma boa explicação para toda a complexidade da violação de direitos e falhas estruturais que caracterizam o ECI.

Por último, o terceiro pressuposto refere-se à necessidade de expedição de remédios e ordens estruturais dirigidas a um conjunto de órgãos e autoridades - medidas das quais são essenciais para se conseguir o êxito da modificação do quadro de violações¹¹².

Pode-se concluir, portanto, que o instrumento do Estado de Coisas Inconstitucional possui - quando levado em consideração o rigor dos pressupostos - um elevado grau de excepcionalidade.

5.3 CONCEITO

Em decorrência dos pressupostos salientados, conforme entendimento de Carlos Alexandre de Azevedo Campos¹¹³, o Estado de Coisas Inconstitucional pode ser conceituado como um mecanismo excepcional, o qual é utilizado quando a Corte Constitucional constata um quadro de violações massivas e perpétuas de direitos fundamentais de grupos amplos e vulneráveis, decorrentes de falhas e omissões estruturais e sistêmicas, geradas por ausência de coordenação entre as autoridades, que somente poderão ser superadas por meio de um conjunto de medidas (remédios estruturais) de políticas públicas dirigidas a todos os órgãos - de natureza legislativa, administrativa, orçamentária e judiciária¹¹⁴.

¹⁰⁸ Campos, 2016, p. 163.

¹⁰⁹ AZEVEDO CAMPOS. Carlos Alexandre. Artigo O Estado de Coisa Inconstitucional e o Litígio estrutural. Revista Consultor Jurídico, 1 de setembro de 2015, 16h55. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>, Acessado em: 23/05/2017.

¹¹⁰ Campos, 2016, p. 180.

¹¹¹ Campos, 2016, p. 182.

¹¹² Campos, 2016, p. 183.

¹¹³ Campos, 2016, p. 187.

¹¹⁴ Campos, 2016, p. 177 a 187.

5.4 PROCESSO ESTRUTURAL: SENTENÇAS ESTRUTURAIS, REMÉDIOS ESTRUTURAIS E O MONITORAMENTO JUDICIAL

Tendo em vista o conceito e os pressupostos, a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional possui uma “*conexão íntima com a figura do ‘litígio estrutural’ ou ‘processo estrutural’ (‘structural suit’)*”, conforme leciona Carlos Alexandre Campos¹¹⁵. Nessa linha, o reconhecimento do ECI configuraria “*uma ‘senha’ ou um ‘passaporte’ para as cortes proferirem sentenças estruturais*”¹¹⁶.

Tais sentenças estruturais caracterizam-se “*por alcançar número amplo de pessoas, várias entidades e por implicar ordens de execução complexas dirigidas a modificar instruções governamentais em mau funcionamento*”¹¹⁷. Por isso, as “*cortes não são chamadas a resolver disputas entre indivíduos conforme princípios de direito privado, e sim para lidar com reivindicações, que podem ser deduzidas das leis e dos preceitos constitucionais, sobre mudanças sociais em larga escala, programas de políticas públicas*”¹¹⁸.

Em outras palavras, a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional gera um processo estrutural (chamado também de “*litígio estrutural*”), o qual caracteriza-se, basicamente, por tentar resolver problemas amplos e complexos de violação de direitos fundamentais que envolvam uma ampla totalidade de pessoas e de autoridades responsáveis. As decisões de tal litígio são denominadas de sentenças estruturais, as quais fixarão ordens e medidas complexas - os denominados remédios estruturais (“*structural remedies*”)¹¹⁹.

Ou seja, diante da ampla violação de direitos fundamentais e do grande número de pessoas e autoridades envolvidas, os remédios estruturais são ordens judiciais complexas que interferem “*nas escolhas orçamentárias e nos ciclos de formulação, implementação e avaliação de políticas públicas*”¹²⁰. Tais remédios estruturais buscam, ao mesmo tempo, o redimensionamento desses ciclos e a possibilidade de uma melhor coordenação estrutural¹²¹.

Nessa linha, o professor Carlos Alexandre de Azevedo Campos¹²² destaca que as ordens judiciais realizadas por meio de remédios estruturais, embora interfiram na execução, não detalham sobre as políticas públicas que serão utilizadas. Portanto, trata-se de ordens flexíveis para acelerar a execução e efetivar as políticas públicas.

