

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

ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: A ATUAÇÃO DO
PODER JUDICIÁRIO PARA CONCRETIZAR DIREITOS
FUNDAMENTAIS

PAULO MAFRA CAVALCANTE FILHO

RIO DE JANEIRO

2018

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: A ATUAÇÃO DO PODER
JUDICIÁRIO PARA CONCRETIZAR DIREITOS FUNDAMENTAIS

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio de Janeiro,
como requisito parcial à obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Margarida Maria Lacombe Camargo

Rio de Janeiro

2018

PAULO MAFRA CAVALCANTE FILHO

O ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade do Federal do Rio de
Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

– Presidente da Banca Examinadora

Profa. Doutora Margarida Maria Lacombe Camargo – UFRJ – Orientadora

Prof. Doutor – Membro da banca

Prof. – Membro da banca

AGRADECIMENTOS

À população negra e nordestina que derramaram suor e lágrimas para a construção e desenvolvimento do Brasil e que vencem batalhas diárias contra preconceitos de toda espécie, contra a pobreza e contra a indiferença do Poder Público e que serviram de inspiração para que eu pudesse me manter firme perante as adversidades.

À minha mãe, mulher de fibra, trabalhadora, e companheira, que batalhou arduamente para realizar o sonho de ver seu primogênito formado em uma faculdade renomada.

Aos professores, amigos, parentes, e a todos que tiveram qualquer contribuição para a minha formação, o meu muito obrigado.

Rio de Janeiro, de 2018

O Autor

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo abordar a técnica de decisão do estado de coisas inconstitucional, cuja nomenclatura foi cunhada pela Suprema Corte da Colômbia. O ECI é uma técnica utilizada para resolução de demandas estruturais, nas quais há, dentre outros requisitos, a violação massiva e reiterada de direitos fundamentais em razão de omissão ou proteção insuficiente por parte do legislativo, administrativo ou até mesmo do judiciário. As demandas estruturais já foram enfrentadas por diversos países, os quais utilizaram remédios estruturais para a sua resolução. Na América Latina a Colômbia foi o primeiro país a utilizar a técnica, a qual batizou de ECI. A grande questão que envolve a implementação de remédios estruturais reside na necessidade de diálogos institucionais e a participação da sociedade civil. A ADPF nº 347/DF proposta pelo PSOL provocou o STF a debater a possibilidade de utilização da técnica do ECI, haja vista a sua não previsão no ordenamento brasileiro.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Estado de coisas inconstitucional. Remédios estruturais. Omissão.

ABSTRACT

This monograph aims to approach the technique of decision of the unconstitutional state of affairs, whose nomenclature was coined by the Supreme Court of Colombia. The ECI is a technique used to solve structural demands, in which, among other requirements, there is a massive and repeated violation of fundamental rights due to omission or insufficient protection by the legislative, administrative or even the judiciary. Structural demands have already been faced by a number of countries, which have used structural remedies to resolve them. In Latin America Colombia was the first country to use the technique, which he called ECI. The major issue surrounding the implementation of structural remedies lies in the need for institutional dialogues and the participation of civil society. ADPF No. 347 / DF proposed by the PSOL caused the STF to discuss the possibility of using the ECI technique, given its non-forecast in the Brazilian order.

Sumário

INTRODUÇÃO.....	2
CAPÍTULO I – OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E MECANISMOS DE EFETIVIDADE.....	3
1.1 A trajetória dos direitos humanos.....	3
1.2 O constitucionalismo moderno: a pessoa humana e sua dignidade no centro do ordenamento jurídico.....	9
1.3 A dimensão objetiva dos direitos fundamentais e a sua normatividade.....	12
1.4 A omissão inconstitucional.....	15
1.4.1 Conceito, mecanismos de defesa e hipóteses de configuração.....	15
1.4.2 A omissão inconstitucional dos princípios.....	20
CAPÍTULO II – O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL.....	24
2.1 Introdução.....	24
2.2 Demandas estruturais.....	26
2.3 Conceito e pressupostos.....	31
CAPÍTULO III – A EXPERIÊNCIA COLOMBIANA E A ADAPTAÇÃO AO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL.....	35
3.1 Introdução.....	35
3.2 O ECI na Colômbia.....	37
3.3 O estado de coisas inconstitucional em terras brasileiras.....	47
3.3.1 Introdução.....	47
3.3.2 O sistema prisional brasileiro.....	48
3.3.3 A ADPF 347/DF.....	51
CONCLUSÃO.....	59
REFERÊNCIAS.....	60

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais são direitos humanos que foram positivados em Constituições, eles designam um conjunto de prerrogativas fundamentalmente importantes e iguais para a realização e conservação da dignidade da pessoa humana. Nessa perspectiva, tem-se que a tutela desses direitos demandam uma especial proteção do ordenamento, a fim de se garantir sua observância por todos os Poderes estatais. Para fins do presente trabalho analisar-se-á a técnica de declaração do ECI, bem como de que forma pode ser ela utilizada para, sem violar a legitimidade e a função institucional de outros Poderes, a defesa dos direitos fundamentais.

O primeiro capítulo versa sobre as fases, o fundamento e as características dos direitos fundamentais, procurou-se delinear a importância deles para a sociedade, bem como para a realização do fundamento da República Federativa do Brasil: a dignidade humana. Verifica-se que os direitos fundamentais possuem várias gerações, eles também apresentam duas dimensões: a objetiva e a subjetiva. Enquanto a primeira é responsável por condicionar a atuação estatal, a segunda garante aos indivíduos direitos em face do Estado e do particular. Por fim, discorreu-se acerca dos mecanismos constitucionalmente estabelecidos para a defesa dos direitos fundamentais.

No decorrer do segundo capítulo abordou-se a ideia embutida no termo Estado de Coisas Inconstitucional, cunhado pela Suprema Corte colombiana, bem como a ligação dela com o processo estrutural, que encontra sua origem nos Estados Unidos a partir das decisões da Suprema sobre segregação racial. Analisou-se o modo detalhado a conduta das Cortes dos Estados Unidos, da Índia, da Argentina e da Colômbia enfrentaram os casos estruturais em suas jurisdições. Por fim, discorreu-se acerca dos pressupostos para a declaração do ECI e do conceito a ele atribuído.

Por fim, o terceiro e último capítulo buscou analisar as duas principais Sentenças da Corte colombiana, com a finalidade de apontar erros e acertos na implementação da técnica do ECI naquele país. Em seguida, analisou-se a discussão levantada pela ADPF nº 347/DF, qual seja: o estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro. Apresentou-se dados envolvendo os presídios, bem como examinou-se a Medida Cautelar Proferida nos autos da supracitada ação e a eficácia da liminar proferida no julgamento.

CAPÍTULO I – OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E MECANISMOS DE EFETIVIDADE

1.1 A trajetória dos direitos humanos

Os Direitos Humanos são definidos pela ONU como *garantias jurídicas universais que protegem indivíduos e grupos contra ações ou omissões dos governos que atentem contra a dignidade humana*¹. Essas garantias incluem o direito à vida, à liberdade, à liberdade de opinião e de expressão, o direito ao trabalho e à educação, dentre muitos outros. Esses direitos pertencem a todos, à medida que se apresentam como um atributo da própria condição humana.

Nessa perspectiva, verifica-se que eles se vinculam a diferentes esferas, tais como: moral, política e jurídica, bem como, pretendem ser universais. Para fins do presente trabalho, analisar-se-á a trajetória dos direitos humanos/fundamentais a partir das Revoluções Burguesas, em especial a Revolução Francesa (1789), até a ascensão do elemento finalístico kantiano, o valor do homem como um fim em si mesmo, como um axioma da civilização ocidental, que se encontra expresso na dignidade da pessoa humana, que, por sua vez, é o fundamento da República Federativa do Brasil.

Antes de adentrar nas transformações evolutivas dos direitos humanos/fundamentais, mostra-se necessário discorrer acerca dos “gêneros” que abarcam tal nomenclatura. Os direitos humanos que se conhecem atualmente não nasceram com essa extensão, o que ocorreu foram transformações à medida em que as necessidades sociais foram se tornando mais complexas. Com a finalidade de explicar essas transformações evolutivas, Karel Vasak desenvolveu a “teoria das gerações dos direitos”².

Ocorre que essas gerações de direitos não são excludentes entre si, em verdade, tem-se que os direitos humanos, uma vez reconhecidos, são irreversíveis e irrevogáveis, de modo que há um caráter cumulativo e complementar entre as ditas gerações. Dessa forma, parte da doutrina critica o uso do termo “gerações”, vez que transparece uma

¹ **O que são direitos humanos.** Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/>>. Consulta em 15 de mai. 2018.

² MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 40.

alternância, de modo que se procura defender o uso do termo “dimensões” dos direitos humanos.

Outra questão levantada em oposição ao uso da expressão “gerações” é o fato de que ela pode induzir à ideia de que o reconhecimento de uma nova geração de direitos só pode ocorrer quando a geração anterior tiver sido totalmente amadurecida e desenvolvida. Se assim fosse, restaria prejudicado o reconhecimento de novos direitos, ainda mais nos países ditos em desenvolvimento, nos quais os direitos concebidos como de primeira dimensão são novidades³. É o que ocorre no Brasil e em vários países da América Latina que passaram em sua história recente por ditaduras militares. Neste sentido o professor Paulo Bonavides afirma que *o vocábulo “dimensão” substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo “geração”, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade*⁴.

Desse modo, adotar-se-á o termo “dimensões” de direitos no curso do presente trabalho, a fim de se obter uma precisão terminológica mais satisfatória.

É com a ascensão da classe burguesa que surge a necessidade de romper com o Antigo Regime, bem como de se reconhecer direitos universais que pudessem assegurar o pleno desenvolvimento ao nascente capitalismo. Isso porque, *para que a lógica do capitalismo funcionasse, sobretudo em seu período inicial, mercantilista, era preciso que um burguês de Amsterdã fosse concebido igual a um burguês de Lisboa*⁵.

É nesse contexto político, social e ideológico que no decorrer do século XVIII foram instituídas a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia de 1776 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Elas foram importantes instrumentos para o nascimento de um núcleo de direitos que eram até então apenas reconhecidos pelos adeptos do direito natural. Trata-se de direitos civis e políticos arquitetados em um primeiro momento pela doutrina do direito natural e com conteúdo racional formulada

3 PIMENTA, José Marcelo Barreto. **Reserva do possível e a força dirigente dos direitos fundamentais sociais**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 24.

4 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 525.

5 GALUPPO, Marcelo. **O que são direitos fundamentais**. In. Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais (Coord. José Adércio Leite Sampaio). Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 219.

pelos pensadores iluministas, que ficaram popularmente conhecidos como os direitos humanos de primeira dimensão. Para Dirley da Cunha Junior nesse primeiro momento

foram reconhecidos para a tutela das liberdades públicas, em razão de haver naquela época uma única preocupação, qual seja, proteger as pessoas do poder opressivo do Estado. Em razão disso, eles se voltavam exclusivamente à tutela das liberdades públicas, tanto na esfera civil, quanto na esfera política; constituíam verdadeiro obstáculo à interferência estatal, pois pregavam o afastamento do Estado da esfera individual da pessoa humana, de modo que eram denominados de direitos de caráter “negativo” ou simplesmente “liberdades negativas”. Negava-se ao Estado, portanto, qualquer ingerência nas relações individuais e sociais, ficando ele reduzido tão-somente a guardião das liberdades⁶.

As teorias contratualistas surgiram com a finalidade de justificar a criação, a autoridade, e a função do Estado. Assim sendo, o Estado nasce em razão de um acordo de vontades com a finalidade de manter a liberdade do homem. Para Locke, de modo resumido, tem-se que no estado de natureza os homens viviam livres e iguais e eram regidos por leis naturais impostas pela razão, todavia não existia uma autoridade imparcial que pudesse aplicar a lei e resolver os conflitos existentes entre os indivíduos. Assim surge o Estado. Dentro dessa concepção a proteção da vida, da liberdade, mas, sobretudo, da propriedade individual, que é a expressão do trabalho humano⁷, são os fins da atividade estatal.

Já Rousseau concebia que no estado de natureza as pessoas eram boas e é a vida em sociedade que as corrompe. As pessoas convivendo em sociedade perdem a liberdade que possuem no estado de natureza, de modo que o contrato social surge para que a vontade geral, que representa a formação de um consenso da maioria, seja observada. Desse modo a lei geral e abstrata, fundada pela vontade geral, irá consagrar uma orientação racional para todos, a fim de se aproximar da lei natural sob a qual o indivíduo estava submetido no estado de natureza.

Assim, o cenário jurídico consolidado após Revoluções Liberais consagra uma tutela jurídica que possa viabilizar ao indivíduo o desenvolvimento da plena liberdade e

⁶ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 584-585.

⁷ Dentre os fundamentos que justificam a titularidade do direito de propriedade em favor de uma pessoa há a teoria do trabalho, a qual defende que o homem ao imprimir sua força de trabalho em um determinado objeto e o transforma, tal como o cultivo de terra, terá ele direito de considerar aquele bem de sua propriedade. TORRES, Marcos Alcino de Azevedo; MOTA, Mauricio; MOURA, Emerson Affonso da Costa. **Impactos da nova dogmática do direito de propriedade na regularização fundiária: a proteção ao direito à moradia digna e ao meio ambiente equilibrado**. Rio de Janeiro: Editar, 2016. p. 23.

as eventuais limitações impostas pelo ordenamento apenas restringiam-se ao que se concebia como estritamente necessário à convivência social. Os principais aspectos positivos produzidos por essa primeira dimensão de direitos humanos é a sua pretensão de universalidade e a limitação do poder absolutista estatal, o que suscitou a expansão da cidadania e o surgimento da concepção de Estado de direito. São exemplos de direitos de primeira dimensão: direito à vida, à liberdade, à propriedade, à manifestação, à expressão, à reunião, à associação, ao voto, ao devido processo legal, à igualdade perante a lei (igualdade formal).

Os ideais liberais, firmados na doutrina do *laissez faire et laissez passer* e formulados no contexto histórico nessa primeira dimensão de direitos, em que o Estado funcionaria apenas como um garantidor da segurança e da propriedade individual, mostraram-se insuficientes à tutela da dignidade humana.

O Estado liberal, conforme visto, caracterizava-se pela abstenção, sob a justificativa de proteção à liberdade individual. A Revolução Industrial, que nasceu no âmago do liberalismo, propiciou um grande desenvolvimento econômico, todavia também foi responsável pelo surgimento de uma profunda desigualdade social, bem como da classe operária, a qual vivia em condições sub-humanas e representava maior parte da população. Esse grupo social encontrava-se submetido a condições precárias e de vulnerabilidade no que tange a moradia, a alimentação, a educação e, sobretudo, ao trabalho⁸.

Com o intuito de obter o máximo de lucro, a burguesia pagava os menores salários possíveis, davam preferência à contratação de mulheres e crianças para trabalhar em suas fábricas, vez que os salários pagos eram inferiores aqueles pagos aos homens, mas a jornada de trabalho era a mesma, em torno de 15 horas por dia. Os acidentes de trabalho nas fábricas começaram a se tornarem comuns (não existia nenhuma norma protetiva aos trabalhadores e imperava a lei da oferta e da procura), seja em razão da exaustão provocada pelas longas jornadas de trabalho ou pela falta de equipamentos de proteção individual.

O liberalismo econômico e o liberalismo político encontravam-se interligados, confiava-se na “mão invisível” do mercado para promover o bem comum. O Estado que restava caracterizado por uma postura inerte, com a finalidade de garantir a liberdade, a igualdade perante a lei e que se ausentava da esfera econômica omitia-se em relação à

⁸ AZEVEDO, Gislaïne Campos; SERIACOPI, Reinaldo. **História**: volume único. São Paulo: Ática, 2005. p. 242-243.

opressão que ocorria no âmbito das relações sociais e econômicas, que permitia o mais forte explorar o mais fraco, de modo que se tornou incapaz de assegurar uma harmonia social. O proletariado começou a manifestar-se reivindicando condições melhores de trabalho e de vida. Para Dirley da Cunha Junior

Estava instalado, portanto, o clima político-social propiciador da intervenção do Estado nas relações socioeconômicas travadas pelo indivíduo. Nasce, nesse contexto, o Estado de Bem-Estar Social. Assim, esse Estado do Bem-Estar e da Justiça Social fez-se intervencionista na sociedade e na economia nela praticada, exatamente para que os direitos sociais e econômicos fossem indistinta e genericamente assegurados. Sua atitude, longe de ser passiva e indiferente em face do desenvolvimento e das relações econômico-sociais, era ativa, pois não se contentava em prevenir e solucionar os conflitos de interesses interindividuais. O homem, livre das investidas do Estado, passou a precisar dele, ante os graves problemas sociais e econômicos que o oprimiam. Se no individualismo clássico do Estado Liberal, o Estado era o inimigo contra o qual se havia de defender os âmbitos da autonomia individual privada, sob a nova filosofia social o Estado foi convertido no amigo que está obrigado a satisfazer as necessidades coletivas da comunidade. Não bastava, pois, assegurar os chamados direitos individuais, para atingir a plena proteção do indivíduo⁹.

A nova concepção de direitos humanos que estava por vir foi profundamente influenciada pelos escritos de Marx. Para Claudio Brandão¹⁰, em “A questão judaica”, Marx consignou que os direitos humanos eram tão somente destinados à afirmação da burguesia, que subordinava tudo ao direito de propriedade, e os utilizava em seu próprio benefício, não tendo, pois, caráter universal pretendido. Com “Manifesto comunista”, propôs uma mudança política para que o Estado controlasse os meios de produção, o que ficou conhecido posteriormente como “Estado Social”.

