

O estado de coisas inconstitucional: Gênese e compatibilização com o direito brasileiro**The unconstitutional state of affairs: Genesis and compatibilization with Brazilian law**

DOI:10.34117/bjdv6n8-679

Recebimento dos originais: 30/07/2020

Aceitação para publicação: 31/08/2020

Gabriel Maciel Queiroga

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP. Mestrando em Direito Civil pela PUC/SP

Advogado inscrito na OAB/SP nº 411.636

E-mail: gmq94@hotmail.com

Matheus Souza Oliveira de PalmaBacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP. Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo – ESMP
Analista Jurídico do Ministério Público do Estado de São Paulo

E-mail: mamadepalma95@hotmail.com

RESUMO

Em julgamento histórico proferido em 27 de agosto de 2015, o STF invocou a doutrina jurisprudencial colombiana do estado de coisas inconstitucional para conceder medida cautelar pleiteada na ADPF 347/DF. Diante deste novo precedente, nossa comunidade jurídica entrou em polvorosa e trabalhos começaram a surgir a respeito desta desconhecida técnica desenvolvida pela Corte Constitucional da Colômbia em 1997. O trabalho se insere nessa conjuntura, dois sendo os seus escopos: traçar a origem e o contexto do nascimento da doutrina do estado de coisas inconstitucional e responder à grande indagação: é ele compatível com nosso sistema jurídico? Para tanto, os precedentes colombianos constituíram nossa fonte primária de pesquisa, acompanhados de obras da doutrina especializada, sobretudo colombiana, que abordam tanto esta doutrina quanto o panorama do qual faz parte. O trabalho se desenrola em três fases: primeiro, o estudo do cenário e da definição do estado de coisas inconstitucional; em segundo, a análise de jurisprudência constitucional colombiana selecionada; e, por terceiro, a identificação e solução das principais dificuldades por trás da compatibilização com o direito brasileiro e uma resposta acerca de mencionada compatibilização.

Palavras-chave: Estado de coisas inconstitucional, Direitos fundamentais, Políticas públicas, Omissões estruturais.

ABSTRACT

In a historical ruling adopted on August 27, 2015, the Brazilian Federal Supreme Court invoked the jurisprudential Colombian doctrine of the unconstitutional state of affairs as a decisive reason to grant interim measures requested in the ADPF 347/DF. In light of this brand-new precedent, our legal community went in turmoil and legal writings started to arise with the aim to better comprehend this unknown technique developed by the Colombian Constitutional Court in 1997. Our work belongs in this context, its goals being twofold: unravel how the unconstitutional state of affairs came into existence and answer the main question: is it compatible with our legal system? To those ends, the

Colombian jurisprudence was our primary source of research, followed by legal works specialized in the subject, chiefly Colombian, that address both the doctrine and its context of creation. The article consists in three steps: first of all, the inquiry on the above-mentioned context of creation and definition of the unconstitutional state of affairs; secondly, the analysis of selected Colombian precedents; and thirdly, the identification and solution of the main difficulties regarding compatibilization with Brazilian law and our take on said compatibilization.

Keywords: Unconstitutional state of affairs, Fundamental rights, Public policies, Structural omissions.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo foi originalmente concebido sob a forma de projeto de iniciação científica para o 26º Encontro de Iniciação Científica da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, ocorrido em 8 de novembro de 2017, sendo as primeiras reflexões de seus autores ao serem defrontados com paradigmático julgamento do STF no qual se invocou a técnica colombiana do estado de coisas inconstitucional.

Suas pretensões teóricas consistiam em mapear a origem e o contexto de surgimento dessa novel (para o Brasil) doutrina jurisprudencial e oferecer uma resposta acerca da compatibilização do instituto com o direito brasileiro.

Decerto o principal desafio do trabalho foi desenvolvê-lo de maneira concomitante à formação da própria resposta da comunidade jurídica acerca dos impactos da concessão da medida cautelar na ADPF 347/DF, acontecida em 9 de setembro de 2015.

Isto implicou em escassa literatura nacional especializada sobre o tema, tornando ainda mais vultosa a responsabilidade científica pelas ideias aqui versadas, a qual inquestionavelmente pudemos suportar por termos trabalhado sob os auspícios da orientação do eminente professor Jorge Radi Jr, virtuoso conselheiro, exigente crítico e verdadeiro guia dos autores.

Passados quase três anos do precitado 26º Encontro de Iniciação Científica, deparamo-nos com a ADPF 347/DF ainda não apreciada em seu mérito, o que não impediu a comunidade jurídica de tecer suas próprias considerações acerca da doutrina do estado de coisas inconstitucional¹.

Ao passar em revista essas diversas propostas teóricas afluídas às grandes problemáticas decorrentes da importação da técnica colombiana, observamos satisfeitos que as questões-chave

¹ SOUZA, Marcio Scarpim de. “Estado de coisas inconstitucional: da experiência colombiana à aplicação pelo STF na ADPF 347”. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 111. jan./fev. 2019, pp. 117-147; FONTELES, Samuel Sales. “O inconstitucional estado de coisas: ficção e realidade”. **Revista de Processo Comparado**. v. 7. jan./jun. 2018, pp. 253-279; CAVALCANTE, Diogo Lopes. “Estado de coisas inconstitucional diante das inovações da jurisdição constitucional”. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 104. nov./dez. 2017, pp. 37-63; LAZARI, Rafael de; PIRES, Hugo. “Estado de coisas inconstitucional: um dilema judiciário da contemporaneidade”. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 100. mar./abr. 2017, pp. 103-116.

levantadas em nosso estudo revelam grande semelhança com aquelas suscitadas pelos acadêmicos consultados, atestando a fina sintonia e a persistente atualidade do presente trabalho.

Tendo nos servido dessas precedentes linhas como um prefácio, informamos ao leitor, por fim, que o estudo em mãos é acima de tudo um atestado da necessidade de se compreender quão diferente é a adjudicação de direitos fundamentais na América Latina se comparada com as experiências estadunidense e europeia (sobretudo a alemã).

O exame da doutrina do estado de coisas inconstitucional testemunha eloquentemente em favor de já ser tempo de se eleger o constitucionalismo latino-americano como objeto primacial de estudo do direito constitucional nacional e comparado, sendo primordialmente com a visão constitucional latino-americana que se poderá chegar às críticas realmente capazes de fazer evoluir a ciência constitucionalista brasileira.

2 O NASCIMENTO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A COMPREENSÃO DO SEU CONTEXTO

2.1 A CRIAÇÃO DA CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA

O surgimento da doutrina do estado de coisas inconstitucional não é fruto da obra de um jurista adotada pelos tribunais. Difere muito, neste particular, da influência, por exemplo, que teve o Federalista nº 78 em *Marbury v. Madison*. É, longe disto, fenômeno estreitamente conectado com a realidade socioeconômica e política da Colômbia.

A Colômbia é uma terra que sofreu e sofre muitos conflitos armados, marcadamente a guerra deste Estado contra as FARC (Forças Armadas Revolucionárias Colombianas), além do enfrentamento de intensa atividade do narcotráfico, escândalos políticos e recessões econômicas que aprofundam desigualdades sociais, majoram o desemprego, congelam salários de funcionários públicos e decotam orçamentos destinados a políticas públicas.

Foi nesse contexto que, em 1991, foi promulgada a atual Constituição Política, responsável pela inauguração de um modelo de Estado Social de Direito na pátria colombiana, que agora tinha na dignidade humana e na garantia dos direitos fundamentais alguns dos fins últimos do ordenamento jurídico².

A Corte Constitucional nasceu sob o signo da nova Constituição e teve a si atribuídas as tarefas de: interpretar e manter a compostura de uma carta de direitos muito progressiva e dirigente; salvaguardar direitos fundamentais; e, notadamente, promover uma revolução pacífica em direção à igualdade e participação social.

² VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés. “La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano em sede de acción de tutela: el llamado ‘Estado de cosas inconstitucional’”. **Revista del Centro de Estudios constitucionales**. v. 1. n. 1, 2003, p. 204.

Assim é que, após expor tais deveres, indaga Manuel José Cepeda-Espinosa³: como pode um corpo judicial defender o *rule of law* numa terra assolada pelo *rule of force*? A resposta parece envolver, primeiro, uma constatação de que o modelo tradicional de *judicial review* é inapto para o cumprimento das três tarefas institucionais listadas.

Deveras, a jurisprudência da Corte Constitucional consoma o abandono de uma aproximação formalista e a adoção de um modelo que permita preservar os mandamentos constitucionais em situações da vida real, fazendo isso por meio de um específico *writ* de proteção direta a direitos fundamentais, a *acción de tutela*.