¹¹⁵ Campos, 2016, p. 187.

¹¹⁶ Campos, 2016, p. 189;

¹¹⁷ Campos, 2016, p. 187.

¹¹⁸ Campos, 2016, p. 188.

¹¹⁹ Campos, 2016, p. 188 e 189.

¹²⁰ Veja-se, <https://jota.info/artigos/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional-04052015>

¹²¹ Veja-se, <https://jota.info/artigos/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional-04052015>

¹²² Veja-se, <https://jota.info/artigos/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional-04052015>

O autor acrescenta que *“remédios flexíveis são modelados pelas cortes para serem cumpridos, deixando margens de criação legislativa e de execução a serem esquematizadas e avançadas pelos outros poderes”*.

Portanto, o papel da Corte seria o de *“colocar a máquina estatal em movimento”* harmonicamente. Ou seja, o juiz comportar-se-ia *“como um coordenador institucional”*.¹²³:

Ademais, cumpre destacar sobre o contínuo monitoramento que se faz necessário para o cumprimento dos remédios estruturais e para a execução das políticas públicas. Cita-se, por exemplo, a realização de *“audiências públicas periódicas, com a participação de setores da sociedade civil e das autoridades públicas responsáveis”*¹²⁴.

5.5 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO DO BRASIL

5.5.1 ADPF 347/DF

Tendo em vista que a ADPF é a melhor maneira de se reconhecer o Estado de Coisas Inconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro, no dia 09 de setembro de 2015, o Supremo Tribunal Federal deferiu parcialmente o pedido de cautelares da ADPF nº 347/DF, reconhecendo expressamente a existência do Estado de Coisa Inconstitucional no sistema carcerário brasileiro¹²⁵.

Nesse sentido, conforme o informativo 798 do STF, na ADPF nº 347, pediu-se o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional relativamente ao sistema penitenciário brasileiro e, por consequência, a *“adoção de providências estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos, que alega decorrerem de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal”*.¹²⁶

O Ministro Relator, Marco Aurélio, ao analisar a liminar da ADPF 347, em seu voto, abordou inicialmente a situação vexaminosa do sistema penitenciário brasileiro. Após essa avaliação, fundamentou sua decisão ressaltando as violações generalizadas de diversos direitos fundamentais da população carcerária e salienta sobre a responsabilidade do Poder Público – *“atribuída aos três Poderes”* e a todos os entes federativos¹²⁷. Por fim, destacou o possível papel do Supremo em favor da superação do quadro de inconstitucionalidades dos presídios¹²⁸. Nesse diapasão, ao concluir, o Ministro reconheceu que a situação do sistema carcerário encaixa-se perfeitamente aos pressupostos do ECI¹²⁹.

¹²³ Veja-se, <https://jota.info/artigos/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional-04052015>

¹²⁴ Veja-se, <https://jota.info/artigos/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional-04052015>

¹²⁵ Veja-se, Fernandes, 2016, p. 1471.

¹²⁶ ADPF nº 347 MC, pleno do STF, julgado em 09.09.2015, rel. Min. Marco Aurélio.

¹²⁷ Fernandes, 2016, p. 1473.

¹²⁸ Voto Marco Aurélio (medida cautelar na ADPF-347.Distrito Federal).STF.

¹²⁹ Voto Marco Aurélio (medida cautelar na ADPF-347.Distrito Federal).STF.

Nesse sentido, o Relator Marco Aurélio - além de declarar o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário do Brasil - deferiu duas das oito medidas cautelares requeridas na ADPF. Uma delas referente à implementação da audiência de custódia, e a outra à liberação das verbas do FUNPEN¹³⁰.

Até o momento o STF não julgou o mérito da ADPF nº 347. Sem embargo, pela primeira vez reconheceu-se o ECI no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse passo, além do ministro relator Marco Aurélio, “*os ministros Luís Roberto Barroso, Edson Fachin, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski também reconheceram textualmente a vigência do ECI*”¹³¹. É de se perceber que os eminentes juristas supra mencionados “*concordaram que, ante a violação massiva de direitos fundamentais, o Tribunal deveria intervir, inclusive, sobre a escolha orçamentária de contingência de recurso*”¹³².