Neste contexto, a segunda dimensão de direitos, os quais demandam uma atuação positiva estatal e que corresponde aos direitos sociais, econômicos e culturais, surgiu. Esses direitos objetivam instituir diretrizes, deveres e tarefas que devem ser levadas a cabo pelo Estado, a fim de que se possa melhorar a qualidade de vida da população, sobretudo aquela parcela mais vulnerável. Em última análise, busca-se um mínimo de dignidade para que os cidadãos possam exercer, de modo pleno, livre, real e efetivo, todas as suas liberdades que foram garantidas anteriormente pelos direitos de primeira dimensão. Desse modo, enquanto os direitos humanos de primeira dimensão preocupavam-se em garantir a liberdade, os direitos de segunda dimensão caracterizam-se pela busca da igualdade material entre as pessoas. Cabe ressaltar que popularmente

9 CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Op. cit., p. 587-588.

10 BRANDÃO, Claudio. **Introdução ao estudo dos direitos humanos**. In: BRANDÃO, Claudio (Coord.). **Direitos humanos e fundamentais em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 11.

os direitos que envolvem essa segunda dimensão são os direitos prestacionais os quais estabelecem um agir estatal, todavia os direitos surgidos neste momento histórico não se limitam a eles, haja vista que neste período surgiu direitos como, por exemplo, a liberdade de sindicalização, o direito de greve e alguns direitos fundamentais dos trabalhadores, tais como o direito a férias, ao repouso semanal remunerado, a limitação da jornada de trabalho, ao salário mínimo, dentre outros¹¹.

Os grandes diplomas que positivaram os direitos de segunda dimensão foram a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. As primeiras Constituições a estabelecer a proteção de direitos de segunda dimensão foram: a mexicana de 1917, a russa de 1918 e a alemã de Weimar de 1919. No Brasil esse fenômeno, que ficou conhecido como “Estado de bem-estar social”, e adentrou no ordenamento jurídico pela Constituição de 1934, mas é a Carta de 1946 que previu esses direitos de modo mais amplo ao positivá-los como à aposentadoria, à educação, à assistência social, dentre outros. Esse modelo foi seguido por todas as Constituições seguintes, inclusive a Carta de 1988, a qual manifesta de modo claro uma preocupação na tutela dos direitos de primeira e de segunda dimensão.

Ocorre que a dinâmica social apontou para o nascimento de novas dimensões de direitos os quais apresentam-se como uma síntese dos direitos de primeira e de segunda dimensão, bem como representam uma preocupação com as gerações futuras. Em breve síntese, tem-se os direitos de terceira dimensão se caracterizam por uma titularidade difusa e coletiva em que há uma preocupação em tutelar valores como a paz, o meio ambiente equilibrado, o patrimônio cultural, a autodeterminação dos povos, dentre outros. Há quem fale em quarta, quinta, sexta, sétima e até mesmo uma oitava dimensão de direitos fundamentais, todavia, para fins do presente trabalho, circunscrever-nos-emos aos direitos de primeira, segunda e terceira dimensão.

Tratou-se até o momento acerca do surgimento dos direitos humanos, ocorre que esses direitos e os direitos fundamentais apresentam a mesma essência, vez que possuem o mesmo conteúdo. O que os diferencia é a forma que eles assumem. Se diante de institutos jurídicos de direito internacional, ter-se-á direitos humanos, caso ele seja internalizado e venha a compor o ordenamento jurídico interno de determinado Estado, sobretudo em Constituições, estar-se-á diante de direitos fundamentais. Em suma,

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 48.

*direitos humanos, constitucionalismo e Estado de direito são três aspectos indissociáveis de uma mesma e única realidade que traduz as dimensões políticas da modernidade*¹². A partir de agora trataremos os direitos humanos com a nomenclatura de direitos fundamentais, haja vista que desenvolveremos o modo como eles foram internalizados no ordenamento jurídico pátrio, sua eficácia, bem como os mecanismos de defesa que os cercam.

1.2 O constitucionalismo moderno: a pessoa humana e sua dignidade no centro do ordenamento jurídico

A ideia de Constituição, nos moldes em que se conhece atualmente, é fruto do constitucionalismo moderno, o qual encontra sua origem no mesmo contexto histórico-social que desencadearam o surgimento dos direitos fundamentais, qual seja: as Revoluções Burguesas. Conforme vimos no capítulo anterior, os direitos humanos ao serem internalizados pelo ordenamento jurídico de determinado Estado passam a serem denominados de direitos fundamentais, desse modo, para fins do presente trabalho, desenvolver-se-á as fases que envolvem o fenômeno do constitucionalismo moderno e de que forma eles influenciaram na eleição da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado brasileiro.

O constitucionalismo moderno é composto por duas fases distintas. A primeira delas corresponde ao Estado Liberal Burguês e a segunda se relaciona ao Estado Social. Há quem afirme a existência de uma terceira fase intitulada de “pós-moderna”, a qual surge como alternativa à crise do Estado Social vivida durante a década de 80¹³.

Desse primeira fase, a liberal, herdou-se os em três pilares em que funda o constitucionalismo moderno, quais sejam: i) a contenção do poder dos governantes, que ocorrerá por meio da separação de poderes; ii) a garantia de direitos individuais, que correspondem aos direitos de primeira geração os quais exigem uma conduta negativa do Estado; e iii) a necessidade de legitimação do governo pelo consentimento dos governados, a qual se realiza pela via da democracia representativa.

12 FREITAS, Ricardo. **Modernidade, incursões no século XIX e direitos humanos**. In: BRANDÃO, Claudio (Coord.). *Direitos humanos e fundamentais em perspectiva*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 82.

13 SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 72.

A segunda fase do constitucionalismo moderno interliga-se ao surgimento dos direitos de segunda dimensão, vez que ela, conforme leciona Daniel Sarmiento e Claudio Pereira de Souza Neto,

(...) não renega os elementos positivos do liberalismo – a sua preocupação com os direitos individuais e com a limitação do poder – mas antes pugna por conciliá-los com a busca da justiça social e do bem-estar coletivo. Ele implica a adoção de perspectiva que enriquece o ideário constitucionalista, tornando-o mais inclusivo e sensível às condições concretas de vida do ser humano, no afã de levar as suas promessas de liberdade e de dignidade também para os setores desprivilegiados da sociedade¹⁴.

Esse segundo modelo de constitucionalismo tornou-se hegemônico, de modo que a maioria das Constituições passaram a acolher os valores do Estado Social, de sorte que deixaram de ser Constituições apenas de Estado e passaram a ser Constituições da sociedade.

Desse modo, desde a segunda metade do séc. XX as Constituições, até então com conteúdo restrito as normas de repartição e de limitação de Poder, passaram a estabelecer direitos fundamentais, além dos fins, objetivos e tarefas estatais.

No Brasil a Constituição Federal de 1988, que é fruto do contexto histórico de sua criação, ou seja, pós-segunda Guerra Mundial e, em particular na história brasileira, os dois períodos ditatoriais vividos durante o séc. XX, trouxe em seu bojo um profundo compromisso com os direitos fundamentais, bem como com a construção de uma sociedade mais inclusiva e justa, sob a égide da dignidade da pessoa humana. A importância conferida pela Carta Maior aos direitos fundamentais foi tamanha que ela inverteu a organização clássica topológica adotada por todas as Constituições anteriores, as quais previam inicialmente a estrutura do Estado, de modo que passou a consagrar logo no início os direitos fundamentais (segundo título, logo depois daquele dedicado aos princípios fundamentais). Daniel Sarmiento e Claudio Pereira de Souza Neto sustentam que:

O sistema de direitos fundamentais é o ponto alto da Constituição. Ela se preocupou sobretudo com a efetivação dos direitos fundamentais, para que não se tornassem letra-morta, como, infelizmente, era costumeiro em nosso constitucionalismo. Daí o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º), os diversos remédios constitucionais previstos para sua tutela, e o reforço institucional ao Poder Judiciário, concebido como guardião dos direitos¹⁵.

Assim, a Constituição transformou-se naquilo que Ana Paula de Barcellos¹⁶ chama, em sua obra “A eficácia jurídica dos direitos princípios constitucionais: o

14 Idem. p. 82.

15 SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Op. cit. p. 172.

princípio da dignidade da pessoa humana”, de *repositório jurídico de valores compartilhados pela sociedade*, o que elevou a dignidade da pessoa humana ao centro axiológico do ordenamento político-jurídico.

Ana Paula de Barcellos traz na supracitada obra quatro elementos fundamentais no percurso que desagua na dignidade da pessoa humana, quais sejam: i) o Cristianismo; ii) o iluminismo-humanista; iii) a obra de Immanuel Kant; e iv) e o refluxo dos horrores da Segunda Guerra Mundial.

A primeira vez que o homem passou a ser valorado individualmente ocorreu com a veiculação da mensagem de Jesus Cristo. A salvação dependia de uma escolha individual. Indo além, a mensagem cristã não se limitava no indivíduo; ela enfatizava o valor do outro, de modo a despertar sentimento de solidariedade e de piedade em relação ao próximo, o que, em certa medida, está na base das considerações sobre direitos fundamentais sociais e condições mínimas de existência.

O movimento iluminista, que tem por fundamento a razão humana, foi o responsável por colocar o homem no centro da razão humana. Sua preocupação com direitos individuais, bem como o exercício democrático do poder, trouxe consequências ao desenvolvimento da ideia de dignidade da pessoa humana, em que pese não ter propiciado uma efetiva tutela.

O pensamento de Immanuel Kant, ferrenho crítico do jusracionalismo, trouxe a formulação do homem como um fim em si mesmo. Dispondo de uma dignidade ontológica, o Estado e o direito deveriam estar organizados em benefício dos indivíduos, em suas palavras: *todo ser humano é um fim em si mesmo, jamais um meio, jamais um instrumento*.

Os horrores vivenciados durante a Segunda Guerra Mundial, levaram, para Ana Paula de Barcellos,

(...) à consagração da dignidade da pessoa humana no plano internacional e interno como valor máximo do ordenamento jurídico e princípio orientador da atuação estatal e dos organismos internacionais. Vários países elegeram a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado, como no caso brasileiro¹⁷.

Assim, o conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana relaciona-se com os ditos direitos fundamentais. Nas palavras de Ana Paula de Barcellos: *terá respeitada*

16 BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

17 Idem, p. 130.

*sua dignidade o indivíduo cujos direitos fundamentais forem observados e realizados, ainda que a dignidade não se esgote neles*¹⁸. Esta relação é tão indissociável que é possível afirmar que todas as prerrogativas e garantias fundamentais presentes na Constituição encontram seu fundamento na dignidade da pessoa humana.

Desse modo, o imperativo categórico formulado por Kant, até então entendido como de ordem moral, foi assimilado pelo ordenamento jurídico, e passou a ocupar lugar de destaque na Carta Magna brasileira (art. 1º, III da CF/88¹⁹), de modo a se tornar um princípio jurídico fundamental e de observância obrigatória em todas as esferas de Poder estatal, bem como nas relações privadas. A dignidade da pessoa humana condiciona os parâmetros hermenêuticos do intérprete, à medida que diante de diversas escolhas, dever-se-á optar por aquela que melhor realiza o supracitado princípio.

1.3 A dimensão objetiva dos direitos fundamentais e a sua normatividade

Os direitos fundamentais possuem aquilo que Paulo Bonavides²⁰ chama de “duplo caráter”, à medida que sua eficácia apresenta duas dimensões, quais sejam: i) dimensão subjetiva; e ii) dimensão objetiva. A dimensão subjetiva outorga ao indivíduo direitos que são oponíveis contra o Estado, o qual foi inicialmente entendido como o único potencial ofensor dos direitos fundamentais nos moldes que foi concebido os direitos nascentes com a queda do Antigo Regime. Desse modo, o indivíduo tem a capacidade jurídica de imposição de determinado direito subjetivo que é a ele inerente.

Com a evolução do conteúdo dos direitos fundamentais passou-se a identificar também uma dimensão objetiva desses direitos, a qual é dotada de conteúdo valorativo-decisório, uma vinculação positiva do Estado.

O reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais gera como principal efeito aquilo que o professor Daniel Sarmiento²¹ chama de “eficácia irradiante

18 Idem 132.

19 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;

20 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Op. cit., p. 588.

21 SARMENTO, Daniel. **A dimensão objetiva dos direitos fundamentais**: fragmentos de uma teoria. In SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 280.

dos direitos fundamentais”, a qual impõe que toda interpretação normativa seja também interpretação constitucional, à medida que as normas jurídicas devem ser interpretadas de modo que o resultado da interpretação esteja sempre de acordo com os valores contidos na Carta Maior. Nesse sentido, Julian Tole Martinez afirma que

El contenido objetivo de los derechos fundamentales que se suma al contenido subjetivo es constituido por normas objetivas de principio (*Objektive Grundsatznormen*) y decisiones axiológicas (*Wertentscheidungen*) que se erigen como garantías institucionales y deberes positivos, es decir, imponen deberes de protección y mandatos de actuación al Estado, los cuales proporcionan pautas de integración e interpretación de las normas que regulan la vida política y la convivencia ciudadana²².

Conclui-se que a dimensão objetiva e seus desdobramentos se voltam para a efetividade dos direitos fundamentais, à medida que o seu reconhecimento é de grande valia para que estas normas sejam realizadas no plano dos fatos, ou seja, no plano da efetividade, e, por conseguinte, cumpra os objetivos fundamentais previstos no artigo 3º da Constituição Federal de 1988.

As características que envolvem a dimensão objetiva dos direitos fundamentais encontram pontos de convergência com aquelas que definem os princípios. Nesse sentido Robert Alexy irá afirmar que

As normas de direitos fundamentais são não raro caracterizadas como "princípios". Com ainda mais frequência, o caráter principiológico das normas de direitos fundamentais é sublinhado de maneira menos direta. Como será visto, isso ocorre, por exemplo, quando se fala em valores, objetivos, fórmulas abreviadas ou regras sobre ônus argumentativo²³.

Acerca das características dos princípios, discorre Robert Alexy que

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes²⁴.

22 MARTINEZ, Julian Tole. **Teoria de la doble dimension de los derechos fundamentales: el estado de cosas inconstitucionales, um ejemplo de su aplicacion.** Rev. Derecho del Estado 99, 2004. Disponível em: < p. 102.

23 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015. p.86.

24 Idem, p. 90

Desse modo, mostra-se relevante discorrer acerca da normatividade dos princípios, haja vista a conexão entre eles e os direitos fundamentais, sobretudo quando diante do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, conforme já foi visto anteriormente, encontra-se em simbiose com os direitos fundamentais.

A normatividade dos princípios é um fenômeno recente e, portanto, sua relação com as modalidades de eficácia jurídica é muito distinta, se comparada com as regras. Ana Paula de Barcellos²⁵ elenca três modalidades de eficácia jurídica correlatas aos princípios, quais sejam: interpretativa, negativa e vedativa ao retrocesso. A eficácia interpretativa, antagonicamente com o que ocorre as regras, encontra nos princípios uma aplicação significativamente ampla. Isso decorre da indeterminação dos seus efeitos, bem como da multiplicidade de situações às quais ele poderá ser aplicado ou que ele deverá funcionar como vetor interpretativo. Quando se está diante de um princípio constitucional, em razão da superioridade hierárquica da norma, torna-se ainda mais nítida a aplicação dessa modalidade, pois qualquer disposição infraconstitucional, até mesmo a constitucional, deverá ser interpretada de modo a satisfazer o princípio que orienta a matéria.

A modalidade de eficácia negativa tem sua origem na construção doutrinária e está particularmente relacionada com os princípios constitucionais. Ela permite que sejam declarados inválidas normas ou atos contrários aos efeitos pretendidos pelo enunciado normativo. No que tange os princípios, os efeitos pretendidos por eles são relativamente determinados a partir de um certo núcleo, e é a existência desse núcleo que torna viável a modalidade de eficácia jurídica negativa. Sua principal finalidade é impedir atos que não satisfaçam o propósito do princípio.

Outra modalidade que também é fruto da construção doutrinária relativa aos princípios, em especial aos relacionados com direitos fundamentais, é a de eficácia jurídica vedativa ao retrocesso. Ela se desenvolve no campo da validade e pode ser considerada um aprofundamento da modalidade eficácia negativa.

Parte-se do pressuposto que os princípios constitucionais que tutelam os direitos fundamentais, ou pelo menos boa parte deles, devem ser concretizados por regulamentação infraconstitucional, ou seja, os efeitos pretendidos serão especificados por intermédio da legislação ordinária. Para Ana Paula de Barcellos dois são os efeitos

25 BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.** Op. cit., p. 84.

gerais pretendidos por tais princípios são: (i) a aplicação imediata e/ou a efetividade dos direitos fundamentais; e (ii) a progressiva ampliação de tais direitos fundamentais²⁶. A eficácia vedativa possibilita que, na eventualidade da revogação de um enunciado regulamentador de um princípio constitucional sem nenhuma política substitutiva, pleiteie-se junto ao Judiciário a invalidade dessa revogação. Caso contrário, ter-se-ia um esvaziamento do princípio constitucional e, por conseguinte, sua violação o que acarretaria uma ação inconstitucional. Neste caso, a eficácia jurídica só alcança as violações comissivas da norma.

Expôs-se acima a eficácia jurídica da norma constitucional, todavia a eficácia também se relaciona ao plano da efetividade (ou eficácia social). A eficácia jurídica relaciona-se com aquilo que se pode exigir judicialmente com fundamento na norma. No campo da efetividade, trabalha-se com a realização prática dos efeitos pretendidos por uma norma.

Pode-se identificar duas ordens de problemas, jurídica e metajurídica. Nos problemas relacionados à primeira ordem, que é a que nos interessa, em especial os que dizem respeito à eficácia jurídica, cabe à doutrina criar categorias acionáveis a fim de instrumentalizar as previsões normativas, sobretudo no direito constitucional. No âmbito da segunda categoria, em especial à questão da desinformação, o desenvolvimento do direito à educação é uma alternativa para minorá-lo, o que, em última análise, dependerá da resolução dos problemas de primeira ordem.