2.2 A AÇÃO DE TUTELA E A TÉCNICA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

O art. 86 da Constituição Política colombiana⁴ diz que toda pessoa terá *acción de tutela* para proteção imediata de seus direitos constitucionais fundamentais, quando tais se encontrem vulnerados ou ameaçados, por ação ou omissão do Poder Público. A proteção consistirá numa ordem para que aquela entidade em face da qual se impetra o *writ* tome uma ação ou se abstenha de praticá-la.

A ação de tutela colombiana possui ascendência no amparo mexicano⁵, um dos mais marcantes traços do constitucionalismo latino-americano, o qual se presta à proteção da parte agravada contra atos ou omissões que violem seus direitos constitucionais e humanos, nos termos da leitura conjunta dos arts. 103, I e 107, I da Constituição mexicana de 1917.

Manuel José Cepeda-Espinosa constata que o controle concreto da Corte foi em muito expandido graças à ação de tutela, a qual, na linha do recurso de amparo, possibilita aos juízes ordenar a adoção de *qualquer medida* necessária para proteger direitos fundamentais ameaçados ou violados em sede de controle concreto⁶.

Tendo o exposto em mente, a técnica do estado de coisas inconstitucional é o resultado de uma equação cujos elementos eram a complexa realidade social colombiana, a ação de tutela e os direitos fundamentais de segunda geração.

³ CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José. “Judicial activism in a violent context: the origin, role and impact of the Colombian Constitutional Court”. *Washington University Global Studies Law Review*. v. 3. n. 4, 2004, p. 535.

⁴ Art. 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. (...)”

⁵ MACGREGOR, Eduardo Ferrer. *Ensayos sobre derecho procesal constitucional*. México: Porrúa, 2004, p. 164.

⁶ CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José. “Judicial activism in a violent context: the origin, role and impact of the Colombian Constitutional Court”. *Washington University Global Studies Law Review*. cit., p. 553.

Foi, com efeito, por intermédio de reiterados julgamentos de ações de tutela, em termos de aplicação e reconhecimento de direitos sociais, deveres positivos estatais e do *mínimo vital*⁷ (no Brasil, mínimo existencial), que a Corte Constitucional concebeu a doutrina do estado de coisas inconstitucional⁸, raciocinando da seguinte maneira: da mesma forma que se deve comunicar a notícia do cometimento de um delito, não se vê por que a mesma coisa não poderia ser feita quando se trata de um estado de coisas atentatório à constituição.

Se, continua a Corte, o estado de coisas que não se compadece com a constituição enquanto tal tem relação direta com violações de direitos fundamentais, à notificação expedida poderá se juntar um requerimento específico ou genérico dirigido às autoridades no sentido de realizar uma ação ou abster-se a tanto⁹.

A Corte, na mesma Sentencia SU-559/1997, fundamenta tal raciocínio no dever de colaboração harmônica com os poderes republicanos, previsto no art. 113 da Constituição Política¹⁰, norma à qual voltaremos mais tarde.

Evidenciar-se-á quando do exame da jurisprudência constitucional colombiana que o apelo da Corte Constitucional à figura do estado de coisas inconstitucional ocorre em situações nas quais realidades fáticas contrárias aos preceitos constitucionais são consolidadas à causa do “marasmo institucional”¹¹ das autoridades públicas em suprir omissões que violam massiva, indistinta e constantemente os direitos fundamentais, aqui entendidos como ordem de princípios e valores que demandam do Estado a adoção de medidas legislativas e administrativas preordenadas a que se desincumba dos seus deveres de respeito e garantia dos mesmos direitos – é o que se chama de dimensão objetiva dos direitos fundamentais¹².

O elemento em função do qual se compreende a efetivação dos direitos fundamentais desloca-se do seu titular (dimensão subjetiva) para a atuação do Estado, no sentido de não apenas se enfocá-los enquanto direitos oponíveis ao ente público, mas igualmente como o conjunto de deveres estatais resultante de mandamentos de otimização típicos de um modelo de Estado Social de Direito.

⁷ V.g., Corte Constitucional. Sentencia T-525/1999, relator Carlos Gaviria Díaz, j. 23/07/1999, seção “C” das Considerações da Corte; e Sentencia SU-090/2000, relator Carlos Gaviria Díaz, j. 02/02/2000, § 27 dos Fundamentos jurídicos.

⁸ CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José. “Judicial activism in a violent context: the origin, role and impact of the Colombian Constitutional Court”. **Washington University Global Studies Law Review**. cit., p. 660.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia SU-559/1997, relator Eduardo Cifuentes Muñoz, j. 06/11/1997, § 31.

¹⁰ Art. 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 separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia T-974, relator Mauricio González Cuervo, j. 21/04/2009, Seção 3.3; Sentencia T-388, relatora María Victoria Calle Correa, j. 28/06/2013, Seção 8.1.2.2.

¹² VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés. “La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano em sede de acción de tutela: el llamado ‘Estado de cosas inconstitucional’”. **Revista del Centro de Estudios constitucionales**. cit., pp. 207 e 211.

2.3 DEFINIÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

A maneira como se utiliza a expressão estado de coisas inconstitucional pela jurisprudência da Corte Constitucional pode comportar ambiguidade a qual convém desde logo suprimir.

Há um sentido jurídico e um sentido social de utilização do termo. Quando se enfoca o sentido jurídico, fala-se em doutrina, técnica ou instituto jurisprudencial colombiano, enquanto o sentido social diz com realidades inconstitucionais consolidadas e obedientes a certos pressupostos de identificação, conforme mais tarde se esclarecerá.

A definição ora objetivada se refere ao sentido jurídico de estado de coisas inconstitucional. Destarte, por estado de coisas inconstitucional se entende a técnica de jurisdição constitucional por meio da qual se declara uma realidade fática consolidada em contradição com preceitos constitucionais, a qual autoriza o juiz constitucional a expedir comandos estruturais às autoridades competentes objetivando o desmantelamento daquela realidade inconstitucional.

A técnica guarda um aspecto hipotético e prescritivo que parece sugerir como possível a possibilidade de recolhê-la sob o arranjo da estrutura lógica de uma norma jurídica implícita na qual a autoridade competente é o juiz constitucional e o procedimento adequado é, no caso da Colômbia, o controle de constitucionalidade.

Desenvolvendo essa aproximação, poder-se-á dizer que a hipótese normativa é o verificar-se uma realidade inconstitucional consolidada (sentido social de estado de coisas inconstitucional), enquanto o consequente é a emissão de comandos estruturais às autoridades competentes por cuja omissão prolongada, em primeiro lugar, se estabeleceu aquela mesma realidade inconstitucional.

O seu entendimento como norma jurídica, de resto, bem acentua a presença indissociável de sentenças estruturais (*structural injunctions*) na técnica colombiana, a qual lhe valerá mordazes críticas quanto à própria legitimidade democrática de um juiz constitucional assim proceder no desempenho de seus misteres.

3 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA COLOMBIANA

Não se examinará aqui todas as oportunidades nas quais a Corte Constitucional declarou a existência de um estado de coisas inconstitucional, preferindo-se aquelas sentenças mais emblemáticas e responsáveis por cimentar a doutrina constitucional daquele órgão.

Desse modo, analisar-se-á a primeira oportunidade na qual se reconheceu a existência de um estado de coisas inconstitucional (SU-559/1997), o primeiro precedente do sistema carcerário (ST-153/1998) e a reviravolta do primeiro julgado que tratou do deslocamento forçado de pessoas (ST-025/2004).

Antes, porém, da análise jurisprudencial propriamente dita, devemos anotar a existência de trabalho que procurou descrever a evolução da jurisprudência da Corte Constitucional referente ao estado de coisas inconstitucional.

3.1 FASES DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Deve-se a Luis Ricardo Gómez Pinto a organização da jurisprudência da Corte Constitucional colombiana acerca do estado de coisas inconstitucional em três distintas fases, cada qual com características próprias, a saber: 1ª) iluminismo constitucional; 2ª) tenebrismo constitucional; 3ª) renascimento constitucional¹³.

A primeira fase encampa desde a Sentencia SU-559/1997 até a C-955/2000 (nesta última não houve expressa utilização da técnica do estado de coisas inconstitucional, apesar de já concebida). Aqui, a Corte Constitucional colombiana inaugura a visão da jurisdição constitucional como forma de fazer frente a realidades abertamente inconstitucionais e concebe os rudimentos nos quais se assenta a doutrina do estado de coisas inconstitucional, os quais direta ou indiretamente são retomados nas decisões posteriores.

A jurisprudência da segunda fase, abrangida pelas Sentencias SU-090/2000, T-257/2000 e SU-1150/2000, desafia os avanços da etapa do iluminismo constitucional. É que, como expõe Luis Ricardo Gómez Pinto, a Corte Constitucional enfrenta os problemas de de “desconhece[r] o alcance e sentido inicial da declaratória do estado de coisas inconstitucional”¹⁴.