5.6 PRINCIPAIS CRÍTICAS À DECLARAÇÃO DE ESTADOS DE COISAS INCONSTITUCIONAL

O reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional no ordenamento jurídico do Brasil tornou-se um tema polêmico - de um lado eminentes apoiadores, de outro, críticos exemplares. Dentre os principais autores que se manifestam contrários ao mecanismo, destaca-se Lênio Luiz Streck, o qual critica não somente o ECI, como todo tipo de ativismo judicial. Já entre aqueles que apoiam o instrumento, destaca-se Carlos Alexandre de Azevedo Campos.

Insta salientar que as principais objeções à teoria são a possível ubiquidade da declaração do ECI, a ameaça à democracia, o subjetivismo das decisões, a violação da separação dos poderes e, por último, a falta de efetividade do instrumento¹³³. Ressaltando que tais argumentos complementam-se e, muitas vezes, confundem-se, por isso serão tratados (e contra argumentados) conjuntamente.

De maneira resumida, cumpre destacar o entendimento de Lênio Streck. O professor critica o mecanismo ao dizer que o Brasil é em um país periférico onde tudo é inconstitucional. Por esta razão, diariamente são violados direitos fundamentais e ocorrem omissões estatais, “*desde os presídios ao salário mínimo*”¹³⁴. Portanto, para o autor, o termo Estado de Coisas Inconstitucional, além de ser bastante vago, poderia gerar ubiquidade e banalização de sua aplicação, chegando ao extremo do livre arbítrio do juiz e da violação do princípio da separação dos poderes. Nessa linha escreveu Lênio Streck¹³⁵:

¹³⁰ Veja-se, Fernandes, 2016, p. 1471 e 1471 e ADPF nº 347 MC, pleno do STF, julgado em 09.09.2015, rel. Min. Marco Aurélio.

¹³¹ Campos, 2016, p. 290.

¹³² Campos, 2016, p. 290.

¹³³ Veja-se, Campos, 2016, p. 290-318

¹³⁴ Veja-se, <http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo#author>

¹³⁵ Veja-se, <http://www.conjur.com.br/2015-set-24/senso-incomum-preciso-nao-obter-hc-brasil>

Tenho receio dessa coisa chamada ECI - Estado de Coisas Inconstitucional, que é fluída, genérica e líquida. Por ela, tudo pode virar inconstitucionalidade. Das doações em campanha ao sistema prisional (ADPF 347). Mas pergunto: o salário mínimo não faz parte desse Estado de Coisas Inconstitucional? Os juros bancários - os do cartão de crédito bateram nos 400% - não são, igualmente, uma “coisa inconstitucional”? Peço perdão pela ironia, mas, diante do tamanho da crise, receio que alguém entre com uma ação para declarar a inconstitucionalidade... do Brasil.

Em outras palavras, os críticos da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional indicam o risco da banalização e da ubiquidade do instrumento, uma vez que se trata de um conceito genérico e abrangente. Ou seja, o reconhecimento do ECI no ordenamento jurídico possibilitaria ao judiciário intervir em tudo aquilo que estivesse simplesmente em desconformidade com a Constituição - inclusive nas “*políticas públicas e nas instituições em (mau) funcionamento*”¹³⁶.

Todavia, em contrapartida, é forçoso salientar que o instrumento ativista do ECI recebe um forte grau de excepcionalidade, principalmente por ser delimitado por pressupostos. Portanto, se tais pressupostos forem indeclináveis e rigorosamente observados “*exclui a vagueza e fluidez do instituto e elimina qualquer risco de ubiquidade*”¹³⁷, uma vez que “*a intervenção judicial estrutural será sempre o último recurso*”¹³⁸.