Sucedem-se que há situações em que princípios deixam de ser realizados em decorrência de condutas omissivas. Tais condutas ocorrem quando o Estado é omissor no cumprimento de suas obrigações de garantir e de promover os direitos fundamentais. Segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campo, restará configurada a omissão inconstitucional quando a *ausência de lei ou de políticas públicas, ou a imperfeita construção de ambas, der origem a uma proteção deficiente dos direitos fundamentais, independente da tipologia dos enunciados constitucionais correspondentes*²⁷.

1.4 A omissão inconstitucional

1.4.1 Conceito, mecanismos de defesa e hipóteses de configuração

²⁶ Idem. p. 86.

²⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 81-93.

O conceito de omissão inconstitucional encontra-se diretamente ligado ao papel conferido ao texto constitucional por determinado ordenamento, bem como à preocupação daqueles que exercem as funções estatais em realizar suas disposições e concretizar seus programas. As Constituições editadas após o evento da Segunda Guerra Mundial, tal como ocorreu com a Carta de 1988, traçam metas, programas de ação e objetivos para as atividades do Estado nos domínios social, cultural e econômico, o que as caracteriza com um viés compromissório e, conforme leciona Canotilho, dirigente²⁸.

Dentro deste contexto, em relação as normas jurídicas constitucionais pode-se afirmar que: são elas criadas pelo constituinte originário ou derivado e integram o texto constitucional; em relação ao seu aspecto material possui estrutura, finalidade e objetos específicos; acerca da linguagem caracterizam-se pela abertura do seu texto, o qual, com maior frequência que as demais, possui cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, transferindo ao intérprete uma parcela maior de criação do direito na solução dos casos concretos; possui um caráter político diverso das demais normas jurídicas; são dotadas de superioridade hierárquica e de imperatividade.

A imperatividade é um atributo de toda e qualquer norma que tenha sido editada, seja válida e esteja em vigor dentro de um ordenamento, todavia, a imperatividade emanada pelas normas constitucionais possui um conteúdo diferenciado, à medida que ela institui direitos, sobretudo os de conteúdo ligado aos direitos humanos, e impõe objetivos e fins estatais que deverão ser seguidos pelos Poderes que forem constituídos após o seu advento, assim como serve de parâmetro em um sistema de imunização.

Desse modo, Luís Roberto Barroso irá afirmar que

Descumpre-se a imperatividade de uma norma constitucional quer quando se adota uma conduta por ela vedada – em violação de uma norma proibitiva –, quer quando se deixa de adotar uma conduta por ela determinada – em violação de uma norma preceptiva. Porque assim é, a Constituição é suscetível de violação tanto por ação como por omissão²⁹.

A inconstitucionalidade por ação, em breve síntese, diz respeito a um comportamento ativo do Poder Público que seja contrário à Constituição. Já a inconstitucionalidade por omissão restará caracterizada quando se verifica a inércia do legislativo ou executivo diante de normas constitucionais que necessitam de lei ou

28 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 245.

29 Idem., p. 295.

providência administrativa para sua efetivação. Para fins do presente trabalho interessa-nos violação de uma norma constitucional em decorrência de omissão estatal.

A omissão inconstitucional não é tema novo na história do constitucionalismo brasileiro, ela pode ser identificada desde a Independência com a Carta imperial de 1824, a qual previa a igualdade de todos perante a lei, mas tolerava o abominável regime escravocrata, até o início da vigência da Constituição de 1988. Para Luís Roberto Barroso *as Constituições desempenhavam o papel menor, mistificador, de proclamar o que não era verdade e de prometer o que não seria cumprido*³⁰.

Com a finalidade de impedir a recorrente ausência de efetividade das normas constitucionais se perpetuasse no ordenamento pátrio, o constituinte originário da Constituição de 1988 positivou mecanismos de defesa, sobretudo quando diante da omissão legislativa, quais sejam: i) o mandado de injunção (art. 5º, inciso LXXI); e ii) a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º).

O mandado de injunção se caracteriza por ser meio de controle incidental da omissão e tem por finalidade a tutela de direitos subjetivos constitucionais. Ele é instrumento de tutela efetiva de direitos que, por não terem sido suficiente ou adequadamente regulamentados, carecem da tutela jurisdicional. O judiciário suprirá a falta de regulamentação e criará uma norma para o caso concreto em que o efeito será limitado entre as partes do processo³¹.

O STF durante longo período decidiu no sentido de revestir a decisão no mandando de injunção de um caráter estritamente mandamental, de modo a esvaziar o referido remédio constitucional equiparando-o a ação direta de inconstitucionalidade por omissão³². A mudança de paradigma ocorreu em um julgamento³³ que envolvia o direito de greve do servidor público, previsto no art. 37, VII da Constituição, o qual demanda lei específica para regulamentá-lo. Ao enfrentar o tema a Corte decidiu pela aplicação análoga da lei que regula o direito de greve dos empregados da iniciativa privada, diante da inércia legislativa. Essa decisão significou uma mudança no entendimento do Supremo acerca caráter da decisão do mandado de injunção, a qual passou a ser entendida como procedimental. Indo além, o STF decidiu no sentido de

30 Idem., p. 293.

31 Idem., p. 175.

32 Precedente MI 107-3-DF.

33 Precedentes MI's. 670, 708 e 712, que foram julgados juntos.

expandir os efeitos para todos os servidores públicos, afastando o entendimento que os efeitos deveriam ser apenas *in ter partes*.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão é uma modalidade de controle abstrato de constitucionalidade, assim, a decisão proferida anos autos desta ação opera seus efeitos apenas no plano normativo. Indo além, afirma Luís Roberto Barroso³⁴ que a decisão repercute em um plano quase estritamente político. A omissão deverá ser de cunho normativo, sendo certo que o termo normativo deve ser interpretado em sentido amplo, pois ele compreende não apenas a lei em sentido formal emanada pelo Legislativo, mas também atos gerais, abstratos e obrigatórios de todos os Poderes. Se diante de atos normativos secundários, como regulamentos ou instruções, de competência da administração ou de órgãos do judiciário, a decisão será uma verdadeira ordem e, portanto, caberá fiscalização para garantir o seu cumprimento. Todavia, se a decisão for direcionada a um dos Poderes, a jurisprudência do Supremo, em razão da literalidade do §2º do art. 103 da CF, adota a posição que limita dar ciência da ocorrência da omissão, a fim de que o Poder adote as providências necessárias para sanar a omissão.

A concepção tradicional da doutrina, sob a ótica da teoria tricotômica da eficácia desenvolvida por José Afonso da Silva, irá afirmar que a omissão inconstitucional ocorrerá nas hipóteses de normas constitucionais de eficácia limitada, pois apenas essas reclamariam a intermediação normativa e regulamentar para que pudessem ser aplicadas. Carlos Alexandre de Azevedo Campo, critica esse posicionamento tradicional da doutrina brasileira que vincula a omissão inconstitucional à estrutura semântica dos enunciados normativos constitucionais em detrimento de critérios materiais, afirma o autor que *a concepção tradicional não vislumbra a inconstitucionalidade de limitações fáticas, sociais ou institucionais, para a efetivação dos direitos constitucionais, mas apenas obstáculos semânticos que são estabelecidos aprioristicamente*³⁵.

Sucedese que o regramento jurídico constitucional acerca da inércia estatal foi formulado para configurações formais de dispositivos constitucionais particulares, todavia, a real preocupação deve recair na efetividade da Constituição e no seu papel transformador da realidade social. Ocorre que a omissão estatal pode ser identificada em

34 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. Op. cit., p. 296.

35 Idem., p. 42.

qualquer dispositivo constitucional, independente da estrutura semântica por ele adota, e, portanto, demanda uma prestação jurisdicional para supri-la.

Limitar os mecanismos constitucionais de proteção às normas de eficácia limitada implica uma proteção insuficiente as normas constitucionais, sobretudo daquelas que versam sobre direitos fundamentais, o que, em última análise importa em violação ao sistema de valores que representa a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, os quais demandam a promoção dos direitos fundamentais pelo poder público.

Acerca da proteção insuficiente, Carlos Alexandre de Azevedo Campos aponta como uma possível solução a utilização do princípio da proporcionalidade³⁶. A proporcionalidade é historicamente conhecida como uma ferramenta para conter o arbítrio dos governantes, a fim de se evitar condutas absurdas e incoerentes, ou seja, o excesso de poder estatal. Ocorre que contemporaneamente esse princípio passou a ser encarado por um novo prisma, uma nova dimensão que se encontra vinculada ao dever de proteção do Estado quanto aos direitos fundamentais.

Haverá violação da ordem jurídica e da Constituição quando diante de um não agir estatal em prol dos direitos fundamentais ou quando o faz de modo deficiente³⁷. Diante desta situação Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento apontam três indagações que deverão ser feitas para que se identifique a possibilidade de utilização da proporcionalidade como proibição da proteção deficiente:

(a) Se a sua omissão ou atuação deficiente contribuiu para a promoção de algum objetivo legítimo (subprincípio da adequação); (b) se não existia outro meio menos prejudicial àquele direito que favorecesse, em igual intensidade, o citado objetivo (subprincípio da necessidade); (c) se a promoção do referido objetivo compensa, sob o ângulo constitucional, a deficiência na proteção ou promoção do direito em discussão (subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito).

Essa dimensão da proporcionalidade chegou a ser debatida pelo Supremo em algumas ocasiões³⁸, cita-se a ADI nº 1.800, a qual tinha como pano de fundo a constitucionalidade da lei que concedera às pessoas reconhecidamente pobres a isenção das custas nos registros de nascimento e de óbito, sob a alegação de afronta ao direito dos titulares dos cartórios. Nesta oportunidade o STF se posicionou no sentido de que a

36 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Op. cit., p. 84.

37 SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Op. cit. p. 480.

38 ADI nº 3.112, HC nº 16.212, ADI 3.510.

proporcionalidade como proibição da proteção deficiente demanda do Estado a atuação positiva, a fim de que se garanta às pessoas economicamente carentes tenham acesso aos meios necessários ao exercício de sua cidadania.

Desse modo, proporcionalidade como proibição da proteção insuficiente mostra-se um meio mais efetivo para a efetividade social e jurídica dos direitos fundamentais, tendo em vista as limitações semânticas encontradas nos mecanismos vistos anteriormente.

A visão tradicional da doutrina identifica a omissão inconstitucional como uma falha proveniente do legislador ou da administração pública, todavia, o que se verifica da realidade é uma gama de situações em que se tem comandos legais e direitos instituídos, mas o comando constitucional não se efetiva em razão da falta de estrutura para uma factual realização. Este tema será aprofundado no capítulo seguinte do presente trabalho, vez que se trata de um dos requisitos para a configuração daquilo que se denominou pela Corte Constitucional colombiana e também no Brasil, após o julgamento da ADPF 347, como Estado de coisas inconstitucional.

1.4.2 A omissão inconstitucional dos princípios

A Constituição de 1988 dedica considerável espaço no seu texto para definir direitos fundamentais. Entretanto, alguns desses enunciados assumem a forma de princípios e subprincípios, os quais possuem como características a indeterminação em relação aos seus efeitos ou fins, em maior ou menor intensidade, bem como a multiplicidade dos meios e condutas capazes de realizá-los.

Luís Roberto Barroso, utilizando-se da sua tríplice divisão das normas constitucionais em relação ao seu conteúdo, para afirmar que a omissão, via de regra, *ocorrerá em relação a uma norma de organização ou em relação a uma norma definidora de direito. As normas programáticas, normalmente, não especificam a conduta a ser adotada, ensejando margem mais ampla de discricionariedade aos poderes públicos*³⁹.

Ocorre que, remeter ao legislador e/ou administrador a determinação total dos efeitos destes enunciados referidos acima esvazia inteiramente a normatividade destes princípios. A consagração constitucional dos direitos fundamentais tem como principal propósito a formação de um parâmetro para a atuação ou para a omissão, dos Poderes

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. Op. cit., p. 296-297.

constituídos, em garantia da dignidade de todo e qualquer indivíduo. Caso tudo passe a depender da própria iniciativa desses poderes, perder-se-ia o sentido e a proteção de tais normas.

Levando-se em conta a relação entre princípios e direitos fundamentais vista anteriormente, no que diz respeito aos princípios, tem-se que todo enunciado normativo, o que inclui os princípios, possui um conteúdo mínimo e, à medida que determinadas condições que os compõem são desrespeitadas, tem-se por violado o princípio e, portanto, estar-se-á diante de uma inconstitucionalidade. Nas palavras de Ana Paula de Barcellos: *se um comando atinge o princípio de tal forma que deverá ser considerada inconstitucional, a omissão do Poder Público que produz o mesmo efeito prático violará igualmente o núcleo do princípio em questão.*⁴⁰

Desse modo, uma vez identificado o núcleo essencial de um determinado direito fundamental que tenha sido positivado na Constituição com a roupagem de princípio, pode ser ele objeto de tutela jurisdicional tal como ocorre com as regras o são, aplicando-se a ele todas as normativas vistas no tópico anterior.

Cabe ressaltar o tratamento diferenciado dado ao princípio da dignidade humana que, conforme vimos anteriormente, possui conteúdo jurídico intimamente ligado aos direitos fundamentais. Para Ana Paula de Barcellos a noção de dignidade humana é composta por um núcleo de condições materiais tão fundamental que sua existência se impõe como uma regra. A autora aduz que *se tais condições não existem, não há o que ponderar ou otimizar, ao modo dos princípios; a dignidade terá sido violada, da mesma forma como as regras o são*⁴¹.

Prossegue a autora na sua linha de pensamento e aduz que dentro da ideia de Estado democrático e pluralista, diversas concepções de dignidade humana poderão ser implementadas para além do núcleo essencial e imexível, que é associado ao conceito de mínimo existencial. Assim, as maiorias eventuais não podem comprometer esse núcleo essencial no qual estão embutidas as condições elementares necessárias à existência humana digna. Para ela,

O mínimo existencial corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais em um Estado que pretende, de um lado, democrático, demandando a participação dos indivíduos nas deliberações

40 BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.** Op. cit., p. 243.

41 Idem., p. 246

públicas, e, de outro, liberal, deixando a cargo de cada um seu próprio desenvolvimento.⁴²

Ou seja, não assegurar as condições elementares acima descritas importa no desrespeito do princípio jurídico da dignidade da pessoa humana em sua vertente material, de modo a acarretar inconstitucionalidade seja por ação ou omissão do Estado.

Um outro instrumento que pode ser utilizado para a defesa de direitos fundamentais que foram constitucionalmente positivados com a roupagem de princípios é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental⁴³. Ela possibilita que seus legitimados provoquem o Supremo a discutir questões sensíveis que envolvam risco ou lesão a preceito fundamental ou relevante controvérsia constitucional.

O principal pressuposto para o cabimento da ADPF é o descumprimento de um preceito fundamental, todavia, a lei não prevê o alcance desta expressão. Assim, ficou a cargo da doutrina e da jurisprudência definir quais hipóteses estão abarcadas pelo conceito jurídico indeterminado. Para Luís Roberto Barroso⁴⁴ a distinção entre normas material e formalmente constitucionais é de grande valia para traçar parâmetros, à medida que apenas as que se encontram no primeiro grupo poderiam ser objeto da ADPF. Prosseguindo em seu raciocínio, o autor enumera algumas normas que para ele são inegavelmente preceitos fundamentais, quais sejam: as normas de princípios fundamentais; normas que abrigam cláusulas pétreas ou delas decorrentes; princípios constitucionais sensíveis; e o que mais interessa ao presente trabalho, os direitos fundamentais, incluindo-se os individuais, coletivos, políticos e sociais.

Ainda com o intuito de melhor delinear o objeto da ADPF, a fim de evitar malversação deste mecanismo, Luís Roberto Barroso⁴⁵ afirma que a questão constitucional discutida: (a) Deve interferir com a necessidade de fixação de conteúdo e do alcance do preceito fundamental, não basta a mera invocação de uma violação reflexa; (b) não pode depender de definição prévia de fatos controvertidos, pois o papel institucional do STF é o de guardião da Constituição; e (c) deve ser insuscetível de resolução a partir da interpretação do sistema infraconstitucional.

42 Idem. p. 247

43 Nota-se que a Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental é mais comumente utilizada quando diante de princípios, todavia, pode eventualmente ser utilizada para a defesa de regras.

44 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. Op. cit., p. 328-329.

45 Idem. p. 329.

O segundo pressuposto genérico para o cabimento da ADPF é a inexistência de outro meio idôneo, §1 do art. 4º da Lei 9.882/99. A interpretação deste dispositivo não é pacífica, uma primeira corrente irá afirmar que a Constituição apenas autorizou que a lei disciplinasse o seu conteúdo e não o limitasse, de modo que a ADPF seria autônoma em relação as ações objetivas e subjetivas existentes no ordenamento jurídico. Uma segunda corrente posiciona-se em sentido oposto, pois entende ser inadmissível a ADPF sempre que for cabível outro processo objetivo⁴⁶.

O professor Luís Roberto Barroso aduz que se admitir o segundo posicionamento, estar-se-ia marginalizando o papel da ADPF, tal como se fez anteriormente com o Mandado de Injunção, pois dificilmente haverá casos que não sejam abarcados por outras vias. Para o professor, a questão central é a eficácia desse “outro meio”, o qual a lei se refere. Desse modo, defende ele que o melhor posicionamento é o intermediário, o qual aduz que o exame de subsidiariedade da ADPF, haja vista sua natureza objetiva, deverá observar os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Ademais, a propositura de ações de natureza subjetiva ou do cabimento de recursos processuais não podem impedir a arguição, se esta for a única medida capaz de produzir uma solução imediata e abrangente par sanar ou evitar lesividade ao preceito fundamental⁴⁷.