A falta de mecanismos de supervisão de suas ordens e a unilateralidade de sua atuação terminou por tornar inócuas as declarações de estados de coisas inconstitucionais.

A terceira e última fase, do renascimento, tem como marco a Sentencia T-025/2004, precedente emblemático tanto em razão do seu mérito (deslocamento interno de pessoas em razão de conflito armado interno) quanto por conta de se entrever preocupação da Corte com a efetividade de seus comandos, a garantir uma sofisticação da técnica do estado de coisas inconstitucional.

A importância do trabalho de Gómez Pinto está em refutar a ideia de uma doutrina concebida já pronta e acabada; ao revés, as três fases denotam, além da concepção da técnica, uma evolução da própria visão da Corte Constitucional a respeito de seu papel institucional e o modo de exercê-lo de maneira efetiva e harmônica com os demais poderes republicanos, nos moldes do sempre citado art. 113 da Constituição Política.

¹³ PINTO, Luis Ricardo Gómez. **El juez de las políticas públicas**: del estado de cosas inconstitucional en la política económica. Bogotá: Ibañez, 2012, pp. 41, 73 e 108.

¹⁴ PINTO, Luis Ricardo Gómez. **El juez de las políticas públicas**: del estado de cosas inconstitucional en la política económica. cit., p. 83.

Importante considerar que a superação da fase do “tenebrismo constitucional” não significa que futuros excessos não possam ser cometidos, mesmo mantendo-se fidelidade com os parâmetros da Sentencia T-025/2004. A ausência de parcimônia e rigor na aplicação do estado de coisas inconstitucional são riscos aos quais a Corte Constitucional está constantemente exposta e que carregam as nefastas consequências de uma atuação judicial arbitrária e do barateamento do instituto¹⁵.

3.2 EXAME DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE CONSTITUCIONAL

3.2.1 Sentencia SU-559/1997

O marco inicial do estado de coisas inconstitucional na jurisprudência colombiana foi a SU-559 que, no ano de 1997, reconheceu inconstitucionalidade na realidade de quarenta e cinco professores dos municípios de Maria La Baja e Zambrano cujo direito a benefício previdenciário da categoria fora negado pelas autoridades locais ao argumento de insuficiência de recursos orçamentários.

A título de breve explicação, o Decreto nº 196/1995 obriga a filiação de todos os professores ao Fundo Nacional de Prestação Social do Magistério, mediante a realização de aportes mensais no valor de 5% de seus subsídios como condição para a posterior fruição das prestações securitárias.

A declaratória do estado de coisas inconstitucional foi pronunciada, portanto, sobre a seguinte situação: nada obstante aportassem o percentual legal de seus subsídios ao Fundo Nacional de Prestação Social do Magistério, os docentes contribuintes não estavam sendo reconhecidos como filiados, o que os impedia de fruir as prestações securitárias previstas no Decreto nº 196/1995.

Consignou-se na decisão colegiada que os municípios de La Baja e Zambrano se situavam dentre os possuidores de maiores despesas com o Fundo, mas, por outro lado, eram os que menos recebiam dotações orçamentárias nacionais e estaduais destinadas ao pagamento dos docentes.

Vê-se, pois, que o problema confrontado pela Corte Constitucional foi a distribuição desigual de recursos públicos nas esferas federal e estadual, terminando por ocasionar insuficiência orçamentária nos dois municípios, impedindo-os de filiar os docentes prejudicados ao fundo previdenciário.

Dessa forma, além de determinar a imediata filiação dos professores, a Corte Constitucional entendeu igualmente cabível, por força do art. 113 da Constituição Política, notificar os entes federativos omissos sobre a declaratória do estado de coisas inconstitucional dos docentes não filiados.

¹⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 173.

Decide, portanto, estar dentro de sua competência a emissão de ordens às autoridades públicas competentes para que adotem as medidas necessárias à cessação daquelas mesmas realidades¹⁶ desde o momento em que estas se lhe apresentem via ação de tutela.

3.2.2 Sentencia T-153/1998

A Sentencia T-153/98 ficou infelizmente estigmatizada na jurisprudência constitucional colombiana como precedente unilateral, intemperado e em descaminho ao afã de harmônica cooperação dos poderes estatais. Isto porque, onze anos depois da Sentença T-153/98, as condições de vida, p. ex., no Cárcere Modelo, continuavam *essencialmente* as mesmas¹⁷.

O que suscitou a ação de tutela foi a superlotação do Presídio Nacional de Bellavista em Medellín, no qual o autor se encontrava privado de sua liberdade. Nela, postulava-se o seu descongestionamento, principalmente frente a obras no referido presídio que tornariam ainda mais precárias as condições de tratamento dos detentos.

De se notar que não apenas um, mas um contingente de detentos deste presídio e do Cárcere Modelo ajuizaram, semelhantemente, ações de tutela com o mesmo objeto.

Em suas considerações, a Corte assentou que a situação de superlotação e as gravíssimas deficiências as quais atravessam o sistema penitenciário se ajustam integralmente à definição de um estado de coisas inconstitucional, daí se deduzindo flagrantes e sistemáticas¹⁸ violações aos direitos fundamentais dos detentos.

A Corte, ademais, reiterou o uso da técnica jurisprudencial como ferramenta apta à tutela de situações revestidas de caráter geral (que afetem uma multiplicidade de pessoas) e natureza estrutural (cuja solução diga respeito a mais de um órgão público), sua solução exigindo a “ação mancomunada de distintas entidades”¹⁹.

Nestas condições, dado que milhares de pessoas se encontram afetadas pelas mesmas condições, a circunstância de acudir todas à ação de tutela geraria um congestionamento desnecessário da administração de justiça. Por conseguinte, o mais indicado, continua a Corte, é se ditar ordens às autoridades competentes para que botem em uso suas competências com o fim de, num período razoável, dismantelar o estado de coisas inconstitucional.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia SU-559/1997, relator Eduardo Cifuentes Muñoz, j. 06/11/1997, § 31 dos Fundamentos Jurídicos.

¹⁷ ARIZA, Libardo José. “The economic and social rights of prisoners and Constitutional Court Intervention in the penitentiary system in Colombia”. MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the global south: the activist tribunals of India, South Africa and Colombia**. Cambridge University Press, 2013, p. 132, rodapé 9.

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-153/1998, relator Eduardo Cifuentes Muñoz, j. 28/04/1998, § 55 dos Fundamentos Jurídicos.

¹⁹ Cf. Corte Constitucional colombiana, SU-559/97 e T-068/98.

A legitimidade desse atuar, segundo a Corte Constitucional, assenta-se na diferença da racionalidade constitucional, se comparada com a política. É dizer, a pauta atinente à infraestrutura de presídios não é atrativa politicamente, não é majoritária. Contudo, o juiz constitucional não raciocina segundo o que é majoritário. Aquele juiz deve, pois, “assumir a voz das minorias olvidadas, que dificilmente têm acesso aos organismos políticos”²⁰ e instar as autoridades públicas a desmantelarem o estado de inconstitucional instalado por sua falta de atuação.

Por outro lado, nota-se do dispositivo da sentença que as detalhadas e ambiciosas ordens dadas pela Corte Constitucional para os órgãos estatais implicados se provaram demasiadamente “cruas” e intemperadas, atropelando competências legislativas e administrativas e gerando resistência dos dois poderes políticos, culminando por não se ter podido defender os direitos das partes envolvidas²¹.

Explica-o Carlos Alexandre de Azevedo Campos:

As ordens foram flexíveis, possibilitando que os outros poderes manifestassem suas capacidades institucionais, mas faltou uma “jurisdição supervisória” sobre essa efetiva manifestação. A corte pecou em acreditar que sua autoridade contida nas decisões, por si só, seria suficiente para que os órgãos cumprissem efetivamente as medidas ordenadas. Ela se descuidou com a real possibilidade de as autoridades públicas não cumprirem as ordens. Faltou diálogo em torno de como melhor realizar as decisões, não tendo sido retida jurisdição sobre a execução das medidas²².

Com efeito, frente justamente à inefetividade dos comandos judiciais da Sentencia T-153/98, faria mais sentido, a princípio, agrupá-lo na fase do tenebrismo constitucional. É esta uma das razões pelas quais o autor precitado entende mais adequado fundir as duas primeiras fases expostas por Gómez Pinto e nela alocar os precedentes de 1997 a 2004, a segunda fase iniciando com a ST-025/2004²³.

Apesar da visão geral deste precedente não ser positiva, é inegável que, nele, as bases jurídicas do estado de coisas inconstitucional foram pela primeira vez enunciadas com uma nascente sistematização, a mesma originalidade se observando com respeito à doutrina da Corte acerca do papel do juiz constitucional, que seria repisado por ela em oportunidades futuras, marcadamente na Sentencia T-388/13, a segunda decisão do Tribunal acerca do sistema penitenciário (o que demonstra a magnitude do estado de coisas violador da Constituição enfrentado).