Outro argumento contrário ao reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional tem em vista o risco do subjetivismo decisório e do livre arbítrio dos juízes nas sentenças. Refere-se que o juiz poderá decidir arbitrariamente quais são as situações de Estado de Coisas Inconstitucional relevantes. Nessa linha, Raffaele de Giorgi, José Eduardo Faria e Celso Campilongo ilustram ao dizer que “*se, por exemplo, 51% dos deputados forem acusados de corrupção, o STF declarará o ECI, ordenando o fechamento do Congresso ou atribuirá a política a outros órgãos?*”¹³⁹. Em outras palavras Lênio Streck¹⁴⁰ acrescenta:

Tenho receio de um retorno a uma espécie de jusnaturalismo ou uma ontologia (clássica) que permita ao judiciário aceder a uma espécie de “essência” daquilo que é inconstitucional pela sua própria natureza-em-um-país-periférico. Uma espécie de realismo moral.

Em contrapartida a esse argumento, destaca-se, primeiramente, que “*o risco do subjetivismo decisório, da dimensão metodológica do ativismo judicial de juízes e cortes constitucionais, tem sido inerente à interpretação constitucional*”¹⁴¹. Isto é, em uma decisão judicial há espaço para interpretação e, conseqüentemente, gera riscos de subjetivismo. Nesse sentido, para que haja freio nesse subjetivismo e no livre arbítrio do juiz, devem-se determinar objetivamente os requisitos e pressupostos para a declaração do ECI com a finalidade de serem

¹³⁶ Campos, 2016, p. 293.

¹³⁷ Campos, 2016, p. 294.

¹³⁸ Campos, 2016, p. 294.

¹³⁹ Veja-se, <http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>

¹⁴⁰ Veja-se, <http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo#author>

¹⁴¹ Campos, 2016, p. 300.

seguido rigorosamente (e excepcionalmente)¹⁴². Nessa linha Carlos Alexandre afirma: “o rigor na apreciação dos seus pressupostos de configuração serve a evitar decisões arbitrárias”¹⁴³.

Outrossim, revela-se como objeção ao ECI a ameaça à democracia, uma vez que as questões de direito e de política se confundiriam. Ou seja, conforme entendimento de Lênio Streck, na democracia “*quem faz escolhas é o Executivo, eleito para fazer políticas públicas*”¹⁴⁴, portanto, não seria papel do Judiciário escolhê-las. Nesse sentido, decisões judiciais que interferem em Políticas Públicas gerariam uma perda da “*diferença funcional entre o papel da política e o papel do Direito*”¹⁴⁵. O aludido autor acrescenta¹⁴⁶:

(...) existe uma coisa chamada política, eleições, parlamento, orçamento, enfim, coisas que fazem parte de uma democracia, sem falar do lugar em que vivemos: um país periférico e com um presidencialismo de coalizão, capenga, que dia a dia agoniza.

Rebatendo tais argumentos, Carlos Alexandre Campos¹⁴⁷ estabelece que o rigoroso reconhecimento dos requisitos de legitimidade do ECI - seguir os pressupostos do modelo, estabelecer ordens flexíveis e monitorar a efetividade e a implementação de tais ordens - permite o “*diálogo entre os poderes e destes com a sociedade*”¹⁴⁸ (ativismo dialógico). Sendo assim, mantêm-se “*as fronteiras entre Direito e Política*”¹⁴⁹. Ademais, o aludido autor acrescenta outra importante contribuição do reconhecimento do ECI à democracia, relacionada à grande visibilidade dada aos problemas reconhecidos como em Estado de Coisas Inconstitucional¹⁵⁰:

(...) ao incluir na agenda tema de direitos anteriormente ignorado em desfavor de classe politicamente sub-representada e estigmatizada, ressaltando aspectos que vão contra os próprios interesses da sociedade, a declaração do ECI pode promover ganhos democrático-deliberativos, em vez de ameaçar a democracia.

Quanto ao argumento relacionado à violação do princípio fundamental da separação dos poderes revela-se como duplo entendimento, uma vez que, além de ser uma crítica bastante recorrente contrária ao mecanismo, é utilizada também como louvor ao ECI.

Isto é, na perspectiva dos contrários à aplicabilidade do Estado de Coisas Inconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro, ao permitir que o Poder judiciário interfira em “*campo próprio e exclusivo dos Poderes Legislativo e Executivo*”¹⁵¹, violaria o princípio da separação dos poderes. Portanto, para tal entendimento, “*a formulação e implementação de políticas públicas*” seria “*imune à intervenção judicial*”¹⁵², sendo vedado ordens judiciais aos demais Poderes referentes às

¹⁴² Campos, 2016, p. 298.