A decisão proferida nos autos da ADPF fixará as condições e o modo de interpretação do preceito fundamental, bem como poderá fazer cessar o ato ou decisão exorbitante ou ainda determinar medida adequada à preservação do preceito. Ela terá eficácia *erga omnes* e vinculará todos os órgãos do Poder Público, tal como é próprio dos processos objetivos e concentrados.

Mostra-se importante registrar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF. Trata-se de ação que discute a legitimidade constitucional e do controle e da intervenção do judiciário em tema de implementação de políticas públicas, bem como da viabilidade da ADPF para concretização de direitos fundamentais de segunda geração. Entendeu-se que é legítimo ao Poder Judiciário desempenhar o papel de garantidor da eficácia dos direitos fundamentais, ainda que esteja ele consagrado em dispositivos de conteúdo programático.

46 Tal como o Mandado de Segurança, a Ação Popular, a Reclamação, ou recursos ordinários e extraordinários.

47 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. Op. cit., p. 337-339.

Visando a proteção dos direitos fundamentais e utilizando a ADPF como instrumento, o Partido Socialismo e Liberdade – PSOL ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 347/ DF), a fim que seja reconhecida a figura do “estado de coisas inconstitucional” relativamente ao sistema penitenciário brasileiro e 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. Tratar-se-á da ação de modo mais detido no capítulo III do presente trabalho.

CAPÍTULO II – O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

2.1 Introdução

O Estado de Coisas Inconstitucional, a partir de agora tratado como ECI, surgiu na Colômbia por ocasião do julgamento da *Sentencia de Unificación* nº 559/1997. Tratava-se de um processo que envolvia direitos previdenciários e de saúde de um grupo de 45 professores do Município de María La Baja e Zambrano. Os professores contribuíam com 5% de seus subsídios para o fundo previdenciário, mas não recebiam a cobertura dos benefícios de saúde e de seguridade social. As autoridades públicas municipais alegavam falta de recursos financeiros para cumprir a contraprestação pleiteada pelos professores.

Ao analisar o caso a Corte Constitucional Colombiana constatou-se a existência de falhas estruturais estatais na implementação da supracitada política pública, bem como problemas generalizados que não se limitava apenas aos 45 docentes que haviam ajuizado a demanda, mas englobava aproximadamente 80% dos professores de todos os municípios. Destacou-se no julgamento duas perspectivas, quais sejam:

De una parte, se trata de un problema general que afecta a un número significativo de docentes en el país y cuyas causas se relacionan con la ejecución desordenada e irracional de la política educativa. De otra parte, la acción de tutela compromete a dos municipios que por falta de recursos no han dado cumplimiento

efectivo a sus obligaciones frente a los educadores que han instaurado la acción de tutela⁴⁸.

Assim, a Corte Colombiana notou que a falha não era proveniente de apenas um órgão da administração municipal de María La Baja e Zambrano, em verdade, originava-se na política geral de educação feita pelo governo central, em que se realizava uma distribuição desigual dos recursos educacionais. Nesse sentido, o Magistrado *Ponente* Eduardo Cifuentes Muñoz afirmou que:

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 educacional 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 docentes⁴⁹.

Diante de tal situação a Corte declarou o ECI. Ela não se limitou a tutelar apenas os direitos subjetivos dos 45 professores demandantes, a Corte foi além e identificou o conjunto de razões pelas quais o Município demandado não conseguia implementar a cobertura dos benefícios de saúde e previdência social. Desse modo, determinou que todos os municípios que apresentassem a mesma situação corrigissem a inconstitucionalidade dentro de um prazo razoável, o que a levou a expandir os efeitos da decisão para além das partes do processo⁵⁰.

Ao proceder com tal conduta a Corte Colombiana protegeu a dimensão objetiva dos direitos fundamentais que estavam sendo negados, em razão de falhas na estrutura do sistema. Para tanto, a Corte apoiou-se no art. 113⁵¹ da Constituição colombiana, o

48 Sentencia de Unificación nº 559/1997. Disponível em:

<<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Consulta em 02 de jun. 2018.

49 Idem.

50 A Corte constitucional brasileira julgando conjuntamente os MI's que envolviam o direito de greve do servidor público, previsto no art. 37, VII da Constituição, o qual demanda lei específica para regulá-lo, decidiu pela aplicação análoga da lei que regula o direito de greve dos empregados da iniciativa privada, diante da inércia legislativa, bem como estendeu os efeitos da decisão para além das partes do processo.

51 Artículo 113. Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones

qual prevê colaboração harmônica entre os Poderes para que se possa realizar os fins previstos constitucionalmente, de modo que procedeu à notificação das autoridades competentes (Ministros da Educação, da Fazenda e do Crédito; o Diretor do Departamento Nacional de Planejamento; os membros do CONPES social; os Governadores e Assembleias; os Prefeitos; e os Conselhos Municipais), a fim de que elas tomassem as atitudes cabíveis para fazer cessar o ECI. Uma segunda justificativa apresentada por ela envolveu aspectos econômicos e uma preocupação com sua própria estrutura de funcionamento, vez que ao estender a decisão para todos que estivessem na mesma situação evitou um incontável número de demandas idênticas o que, por conseguinte, implicou em menos custos aos cofres públicos.

Diante do exposto, pode-se concluir que o ECI é uma técnica decisória, não prevista expressamente pela Constituição colombiana, que visa enfrentar violações graves e recorrentes de ordem constitucional, sobretudo de direitos fundamentais, resultantes de falhas estruturais de políticas públicas, seja em razão da ausência ou implementação deficiente, que envolva um número significativo de pessoas, e cuja superação demande a adoção de múltiplas providências de diversas autoridades e Poderes estatais distintos.

Diante do um cenário de ECI a Corte incumbe-se de corrigir os problemas estruturais, sob o fundamento da tutela da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Trata-se do reconhecimento da eficácia irradiante dos direitos fundamentais e a sua proteção prioritária, o que possibilita as cortes *controlarem a omissão dos poderes políticos para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais, haja vista o descumprimento do dever de legislar ou expedir normas reguladoras ser compreendido como falha do dever de proteção dos direitos fundamentais*⁵².

Ocorre que demandas envolvendo violações de direitos fundamentais em decorrência de falhas estruturais do Estado que alcançam um número amplo de pessoas não é uma novidade que fora constatada pela Corte Constitucional Colombiana por meio da declaração do ECI. É possível identificar litígios estruturais em vários países, citam-se: Canadá, Estados Unidos, Índia, Argentina, dentre outros. O que de fato é relevante não é a nomenclatura dada, mas sim compreender os pressupostos e o procedimento que envolvem essa técnica decisória.

separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

52 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Op. cit., p. 160.

2.2 Demandas estruturais

O estudo envolvendo demandas estruturais iniciou nos Estados Unidos da América e teve como ponto de partida o caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, em 1954. Tratava-se de demanda paradigmática que envolvia a segregação racial no sistema de ensino público no sul do país, na qual a Corte americana afirmou a inconstitucionalidade da segregação em razão da violação à *equal protection clause*, prevista na 14ª emenda à Constituição dos Estados Unidos⁵³. A postura da Corte envolvia duas perspectivas: a primeira visava coibir a discriminação em razão da raça, já a segunda relacionava-se com a natureza estrutural do sistema educacional em que se legitimava o sistema dual onde negros e brancos eram apartados⁵⁴.

Para entender melhor o cenário que envolveu o supracitado *leading case* mostra-se necessário entender que a segregação americana foi por muito tempo legitimada pela doutrina que ficou conhecida como *separate but equal*, a qual impedia que negros frequentassem determinados lugares que eram considerados exclusivos para pessoas brancas, desde que todos pudessem ter acesso aos serviços públicos de igual qualidade. Essa doutrina foi legitimada pela Corte americana em diversos casos, cita-se a título de exemplificação o paradigmático caso *Plessy vs. Ferguson*, em 1896, onde a Suprema Corte entendeu que era legítima e não violava a 14ª Emenda a reserva de assentos exclusivos em transportes públicos para pessoas brancas e outros para pessoas negras, sob o fundamento de que o serviço público estava sendo ofertado da mesma forma para negros e brancos.

É a partir de 1930 que o movimento negro passa a questionar com mais veemência a doutrina do *separate but equal*, bem como a falta de efetividade das normas e valores constitucionais que objetivavam a igualdade perante a lei. A NAACP (*National Association for the Advancement of Colored People*) no início da década de

53 A 14ª Emenda à Constituição norte-americana garante, desde 1868, que todos os nascidos ou naturalizados no Estados Unidos da América possuem direitos iguais o que inclui o direito ao devido processo legal e a proteção igualitária das leis. Essa emenda, juntamente com a 13ª e a 15ª, foram formuladas com o intuito de afastar os resquícios da escravidão.

54 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Op. cit., p. 191-192.

1950 propôs cinco ações questionando a segregação no sistema educacional, inclusive *Brown vs. Board of Education of Topeka*.

O caso foi julgado pela Suprema Corte em maio de 1954, onde se reconheceu a inconstitucionalidade da segregação escolar. É possível identificar que a corte entendeu que a segregação afetava a integridade psíquica das crianças, vide voto:

(...) to separated them from others of similar age and qualifications solely because of their race generates a feeling of inferiority as to their status in the community that may affect their hearts and mind in a way unlikely ever to be undone⁵⁵.

Todavia, em razão da vagueza da sentença proferida por ela, os conselhos escolares locais descumpriram significativamente os comandos impostos pela decisão da Corte. Na década seguinte, quando do julgamento de *Swan vs Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, a Corte americana entendeu que a única forma de modificar essa constante violação de direitos era delinear de modo direto as condutas necessárias para que ocorresse uma mudança estrutural efetiva. Assim sendo, em diversas demandas análogas que questionavam a desagregação racial nas escolas a Corte rejeitou os planos apresentados pelos órgãos de ensino e ordenou medidas estruturais que deveriam ser cumpridas pelo Estados, o que levou a uma verdadeira reforma em todo o sistema de ensino nos Estados Unidos⁵⁶.

Constatou-se que o erro que desencadeava na violação de valores e comandos da Constituição, *equal protection clause* prevista na 14^a emenda, encontrava-se na própria estrutura do Estado, bem como só seria possível cessar esse ciclo de violação com uma atuação positiva que implicasse em reorganização da estrutura das instituições estatais envolvidas. A Corte americana viu-se diante daquilo que se denominou *public law litigation*, a qual demandava a fixação de *structural injunctions*, as quais visam reestruturar instituições governamentais por meio de alterações sistêmicas que se mostram necessárias para assegurar a tutela de direitos fundamentais. Essa técnica

55 Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/case.html>>. Consulta em 04 de jun. 2018.

56 DANTAS, Eduardo Sousa. Ações estruturais, direitos fundamentais e o estado de coisas inconstitucional. In: **Revista constituição e garantia de direitos**. Vol. 9, nº 2, 2016, p. 156-157. Disponível em: < <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/12258>>. Consulta em 02 de jun. 2018.

decisória pode alcançar medidas legislativas, administrativas, regulatórias e orçamentárias⁵⁷.

A figura da *structural injunctions* foi formulada pelo professor Owen Fiss após analisar os litígios estruturais envolvendo as questões raciais nos Estados Unidos. Para ele a “injunção estrutural” difere das categorias tradicionais de decisões que se caracterizam por serem preventivas ou reparatórias, haja vista que tais categorias se mostram insuficientes para resolver a recorrente inconstitucionalidade praticada pelos Poderes públicos⁵⁸. Nessa “nova categoria” há uma necessidade de ajustar o comportamento futuro, de modo que as soluções para o caso passam por um juízo deliberativo e exige-se um processo de fiscalização contínuo para assegurar o seu cumprimento. Os *structural remedies* também foram utilizados pela Suprema Corte americana em casos envolvendo as péssimas condições das prisões, bem como em demandas envolvendo instituições psiquiátricas e o tratamento ofertado aos internos e pacientes.

Essa técnica decisória que teve início nos Estados Unidos tem se espalhado por outros países, notoriamente pela Corte colombiana que é conhecida pelo ativismo em prol dos direitos fundamentais, ver-se-á em seguida alguns casos envolvendo esses processos estruturais e os mecanismos utilizados na implementação das sentenças estruturais.

Na Índia o uso de sentenças estruturais ganhou grande destaque em razão das medidas adotadas pela Corte daquele país no caso *People's Union for Civil Liberties vs. Union of India*. Tratava-se de demanda em que a ONG *People's Union for Civil Liberties* acusava o governo de priorizar a estocagem de grãos em detrimento do combate à fome, grave problema de conhecimento notório que o país enfrenta. As alegações foram constatadas pela Corte durante o processo, o que ocasionou a declaração de inconstitucionalidade da conduta estatal por violar o direito fundamental das pessoas a não sofrerem por fome⁵⁹.

57 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Op. cit., p. 188-189.

58 FISS, Owen M. *The Civil Right Injunction*. Bloomington: Indiana University Press, 1978. p. 11 apud CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Op. cit., p. 190-191.

59 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Op. cit., p. 199.

Desse modo, determinou-se que o governo elaborasse novas políticas públicas de grãos em favor da camada mais pobre da população. Com a finalidade de monitorar os resultados, a Corte criou uma comissão que foi responsável por acompanhar a implementação das políticas públicas em cada estado do país. A Corte reteve a jurisdição nessa fase de implementação, as informações colhidas por essas comissões eram repassadas à Corte, que as considerava no momento de proferir decisões interlocutórias.

As medidas estruturais determinadas pela Corte indiana deram origem à promulgação de uma nova legislação acerca do tema, a *National Food Security*. Pode-se concluir que a postura ativista em favor da dimensão objetiva dos direitos fundamentais da Suprema Corte culminou em um redimensionamento das políticas de combate à fome na Índia.

A Argentina também tem vivenciado essa experiência de demandas estruturais, a que mais chama atenção é “la causa Mendonza”⁶⁰, pois versava sobre direitos de segunda e de terceira dimensão. Tratava-se de demanda ajuizada por um grupo composto por moradores e trabalhadores em face de quarenta e quatro empresas, dos governos federais, locais e da província de Buenos Aires, na qual se pleiteava danos individuais e coletivos, bem como medidas preventivas e restaurativas, em razão dos desastres ambientais ocorridos na bacia do rio Matanza-Riachuelo. A ausência de tratamento da água, o crescimento populacional desenfreado e a contaminação industrial que ocorria na área geraram uma combinação letal que desencadeou em um grande desastre ambiental, o qual violava o direito à saúde e ao meio ambiente equilibrado dos trabalhadores e moradores da área afetada.

Ocorre que não há na Argentina, assim como sucede no Brasil, uma legislação que discorresse acerca da execução de sentenças oriundas de demandas estruturais, tampouco sobre a conduta que deveria ser adotada pelo magistrado quando diante destas demandas específicas. Para Francisco Verbic *esta falta de regulación legal adecuada para gestionar decisiones complejas configura lo que llamo la “dificultad*

⁶⁰ Essa demanda ficou popularmente conhecida como “o caso Mendonza” em razão da atuação de Beatriz Mendonza, uma das vítimas de contaminação e uma das demandantes que levou à Corte Suprema de Justiça as violações à saúde e ao meio ambiente equilibrado. Ela ficou conhecida na mídia como “Mendoza, la mujer que inició la causa del saneamiento”.

*procedimental” que los jueces deben sortear para lograr una sentencia colectiva estructural eficaz*⁶¹.

Diante do conflito instaurado a Corte viu-se impelida a enfrentar as dificuldades procedimentais que envolvem os processos estruturais, de modo que inovou ao estabelecer mecanismos de execução que tentavam conjugar a necessidade de resolução do conflito com a legitimidade institucional da Corte. Francisco Verbic enumera mecanismos utilizados pela Suprema Corte, quais sejam: i) delegação da execução para outros juízes; ii) a estipulação de multas em caso de descumprimento do plano de recuperação traçado (*astreintes y Contempt of Court*); iii) mecanismos de controle e participação cidadã; e iv) mesas de diálogos.

Em uma primeira decisão a Suprema Corte daquele país ordenou que as empresas demandadas apresentassem um estudo sobre o impacto ambiental de sua atividade e intimou todos os níveis do Governo e ao Conselho Federal do Meio Ambiente que produzissem um plano ambiental em conjunto cuja finalidade seria de cumprir as normas ambientais vigentes⁶². Tal decisão foi amplamente divulgada pelos meios de comunicação o que levou à entrada de atores sociais e terceiros interessados na demanda, eles passaram a compor aquilo que foi chamado de “*Cuerpo Colegiado*”. Posteriormente a Corte prolatou sentença, na qual se reconhecia a inconstitucionalidade da situação apresentada, bem como determinava condutas políticas, institucionais e sociais com a finalidade de fazer cessar a violação dos direitos fundamentais que se encontravam em jogo.

A Corte delegou o processo de execução da sentença para o juizado de primeira instância de Quilmes, facultando-lhe a aplicação de multas em caso de descumprimento. Francisco Verbic enumera três razões que levaram a essa delegação, quais sejam: *i) las dificultades e incidencias procesales que con seguridad se presentarán durante el cumplimiento de las numerosas mandas contenidas em el programa; ii) la necesidad de*

61 VERBIC, Francisco. Ejecución de sentencias en litigios de reforma estructural en la república argentina dificultades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones. In: ARENHART, Sergio Cruz e JOBIM, Marco Félix (Coords.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 73.

62 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Op. cit., p. 201.

*mantener la racionalidad de la agenda de casos que debe manejar; y iii) la búsqueda de un mayor grado de intermediación entre la magistratura y las partes*⁶³.

A implementação da sentença proferida ocorreu sob monitoramento da Corte, ainda que indireto, e da sociedade civil. A participação desta é de grande valia para legitimar as sentenças estruturais, vez que além de fomentar a participação dos cidadãos na gestão da coisa pública ainda legitima um Poder que não é eleito a tomar decisões que são tipicamente características de Poderes que são escolhidos por meio do sufrágio para representar os desejos dos cidadãos.