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-153/1998, relator Eduardo Cifuentes Muñoz, j. 28/04/1998, § 51 dos Fundamentos Jurídicos.

²¹ ITURRALDE, Manuel. “Access to constitutional justice in Colombia: opportunities and challenges for social and political change”. MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the global south**. cit., p. 399.

²² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. cit., p. 141. Ver também p. 173.

²³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. cit., p. 173.

Mais além, Libardo Ariza²⁴ diz que esta decisão, em primeiro, consolidou a própria doutrina do estado de coisas inconstitucional, o qual era, até então, sequer trazida no bojo da fundamentação pretoriana. Clareou-se, pois, que a técnica jurisprudencial é *meio preordenado à promoção de uma reforma estrutural* frente a situações de violações generalizadas e maciças de direitos fundamentais causadas por um bloqueio institucional.

Em segundo, o caso demonstra os desafios da performance judicial com respeito à implementação de direitos econômicos, sociais e culturais, os quais, para sua execução, exigem ativa e continuada intervenção do Estado como um todo.

3.2.3 Sentencia T-025/2004

Esta decisão constitui um dos mais significativos usos da técnica do estado de coisas inconstitucional na jurisprudência colombiana. Foi expressamente referida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em seu paradigmático caso do Massacre de Mapiripán²⁵.

O número de populações internamente deslocadas (IDP's) na Colômbia supera a cifra de 3.9 milhões, decorrência de mais de 40 anos do conflito armado interno travado no país. Depois de receber centenas de ações de tutela relacionadas a IDP's, a Corte estabeleceu pela Sentencia T-025/2004 que os direitos fundamentais deste setor da população estavam sendo violados de maneira maciça e generalizada, tal situação constituindo um estado de coisas inconstitucional.

Anote-se que, além desta decisão, os direitos das populações deslocadas também foram tratados nas Sentencias T-227/1997, T-068/2010 e T-606/2011. Curiosamente, a ST-227/1997 foi considerada, na ST-068/2010, como a primeira declaração de um estado de coisas inconstitucional na jurisprudência colombiana²⁶.

Aportemos, agora, à base fática do precedente. O que se observou foram omissões de entidades encarregadas do atendimento à população deslocada na prestação de assistência e recebimento de orientação adequada para ter acesso a programas de atenção ao deslocado.

Em muitas ocasiões, o interregno entre as solicitações aos órgãos estatais e as respectivas respostas ultrapassava um ano. Em muitos casos, igualmente, mencionada resposta apenas se obtinha com o ajuizamento de ação de tutela.

²⁴ ARIZA, Libardo José. "The economic and social rights of prisoners and Constitutional Court Intervention in the penitentiary system in Colombia". In MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the global south: the activist tribunals of India, South Africa and Colombia**. Cambridge University Press, 2013, p. 129-130.

²⁵ CtIDH. Massacre de Mapiripán v. Colombia. Mérito, reparações e custas, j. 15/09/2005, Série C, n° 134, §§ 96.58 e 181.

²⁶ Corte Colombiana. Sentencia T-068, relator Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, j. 04/02/2010, Seção 4.2.5.1. De fato, a ST-227/1997 é de 05/05/1997 enquanto a SU-559/1997 é de 06/11/1997.

Invocou-se, no caso, a técnica do estado de coisas inconstitucional por conta das condições de vulnerabilidade extrema nas quais se encontram as populações deslocadas, assim como pela omissão reiterada em garantir uma proteção oportuna e efetiva por parte das diferentes autoridades encarregadas de sua atenção. Viola-se, conseqüentemente, os direitos fundamentais tanto dos autores quanto da população deslocada em geral.

Estas violações, ademais, vinham ocorrendo de maneira massiva e reiterada, não sendo imputáveis a uma única autoridade. Configuram um problema estrutural que afeta toda a política de atenção desenhada pelo Estado em razão da insuficiência de recursos destinados a financiar dita política e a precária capacidade institucional de implementação.

A Corte dispôs, então, sobre diversas ordens de procedimento a agências estatais e da sociedade civil para elaborar e implementar políticas públicas voltadas à solução da crise humanitária enfocada. Adicionalmente, promoveu oitenta e quatro ordens de supervisão do cumprimento de suas deliberações e promoveu quatorze audiências públicas com a presença das autoridades públicas e da sociedade civil²⁷.

Além disso, ciente de que no bojo de uma única decisão seria impossível solucionar um problema tão sério como o deslocamento forçado da população, a Corte Constitucional optou por proferir outras inúmeras decisões de seqüência, de acordo com a necessidade atual da situação concreta e tendo em vista a mudança eventual do quadro de violações.

Foi pela tomada de medidas desse jaez que se diferiu, este precedente, da sua antecessora simbólica, a Sentencia T-153/1998. É que, diferentemente do realizado nesta, a Sentencia T-025/2004 buscou, por meio de diversas ações, monitorar a implementação das ordens dirigidas aos agentes públicos.

Tais medidas evidenciam interlocuções institucionalizadas entre diferentes atores públicos, as quais se revestem de grande importância, dado que a efetivação dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais se condiciona a uma atuação positiva do Estado como um todo e amiúde prolongada no tempo²⁸.

No referente à garantia desses direitos às populações internamente deslocadas, admitiu a Corte Constitucional que nem sempre se poderá prestá-los de forma concomitante e máxima, dadas as restrições materiais e as dimensões reais da evolução do fenômeno do deslocamento forçado. Ponderou, contudo, existir uma dimensão mínima dos mesmos direitos das populações deslocadas

²⁷ ITURRALDE, Manuel. "Access to constitutional justice in colombia: opportunities and challenges for social and political change". MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the global south: the activist tribunals of India, South Africa and Colombia**. cit., p. 387.

²⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 41.

que devem ser satisfeitos em qualquer circunstância pelas autoridades estatais, posto neles se materializar a subsistência digna das pessoas nesta situação.

3.3 PRESSUPOSTOS DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Nota-se, mormente dos precedentes da primeira fase do estado de coisas inconstitucional, que a Corte Constitucional não delimitava expressa e rigorosamente quais os pressupostos identificadores daquele.

Um esforço de parametrização é feito na Sentencia T-153/1998²⁹, entretanto, é somente na Sentencia T-025/2004 que a Corte Constitucional se lançou à tarefa de enumerar detidamente os pressupostos de caracterização de um estado de coisas inconstitucional.

Essa tarefa é necessária e mandatória para garantir segurança jurídica na aplicação, evitar afrontas ao dever de colaboração harmônica e evitar a banalização da técnica. Em uma palavra: rigidez na aplicação para a higidez da técnica.

Pois bem, os fatores valorados pela Corte Constitucional para a identificação de um estado de coisas inconstitucional são: 1) vulneração massiva e generalizada de vários direitos constitucionais que afetam um número significativo de pessoas; 2) prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações de garantir os mesmos direitos; 3) incorporação de remédios judiciais como parte do procedimento para desfrute do direito constitucional violado; 4) ausência de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias para se impedir a vulneração dos direitos; 5) existência de um problema social cuja solução envolve a intervenção de várias entidades, requer a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações e exige um nível de recursos que demanda importante esforço orçamentário adicional; 6) ocorrência de congestionamento judicial na hipótese de todas as pessoas afetadas acudirem a remédios judiciais (no caso, a ação de tutela)³⁰.

Pois bem, em primeiro: não há estado de coisas inconstitucional com a violação de um ou outro direito fundamental titulado por um ou outro indivíduo. É preciso multiplicidade tanto dos direitos fundamentais violados quanto nos titulares afetados. A passagem do enfoque da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais para a sua dimensão objetiva se encerra nesse primeiro pressuposto.

Exemplificando, o estado de coisas violador da Constituição afeta não só os direitos dos deslocados autores, mas da população deslocada em geral (Sentencias T-025/2004, T-227/1997, T-068/2010 e SU-1150/2000). O mesmo raciocínio se aplica às pessoas privadas de liberdade

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-153/1998, relator Eduardo Cifuentes Muñoz, j. 28/04/1998, § 53 dos Fundamentos Jurídicos.

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-025/2004, relator Manuel José Cepeda Espinosa, j. 22/01/2004, Seção 7 das Considerações e Fundamentos.

(Sentencias T-153/1998, T-257/2000, T-388/2013 e T-762/2015), aos defensores de direitos humanos (Sentencia T-590/1998) e aos beneficiários de prestações sociais (Sentencias SU-559/1997, T-525/1999 e SU-090/2000).