¹⁴³ Campos, 2016, p. 298.

¹⁴⁴ Veja-se, <<http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo#author>>

¹⁴⁵ Veja-se, <<http://opinio.estado.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>>

¹⁴⁶ Veja-se, <<http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo#author>>

¹⁴⁷ Campos, 2016, p. 305.

¹⁴⁸ Campos, 2016, p. 240.

¹⁴⁹ Campos, 2016, p. 305.

¹⁵⁰ Campos, 2016, p. 306.

¹⁵¹ Campos, 2016, p. 306.

¹⁵² Campos, 2016, p. 306.

políticas. Nessa linha o texto dos autores Raffaele De Giorgi, José Eduardo Faria e Celso Campilongo¹⁵³ destaca que o ECI seria um instrumento para “*compensar a incompetência*” do executivo e do legislativo:

Qual a competência de uma Corte Suprema para “compensar a incompetência” do sistema político? Ela pode compensar a inércia dos outros Poderes com sua competência ativa? Quem controlaria a correção jurídica do decreto (político) de ECI? Teria a Corte competência para compensar sua própria incompetência?

Em contrapartida, aos adeptos à possibilidade de aplicação do ECI no ordenamento jurídico do Brasil, ao permitir e “*admitir que a omissão reiterada, persistente e inconstitucional dos poderes políticos seja imune à intervenção judicial estrutural significa permitir*”¹⁵⁴ a concentração de poder, portanto, violaria o princípio fundamental da separação dos poderes. Em outros termos, considerando que o primeiro objetivo da separação dos poderes foi o de evitar a concentração de poder político (contra o absolutismo), tem-se que, no momento em que o judiciário é impossibilitado de intervir na omissão grave dos demais poderes, há a concentração tanto do “*poder de fazer como o de não fazer em qualquer circunstância*”¹⁵⁵.

Além do mais, cumpre destacar que o modelo de separação de poderes da Constituição de 1988 do Brasil é “*dinâmico, dialógico, cooperativo de poderes que, cada qual com ferramentas próprias, deve compartilhar autoridade e responsabilidade em favor da efetividade da Constituição*”¹⁵⁶. Ou seja, a concepção estática do modelo de separação dos poderes de Montesquieu foi superada. Atualmente, o que se percebe é a complexidade e a flexibilidade funcional de tal princípio no ordenamento jurídico brasileiro, o qual visa à melhor eficiência do Estado.

Por último, ainda em relação à separação dos poderes, vale ressaltar que a intervenção do Judiciário é extremamente limitada, uma vez que as ordens decorrentes do ECI não criam ou formulam políticas públicas. Tratam-se de ordens flexíveis responsáveis por “*catalisar as capacidades institucionais de outros poderes*”¹⁵⁷, estabelecendo coordenação e desbloqueios políticos. Nesse sentido foi o voto do ministro relator Marco Aurélio na decisão cautelar da ADPF 347¹⁵⁸:

Não lhe incumbe, no entanto, definir o conteúdo próprio dessas políticas, os detalhes dos meios a serem empregados. Em vez de desprezar as capacidades institucionais dos outros Poderes, deve coordená-las, a fim de afastar o estado de inércia e deficiência estatal permanente. Não se trata de substituição aos demais Poderes, e sim de oferecimento de incentivos, parâmetros e objetivos indispensáveis à atuação de cada qual, deixando-lhes o estabelecimento das minúcias. Há de se alcançar o equilíbrio entre respostas efetivas às violações de direitos e as limitações institucionais reveladas na Carta da República.

¹⁵³ Veja-se, <http://opinio.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>

¹⁵⁴ Campos, 2016, p. 308.

¹⁵⁵ Campos, 2016, p. 308.

¹⁵⁶ Campos, 2016, p. 306.

¹⁵⁷ Campos, 2016, p. 311.

¹⁵⁸ Voto Marco Aurélio (medida cautelar na ADPF-347.Distrito Federal).STF.