Por fim, cabe ressaltar que as técnicas utilizadas pela corte foram flexíveis, de modo que permitia um espaço de conformação dos Governos instituídos, bem como uma maior liberdade na fase de execução o que ocasionava a possibilidade de adaptar o procedimento a ser adotado com a finalidade de obter o melhor desempenho possível para superar aquela situação.

Os casos analisados tratam de demandas complexas que envolvem violações de direitos fundamentais em razão de omissão ou proteção insuficiente das estruturas governamentais. Diante disto, mostra-se legítimo o uso de ferramentas alternativas para a resolução de litígios estruturais, haja vista as peculiaridades que envolvem estas demandas. Tais ferramentas podem levar à intervenção do judiciário na elaboração e implementação de políticas públicas o que não se coaduna com a função institucional a ele relegada sob a ótica da tradicional repartição dos Poderes elaborada por Montesquieu, mas que encontra guarida na ótica da segunda fase do constitucionalismo moderno em que a sua função precípua é a defesa da Constituição e a busca pela efetividade da dignidade da pessoa humana.

2.3 Conceito e pressupostos

As Supremas Cortes dos países possuem a função institucional de zelar pela correta interpretação e aplicação da Constituição de seus respectivos países. Desse modo, não é incomum que elas se deparem com diversas realidades inconstitucionais, todavia, identificar quais dessas realidade resta caracterizada como um Estado de Coisas Inconstitucionais e, portanto, que demande uma atuação peculiar e a utilização

63 VERBIC, Francisco. Ejecución de sentencias en litigios de reforma estructural en la república argentina dificultades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones. In: ARENHART, Sergio Cruz e JOBIM, Marco Félix (Coords.). **Processos estruturais**. Op. cit., p. 74.

específica da técnica das sentenças estruturais, é algo que deve ser feito com grande cautela, sob pena de banalização do instituto e, por conseguinte, perda de sua efetividade.

Assim, mostra-se necessária a sistematização das pressuposto para sua configuração, bem como do conceito que envolve essas demandas estruturais. Como ponto de partida e diante de tudo que foi exposto até o momento, pode-se afirmar que a inconstitucionalidade que envolve o ECI advém de omissões ou políticas públicas deficientes as quais podem ter origem em atos isolados de um dos Poderes constituídos ou ainda decorrer de uma falta de coordenação entre eles que caracteriza as falhas estruturais. As falhas estruturais resultantes se revestem de inconstitucionalidade, à medida que representam violações massivas e reiteradas a uma ou a várias dimensões objetivas dos direitos fundamentais.

A Corte Constitucional colombiana é utilizada no presente trabalho como paradigma, pois foi lá que o termo ECI foi cunhado, ainda que não tenha sido o lugar de origem da técnica de julgamento dos processos estruturais, conforme foi visto no tópico anterior. A experiência da Corte na utilização do ativismo judicial para a tutela dos direitos fundamentais e dos direitos das minorias é largamente reconhecida, de modo que foi usada em terras brasileiras como base para a declaração do ECI por ocasião do julgamento da ADPF 347/DF.

A experiência transconstitucional vivida pela Corte Colombiana acerca do ECI demonstra a importância de estabelecer pressupostos para sua declaração. Após vários ciclos do ECI, a Corte por ocasião da *Sentencia T-125* de 2004 (ela tratava do caso do deslocamento forçado de pessoas em decorrência do contexto de violência da Colômbia e ficou conhecida como exemplo de sucesso na superação do ECI) entendeu por enumerar aquilo que ela chamou de “fatores valorado para definir se existe um estado de coisas inconstitucional”, vide:

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; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (v) 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; (vi) 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.⁶⁴

Ao analisar tais fatores, Carlos Alexandre de Azevedo Campos assinala que a sistematização feita pela Corte é fundamental para evitar excessos cometidos por ela anteriormente, tal como se verificou no caso da *Sentencia SU-250* de 1998, o qual versava sobre a não convocação de concurso público para notários em razão de o Estado se esquivar à realização de certame⁶⁵.

O supracitado autor, diante da realidade do ordenamento jurídico pátrio, elenca a presença de quatro pressupostos ao invés dos seis apontados na *Sentencia T-125*, quis sejam: i) constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva e contínua de diferentes direitos fundamentais, que afeta um número amplo de pessoas; ii) omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais; iii) medidas necessárias à superação das inconstitucionalidades, quando diante de falhas estruturais decorrentes de um ciclo de políticas públicas deficientes; e iv) potencialidade de um número elevado de afetados transformarem a violação de direitos em demandas judiciais, que se somariam às já existentes, produzindo grave congestionamento da máquina judiciária.

Os elementos apresentados por ele podem ser vistos sob dois prismas, o primeiro diz respeito as falhas estruturais decorrentes de ausência ou deficiência de medidas legislativas ou regulamentares e o segundo origina-se da violação massiva e sistematizada de direitos fundamentais de um número indeterminado de pessoas.

O primeiro prisma apresentado decorre da ausência ou implementação deficiente de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias que geram falhas estruturais, as quais desaguam em sistemáticas violações de direitos fundamentais. O que ocorre é uma não observância, por parte dos Poderes instituídos, das normativas constitucionais, sobretudo dos princípios, as quais determinam finalidades e objetivos estatais. Conforme visto no primeiro capítulo, esta inconstitucionalidade pode ser proveniente de uma omissão total, na qual se ignora por completo o comando normativo constitucional,

64 Disponível em: < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>.

Consulta em 10 de jun. 2018.

65 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Op. cit., p. 179.

ou ainda de uma regulamentação ou conduta defeituosa em que não há uma efetiva proteção e, portanto, os direitos fundamentais restam também por violados.

O segundo prisma é uma decorrência lógica do primeiro, ou seja, casos em que as falhas estruturais acarretaram a uma violação massiva e contínua de direitos fundamentais. Aqui cabe ressaltar que não basta que ocorra uma violação de apenas um direito fundamental ou ainda de um número determinado de indivíduos, pois se assim fosse outros seriam os remédios previstos no ordenamento jurídico para solucioná-la. A Corte necessita estar diante de uma falha estrutural que engloba um complexo tão grande, que a resolução pontual da demanda acarretaria em omissão da própria Corte⁶⁶ na defesa das normas materialmente constitucionais.

Vale ressaltar, mais uma vez, a conduta assumida pelo Supremo quando diante do caso paradigmático do direito de greve dos servidores públicos, em que se verificou que a demanda envolvia não apenas os servidores que haviam proposto a ação, mas em verdade, tratava-se de uma situação que afetava todos os servidores públicos do país. Assim, decidiu a Corte por estender sua decisão para todos os que servidores, tal medida justifica-se pelo intuito de prevenir um congestionamento judicial, bem como promover uma economia para os cofres públicos, vez que diversas seriam as demandas que versariam sobre a mesma causa de pedir.

É possível ainda apresentar um terceiro aspecto que não irá caracterizar propriamente a demanda, mas sim a técnica necessária para romper com as violações massivas e sistemáticas identificadas em um primeiro momento pela Corte, qual seja: a necessidade do trabalho conjunto de uma pluralidade de autores políticos, pois o verdadeiro objetivo da demanda não é impor obrigações ou estabelecer indenizações em razão de danos sofrido, mas sim fazer cessar o ECI e evitar que ele ocorra novamente no futuro.

É nesse ponto que o diálogo promovido pela Corte se mostra fundamental para que não ocorra nenhuma usurpação de funções institucionais ou ainda questionamento acerca da legitimidade das decisões proferidas durante o processo. Da análise dos casos envolvendo processos estruturais conclui-se que a legitimidade e a efetividade das sentenças estruturais dependem da conduta da Corte em abrir espaço para que a

⁶⁶ A violação de direitos fundamentais pode ocorrer por ação ou omissão dos três Poderes, inclusive o Judiciário, o que ocorre é que no caso deste os mecanismos previstos, via de regras, é o sistema de recursos processuais.

sociedade civil e a os governos instituídos possam participar na formação de estratégias, assim como na fiscalização das decisões que visam acabar com o ECI.

Diante de todo o exposto, pode-se concluir que o ECI não é uma ação judicial autônoma, trata-se de uma ferramenta processual utilizada por diversas Cortes para pacificação de conflitos onde os mecanismos tradicionais de resolução não se mostram eficazes.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos apresenta o seguinte conceito para definir o ECI:

Técnica de decisão por meio da qual cortes e juízes constitucionais, quando rigorosamente identificam um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais do Estado, declaram a absoluta contradição entre os comando normativos constitucionais e a realidade social, e expedem ordens estruturais dirigidas a instar um amplo conjunto de órgão e autoridades a formularem e implementarem políticas públicas voltadas à superação dessa realidade inconstitucional⁶⁷.

Todo mundo já vivenciou a experiência de ver algum vídeo onde diversos dominós são colocados em sequência e derrubados, gerando uma bela reação em cadeia, que vai derrubando todos os outros que estão na sequência. Essa é uma analogia lúdica que se pode fazer com a ECI, vez que a não observância das normas fundamentais constitucionalmente garantidas vai gerando uma reação em cadeia paulatina até desaguar no Estado de Coisas Inconstitucionais, situação vergonhosa para qualquer Estado que almeja ser reconhecido como “de direito”.

CAPÍTULO III – A EXPERIÊNCIA COLOMBIANA E A ADAPTAÇÃO AO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

3.1 Introdução

As Cortes Constitucionais ao utilizarem técnicas como a da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional podem modificar favoravelmente a realidade social e política da sociedade em que se encontram inseridas, ainda mais quando diante de

⁶⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Op. cit., p. 187.

Estados em que o reconhecimento de direitos fundamentais é algo relativamente novo, tal como ocorre na maioria dos países latino-americanos. Esse potencial de transformação se deve ao caráter das decisões emanadas das Cortes que diante da violação massiva e reiterada de direitos fundamentais ordenam de modo coercitivo comportamentos positivos do Estado, a fim de cessar essa ofensa e assim fazer valer as normativas constitucionais, bem como possibilitam aos cidadãos a esperança de uma sociedade melhor.

É com esse espírito que a Corte ao declarar o ECI assume um papel ativo, de modo que passa a formular ou coordenar o desenvolvimento de políticas públicas, a assegurar a sua implementação, e a fiscalizar a sua execução até que se tenha extirpado os motivos que deram causa ao ECI. Ocorre que o objetivo legítimo da Corte não é usurpar a função típica dos demais Poderes constituídos, em verdade, o que há é uma postura que visa promover a coordenação dos atores que até então quedaram-se inertes diante do ECI. Para fins do presente trabalho, vale ressaltar, que se entende que o ECI possui dois aspectos, o primeiro diz respeito ao seu viés declaratório, ou seja, o momento em que a Corte entende que estão presentes os pressupostos para sua configuração este foram vistos no capítulo anterior. O segundo diz respeito a conduta adotada pela Corte para fazer cessar o ECI, portanto, a técnica decisória utilizada capaz de prestar uma tutela jurisdicional efetiva: a expedição de remédios estruturais.

A Corte da colombiana possui um histórico ativo na defesa dos direitos fundamentais e foi o primeiro país na América Latina a aplicar a técnica dos remédios estruturais. A Colômbia, assim como o Brasil, teve sua Constituição outorgada na história recente, precisamente em 1991, de modo que as questões histórico-político-sociais que aqui influenciaram a Carta de 1988 também lá foram observadas. Alguns traços podem ser analisados, por exemplo, trazer em seu bojo um profundo comprometimento dos os direitos fundamentais e os positivar logo no início da Carta. A semelhança é tão grande que até mesmo se encontra em ambas as Cartas uma disposição que equipara os filhos havidos fora e dentro do casamento, art. 42 da Constituição colombiana e §6º do art. 227 da Constituição brasileira. Assim, em que pese a experiência de demandas estruturais ter sido vivenciada em diversos países, elegeu-se a Corte da Colômbia como paradigma para a implementação da técnica no ordenamento brasileiro.

A falta de efetividade das normas constitucionais e, por conseguinte, a proteção deficiente dos direitos fundamentais também é uma realidade compartilhada por ambas

as nações. Diante disto, para Julian Tole Martinez, a situação atual da Colômbia exige que o judiciário também atue como protetor desses direitos constitucionalmente previstos, haja vista que:

(...) el deber de protección que tradicionalmente les corresponde en primera instancia al legislador y al ejecutivo, hoy, por las condiciones *anormales* de Colombia, también le corresponde a los jueces. De hecho, el juez no agota el deber de protección con la sola interpretación conforme con la Constitución, sino que asume un papel más activo, de creación e integración del derecho, colmando por ejemplo las posibles lagunas del legislador o dando órdenes para que los demás poderes públicos cumplan con sus obligaciones legales y constitucionales, o para que adopten decisiones dirigidas a impedir que se continúe con el caso de la declaración del estado de cosas inconstitucionales. Es decir, el juez está vinculado por la obligación iusfundamental de protección, por su papel de guardián y garante de los derechos fundamentales⁶⁸.

Em terras brasileiras, o STF foi chamado a se manifestar acerca do tema ECI por ocasião da ADPF nº 347 de 2015 de autoria do Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, a qual foi distribuída para o Ministro Marco Aurélio. Nela discute-se a calamitosa situação vivida nos presídios nacionais em decorrência de uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos da União e dos Estados federados, sobretudo de natureza administrativa, que gerou falhas estruturais.

Aqueles que se posicionam contra o uso da técnica do ECI apontam algumas questões, quais sejam: ausência de legitimidade democrática da Corte; subjetivismo decisório; violação à separação dos Poderes; carência de expertise do Judiciário. Entende-se que tais questionamentos só serão legítimos, se a Corte adotar medidas antidialógicas e autoritárias no curso da implementação de suas decisões, portanto, dependerá da postura adotada à luz do caso concreto.

Com a finalidade de melhor entender esse fenômeno de implementação das sentenças estruturais, bem como de responder as questões levantadas no parágrafo anterior, analisar-se-á a seguir como que a Corte colombiana inseriu a técnica do ECI no seu ordenamento jurídico e a metodologia utilizada para legitimar a sua atuação.

3.2 O ECI na Colômbia

⁶⁸ MARTINEZ, Julian Tole. Teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales: el estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación. **Revista Derecho del Estado**. Op. cit., p. 114.

O constituinte originário colombiano, a fim de garantir a efetividade dos direitos fundamentais, previu no bojo da Constituição, art. 86⁶⁹, a *acción de tutela*, a qual foi regulamentada pelos decretos 2591 de 1991, 306 de 1992 e 1382 de 2000. Trata-se de mecanismo a ser utilizado quando os direitos fundamentais estiverem em situação de vulnerabilidade ou ameaçados em razão de ação ou omissão de qualquer autoridade pública. Rege-se pela subsidiariedade, pois só é cabível quando não for possível utilizar outro meio para tutelar o direito fundamental em questão.

O rol de legitimados a propor a *acción de tutela* é amplo e inclui qualquer pessoa, seja em nome próprio ou em nome da pessoa que tenha seus direitos fundamentais prejudicados, bem como dispensa a presença de advogado. Ademais, poderá ela ser apresentada por meio escrito ou verbal, o segundo caso caberá se o solicitante não souber escrever, se for menos de idade ou ainda em razão do grau de urgência.

No que tange o juízo competente, tem-se que ela poderá ser proposta, via de regra, diante de qualquer juiz que tenha jurisdição no local em que esteja ocorrendo a vulnerabilidade ou ameaça. Cabe ressaltar que o decreto 1382 de 2000 irá prever algumas regras especiais de foro para propositura da ação⁷⁰.

69 Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

70 Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad pública del orden nacional, salvo lo dispuesto en el siguiente inciso, serán repartidas para su conocimiento, en primera instancia, a los tribunales superiores de distrito judicial/ administrativo y consejos seccionales de la judicatura. 1. A los jueces de circuito o con categoría de tales, le serán repartidas para su conocimiento, en primera instancia, las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier organismo o entidad del sector descentralizado por servicios del orden nacional o autoridad pública del orden departamental.

2. A los jueces municipales les serán repartidas para su conocimiento en primera instancia, las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad pública del orden distrital o municipal y contra particulares.

3. Cuando la acción de tutela se promueva contra más de un funcionario o corporación judicial, le será repartida al respectivo superior funcional del accionado. Si se dirige contra la Fiscalía General de la Nación, se repartirá al superior funcional del juez al que esté adscrito el fiscal.

Ocorre que, conforme leciona Julian Tole Martinez, a *acción de tutela* é utilizada, tradicionalmente, como um meio processual de defesa do conteúdo subjetivo dos direitos fundamentais, enquanto o mecanismo de defesa do conteúdo objetivo é o controle de constitucionalidade. Todavia, as decisões da Corte admitem certa flexibilidade e é possível a defesa do conteúdo objetivo desses direitos quando ele tiver também uma faceta subjetiva, vide:

Ahora bien, no podemos entender esta protección integral de los derechos fundamentales como la posibilidad directa o autónoma de los individuos para reclamar la defensa de la faceta objetiva, pues las prerrogativas fundamentales tienen una unidad de contenido inescindible; por tanto es necesaria la vulneración del aspecto subjetivo para recabar la tutela del contenido objetivo. De tal suerte que sólo es posible, en la práctica, la protección (por medio de la acción de tutela) de la cualificación objetiva, cuando se resuelve el caso en concreto, originado por la transgresión de la potestad subjetiva. (...) la unidad del contenido de los derechos fundamentales flexibiliza la naturaleza de la acción de tutela y de la acción de constitucionalidad; se “supone” que la primera protege exclusivamente el contenido subjetivo, y la segunda, la faceta objetiva (...) La práctica nos revela que es posible que una pretensión subjetiva solicitada por medio de acción de tutela puede proteger el contenido jurídico objetivo de los derechos fundamentales⁷¹.