Segundo: há prolongadas omissões das autoridades públicas competentes em adotar e implementar as medidas e políticas necessárias ao desfazimento do estado de coisas contraventor da Constituição.

Terceiro: o gozo de direitos fundamentais fica condicionado à sua judicialização, eis que negado em sede administrativa ou sequer existente procedimento administrativo para seu desfrute.

Quarto: o espectro das omissões prolongadas engloba os aspectos legislativo, administrativo e orçamentário, traduzindo, v.g., problemas de coordenação e insuficiência de recursos que, por sua vez, denotam falta de vontade política em remediar aquelas mesmas omissões.

Quinto: o caráter estrutural das omissões aludidas no segundo e quarto pressupostos tornam necessária a “ação mancomunada de distintas entidades” para a superação da realidade inconstitucional consolidada. Este pressuposto detém íntima relação com a figura do litígio estrutural, caracterizado por alcançar amplo número de pessoas, várias entidades e por implicar ordens de execução complexas dirigidas a modificar o mau funcionamento de instituições governamentais³¹.

A Corte Constitucional avoca para si o dever-poder de catalisar a atuação dos atores públicos envolvidos para se chegar a uma resposta estrutural à omissão igualmente estrutural.

Sexto: é a principal consequência do terceiro pressuposto, pois o aumento das demandas judiciais compromete a entrega da prestação jurisdicional como um todo.

Bastará, a esse respeito, lembrar que na Colômbia há cerca de quatro milhões de pessoas deslocadas internas. O hipotético cenário de cada uma delas acudindo à ação de tutela revela quão caóticos e dramáticos são os estados de coisas inconstitucionais.

O esquema desenhado pela Sentencia T-025/2004 foi mantido nas Sentencias T-388-2013, T-068/2010 e T-762/2015. Autores existem, entretanto, com suas próprias propostas de esquematização dos fatores de identificação de um estado de coisas inconstitucional. Carlos Alexandre de Azevedo Campos, por exemplo, aglutina os seis requisitos agora referidos em quatro³².

Parece-nos, em princípio, que o autor funde (2) e (4) no seu segundo pressuposto – omissão reiterada e persistente das autoridades públicas na defesa e promoção de direitos fundamentais³³; e (3) e (6) no seu quarto pressuposto – potencialidade de um número elevado de afetados transformarem a violação de seus direitos em demandas judiciais, congestionando a administração da justiça³⁴.

³¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. cit., pp. 194-195.

³² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. cit., p. 186.

³³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. cit., p. 187.

³⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. cit., p. 191.

Não há mudança substancial nessa proposta, a qual se revela útil para fins de compreensão didática do instituto. Ponderamos, todavia, ser mais proveitoso privilegiar a jurisprudência colombiana como primordial objeto de nossas proposições.

4 PREMISSAS TEÓRICAS PARA A ANÁLISE DAS OBJEÇÕES AO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

A problemática da invocação da técnica colombiana como fundamento para a concessão de medida cautelar na ADPF 347/DF apresenta diversas e complexas questões com uma gama igualmente variada de respostas, seja em relação à doutrina do estado de coisas inconstitucional enquanto tal, seja no atinente à incorporação de tal doutrina pela jurisprudência do STF.

Antes de defrontá-las, necessário que se desenvolva premissas científicas ao tratamento dessas objeções, quais sejam, 4.1) o princípio da tripartição dos poderes, 4.2) a criatividade judiciária e 4.3) o advento das cortes constitucionais.

4.1 O ART. 113 DA CONSTITUIÇÃO POLÍTICA E A TEORIA TRADICIONAL DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Desde a Sentencia SU-559/1997 é possível ver a Corte Constitucional considerando que, por mandamento do art. 113 da Constituição Política, os diferentes órgãos estatais devem cooperar de forma harmônica para a consecução dos fins constitucionais e, em última instância, dismantelar os estados de coisas inconstitucionais.

O referido art. 113, malgrado criticado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)³⁵, não apenas se compadece com a teoria da separação dos poderes, mas é a ela inerente.

Maurice Duverger classifica a colaboração harmônica entre poderes como espécie do gênero repartição de funções dos governantes, anotando que os diversos órgãos governamentais podem, neste regime, participar nas atividades pertencentes a uma outra função que não a sua. Conclui que há verdadeira colaboração funcional quando dois [ou mais] órgãos agem em concurso para a elaboração de um ato³⁶.

Referida noção, a bem da verdade tecida em relação ao Executivo e Legislativo, conquanto possa ser tradicional ou até antiquada, traduz uma necessidade de articulação dos Poderes na consecução dos objetivos republicanos.

Esta feição “contemporânea” trazida pela Constituição Política da Colômbia e pela Corte Constitucional descortina ao juiz constitucional uma posição de evidência no sistema, passando a

³⁵ CIDH. **Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia**. Washington, 2013, § 33.

³⁶ DUVERGER, Maurice. **Institutions politiques et droit constitutionnel**. 5. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1960, p. 186-7.

desempenhar o papel de catalisador dos dois outros poderes para que exercitem suas competências tomando as medidas necessárias à normalização de um estado de coisas inconstitucional.

É curioso notar como a teoria tradicional pouco se esforçou no estudo do Judiciário. O próprio Montesquieu escreveu que “des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est en quelque façon nulle. Il n’en reste que deux”³⁷.

O corolário dessa falta de atenção ao Poder Judiciário é, como claro, o não conhecimento das diferentes manifestações que podem assumir o exercício de suas atribuições, bem como dos limites de tais atribuições, ainda mais em virtude da inserção do atual paradigma de efetividade de direitos fundamentais e do advento da jurisdição constitucional.

A questão da separação dos poderes, assim, em muitas ocasiões, assume tom menos científico do que ideológico.

4.2 O FENÔMENO DO CRESCIMENTO DA CRIATIVIDADE JUDICIÁRIA

Enfocando como objeto de estudo a criatividade judiciária, Mauro Cappelletti escreve que grande discussão doutrinária acerca da interpretação enquanto tal foi lançada para se concluir que, com ou sem consciência do intérprete, certo grau de discricionariedade, e pois, de criatividade, mostra-se inerente a toda interpretação³⁸, ainda mais em se tratando de direitos sociais³⁹.

Continua o autor italiano para afirmar que a única diferença entre o papel tradicional e o contemporâneo do juiz não é de natureza, mas sobretudo de frequência ou quantidade, ou seja, de grau⁴⁰. Cappelletti vai mais a fundo para desvendar as circunstâncias por trás do crescimento da criatividade judiciária em meados do século passado e no presente, listando duas causas.

Primeiro, o que denomina “revolta contra o formalismo”. Pela concepção tradicional, via-se a função do juiz como sendo meramente de declaração não criativa do Direito, para isto valendo-se apenas da lógica dedutiva, sem qualquer valoração pessoal. É a conhecida doutrina montesquiana, de que o juiz é somente a boca inanimada da lei⁴¹.

Tal visão cedeu espaço a uma outra que via o papel do juiz como bem mais difícil e complexo. “Escolha”, afinal, significa valoração e balanceamento, se presentes os resultados práticos e as implicações morais da própria escolha⁴².

³⁷ MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois*. Livro XI, Capítulo VI [Paris: Garnier, s/d, p. 146]. “Dos três poderes dos quais falamos, aquele de julgar é em alguma maneira nulo. Restam unicamente dois”.

³⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* cit., pp. 21, 26 e 42.

³⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* cit., p. 67

⁴⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* cit., p. 42

⁴¹ MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois*. Livro XI, Capítulo 6 [Paris: Garnier, s/d, p. 149].

⁴² CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* cit., p. 33

Segundo, a crise dos denominados “Estado legislativo” e “Estado administrador”, originados do Estado de Bem-Estar Social. Com este modelo, houve paulatino crescimento da atuação do Estado, por meio do legislador, sobre as áreas de política social e economia, havendo, conseqüentemente, substancial aumento dos encargos de intervenção legislativa, acarretando, em última instância, sua obstrução.

Não se estava em condições de responder, com a rapidez necessária, à demanda desmedidamente aumentada de legislação, razão justificadora da delegação de grande parte de seu trabalho para o Executivo e seus órgãos, terminando por ocasionar o igual crescimento deste poder.

Provou-se, sentencia Cappelletti, falaciosa a pretensão do Legislativo de se erigir em instrumento onipotente do progresso social; pelo contrário, o que se observou foi um sintomático aumento da desconfiança das sociedades ocidentais em relação a ele⁴³.

O declínio do Estado administrativo, conseqüência do agora descrito, está relacionado a um substancial aumento de abusos por parte da burocracia, da ameaça de tutela paternalista e da opressão partidária, isto contribuindo, por sua vez, para um alargamento da distância entre o cidadão e os braços administrativos do governo.