Como última objeção contrária cumpre ressaltar o perigo da inefetividade do instrumento - para Carlos Alexandre trata-se da crítica mais relevante¹⁵⁹. Os adeptos à inaplicabilidade do ECI alegam o fracasso do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário colombiano como comprovação prática da ineficiência do mecanismo.

Todavia – embora seja verdade que o ECI na situação dos presídios da Colômbia tenha falhado -, no posterior caso do deslocamento forçado da população em razão da violência urbana colombiana, a decisão obteve sucesso e foi capaz de solucionar os problemas do litígio estrutural¹⁶⁰. Ou seja, mesmo que tenham ocorrido falhas de efetividade e de banalização em aplicações iniciais, a Corte colombiana, ao analisar os erros cometidos inicialmente, evoluiu e aperfeiçoou o entendimento sobre o ECI, tornando-o efetivo¹⁶¹. Cumpre destacar que, no último caso, a “preocupação com a efetividade” deu-se por meio de ordens flexíveis e catalisadoras somadas, principalmente, ao importante monitoramento jurisdicional¹⁶². Carlos Alexandre Campo¹⁶³ ensina:

A Corte buscou harmonizar o ativismo judicial revelando na intervenção sobre políticas públicas com a proposta de diálogos institucionais. (...) O monitoramento, por meio de audiências públicas e com a participação ampla da sociedade civil, permitiu aos juízes colombianos saberem se as instituições políticas estavam progredindo ou se os bloqueios se mantiveram, lançando novas decisões para corrigir as deficiências de implementação de suas ordens estruturais. Sem embargo, essa postura foi a chave do sucesso no caso do deslocamento forçado.

Ademais, quando se importa “*categorias estrangeiras sem estudo apurado de sua adequação brasileira*”, logicamente, gera riscos de efetividade, ainda mais em razão das diferenças institucionais entre a Corte colombiana e o STF¹⁶⁴. Por isso, para que haja efetividade no reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, a Corte brasileira necessita – além de seguir rigorosamente os requisitos e pressuposto de legitimidade da teoria - “*que não seja inerte, mas também não tente resolver tudo*”; “*que reconheça e conserte os próprios defeitos*”; que garanta o diálogo com “*persuasão e negociação*”; e que monitore e acompanhe o cumprimento das ordens dirigidas aos demais Poderes¹⁶⁵.

Levando em consideração os argumentos contrários e favoráveis à teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, conclui-se pela possível aplicabilidade de tal modelo no ordenamento jurídico do Brasil.

Cumpre destacar que na Constituição Federal de 1988 há a previsão de instrumentos que possibilitam e encaixam-se ao reconhecimento do ECI. Além disso, a realidade social do país exige

¹⁵⁹ Campos, 2016, p. 311.

¹⁶⁰ Campos, 2016, p. 312.

¹⁶¹ Campos, 2016, p. 166 e 168.

¹⁶² Campos, 2016, 166-168.

¹⁶³ Campos, 2016, p. 312.

¹⁶⁴ Campos, 2016, p. 312 e <https://jota.info/assinaturas-e-servicos>

¹⁶⁵ Campos, 2016, p. 318.

soluções novas e posturas expansivas do judiciário para movimentar as estagnações políticas históricas. Portanto, o mecanismo do ECI pode ser uma importante solução para os problemas de violação da dignidade da pessoa humana em excepcionais aplicações.

Nesse sentido, vale ressaltar que a principal justificativa para a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional – e, por consequência, para a determinação judicial de remédios flexíveis que interfiram nos demais Poderes – é a “*inércia legislativa*” e a “*ineficiência administrativa*”, omissões decorrentes de “*verdadeiros bloqueios políticos institucionais que frustraram a realização de direitos fundamentais*”¹⁶⁶. Portanto, pode-se salientar como efeitos diretos do reconhecimento do ECI a possível superação de bloqueios políticos históricos e a correção de omissões estatais inconstitucionais.

Ademais, acrescidos aos efeitos diretos, podem-se destacar possíveis efeitos indiretos decorrentes da declaração do ECI. Cita-se o aumento da deliberação do tema, da participação popular na implementação e do diálogo sobre causas e soluções do problema massivamente violado¹⁶⁷. Nesse mesmo sentido, cumpre destacar as possíveis “*mudanças culturais ou ideológicas em relação ao tema*”¹⁶⁸, como exemplo ressalta-se a modificação da opinião pública sobre a urgência do problema.