As decisões proferidas, via de regra, nos autos da *acción de tutela* se restringe às partes do processo. Todavia, há casos em que a defesa dos direitos fundamentais diz respeito a um grande número de pessoas, de modo que a Corte busca mecanismos processuais, tais como *la acumulación de procesos* e *la reiteración de jurisprudencia*, para que possa ser proferida uma decisão igual para todos os casos⁷².

Diante do exposto, percebe-se que a conduta apresentada pela Corte colombiana visa adequar os mecanismos de defesa de direitos fundamentais a situações reais vividas no dia-a-dia da sociedade em que há um não cumprimento das normas constitucionais e para tanto utiliza-se da flexibilização de determinados institutos. Com esse viés criativo e flexibilizador a Corte quando diante de vulnerabilidade de direitos fundamentais cujas causas são de natureza estrutural, criou a figura do estado de coisas inconstitucional.

A seguir analisar-se-á dois casos que chegou à Corte colombiana e a metodologia utilizada pela Corte para a sua resolução. O primeiro é a *Sentencia T-153* de 1998, sobre o sistema carcerário colombiano e o segundo é a *Sentencia T-025* de 2004, relativamente ao deslocamento forçado.

71 MARTINEZ, Julian Tole. Teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales: el estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación. **Revista Derecho del Estado**. Op. cit., p. 121-122.

72 Idem., p. 123.

O caso do sistema carcerário colombiano envolvia as condições dos presos que se encontravam nos presídios de Bogotá (presídio nacional) e de Bellavista em Medellín (presídio distrital). Ressalta-se que a violação massiva dos direitos fundamentais desses presos já havia sido levanta em dois precedentes da Corte, T137001 e T14395.

Para constatar que as situações vivenciadas nos presídios constituem de fato caso de violação de direitos humanos, bem como estabelecer quais os remédios cabíveis, a Corte enviou ofícios para as seguintes autoridades: *Ministerio de Justicia y del Derecho, Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC, Defensoría del Pueblo, Procuraduría General de la Nación, Ministerio de Salud, Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Policía Nacional*. Ademais, determinou inspeções judiciais nos presídios e utilizou como *amicus curiae la Comisión Colombiana de Juristas*. Apoiando-se em dados e estudos empíricos constatou que se encontravam presentes os pressupostos para o ECI, conforme ementa do julgado:

Las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos. Esta situación se ajusta plenamente a la definición del estado de cosas inconstitucional. Y de allí se deduce una flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios colombianos, tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia, etc. 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 problema⁷³.

A decisão proferida pela Corte buscou em um primeiro momento delimitar quais são os direitos constitucionalmente garantidos aos presos. Ela aduziu que ao serem condenados os presos passam a ter alguns dos direitos fundamentais suspensos até que a pena seja cumprida por completo, tais como a liberdade física e de locomoção, bem como os direitos políticos. Todavia, estar submetido ao cárcere não significa que os presos se encontram em um estado de não-pessoa humana, de modo que para eles ainda são

73 Sentencia de Unificación nº 153 de 1998. Disponível em:

<<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Consulta em 15 de jun. 2018.

garantidos diversos outros direitos, como à vida, ao não tratamento degradante ou desumano, dentre outros⁷⁴.

Prosseguindo ao exame, a Corte trouxe o entendimento vinculado pela ONU acerca da relação entre o preso e o Estado. Essa questão é de grande importância, haja vista que o Estado assume a função de garantidor dos presos em razão deles se encontrarem sob sua custódia, vide:

Las Naciones Unidas han acordado, además, una serie de principios que deben guiar la relación del Estado con los penados, a través de los cuales se reafirma, entre otras cosas, que deben ser tratados de acuerdo con la dignidad que le corresponde a toda persona, que la pena tiene como función la preparación para el reingreso a la sociedad y que en todos los casos se debe separar a los reclusos por categorías, tales como el género, la calidad de sindicado o condenado, la edad, etc. Es así como el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, realizado en 1955, acordó las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, atinentes a los parámetros mínimos que deben cumplir las administraciones penitenciarias en los más distintos campos, tales como la diferenciación entre los reclusos, las condiciones de los locales destinados a ellos, la alimentación, los servicios médicos, etc. Igualmente, mediante la resolución 43/173 de 1988, la Asamblea General dictó el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión; y con la resolución 34/169 de 1979 se expidió el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley⁷⁵.

74 En su jurisprudencia, la Corte Constitucional ha expresado de manera reiterada que, si bien algunos derechos fundamentales de los reclusos son suspendidos o restringidos desde el momento en que éstos son sometidos a la detención preventiva o son condenados mediante sentencia, muchos otros derechos se conservan intactos y deben ser respetados íntegramente por las autoridades públicas que se encuentran a cargo de los presos. Así, por ejemplo, evidentemente los derechos a la libertad física y a la libre locomoción se encuentran suspendidos y, como consecuencia de la pena de prisión, también los derechos políticos. Asimismo, derechos como los de la intimidad personal y familiar, reunión, asociación, libre desarrollo de la personalidad y libertad de expresión se encuentran restringidos, en razón misma de las condiciones que impone la privación de la libertad. Con todo, otro grupo de derechos, tales como la vida e integridad personal, la dignidad, la igualdad, la libertad religiosa, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la salud y al debido proceso, y el derecho de petición, mantienen su incolumidad a pesar del encierro a que es sometido su titular. Lo mismo cabe aseverar acerca del derecho a la presunción de inocencia, el cual, aun cuando no imposibilita la expedición de medidas de aseguramiento, sí obliga a los jueces a justificar en cada caso la orden de detención precautelativa, y a la administración a mantener separados a los sindicados y a los condenados.

75 Sentencia de Unificación nº 153 de 1998. Disponible em:

<<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Consulta em 15 de jun. 2018.

Outro direito fundamental que foi debatido pela Corte é a presunção de inocência. Em que pese não ter dado nenhuma ordem específica no dispositivo da sentença, a Corte reafirmou o entendimento de que a prisão preventiva só deverá ocorrer em casos extremos. Ademais, aludiu que o juiz ao prolatar a sentença deverá analisar o caso concreto e verificar se a prisão é de fato o melhor caminho ou se há outros tipos de sanção que melhor se coadune as características apresentadas no caso, a fim de observar *las necesidades de rehabilitación del delincuente, la protección de la sociedad y los intereses de la víctima* ⁷⁶.

Uma grande preocupação que se levanta sempre que se discute as demandas estruturais é a questão orçamentaria e a legitimidade do Judiciário em determinar ações administrativas para o Estado sem fazer um estudo do impacto orçamentário nas contas públicas. Neste ponto, a decisão da Corte falhou, pois, diante da determinação da construção de novos presídios e a reforma imediata dos existentes, limitou-se a dizer simplesmente que a verba viria da redução de outros campos, vide:

La Corte es consciente de que el gasto público en el mejoramiento de la situación carcelaria en el país acarrea necesariamente reducciones en la inversión en otros campos. Sin embargo, la Corte considera que el sacrificio que ello impone sobre los demás ciudadanos no es desproporcionado, en razón de su carácter temporal, de la deuda de la Nación para con los reclusos - dada la inveterada violación de sus derechos fundamentales -, y de las obligaciones especiales del Estado con los reclusos. Además, este sacrificio es exigible en el marco del deber ciudadano de solidaridad social (C.P. art. 95.2.)⁷⁷.

⁷⁶ Por eso, la Corte considera importante llamar la atención acerca de que el principio de la presunción de inocencia exige que la detención preventiva se aplique únicamente como medida extrema, tal como lo determina el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y las Reglas Mínimas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad, conocidas también como las reglas de Tokio. Igualmente, estima fundamental recordar que en cada proceso penal es importante reflexionar acerca de si la persona condenada requiere para su resocialización el tratamiento penitenciario, o si sus mismas características permiten proceder con otro tipo de sanciones. Al respecto, cabe mencionar que las mismas reglas de Tokio recomiendan que antes de tomar la decisión de imponer la pena de prisión en establecimientos carcelarios es importante poner en consideración, “las necesidades de rehabilitación del delincuente, la protección de la sociedad y los intereses de la víctima.”.

⁷⁷ Sentencia de Unificación nº 153 de 1998. Disponible em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Consulta em 15 de jun. 2018.

O ponto alto da decisão da Corte colombiana, e que se assemelha em muito a situação vivenciada no Brasil, é o reconhecimento dos fatores que levaram o sistema carcerário ao cenário do ECI. A Corte constata que os presos não ocupam lugar na agenda política, tendo em vista que não podem exercer o direito de voto, o que acaba gerando o descaso e a inércia legislativa e administrativa em face das mazelas vivenciadas pela população carcerária. Assim, aduz o juiz relator que:

De todo lo dicho hasta ahora cabe extraer la siguiente conclusión: el problema de las cárceles y de las condiciones de vida dentro de ellas no ocupa un lugar destacado dentro de la agenda política. A pesar de que desde hace décadas se conoce que la infraestructura carcelaria es inadecuada, que los derechos de los reclusos se vulneran, que los penales no cumplen con su función primordial de resocialización y que los centros carcelarios del país rebosan de sindicados no se observa una actitud diligente de los organismos políticos del Estado con miras a poner remedio a esta situación.

La actitud de los gestores de las políticas públicas frente al problema de las cárceles obedece a la lógica del principio de las mayorías, que gobierna los regímenes democráticos. Los reclusos son personas marginadas por la sociedad. El mismo hecho de que sean confinados en establecimientos especiales, difícilmente accesibles, hace gráfica la condición de extrañamiento de los presos. En estas condiciones, los penados no constituyen un grupo de presión que pueda hacer oír su voz. Por eso, sus demandas y dolencias se pierden entre el conjunto de necesidades que agobian las sociedades subdesarrolladas, como la colombiana⁷⁸.

Diante do exposto, a Corte entendeu que a lógica do governo da maioria não alcançaria a minoria marginalizada e não representada politicamente que se encontrava retratada pelos presos. Assim, a única forma de acabar com o ECI no sistema carcerário é com a interferência da Corte na formulação de políticas públicas. Concluiu ela que:

La racionalidad constitucional es diferente de la de las mayorías. Los derechos fundamentales son precisamente una limitación al principio de las mayorías, con el ánimo de garantizar los derechos de las minorías y de los individuos. El juez constitucional está obligado a asumir la vocería de las minorías olvidadas, es decir de aquellos grupos que difícilmente tienen acceso a los organismos políticos. Por esta razón, la Corte Constitucional está llamada a actuar en ocasiones como la presente, llamando la atención sobre el estado de cosas inconstitucional que se presenta en el sistema penitenciario colombiano y que exige la toma de medidas por parte de las distintas ramas y órganos del poder, con miras a poner solución al estado de cosas que se advierte reina en las cárceles colombianas⁷⁹.

Em sua decisão final, a Corte colombiana determinou a imposição de diversas medidas às vários entes estatais envolvidos, dentre as quais se destacam: a obrigação de o Instituto Nacional Penitenciário e Carcerário (INPEC) o Departamento Nacional de Planejamento e o Ministério da Justiça elaborarem, em um prazo de três meses, a contar de suas notificações, um plano para a construção e renovação de presídios, de forma a

78 Idem.

79 Idem.

garantir aos presos condições dignas de vida, bem como a obrigação de a Defensoria do Povo e a Procuradoria-Geral da Nação exercerem o monitoramento da implementação.

Ocorre que a Corte foi omissa em estabelecer procedimentos adequados de monitoramento da implementação das ordens estruturais contidas na sentença e, por conseguinte, houve uma ausência de efetividade dos comandos.

Os autos 041/11 exemplifica a amatilha judicial em efetivar as ordens estruturais. O caso trata de um “incidente de desacato em matéria do estado de coisas inconstitucionais nos presídios”. Os solicitantes alegam que as ordens dadas na Sentencia T-153 de 1998 não estão sendo cumpridas, de modo que até aquele momento os fatores que motivaram a expedição do ECI permanecem os mesmos. A decisão da magistrada limitou-se a transmitir as informações apresentadas pelos solicitantes às autoridades públicas competentes, sob a justificativa de que as políticas públicas ocorrem de modo paulatino e que os direitos exigidos pelos solicitantes serão realizados gradativamente pelos poderes públicos, vide:

La jurisprudencia constitucional ha reiterado en múltiples ocasiones que todos los derechos constitucionales, bien sean de libertad o sociales, tiene facetas cuyo aseguramiento supone costosas políticas públicas. Todo derecho constitucional tiene dimensiones y obligaciones que suponen el cumplimiento progresivo y paulatino de las acciones del Estado, mediante políticas públicas que implementen programas que, poco a poco, permitan garantizar el goce efectivo de los derechos. En tal sentido, es comprensible que derechos como los invocados por los solicitantes no puedan ser garantizados de inmediato, sino progresivamente.

Con base en las anteriores consideraciones, la Sala Primera de la Corte Constitucional, resolverá negar la solicitud presentada, declarará conocer la información aportada al proceso y dará traslado de la misma a las autoridades competentes constitucional y legalmente para tomar las medidas adecuadas y necesarias a que haya lugar, para asegurar el imperio del orden constitucional vigente y de los derechos constitucionales que éste reconoce. También se dará traslado de la información a aquellas instituciones de control de las entidades públicas y de promoción y defensa de los derechos constitucionales, para que, de acuerdo con sus competencias y funciones, acompañen a los solicitantes en los procesos, acciones y trámites a que haya lugar o que convenga iniciar.

A própria Corte Constitucional colombiana por ocasião do julgamento das *Sentencias T-388 e T-762* reconheceu que o ECI no sistema carcerário colombiano continuava em vigor. Nessas duas decisões a Corte determinou que a *Defensoria del Pueblo* crie um grupo para monitorar o cumprimento das ordens estruturais, o qual deverá fornecer periodicamente dados sobre a implementação das decisões.

Há de se ressaltar que o insucesso apresentado pela *Sentencia T-153* não se deve apenas ao fato de não ter mantido a sua jurisdição em sua fase de implementação. Ao priorizar a construção de novos presídios como forma de superação do estado de coisas inconstitucional a Corte se esquivou de enfrentar as causas de hiperencarceramento, faz-

se saber: a edição de leis penais mais rígidas e o excesso de decretação de prisões preventivas⁸⁰.

O segundo caso a ser abordado é o da *Sentencia T-025* de 2004, nele a corte enfrentou a violação massiva de direitos fundamentais de outra minoria: a população de deslocados. O deslocamento forçado é um fenômeno que ocorre em decorrência de guerras, violência e perseguições. Em 2016, segundo ACNUR (Agência da ONU para Refugiados), atingiu-se o número mais alto já registrado, sendo que os colombianos são a segunda maior população contando com 7,7 milhões de deslocados⁸¹. O conflito armado não é uma realidade nova na Colômbia, mas ficou fora da agenda política por longo tempo o que agravou ainda mais a situação vivida pelos deslocados. Somente em 1997, com o advento da Lei 387, é que se construiu um marco jurídico para a política de atenção integral à população deslocada⁸².

A Corte colombiana antes de declarar o ECI havia proferido 17 sentenças sobre o tema do deslocamento forçado. Para Gravito e Franco⁸³, a Corte foi ao longo desse período ampliando paulatinamente o seu campo de atuação até que por ocasião da *Sentencia T-025* de 2004 declarou o estado de coisas inconstitucional. Esta ação reuniu 108 pedidos formulados por 1.150 núcleos familiares de deslocados, os quais foram propostos em 22 cidades diferentes, constatou-se que a grande parte desses deslocados era composta por mulheres que chefiavam a família, minorias étnicas, menores de idade e idosos.⁸⁴

80 GARAVITO, César Rodríguez e FRANCO, Diana Rodríguez. El contexto: el desplazamiento forzado y la intervención de la corte constitucional (1995-2009). In: **Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia**. GARAVITO, César Rodríguez (Coord.). Bogotá DC: Colección estudios CIJUS, 2010., p. 19.

81 Disponível em: < <http://www.unhcr.org/global-trends-2016-media.html>>. Consulta em 15 de jun. 2018.

82 GARAVITO, César Rodríguez e FRANCO, Diana Rodríguez. El contexto: el desplazamiento forzado y la intervención de la corte constitucional (1995-2009). In: **Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia**. GARAVITO, César Rodríguez (Coord.). Op. cit., p. 21.

83 Idem., p. 25.

84 Dada la condición de extrema vulnerabilidad de la población desplazada, no sólo por el hecho mismo del desplazamiento, sino también porque en la mayor parte de los casos se trata de personas especialmente protegidas por la Constitución –tales como mujeres cabeza de familia,

Diante da situação vivenciada pelo deslocado, a Corte declarou o ECI nos seguintes termos:

Varios elementos confirman la existencia de un estado de cosas inconstitucional respecto de la situación de la población internamente desplazada. En primer lugar, la gravedad de la situación de vulneración de derechos que enfrenta la población desplazada fue expresamente reconocida por el mismo legislador al definir la condición de desplazado, y resaltar la violación masiva de múltiples derechos. En segundo lugar, otro elemento que confirma la existencia de un estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado, es el elevado volumen de acciones de tutela presentadas por los desplazados para obtener las distintas ayudas y el incremento de las mismas. En tercer lugar, los procesos acumulados en la presente acción de tutela, confirma ese estado de cosas inconstitucional y señalan que la vulneración de los derechos afecta a buena parte de la población desplazada, en múltiples lugares del territorio nacional y que las autoridades han omitido adoptar los correctivos requeridos. En cuarto lugar, la continuación de la vulneración de tales derechos no es imputable a una única entidad. En quinto lugar, la vulneración de los derechos de los desplazados reposa en factores estructurales enunciados en el apartado 6 de esta providencia dentro de los cuales se destaca la falta de correspondencia entre lo que dicen las normas y los medios para cumplirlas, aspecto que adquiere una especial dimensión cuando se mira la insuficiencia de recursos dada la evolución del problema de desplazamiento y se aprecia la magnitud del problema frente a la capacidad institucional para responder oportuna y eficazmente a él. En conclusión, la Corte declarará formalmente la existencia de un estado de cosas inconstitucional relativo a las condiciones de vida de la población internamente desplazada. Por ello, tanto las autoridades nacionales como las territoriales, dentro de la órbita de sus competencias, habrán de adoptar los correctivos que permitan superar tal estado de cosas⁸⁵.