Assim, tem-se dois crescimentos e declínios paralelos de grande alcance: gigantismo do Legislativo (chamado a intervir em esferas sempre maiores de assuntos e de atividade) e gigantismo do Executivo (profunda e potencialmente repressivo).

Desenhado tal contexto, defende Cappelletti que o terceiro poder não pode simplesmente ignorar as profundas transformações do mundo real, no qual se revela novo e grande desafio aos juízes: a justiça constitucional (controle judiciário da legitimidade constitucional das leis) e a justiça administrativa (controle judiciário da atividade do executivo e de seus derivados).

Chega-se a uma das mais importantes partes do ensaio de Cappelletti: não podem fugir os juízes de uma inflexível alternativa que aquele contexto lhes põe: a) permanecer fiéis à concepção tradicional do século XIX dos limites da função jurisdicional; ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornando-se, enfim, o terceiro gigante, capaz de controlar o “legislador mastodonte” e o “leviantanesco administrador”⁴⁴.

Se escolhida a opção (b), estaria completa a superação de tal ramo como árbitro de conflitos privados, para se erigir em árbitro também dos poderes políticos, apesar do enorme crescimento destes no Estado moderno e talvez justamente em virtude desse crescimento⁴⁵.

⁴³ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** cit., p. 43-5.

⁴⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** cit., p. 47

⁴⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** cit., p. 49

Interessantemente, a visão do Judiciário como coibidor de abusos dos Poderes políticos, hoje em dia defendida com maior frequência⁴⁶, foi manifestada e sustentada pelo advogado, republicano e *Attorney General* James Beck, ainda em 1922:

Nous estimons que le pouvoir exécutif, le pouvoir législatif, ne sont que de peu fidèles expressions de la conscience humaine, de la conscience législative et que, pour qu'une nation fonctionne normalement et harmonieusement, il faut qu'il y ait quelque part une conscience supérieure. Où cette conscience pourrait-elle être mieux placée qu'auprès des magistrats agissant dans l'indépendance du pouvoir judiciaire ? En effet, aucun rôle n'est plus élevé que celui des magistrats qui peuvent protéger la liberté humaine contre le pouvoir, contre les abus possibles du législatif ou de l'exécutif. Ils sont comme l'expression suprême de la conscience d'une nation⁴⁷.

As conclusões que se almeja com esta explanação contextual são: o crescimento da criatividade manifestada pelo Judiciário foi causado, em grande parte, pelo igual e anterior crescimento dos dois ramos políticos integrantes do Estado.

E mais, uma mudança estrutural no Judiciário, em suas funções e responsabilidades não pode ser enxergada pelas lentes que a tradição do século XIX (mais dogmática que teórica) imprimiu à separação dos poderes.

Deve-se tomar em consideração a devida conjuntura em que inseridas tais mudanças; do contrário, alerta Cappelletti, o Judiciário acabaria por se tornar uma relíquia, talvez respeitável, mas com certeza irrelevante e obsoleta, por incapaz de se adaptar às exigências de um mundo radicalmente transformado⁴⁸.

4.3 O SURGIMENTO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS

Entender o contexto de surgimento das cortes constitucionais em diversas partes do mundo se mostrará importante para a compreensão da “jurisprudência criadora”⁴⁹ da Corte Constitucional colombiana; e útil quando da análise da objeção da legitimidade democrática.

Começamos por anotar que as cortes constitucionais não são propriamente um órgão jurisdicional, tampouco legislativo e muito menos um órgão executivo estatal; elas estão, escrevia

⁴⁶ V.g., JACOB, Cesar Augusto Alckmin. “A reserva do possível: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação de verba”. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. São Paulo: Forense, 2013, p. 243.

⁴⁷ “Conférence de M. James Beck sur la Cour Suprême des États-Unis (3 juillet 1922)”. **Bulletin de la Société de législation comparée**. v. 51. Paris: La Société, p. 234. Tradução livre: “Acreditamos que o poder executivo, o poder legislativo, não são mais que expressões pouco fiéis da consciência humana, da consciência legislativa e que, para que uma nação funcione normalmente e harmoniosamente, deve-se ter em alguma parte uma consciência superior. Onde essa consciência poderia ser melhor colocada senão junto aos magistrados atuando na independência do poder judiciário? Deveras, papel algum é mais elevado que aquele dos magistrados, que podem proteger a liberdade humana contra o poder, contra os abusos possíveis do legislativo ou do executivo. Eles são como que a expressão suprema da consciência de uma nação”.

⁴⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** cit., p. 53

⁴⁹ BELAUNDE, Domingo García. “Los tribunales constitucionales en América Latina”. **Revista de Derecho Político**. v. 61. 2004, p. 317.

Cappelletti ainda em 1961 (referindo-se à *Corte Costituzionale*), situadas, são palavras do autor italiano, fora e acima da tradicional tripartição dos poderes estatais, mas que cujas funções incidem, ao mesmo tempo, sobre todas as funções dos três poderes, a fim de reconduzi-los à obediências às normas constitucionais⁵⁰.

É esta jurisdição o meio concebido por numerosos sistemas democráticos para tutelarem da forma mais excelente as suas constituições. O modelo, com efeito, é muito utilizado na América Latina, seja por uma corte autônoma (Guatemala, Chile, Perú, Colômbia, Equador e Bolívia), seja por órgão fracionário da corte suprema (Costa Rica, Nicarágua, El Salvador, Paraguai, Venezuela e Honduras).

Minoritário, assim, é o modelo de corte suprema com competências de corte constitucional (Argentina, México, Brasil, Uruguai).

Vê-se em Cappelletti que seu advento está ligado à debilidade e timidez da magistratura europeia para lidar com uma nova função jurisdicional consistente no *controle do próprio legislador*. Em efeito, a recusa dos tribunais em assumi-la foi o que azou a criação destas novas e especiais cortes, às quais foi concedida praticamente com exclusividade esta nova responsabilidade institucional, como maneira de preencher a lacuna deixada pelos tribunais relutantes⁵¹.

As cortes constitucionais podem ser caracterizadas, conforme o fraseado de Inocêncio Mártires, como *instâncias de avaliação jurídica e também política da atividade legislativa*⁵² e, por que não, da atividade executiva, daí se falar em uma dimensão política da jurisdição constitucional.

O próprio STF reconhece e abraça esta dimensão política de sua atuação jurisdicional, como visto, dentre todos, no julgamento do MS 26.603/DF (caso da fidelidade partidária):

O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder.

Pois bem, caracterizada a atuação das cortes constitucionais como política, convém indagar: o que a torna efetivamente política? Ora, a concretização de direitos fundamentais, mormente os de segunda geração. Exercendo tal mister, as cortes constitucionais não desempenham apenas a guarda

⁵⁰ CAPPELLETTI, Mauro. "O controle de constitucionalidade das leis no sistema das funções estatais". **Revista de direito processual civil**. ano 2. v. 3, jan./jun. 1961, pp. 38-39.

⁵¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** cit., pp. 48-49, 52.

⁵² COELHO, Inocêncio Mártires. "A dimensão política da jurisdição constitucional". **Revista de direito administrativo**. v. 225, p. 44.

de suas respectivas constituições, mas, na expressão de Anderson Sant’Ana Pedra, sua “curadoria”⁵³, caracterizando-se pelo binômio “defensor-realizador”.

É que a atividade de interpretação e realização de tais direitos implica, necessariamente, alto grau de criatividade, ainda mais quando tais direitos são alçados à categoria constitucional⁵⁴, não sendo coincidência que o estado de coisas inconstitucional surgiu, como se viu, de julgamentos de ações de tutela preocupados com a efetivação de direitos de segunda geração.

Frente a estas noveis e graves responsabilidades, o tribunal constitucional precisa, diz Habermas, utilizar os meios das virtudes passivas (Alexander Bickel), e outros disponíveis no âmbito de sua competência, para que o processo da normatização jurídica se realize sob as condições da política deliberativa, fundantes da própria legitimidade⁵⁵.

A preleção de Habermas torna significativo asseverar, no contexto das cortes constitucionais, que a legitimidade de uma instituição, como sobreleva Terri Peretti, é determinada por sua contribuição ao processo de elaboração política (*policy-making*)⁵⁶.

O obtemperado agora por Terri Peretti dialoga com o dissertado por Adriana Ancona de Faria em tese de doutorado acerca dos riscos democráticos da atuação ativista do STF no campo político-eleitoral. Diz a autora que qualquer teoria em favor do “ativismo judicial” só estará encampada pela ordem jurídica nacional se demonstrar que fortalece a democracia e respeita suas pedras de toque, representatividade e separação dos poderes⁵⁷.

5 OBJEÇÕES À UTILIZAÇÃO DA DOUTRINA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Após os estudos precedentes, além de tudo quanto mais dito na exposição da própria doutrina do estado de coisas inconstitucional, julga-se deter o aparato científico necessário para o escorreito enfrentamento das dificuldades a seguir assinaladas.