Todavia, levando em consideração os casos práticos da Colômbia, para que o ECI configure-se como uma postura ativista judicial legítima, atingindo os objetivos almejados, necessita-se da organização e da adaptação do Supremo para que realize um procedimento dialógico e flexível, seguindo minuciosamente os requisitos de legitimidade (aplicação rigorosa dos pressupostos do ECI, deferimento de ordens flexíveis e contínuo monitoramento jurisdicional).

Dessa maneira, a banalização do reconhecimento do ECI, as ameaças a democracia, o amplo e forte subjetivismo das decisões, a supremacia do Poder judiciário e o risco de inefetividade serão impossibilitados.¹⁶⁹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer do trabalho analisou-se criticamente, sem a pretensão de exaurir o tema, a possibilidade do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro.

¹⁶⁶ Campos, 2016, p. 215.

¹⁶⁷ Veja-se, <https://jota.info/artigos/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional-04052015>

¹⁶⁸ Campos, 2016, p. 206.

¹⁶⁹ Veja-se, <https://jota.info/artigos/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional-04052015>

De início, cumpre destacar que a Constituição Federal de 1988 ficou conhecida como constituição cidadã por assegurar amplos e diversos direitos fundamentais. Entretanto, os direitos positivados se contrapõem a realidade social, principalmente em países subdesenvolvidos. Ou seja, a efetivação de tais direitos enfrentam extremas dificuldades, formando-se, ao passo do tempo, barreiras políticas sólidas e históricas que impedem a concretização dos direitos fundamentais - precipuamente os de segunda geração. Portanto, o que resta na realidade são violações massivas e rotineiras de direitos básicos de parcelas amplas da população, sendo a dignidade humana - direito inerente ao ser humano - distantes de muitos grupos populacionais.

Nessa linha, com o intuito de amenizar as atrocidades e de evoluir a efetividade dos direitos fundamentais, surgem diversas teorias e mecanismos criativos, muitos desses envolvendo um papel expansivo do judiciário. Isto é, o ativismo judicial tem sido fomentado principalmente em razão da inércia das autoridades responsáveis pelas políticas públicas, a qual é gerada, inúmeras vezes, por bloqueios políticos que desestimulam a classe eleita a estabelecer planejamentos e melhorias que visem determinados grupos de pessoas esquecidas socialmente. Somados a tais causas, encontra-se a desilusão da sociedade perante a classe política.

Portanto, entre os mecanismos criativos que buscam a efetividade dos direitos fundamentais, destaca-se a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional. Tal modelo, aplicado primeiramente pela Corte colombiana, teve por finalidade a criação de soluções e medidas estruturais que modifiquem as graves inconstitucionalidades que atingem seriamente a dignidade humana de populações vulneráveis e que são geradas pela omissão de todas as autoridades direta ou indiretamente responsáveis.

Assim, por meio do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, o Judiciário erige que todos os órgãos, que contribuam de alguma maneira para a ocorrência das excessivas violações de variados direitos fundamentais, adotem medidas para solucionar o problema. Ou seja, determina-se que o sistema institucional em conjunto assumo o compromisso real de resolver efetivamente o caos generalizado.

Destarte, tendo em vista a complexidade das possíveis soluções almejadas pelo modelo do ECI - por meio do diálogo institucional e da atuação conjunta dos poderes públicos -, a tese foi adotada pelo judiciário brasileiro no Brasil, ano de 2015, com a ADPF 347. Tal reconhecimento objetivou providências para sanar graves e massivas lesões aos direitos da população carcerária.

O impacto dessa decisão da Corte gerou fortes polêmicas entre os operadores do direito, uma vez que a tese do Estado de Coisas Inconstitucional envolve não somente os atingidos diretamente com as violações, mas abarca a omissão conjunta do sistema de poderes públicos ligada à carência e ao abandono generalizado de uma parcela da sociedade em aguda vulnerabilidade.