Ao longo de sua fundamentação a Corte reconheceu que há políticas públicas envolvendo a questão dos deslocados, todavia elas se mostram insuficientes, ou seja, a implementação deficiente de políticas públicas ensejou a declaração do ECI. A sentença aponta que duas são as principais causas dessa ausência de efetividade, quais sejam: a

menores de edad, minorías étnicas y personas de la tercera edad -, la exigencia de presentar directamente o a través de abogado las acciones de tutela para la protección de sus derechos, resulta excesivamente onerosa para estas personas. Es por ello que las asociaciones de desplazados, que se han conformado con el fin de apoyar a la población desplazada en la defensa de sus derechos, pueden actuar como agentes oficiosos de los desplazados. Tales organizaciones estarán legitimadas para presentar acciones de tutela a favor de sus miembros bajo las siguientes condiciones: 1) que se haga a través de su representante legal, acreditando debidamente su existencia y representación dentro del proceso de tutela; 2) que se individualice, mediante una lista o un escrito, el nombre de los miembros de la asociación a favor de quienes se promueve la acción de tutela; y 3) que no se deduzca de los elementos probatorios que obran en el proceso que el agenciado no quiere que la acción se interponga en su nombre.

85 Sentencia de Unificación nº T-025. Disponible em:<

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Consulta em 18 de jun. 2018.

precariedade da capacidade institucional para implementar a política pública e a insuficiência de recursos públicos. Desse feito, a corte declarou o seu compromisso com a tutela da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e procurou reafirmar o dever das autoridades públicas em observar aquilo que está constitucionalmente previsto⁸⁶.

A Corte com a finalidade de legitimar sua decisão e se afastar das alegações de se imiscuir na esfera de outros Poderes, aduz que as decisões proferidas não implicam em uma modificação daquilo que já estava estabelecido pelo Legislativo, tampouco pretende definir novas políticas para o Executivo, em verdade, pretende o Judiciário por meio de uma colaboração harmônica entre os três Poderes e a sociedade civil superar a insuficiência de recursos e a precariedade da capacidade institucional, vide:

Estas órdenes están dirigidas a que se adopten decisiones que permitan superar tanto la insuficiencia de recursos, como las falencias en la capacidad institucional. Ello no implica que por vía de tutela, el juez esté ordenando un gasto no presupuestado o esté modificando la programación presupuestal definida por el Legislador. Tampoco está delineando una política, definiendo nuevas prioridades, o modificando la política diseñada por el Legislador y desarrollada por el Ejecutivo. La Corte, teniendo en cuenta los instrumentos legales que desarrollan la política de atención a la población desplazada, el diseño de esa política y los compromisos asumidos por las distintas entidades, está apelando al principio constitucional de colaboración armónica entre las distintas ramas del poder para asegurar que el deber de protección efectiva de los derechos de todos los residentes del territorio nacional, sea cumplido y los compromisos definidos para tal protección sean realizados con seriedad, transparencia y eficacia⁸⁷.

Uma das particularidades dessa decisão é que a Corte, ao invés de tecer em minúcias quais medidas que deveriam ser adotadas pelas autoridades públicas, tal como havia ocorrido anteriormente, expediu ordens de procedimentos que envolviam os entes governamentais e a sociedade civil, o que possibilitaria uma maior flexibilidade na elaboração e aplicação de políticas públicas, vide

Con el fin de corregir esta situación, es necesario que las distintas entidades nacionales y territoriales encargadas de la atención de la población desplazada, cumplan a cabalidad con sus deberes constitucionales y legales y adopten, en un plazo razonable, y dentro de las órbitas de sus competencias, los correctivos que aseguren una suficiente apropiación presupuestal. Al ordenar este tipo de medidas, no está desconociendo la Corte la separación de poderes que establece nuestra Constitución, ni desplazando a las demás autoridades en el cumplimiento de sus deberes. Por el contrario, la Corte, teniendo en cuenta los instrumentos legales que

⁸⁶ El Estado Social de Derecho y los deberes constitucionales de las autoridades frente a la dimensión prestacional de los derechos. La exigencia constitucional de concordancia entre los objetivos de la política de atención a la población desplazada y los medios económicos y administrativos destinados a su logro efectivo y oportuno.

⁸⁷ Sentencia de Unificación nº T-025. Disponible em:<

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Consulta em 18 de jun. 2018.

desarrollan la política de atención a la población desplazada, así como el diseño de la política y los compromisos asumidos por las distintas entidades, está apelando al principio constitucional de colaboración armónica entre las distintas ramas del poder, para asegurar el cumplimiento de los deberes de protección efectiva de los derechos de todos los residentes en el territorio nacional. Esa es la competencia del juez constitucional en un Estado Social de Derecho respecto de derechos que tienen una clara dimensión prestacional.

Assim, buscou a Corte estimular o diálogo quanto às políticas públicas a serem implementadas. Para tanto, convocou audiências públicas e estabeleceu um procedimento participativo e gradual de implementação. A utilização de mecanismos de participação pública na implementação de decisões estruturais cria um espaço de deliberação, o qual oferece alternativas novas e potencialmente democratizadoras para a atuação judicial na tutela dos direitos fundamentais. Para Gravito e Franco, *la intervención de la Corte Constitucional resulta determinante para el diseño, la evaluación, la coordinación y la implementación de las políticas públicas sobre el desplazamiento*.

Após aproximadamente um ano após a prolação da sentença a Corte buscou informações com a administração pública, entidades civis que tratam da situação dos deslocados e organismos internacionais e organizou uma audiência pública para discutir acerca do cumprimento das decisões proferidas na *Sentencia -025*. A Corte também determinou a expedição de “autos de seguimento”, que tinham por escopo dar continuidade as ordens estruturais, solicitar informações e ações concretas que tenham sido tomadas. Entre fevereiro de 2004 e dezembro de 2009⁸⁸ a Corte editou um total de 84 autos de seguimento, o que demonstra o efetivo monitoramento na fase de implementação das decisões estruturais.

A *sentencia T-025* é considerada um marco fundamental para técnica de declaração do ECI, à medida que nele estabeleceu-se os requisitos estudados no capítulo anterior para a configuração do ECI, incorporou-se a técnica de monitoramento das decisões, reafirmou o compromisso da Corte com a defesa da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, bem como fomentou o debate entre os órgãos estatais e a sociedade civil acerca do tema. Tais características diferenciam-na das outras sentenças

⁸⁸ GARAVITO. César Rodríguez e FRANCO, Diana Rodríguez. El contexto: el desplazamiento forzado y la intervención de la corte constitucional (1995-2009). In: **Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia**. GARAVITO, César Rodríguez (Coord.). Op. cit., p. 30-32.

que declararam o ECI e demonstram o aprimoramento da Corte no uso da técnica de sentenças estruturais.

3.3 O estado de coisas inconstitucional em terras brasileiras

3.3.1 Introdução

No ano de 2015 o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou a ADPF nº 347/DF, que objetiva o reconhecimento pelo STF do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, bem como a determinação de adoção de medidas tendentes a sanar as gravíssimas lesões a preceitos fundamentais da Constituição, decorrentes de condutas comissivas e omissivas dos poderes públicos do Estado no tratamento da questão prisional do País.

A petição inicial e o parecer do professor Juarez Tavares narram a situação em que se encontra o sistema penitenciário brasileiro, a qual é de conhecimento geral da sociedade e dos poderes públicos, em que as prisões se encontram em uma situação calamitosa, tanto em razão da superlotação quanto da precariedade de suas condições, o que resulta em uma violação sistemática e massiva dos direitos fundamentais dos encarcerados resultante de falhas estruturais e falências de políticas públicas.

As prisões brasileiras são famosas em razão da superlotação, ambiente insalubre, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos. Se isso não bastasse, constata-se que homicídios, espancamentos, tortura e violência sexual são frequentes, praticados por outros detentos ou mesmo por agentes do Estado. Ademais, as instituições prisionais são hodiernamente dominadas por facções criminosas. Faltam assistência judiciária adequada aos presos, acesso à educação, à saúde e ao trabalho.

Conforme aduz Luís Roberto Barroso em seu voto, *as pessoas olham o sistema penitenciário e frequentemente fecham os olhos na crença de que jamais passarão por aquilo. Essa é a pior forma de insensibilidade nessa vida, que ocorre quando a gente tem certeza de que não vai passar por aquela situação. E, assim, a gente perde a empatia, perde a humanidade na capacidade de se colocar no lugar do outro.*

3.3.2 O sistema prisional brasileiro

Em janeiro de 2017 a sociedade presenciou atônita as rebeliões que ocorreram nas penitenciárias de vários Estados do país, no dia 1º de janeiro, pelo menos 60 presos que cumpriam em Manaus (AM) foram mortos durante uma rebelião que durou 17 horas. Na mesma semana, houve um tumulto em uma penitenciária em Roraima, onde 33 presos também foram mortos. No dia 14, no Rio Grande do Norte, pelo menos 26 presos foram mortos em rebelião na Penitenciária estadual de Alcaçuz.

Segundo relatório divulgado pela Anistia Internacional⁸⁹, referente ao ano de 2017, a superlotação extrema nas prisões do Rio Grande do Sul levou algumas pessoas detidas pela polícia a serem mantidas por mais de 48 horas em locais impróprios nas delegacias de polícia e dentro de veículos, enquanto aguardavam vagas no sistema prisional. Em outubro, um homem morreu depois de ter passado um dia e uma noite detido em uma cela do tipo gaiola ao ar livre numa delegacia de polícia em Barra do Corda, no Maranhão. A cela não tinha qualquer proteção contra o sol ou temperaturas excessivamente altas, deixando os detidos vulneráveis à desidratação e outras consequências perigosas em decorrência da exposição ao calor.

No estado do Rio de Janeiro, as condições prisionais foram agravadas em decorrência crise financeira enfrentada pelo estado, o que colocou em risco o abastecimento de comida, água e medicamentos para mais de 50.800 presos. Moléstias como a tuberculose e as doenças de pele atingiram proporções epidêmicas nas prisões do estado.

Segundo as informações apresentadas pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias⁹⁰ (INFOPEN) de junho de 2016, publicado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), órgão vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, a população carcerária nacional ultrapassou, pela primeira vez na história, a marca de 700 mil pessoas privadas de liberdade. Todavia, o número de construções de presídios e, por conseguinte, de vagas no sistema prisional não acompanha o crescimento da população carcerária o que representa um déficit total de 358.663 mil vagas em relação ao número de vagas e uma taxa de ocupação média de 197,4% em todo o país.

89 Anistia Internacional informe 2017/2018. Disponível em: < <https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2018/02/informe2017-18-online1.pdf>>. Consulta em: 26 de jun. 2018.

90 Levantamento nacional de informações penitenciárias. Disponível em: < http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf/view>. Consulta em 26 de jun. 2018.

Entre 2000 e 2016, a taxa de aprisionamento aumentou em 157% no Brasil. Em 2000 existiam 137 pessoas presas para cada grupo de 100 mil habitantes. Em junho de 2016, eram 352,6 pessoas presas para cada 100 mil habitantes⁹¹.

Aos condenados e aos internados são assegurados todos os direitos constitucionalmente previstos, exceto aqueles atingidos pela sentença ou pela lei, como é o caso do direito de ir e vir, previsto como garantia a todo cidadão brasileiro, mas limitado no caso das pessoas condenadas pela força da lei, conforme preconiza o artigo 3º da Lei de Execução Penal⁹². Assim, as pessoas privadas de liberdade devem ter acesso à saúde integral garantido pelo Estado, na forma de atendimento médico, farmacêutico e odontológico. Ocorre que, segundo informações prestadas no INFOPEN⁹³, 85% da população privada de liberdade em junho de 2016 no Brasil encontrava-se custodiada em unidades que contam com estrutura prevista no módulo de saúde. O Estado com o pior percentual é o do Rio de Janeiro, o qual apresenta a alarmante porcentagem de 35%.

Em relação à mortalidade nos presídios, levando em consideração o primeiro semestre de 2016, o INFOPEN distribuiu os óbitos entre as seguintes categorias: i) Óbitos naturais (óbitos por motivos de saúde); ii) Óbitos criminais; iii) Óbitos por suicídios; iv) Óbitos acidentais; v) Óbitos com causa desconhecida. As informações obtidas acerca da mortalidade foram compiladas na tabela que segue abaixo.

91 Idem.

92 Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

93 **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. Disponível em:<

http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf/view>. Consulta em 26 de jun. 2018.

Tabela 24. Taxas de mortalidade para cada 10 mil pessoas privadas de liberdade no primeiro semestre de 2016 por natureza da morte e Unidade da Federação

UF	Óbitos naturais	Óbitos criminais	Óbitos suicídios	Óbitos acidentais	Óbitos com causa desconhecida	Total de óbitos
AC	0,0	5,6	0,0	0,0	0,0	5,6
AL	3,1	4,6	0,0	0,0	0,0	7,6
AM	4,9	6,8	0,0	0,0	0,0	11,7
AP	0,0	7,5	0,0	0,0	11,2	18,7
BA	7,2	2,4	3,2	0,8	4,0	17,5
CE	2,2	11,5	0,0	0,0	26,4	40,1
DF	4,0	2,7	2,0	0,0	2,0	10,6
ES	5,7	0,5	0,0	0,0	0,0	6,2
GO	3,7	6,8	2,5	0,0	0,6	13,5
MA	16,9	5,2	2,6	0,0	0,0	24,7
MG	5,2	4,5	1,2	0,3	0,5	11,7
MS	12,7	2,8	2,2	2,2	0,0	19,9
MT	7,7	1,0	0,0	0,0	0,0	8,7
PA	6,5	10,9	0,7	1,4	4,3	23,9
PB	3,5	9,7	1,8	1,8	0,9	17,6
PE	11,3	6,7	0,6	0,6	0,6	19,7
PI	17,4	17,4	0,0	2,5	0,0	37,2
PR	6,0	1,0	0,2	0,0	0,2	7,4
RJ	NI	NI	NI	NI	NI	NI
RN	4,6	12,6	1,1	0,0	6,9	25,3
RO	7,4	2,8	0,9	0,0	0,0	11,1
RR	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
RS	11,2	1,8	0,0	0,6	0,6	14,2
SC	11,2	0,5	0,0	0,5	0,0	12,1
SE	10,0	2,0	0,0	10,0	2,0	23,9
SP	8,7	0,4	0,7	0,0	0,4	10,3
TO	8,7	11,5	5,8	0,0	0,0	26,0
Brasil	7,7	3,0	0,8	0,4	1,6	13,6

Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016.

A LEP prevê no seu art. 17 e seguintes o direito do preso à assistência educacional, que poderá ser na forma de instrução escolar e formação profissional, visando a reintegração da população prisional à sociedade. As prisões oferecem duas modalidades de assistência educacional, a primeira é a atividades de ensino escolar propriamente dita e a segunda é classificada como atividades complementares. Estas compreendem as pessoas matriculadas em programas de remição pelo estudo por meio da leitura, do esporte, bem como demais atividades educacionais complementares ofertadas pelo presídio, tais como: videoteca, atividades de lazer e cultura. Foi apurado que apenas 12% da população prisional no Brasil está envolvida em algum tipo de atividade educacional, entre aquelas de ensino escolar e atividades complementares. No Rio Grande do Norte esse percentual cai para 2%.

No que tange o direito ao trabalho dos presos, a LEP prevê que o trabalho do preso terá finalidade educativa e produtiva, o qual poderá ser realizado no interior do estabelecimento penal (para presos provisórios e condenados) ou fora do estabelecimento penal (para condenados que já tenham cumprido, pelo menos 1/6 da

pena total). Em junho de 2016, conforme dados fornecidos pelo INFOPEN, apenas 16% da população carcerária estava envolvida com alguma atividade laboral, no Rio Grande do Norte esse número cai para 1%.

Em razão da grave situação a que chegou o sistema carcerário brasileiro, no ano de 2011, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos solicitou que o Brasil cumprisse medidas provisórias para garantir a erradicação das situações de risco e providenciar a proteção à vida e à integridade pessoal, psíquica e moral de pessoas privadas de liberdade em várias penitenciárias do país.

De acordo com a informações apresentadas, é forçoso concluir que o sistema carcerário apresenta um quadro de superlotação e que esse número não para de crescer. Os direitos dos presos são violados massiva e constantemente, tal fato é de conhecimento público e notório das autoridades públicas e da sociedade, todavia as mesmas quedam-se inertes diante das mazelas sofridas pelos encarcerados.

3.3.3 A ADPF 347/DF

Em 27 de agosto de 2015 o STF reuniu-se em plenário para iniciar a sessão de julgamento da Medida Cautelar na ADPF 347/DF. O instrumento utilizado foi a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental e objetivava-se que a Suprema Corte brasileira utilize a técnica do Estado de Coisas Inconstitucionais, nomenclatura formulada pela Corte colombiana, para adotar medidas estruturais diante da violação massiva e reiterada dos direitos fundamentais e da dignidade humana daqueles que se encontram em cárcere.

Em sede de liminar o PSOL requereu que o STF:

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 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.

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.

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 são 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.

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.

Em sede de liminar o relator da ADPF, o Ministro Marco Aurélio, deferiu o liminar nos seguintes termos:

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

b) aos juízes e tribunais – que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão;

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

d) aos juízes – que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo; e

e) à União – que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos⁹⁴.

O Ministro Edson Fachin acompanhou em parte o voto do relator e concedeu em parte a cautelar para e acolher a alínea “b” da inicial, conceder em parte a alínea “g”, no sentido de determinar ao Conselho Nacional de Justiça que coordene 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. Em relação à alínea

94 Medida cautelar na ADPF 347. Disponível em:<

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Consulta em 26 de jun. 2018.