Daremos nosso parecer às seguintes objeções: 5.1) a jurisdição constitucional detém legitimidade para a atuação propugnada pela técnica colombiana? 5.2) pode o STF transplantar a técnica do estado de coisas inconstitucional para a realidade brasileira?

⁵³ PEDRA, Anderson Sant’Ana. “Parâmetros para a verificação da omissão legislativa inconstitucional”. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. v. 5. n. 20. out./dez. 2011, pp. 181-210. O autor alude também a uma “função legislativa *stricto sensu*” desempenhada pelas cortes constitucionais.

⁵⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**, p. 67.

⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Breno Siebeneichler. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 340.

⁵⁶ PERETTI, Terri. “An empirical analysis of Alexander Bickel’s The least dangerous branch”. WARD, Kenneth (coord.) [et al]. **The judiciary and american democracy: Alexander Bickel, the countermajoritarian difficulty and contemporary constitutional theory**. New York: State University of New York Press, 2005, p. 128.

⁵⁷ FARIA, Adriana Ancona de. **O ativismo judicial do STF no campo político-eleitoral: riscos antidemocráticos**. 2013. 171 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 146.

A questão da separação das poderes foi examinada acima e as conclusões tiradas de seu exame serão abaixo empregadas.

5.1 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E ATIVISMO JUDICIAL

A finalidade perseguida pela Corte Constitucional colombiana ao se valer da doutrina do estado de coisas inconstitucional se circunscreve a dismantelar omissões estruturais por meio da provocação dos órgãos realmente competentes a tanto⁵⁸.

O problema se encerra precisamente em se ter as asserções do parágrafo anterior como incompatíveis entre si. Deveras, um dos principais aspectos pelos quais taxa-se a doutrina do estado de coisas inconstitucional como mero ativismo camuflado⁵⁹ é a inafastável utilização de sentenças estruturais pela Corte Constitucional para enfrentar falhas igualmente estruturais de seu país⁶⁰.

Revelam-se, pois, duas das principais objeções à utilização do estado de coisas inconstitucional pelo STF, a da legitimidade democrática e a do ativismo judicial.

Pela objeção da legitimidade, o direito jurisprudencial, considerando sua esfera criativa, seria antidemocrático, pois os juízes, na sua independência e isolamento, não respondem por suas decisões perante a maioria da sociedade e seus representantes políticos. Tal se constituiria em impedimento absoluto, obstáculo intransponível ao exercício da criatividade judiciária, a qual acabaria por mergulhar a sociedade em um *gouvernement des juges* (Édouard Lambert) ou *juristocracy* (Ran Hirschl).

Pela objeção do ativismo judicial, não é lícito entender o papel do Judiciário como o órgão responsável pela coordenação e articulação de políticas públicas, sob pena de indevida interferência na órbita de competências dos poderes políticos.

Esta última está fundamentalmente contida naquela primeira, razão pela qual será o problema maior da legitimidade o qual analisaremos.

De fato, por um lado, nenhum tribunal conservaria sua legitimidade sem o respeito às competências dos poderes Executivo e Legislativo. Aliás, a declaração do estado de coisas inconstitucional na Sentença T-153/1998 bem ilustra esta necessidade e o risco de inefetividade das medidas judiciais resultantes de um ativismo expansivo e unilateral.

⁵⁸ Para uma descrição mais detalhada: HIRSCH, Danielle Elyce. “A defense of structural injunctive remedies in south african law”. **Oregon Review of International Law**. v. 9. n. 1, 2007, p. 16-18.

⁵⁹ V.g., STRECK, Lenio Luiz. “Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo”. **Revista Consultor Jurídico**. out. 2015. <<https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso: 10/08/2020.

⁶⁰ ITURRALDE, Manuel. “Access to constitutional justice in colombia: opportunities and challenges for social and political change”. MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the global south: the activist tribunals of India, South Africa and Colombia**. cit., p. 398.

Por outro lado, inegável que, ao menos no contexto em que concedida a medida cautelar na ADPF 347/DF, o Judiciário gozava de palpável legitimidade para atrair a si a função de realizador de direitos fundamentais, sua performance institucional inclusive preponderando sobre a dos outros poderes⁶¹.

Pois bem, como, na expressão machadiana, atar as duas pontas entre estes dois pontos? Por primeiro, tem-se que o caráter absoluto das objeções precitadas deve ser contestado. Mauro Cappelletti, por exemplo, desenvolve cinco argumentos contra a objeção da legitimidade democrática, quatro dos quais se nos afiguram muito relevantes.

Segundo o autor italiano, o judiciário não é inteiramente privado de representatividade, já que as indicações de magistrados para as cortes constitucionais, dada sua natureza eminentemente política, possibilita aos representantes da sociedade certo “controle da filosofia política da Corte”, de maneira que nunca permanece a corte muito tempo em contraste com a filosofia prevalecente nas maiorias políticas no poder dentro do país⁶².

A apreciação da Corte Warren parece conferir razão a esse raciocínio. Ora, esta trabalhou conjuntamente com o Executivo, durante o *New Deal*, para estender o alcance do liberalismo programático da “nova ordem”. Em uma palavra, *Big governments* necessitam *Big Courts* para que as doutrinas políticas daquela possuam maior alcance institucional⁶³.

E continua Cappelletti: os tribunais podem dar importante contribuição à representatividade geral do sistema permitindo o acesso ao processo judicial e, assim, dar proteção a grupos que não estariam em condições de acessar o processo político⁶⁴. Impossível não rememorar aspectos da própria doutrina da Corte Constitucional colombiana nesta direção (cf. Sentencia T-153/1998).

Ainda com o autor italiano, um sadio sistema democrático tem a capacidade de intervir e corrigir a situação patológica, mediante instrumentos de controles recíprocos. A norma judicial inaceitável pode ser corrigida mediante ato legislativo ou revisão constitucional⁶⁵.

Finalmente, uma democracia não sobrevive se ficam desprotegidos os direitos e liberdades fundamentais e o contrário é verdadeiro. A preservação da liberdade exige a distribuição do poder de acordo com um eficiente sistema de freios e contrapesos⁶⁶. Somente um Judiciário elevado à estatura

⁶¹ PEDRA, Anderson Sant’Ana. “Parâmetros para a verificação da omissão legislativa inconstitucional”. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. v. 5. n. 20. out./dez. 2011, pp. 181-210; HARGER, Marcelo. “O estado de direito brasileiro e a quebra no princípio da tripartição dos poderes”. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 13. n. 50. jan./mar. 2005, p. 108-114; VELLOSO, Carlos, “O Judiciário, fortaleza de direitos”. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 11. n. 45. out./dez. 2003, p. 105; CASTRO, Flávio de Almeida Viveiros de. “O papel político do poder judiciário”. **Revista da EMERJ**. v. 3. n. 11. 2000, p. 185.

⁶² CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** cit., p. 96-7.

⁶³ TUSHNET, Mark. “The new constitutional order and the chastening of constitutional aspiration”. **Harvard law review**, v. 113. nov. 1999, p. 56-7 e 63-4.

⁶⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** cit., p. 99.

⁶⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** cit., p. 100-1.

⁶⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** cit., p. 103.

dos outros poderes políticos comporia contrapeso adequado à atuação daqueles dois outros, e vice-versa.

Dessa sorte, mostra-se perigoso conferir caráter absoluto à objeção da legitimidade democrática, o verdadeiro problema não sendo de abstrata legitimação, aduz Cappelletti, mas sobretudo de restrições concretas à criatividade judiciária, a qual se manterá legítima enquanto prestar obediência a primados de autocontenção⁶⁷.

5.2 TRANSPLANTE CONSTITUCIONAL E AFINIDADES ENTRE OS FUNDAMENTOS DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A JURISPRUDÊNCIA DO STF

O tratamento da problemática envolvendo o transplante constitucional da doutrina colombiana transita por observações relativas às deficiências do sistema jurisdicional brasileiro para tutela de realidades constitucionais consolidadas.

Nesse tocante, impossível não reparar que os instrumentos de controle de constitucionalidade brasileiro tendentes a atacar omissões do Poder Público (mandado de injunção e ADI por omissão) são voltados a resolver questões de falta de enunciado normativo.

Notificar a mora do Congresso Nacional na edição de normas ou prover base normativa para situações de lacuna não resolverá tais violações, as quais se assentam no campo das omissões estruturais. Há autores que vão mais longe ao afirmar a absoluta fragilidade e a não eficácia de tais meios para controlar omissões inconstitucionais⁶⁸.

E, à diferença da quase totalidade das constituições latino-americanas, o Brasil não detém remédio o qual, como o amparo ou a ação de tutela, permita a proteção imediata de direitos fundamentais (o mandado de segurança seria um “amparo manco”).