Nesse mesmo diapasão, ao reconhecer o Estado de Coisas Inconstitucional o Supremo está deixando expressa a possibilidade de o judiciário interferir, mesmo de maneira isolada e excepcional, na implementação de políticas públicas (vele lembrar que não há a criação de políticas públicas pelo STF, somente há a catalisação de suas execuções).

Portanto, percebe-se claramente a complexidade dos impactos da aplicabilidade da tese do ECI. Nessa linha, entre as principais críticas destaca-se a ubiquidade e a banalização da aplicação, a ameaça à democracia e à política, o subjetivismo das decisões, a violação da separação dos poderes e o risco de inefetividade.

Em contrapartida a tais argumentos, levando em consideração a realidade social do Brasil, tem-se inevitável a aplicabilidade do ECI no ordenamento jurídico do país.

Porém, para que não ocorra a superioridade jurídica e a violação da separação dos poderes, o STF precisa seguir rigidamente os pressupostos do ECI, os requisitos de legitimidade (ordens flexíveis, monitoramente, diálogo) e todas as exigências trazidas pela Corte colombiana. Ou seja, baseando-se minuciosamente na excepcionalidade e no diálogo entres os poderes e entre esses e a sociedade.

Ademais, ao importar um mecanismo pouco estudado ao Brasil sempre há o risco de inefetividade, tendo em vista as diferenças institucionais. Contudo, se a Corte adaptar-se e organizar-se para que tenha uma postura humilde (reconhecendo seus erros), dialógica (estabelecendo ordens flexíveis e dialogando com os demais poderes e a sociedade) e rígida nos requisitos do mecanismo (seguindo os pressupostos, a excepcionalidade e monitorando a efetividade), torna-se uma alternativa extremamente viável para o início de uma mudança institucional.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2008dez22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=10

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo; Estado de Coisas Inconstitucional. 1.ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DALTRO PONTUAL, Helena. Uma breve história das Constituições do Brasil. Disponível em:<<http://www.senado.gov.br/noticias/especiais/constituicao25anos/historia-das-constituicoes.htm>

DE AZEVEDO CAMPOS, Carlos Alexandre. Dimensões do Ativismo Judicial do STF. Disponível em: < <https://jota.info/artigos/materias35-dimensoes-do-ativismo-judicial-do-stf-23092014>

DE AZEVEDO CAMPOS, Carlos Alexandre. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. Disponível em: <

<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>

DE AZEVEDO CAMPOS, Carlos Alexandre. JOTAmundo: Estado de Coisas Inconstitucional. Disponível em: < <https://jota.info/artigos/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional-04052015>

FOGLIARINI LISBOA, Alan Ricardo. Revisitando Montesquieu: uma análise contemporânea da teoria da separação dos poderes. Disponível em: < http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2670 INFORMATIVO STF. Brasília. 2015. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>>

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. [tradução João Baptista Machado]. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOCKE, John. Segundo Tratado Sobre o Governo. São Paulo: Editora Martin Claret, 2009.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 29. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. MENDES, Gilmar. Compreender Direito. Livro de Lênio Streck questiona interpretação no Direito. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-jul-15/gilmar-mendes-livro-lenio-streck-questiona-interpretacao-direito>>

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013. SILVA, José Afonso da; Curso de Direito Constitucional Positivo. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. STRECK, Lênio Luiz. O que é preciso para (não) se conseguir um Habeas Corpus no Brasil. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-set-24/senso-incomum-preciso-nao-obter-hc-brasil> <Acesso em 26/9/2015> STRECK, Lênio Luiz. Teoria da Constituição e Estado Democrático de Direito: ainda é possível falar em Constituição Dirigente? Revista Juristas, João Pessoa, a.III., n. 92, 19/09/2006. artigo disponível in:<>http://www.juristas.com.br/mod_revistas.asp?ic=1310 Acesso em: 26 de set. de 2014.

WENDSON, Ribeiro. O princípio da separação dos Poderes: uma rápida leitura doutrinária e jurisprudencial. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/29830/o-principio-da-separacao-dos-poderes-uma-rapida-leitura-doutrinaria-e-jurisprudencial> VOTO MINISTRO MARCO AURELIO – ADPF 347/DF. MC. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/adpf-situacao-sistema-carcerario-voto.pdf>