“h” da inicial, concedeu em parte, de modo a acolher a determinação do descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, devendo a União providenciar a devida adequação para o cumprimento desta decisão, fixando o prazo de até 60 (sessenta) dias a contar da publicação desta decisão. O magistrado negou os pedidos contidos nas alíneas “a”, “c”, “d”, “e” e “f”.

Já o Ministro Luís Roberto Barroso concedeu em parte o pedido da alínea “b”, pois entende que o prazo para a realização das audiências de custódia deve ser regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça. Em relação a alínea “h” concedeu a cautelar nos termos do voto do Ministro Edson Fachin. No que tange a alínea “g”, concedeu a cautelar e, de ofício, estendeu a condução dos mutirões carcerários aos Tribunais de Justiça estaduais. Concedeu a cautelar de ofício para determinar ao Governo Federal que encaminhe ao Supremo Tribunal Federal, no prazo de 1 (um) ano, diagnóstico da situação do sistema penitenciário e propostas de solução dos problemas, em harmonia com os estados membros da Federação. Em relação aos outros pedidos votou pelo indeferimento.

O Ministro Teori Zavascki concedeu em parte a cautelar, em relação à alínea “b” determinou que o prazo para a realização das audiências de custódia seja regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça. Acerca da alínea “h” concedeu a cautelar e em relação a alínea “g” acompanhou o relator e indeferiu as demais alíneas.

A Ministra Rosa Weber acompanhou o voto do relator em relação à audiência de custódia, desde que observados os prazos estabelecidos pelo CNJ e ao contingenciamento de recursos, concordou com o prazo de 60 dias sugerido pelo Ministro Edson Fachin.

Os ministros Luiz Fux, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e a ministra Cármen Lúcia acompanharam o voto do relator.

O Tribunal, por maioria, acolheu a proposta do Ministro Luís Roberto Barroso, de concessão de cautelar de ofício para que se determine à União e aos Estados, especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional. Desde então, foram expedidas notificações aos Estados membros da República Federativa do Brasil para que tomem as medidas pertinentes para aplicar as diretrizes estabelecidas em sede de medida cautelar na ADPF 347 e prestem as informações demandadas.

Ao final, o STF concedeu parcialmente a cautelar, deferiu somente os pedidos referentes às alíneas “b” (no sentido de determinar aos 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) e “h” (liberação, sem qualquer tipo de limitação, do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, para utilização na finalidade para a qual foi criado, proibindo a realização de novos contingenciamentos).

No que tange os votos proferidos pelos Ministros, há consenso em relação ao reconhecimento da existência de uma violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no sistema penitenciário brasileiro, assim como se mostra urgente e necessária a implementação de medidas administrativas, legislativas e orçamentárias para que se proceda em uma mudança de cenário. Ocorre que relação a implementação dos remédios estruturais alguns Ministros levantaram as famosas questões envolvendo a falta de legitimidade democrática e institucional para adotar as medidas requeridas na inicial.

O Supremo ao enfrentar o tema do estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, diferente do que ocorreu na Colômbia, ao enfrentar a questão da superlotação levou em conta a necessidade de implementar medidas no âmbito do próprio Judiciário, com a finalidade de diminuir o número de presos provisórios. Nesse sentido instaurou-se a obrigatoriedade das Audiências de Custódia em todas as Unidades da Federação, sob a fiscalização do Conselho Nacional de Justiça.

O projeto Audiência de Custódia consiste em assegurar no prazo máximo de 24 horas a apresentação do preso a um juiz nos casos de prisões em flagrante. Nessa audiência o acusado é apresentado e entrevistado pelo juiz, em uma audiência em que serão ouvidas também as manifestações do Ministério Público, da Defensoria Pública ou do advogado do preso. No curso da audiência, o juiz analisará a prisão sob o aspecto da legalidade, da necessidade e da adequação da continuidade da prisão ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares, assim como poderá avaliar eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos, entre outras irregularidades.

Os dados apresentados pelo CNJ até junho de 2017 mostram que o total de audiências de custódia realizadas foi de 258.485, dos quais 115.497 (44,68%) resultaram em liberdade e 142.988 (55,32%) em prisão preventiva. Em 12.665 (4,90%)

dos casos alegou-se violência no ato da prisão e em 27.669 (10,70%) houve encaminhamento social/assistencial⁹⁵.

No que tange a determinação da liberação do saldo acumulado no Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), o Estado do Ceará informou que, em que pese ter implementado todas as condicionantes legais previstas na Medida Provisória nº 781, de 23 de maio de 2017, todavia não recebeu os valores. A União alega que os valores não foram encaminhados ao ente federado porquanto os documentos necessários à liberação estão em fase de análise pelo Ministério da Justiça. Diante do reiterado descumprimento, em 17 de agosto de 2017 o Ministro deferiu a imediata liberação dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional relativos ao Estado do Ceará. Em 29 de setembro de 2017 os recursos ainda não haviam sido liberados, segundo petição do Ceará. Em 13 de outubro de 2017 a União informou que o deferimento do pedido ainda se encontra para análise no órgão competente. Diante do reiterado descumprimento da decisão judicial o relator, Ministro Marco Aurélio, em 22 de novembro de 2017, limitou-se em determinar que se *oficie, com urgência, à União para que libere imediatamente os recursos do Fundo Penitenciário Nacional relativos ao Estado do Ceará, conforme a decisão proferida.*

Os Estados do Piauí, Alagoas, Goiás, Mato Grosso do Sul, São Paulo, Sergipe e Rio Grande do Sul solicitaram em conjunto a liberação dos recursos do FUNPEN.

O caso envolvendo o Ceará retrata perfeitamente os problemas estruturais enfrentados no Brasil. Tem-se que em um mesmo ente federativo os órgãos não conseguem se coordenar para preceder ao cumprimento de uma determinação da Suprema Corte brasileira.

Em relação a cautelar de ofício proposta pelo Ministro Luís Roberto Barroso, o Estado de São Paulo, no ano de 2015, caminhou um ofício sobre a questão prisional, destacando a implementação da audiência de custódia. Há de se criticar neste ponto a postura do Supremo, pois deixou de considerar outros atores sociais, tais como: como ONGs, órgãos internacionais de observação dos direitos humanos e o próprio Conselho Nacional de Justiça, que poderiam agregar maior conteúdo às informações prestadas. Ao adotar esta conduta, o Supremo se afasta da louvável conduta adotada pela Corte

⁹⁵ Dados da audiência de custódia relativos a junho de 2017. Disponível em:<
<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Consulta em 26 de jun. 2018.

colombiana por ocasião do julgamento dos deslocados, a qual trouxe efetividade na fase de implementação da *Sentencia T-025*.

Conclui-se que a Corte brasileira não tem conseguido fazer cumprir a decisão concedida em caráter liminar para que a União proceda na liberação dos recursos provenientes do FUNPEN. Já em relação às audiências de custódia, o CNJ tem feito um bom trabalho, vez que a implementação das audiências foi feita em um pequeno espaço de tempo em todo o território. Outro ponto positivo são as estatísticas e mapas de implantação que são atualizados constantemente e disponibilizados pelo Conselho em seu site, o que proporciona publicidade e, por conseguinte, propicia à sociedade um modo de controle da atuação do CNJ, o que em última análise amplia a confiança e legitimidade do Conselho.

Quando o Estado atrai para si a competência exclusiva para exercer o poder punitivo, também avoca a responsabilidade de garantir os direitos fundamentais que não foram suspensos por ocasião da pena imputada. Nesse sentido o voto do Ministro Edson Fachin aduz que:

Quando o Estado atrai para si a persecução penal e, por conseguinte, a aplicação da pena visando à ressocialização do condenado, atrai, conjuntamente, a responsabilidade de efetivamente resguardar a plenitude da dignidade daquele condenado sob sua tutela. A pena não pode se revelar como gravame a extirpar a condição humana daquele que a cumpre. Deve funcionar sim como fator de reinserção do transgressor da ordem jurídica, para que reassuma seu papel de cidadão integrado à sociedade que lhe cerca⁹⁶.

Luís Roberto Barroso apontou em seu voto uma questão não muito discutida, trata-se do medo do sistema carcerário que pode ocasionar um fenômeno retroalimentador da criminalidade, vide:

Outra razão pela qual o sistema penitenciário é deletério para a sociedade é que os indivíduos muitas vezes agravam os seus crimes e as suas condutas para escaparem do sistema - como observou a professora Ana Paula de Barcellos. O sujeito sai para um furto, mas ele se torna, por exemplo, um homicida, porque o desespero de não ingressar no sistema faz com que ele muitas vezes se torne um criminoso mais perigoso. Então, essa é a primeira observação que eu faria para esse diálogo com a sociedade. Não estamos apenas cuidando de direitos fundamentais de uma minoria; estamos cuidando de um fenômeno que é retroalimentador da criminalidade e da violência que hoje em dia, em grau elevado, apavora a sociedade brasileira.

Constata-se uma conduta apática do Supremo já em sede de Cautelar, em que o medo de ferir a rígida formulação dos três poderes de Montesquieu impede que a Corte

⁹⁶ Medida cautelar na ADPF 347. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Consulta em 26 de jun. 2018.

assuma um papel ativo em prol dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

Conforme foi visto ao longo do presente trabalho, as demandas estruturais são uma realidade, sobretudo em países cuja positivação de direitos fundamentais ocorreu em sua história recente. O remédio cabível para a solução dos processos estruturais não é outra além das sentenças estruturais, haja vista que as tradicionais decisões que implicam obrigações de fazer ou o ressarcimento não solucionam a demanda estrutural.

A experiência vivenciada em outros países, sobretudo na Colômbia, aponta que as questões estruturais só podem ser efetivamente resolvidas quando há diálogo entre os Poderes Constituídos, bem como quando se procede a inclusão da sociedade civil. A falta institucional e a de legitimidade são os argumentos recorrentes por parte daqueles que são contra a instituição da técnica decisória do ECI. Ocorre que a função institucional do Judiciário é a de guardião das normas e princípios constitucionais, ademais, cumpre ele a função contramajoritária na defesa das minorias. No caso do sistema carcerário os presos formam uma parcela da sociedade que fica fora da agenda política, afinal não podem votar, o que leva as suas demandas não serem ouvidas pelo Poderes constituídos por meio do voto. Em seu voto o Ministro Marco Aurélio afirma que:

No tocante ao possível óbice atinente à separação de Poderes, à alegação das capacidades institucionais superiores do Legislativo e do Executivo comparadas às do Judiciário, há de se atentar para as falhas estruturais ante o vazio de políticas públicas eficientes. É impertinente levar em conta, no caso examinado, essas formulações teóricas, uma vez que é a própria atuação estatal deficiente o fator apontado como a gerar e agravar a transgressão sistêmica e sistemática de direitos fundamentais. A intervenção judicial é reclamada ante a incapacidade demonstrada pelas instituições legislativas e administrativas, o que torna o argumento comparativo sem sentido empírico. Daí por que a intervenção judicial equilibrada, inclusive quando há envolvimento de escolhas orçamentárias, não pode ser indicada como fator de afronta às capacidades institucionais dos outros Poderes, se o exercício vem se revelando desastroso.

Nada do que foi afirmado autoriza, todavia, o Supremo a substituir-se ao Legislativo e ao Executivo na consecução de tarefas próprias. O Tribunal deve superar bloqueios políticos e institucionais sem afastar esses Poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias. Deve agir em diálogo com os outros Poderes e com a sociedade. Cabe ao Supremo catalisar ações e políticas públicas, coordenar a atuação dos órgãos do Estado na adoção dessas medidas e monitorar a eficiência das soluções⁹⁷.

97 Medida cautelar na ADPF 347. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665> >. Consulta em 26 de jun. 2018.

Todavia, há uma distância entre aquilo afirmado em seu voto e a sua conduta, haja vista a hesitante conduta adotada pelo Ministro quando diante dos reiterados descumprimentos da União em proceder à liberação da verba do FUNPEN.

A República Federativa tem por fundamento a Dignidade da Pessoa Humana, a qual possui relação de simbiose com os direitos fundamentais, à medida que aquele só se pode realizar quando estes forem observados. Os presos não perderam a sua humanidade por ocasião do encarceramento, de modo que o núcleo intangível de que é composto a Dignidade da Pessoa Humana, e que não se sujeita a discricionariedade administrativa e tampouco às maiorias eventuais, deve ser garantido, ainda que em isso exija um ativismo judicial.

CONCLUSÃO

A realidade que se observa nos Estados, sobretudo aos países que adotaram em sua história recente o constitucionalismo e a democracia, é que há uma falta de efetividade das normas constitucionais, seja pelos cidadãos, seja pelos poderes instituídos. Desse modo, mostra-se fundamental o uso de mecanismos para fazer cumprir aquilo que a Constituição prevê como objetivo e fins do Estado.

Os direitos fundamentais prescrevem prerrogativas que são inerentes à pessoa humana e que buscam tutelar a sua dignidade. A teoria dos direitos fundamentais desenvolveu várias gerações de direitos, bem como suas dimensões objetivas e subjetivas, com o intuito de melhor entender esses direitos e o modo como eles podem ser tutelados frente a lesões.

Ocorre que não é incomum encontrar situações em que há violações massivas e reiteradas de diversos direitos fundamentais, nas quais as autoridades públicas quedam-se inertes. O Estado é o garantidor dos direitos fundamentais e deve orientar sua conduta a partir dos princípios que se encontram positivados na Constituição, os quais, via de regra, possuem conteúdo de direito fundamental.

Não raro a conduta das autoridades públicas podem ocasionar violações massivas e reiteradas de direitos fundamentais. Resta aos indivíduos que se encontram nessa situação levar sua demanda ao Judiciário, o qual constata que as violações por vezes se devem a falta de coordenação entre órgãos do mesmo poder ou de poderes diferentes. Essas demandas são denominadas estruturais e demandam remédios estruturais. A declaração do Estado de coisas inconstitucional é um exemplo de técnica que procura efetivar os direitos fundamentais, à medida que busca coordenar os atores políticos para que se voltem à resolução do ECI.

Conclui-se, por fim, o ECI pode ser definido como uma técnica de hermenêutica cuja finalidade é a resolução de demandas estruturais e que tem por fundamento a tutela da faceta objetiva dos direitos fundamentais. As violações massivas e reiteradas dos direitos fundamentais em razão de omissões ou proteção deficiente desses direitos justificam a atuação do Judiciário nas questões legislativas, administrativas e orçamentárias, à medida que não se pode admitir que o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana seja atingido em razão da não observância das normas constitucionais pelos poderes instituídos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Traduzido e organizado por Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

Anistia Internacional informe 2017/2018. Disponível em:<
<https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2018/02/informe2017-18-online1.pdf>>.
Consulta em: 26 de jun. 2018.

ARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

AZEVEDO, Gislaine Campos; SERIACOPI, Reinaldo. **História**: volume único. São Paulo: Ática, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: O princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BAUERMANN, Desirê. Structural Injunctions no direito norte-americano. In: ARENHART, Sergio Cruz e JOBIM, Marco Félix (Coords.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 279-301.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRANDÃO, Claudio. Introdução ao estudo dos direitos humanos. In: BRANDÃO, Claudio (Coord.). **Direitos humanos e fundamentais em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016.

CARDENAS, Blanca Raquel. **Del estado de cosas inconstitucional (ECI) a la formación de una garantía transubjetiva**. Colômbia: Universidad Externado de Colombia, 2016.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 4. Ed. Salvador: JusPodivm.

DANTAS, Eduardo Sousa. Ações estruturais, direitos fundamentais e o estado de coisas inconstitucional. In: **Revista constituição e garantia de direitos**. Vol. 9, nº 2, 2016, p. 155-175. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/12258>>. Consulta em 02 de jun. 2018.

FREITAS, Ricardo. **Modernidade, incursões no século XIX e direitos humanos**. In: BRANDÃO, Claudio (Coord.). **Direitos humanos e fundamentais em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 77-100.

GALUPPO, Marcelo. O que são direitos fundamentais. In: **Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais** (Coord. José Adércio Leite Sampaio). Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GARAVITO, César Rodríguez e FRANCO, Diana Rodríguez. El contexto: el desplazamiento forzado y la intervención de la corte constitucional (1995-2009). In: **Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia**. GARAVITO, César Rodríguez (Coord.). Bogotá DC: Colección estudios CIJUS, 2010.

Levantamento nacional de informações penitenciárias. Disponível em:<http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf/view>. Consulta em 26 de jun. 2018.

MARTINEZ, Julian Tole. Teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales: el estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación. **Revista Derecho del Estado**. nº 16, 2004.

O que são direitos humanos. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/>>. Consulta em 15 de mai. 2018.

PIMENTA, José Marcelo Barreto. **Reserva do possível e a força dirigente dos direitos fundamentais sociais**. Curitiba: Juruá, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel. **A dimensão objetiva dos direitos fundamentais**: fragmentos de uma teoria. In SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 251-314.

Sentencia de Unificación nº 559/1997. Disponível em:
<<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Consulta em 02 de jun. 2018.

Sentencia de Unificación nº 153/1998. Disponível em:
<<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Consulta em 15 de jun. 2018.

Sentencia de Unificación nº T-025. Disponível em:<
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Consulta em 18 de jun. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo; MOTA, Mauricio; MOURA, Emerson Affonso da Costa. **Impactos da nova dogmática do direito de propriedade na regularização fundiária**: a proteção ao direito à moradia digna e ao meio ambiente equilibrado. Rio de Janeiro: Editar, 2016.

VERBIC, Francisco. Ejecución de sentencias en litigios de reforma estructural en la república argentina dificultades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones. In: ARENHART, Sergio Cruz e JOBIM, Marco Félix (Coords.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 63-84.