Demonstra-se, desta feita, uma ausência de instrumentos judiciais no sistema brasileiro para tratar realidades constitucionais consolidadas. Agora, resolve-se tal deficiência por intermédio de transplante constitucional?

A impossibilidade de se transplantar uma técnica jurisprudencial estrangeira para o sistema brasileiro foi talvez o principal argumento que o procurador estadual Thiago Luís Sombra se valeu, na tribuna do STF, para a não concessão da Medida Cautelar pedida na ADPF 347/DF.

Deveras, a transposição de doutrinas externas pode se provar expediente perigoso, ainda mais por não envolver, igualmente, um “transporte do contexto” o qual originou dada doutrina.

⁶⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** cit., p. 103. Alude-se à doutrina de Alexander Bickel das “virtudes passivas”.

⁶⁸ Cf. CLÈVE, Clémerson. “A eficácia dos direitos fundamentais sociais”. **Revista de direito constitucional e internacional**, v. 54, jan. 2006, p. 31.

O transplante constitucional (*constitutional borrowing*) não se trata de um método de simples consulta ao direito comparado, podendo se impregnar de ilegitimidade quando implique numa decisão judicial desconforme às leis e à constituição da corte aplicadora do entendimento estrangeiro. O recurso ao direito estrangeiro, para ser democrático, deve ser justificado e subserviente às leis e constituição domésticas, mormente nos casos em que assume o papel de verdadeiro fundamento do pronunciamento jurisdicional⁶⁹.

Cuida-se de prática ao mesmo tempo complexa e recorrente, que sofre influxos da intensificação da agenda global de direitos humanos e dos processos de internacionalização dos tratados de direitos humanos⁷⁰.

O fenômeno pode ser definido como prática interpretativa caracterizada por um esforço deliberado direcionado a conectar diferentes domínios constitucionais, objetivando fins de persuasão⁷¹ ou a constituição de elemento conclusivo da decisão⁷².

Assim, quando cortes constitucionais engajam em diálogos entre si, pratica-se *constitutional borrowing*, sendo possível tratar do estado de coisas inconstitucional à luz de tal fenômeno. Exclui-se da definição os usos de direito estrangeiro que não assumam qualquer função na fundamentação do pronunciamento, sendo meros *obiter dicta*.

Não se deve pensar que tais transplantes acontecem apenas no campo judicial: as práticas de transplante são bem mais difundidas do que se pensa, e são feitas igualmente pelo Legislativo e Executivo (no exercício de suas competências legislativas). O caso do estado de coisas inconstitucional, entretanto, em sendo técnica jurisprudencial, faz-nos delimitar o objeto deste tópico no diálogo jurisdicional.

Acurando a análise, afirma-se que o uso da técnica colombiana pelo Brasil traduz espécie do chamado diálogo horizontal, caracterizados pela ausência de vinculação jurídico-formal, no qual o acolhimento ou rejeição das razões constantes do direito estrangeiro dependem do entendimento de justiça e direito do aplicador⁷³.

Alguns exemplos de transplantes constitucionais jurisdicionais incluem: *disregard doctrine* (desconsideração da personalidade jurídica), *vorbehalt des möglichen* (reserva do possível) e *unvereinbarkeitserklärung* (declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade).

⁶⁹ DIAS, Roberto; MOHALLEM, Michael Freitas. “O diálogo jurisdicional sobre direitos humanos e a ascensão da rede internacional de cortes constitucionais”. In FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. **A jurisprudência e o diálogo entre tribunais: A proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, pp. 156-158.

⁷⁰ In FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. **A jurisprudência e o diálogo entre tribunais**, p. 172.

⁷¹ TEBBE, Nelson; TSAI, Robert L. “Constitutional borrowing”. *Michigan law review*. v. 108, p. 463.

⁷² In FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. **A jurisprudência e o diálogo entre tribunais**, p. 156.

⁷³ In FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. **A jurisprudência e o diálogo entre tribunais**, p. 163.

O STF, com efeito, concede assento privilegiado às criações jurisdicionais da Suprema Corte norte-americana e do Tribunal Constitucional Federal alemão, além de outras cortes europeias. Os transplantes constitucionais realizados com as doutrinas citadas nem de longe suscitaram debate das proporções que presentemente se vê com a criação colombiana.

Virgílio Afonso da Silva registra surpreendente levantamento de precedentes do STF datado de 2010 no qual, da amostragem colhida, encontrou-se 80 casos que referenciavam a *Supreme Court*, enquanto 58 aludiam ao *BVerfG*⁷⁴.

Frente a estes números, declara Virgílio Afonso da Silva que a jurisprudência do STF é altamente permeável a argumentos utilizados em alguns tribunais de outros países, mas “ignora por completo a jurisprudência dos tribunais dos países vizinhos, que são justamente aqueles que, em alguns âmbitos, têm problemas muito semelhantes aos brasileiros”⁷⁵.

Nada obstante, a jurisprudência do STF mostra contornos muito afinados aos rudimentos da doutrina do estado de coisas inconstitucional (proteção à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, preocupação com a efetividade dos direitos sociais e garantia do mínimo existencial). Ora, não se pode demitir, a corte constitucional, “do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais” (RTJ 199-3/1224).

De fato, desde após a entrada à existência da Constituição de 1988, a Corte Suprema passou a apresentar paulatinamente em seus julgados uma tendência a incluir no controle de constitucionalidade o controle de políticas públicas (RTJ 175-3/1212s., 185-3/794), instrumento por excelência de efetivação dos direitos de segunda geração.

Por outro lado, já existem há algum tempo, firmes e sedimentadas, as seguintes linhas jurisprudenciais relevantes: possibilidade do Judiciário, em bases excepcionais, determinar a implementação de políticas públicas, quando definidas pela CF e para evitar que sejam atacados os preceitos deste diploma (RTJ 199-3/1219); a implementação de tais políticas públicas não interfere na discricionariedade dos dois outros poderes (RT 902/158 - AI 734.487-AgR/PR); e o limite da reserva do possível é o mínimo existencial ou o núcleo básico dos direitos fundamentais (RTJ 200/191).

Ainda: enfocando momentaneamente a questão do sistema penitenciário brasileiro, o que se seguiu ao RE 592.581/RS⁷⁶ foi ver-se, no RE 641.320/RS, o relator Gilmar Mendes autorizando, no

⁷⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. “Integração e diálogo constitucional na América do Sul”. In BOGDANDY, Armin von [et al] (Coords.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 529.

⁷⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. “Integração e diálogo constitucional na América do Sul”. In BOGDANDY, Armin von [et al] (Coords.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**, p. 530.

⁷⁶ Tema 220: “Competência do Poder Judiciário para determinar ao Poder Executivo a realização de obras em estabelecimentos prisionais com o objetivo de assegurar a observância de direitos fundamentais dos presos.”

cumprimento de pena, a progressão de regime em caso de falta de estabelecimento penal adequado; e determinando ao Conselho Nacional de Justiça a “elaboração de um projeto de estruturação do Cadastro Nacional de Presos”, tudo isto com menção feita à ADPF 347/DF.

A breve exposição jurisprudencial sugere convergência das preocupações do STF com as da Corte Constitucional ao compelir os outros poderes ao exercício de suas competências para resolver situações inconstitucionais numa perspectiva geral, tudo sob a pauta unificadora da efetivação de direitos fundamentais e a superação da proteção unicamente à dimensão subjetiva dos direitos fundamentais.

Havendo chegado a esse ponto, convém parar e sintetizar: i) a jurisprudência do STF se mostra afinada a posturas mais ativas no pertinente a implementações de políticas públicas inexistentes ou insuficientes; ii) ela igualmente se compadece com o uso do direito jurisprudencial estrangeiro como elemento decisório; iii) as atribuições da jurisdição constitucional são vocacionadas a buscar a efetivação de direitos fundamentais de segunda geração.

Dessa sorte, o quebra-cabeça envolvendo a compatibilidade do Estado de Coisas Inconstitucional já se mostra satisfatoriamente feito, considerando os propósitos deste trabalho, para nos firmarmos pela possibilidade de compatibilização da doutrina colombiana do estado de coisas inconstitucional com a jurisprudência do Tribunal Supremo.

6 CONCLUSÃO

Ao cabo do trabalho, repassando seus diversos itens, deparamo-nos com um retrato suficiente dos pontos que gostaríamos de abordar. Retirando por um momento as lentes analíticas que guiaram estas páginas e olhando por inteiro este mesmo retrato, cremos se encontrarem aí os elementos necessários a uma sóbria resposta pela possibilidade, tanto teórica quanto prática, de compatibilização do estado de coisas inconstitucional com o direito brasileiro.

O estado de coisas inconstitucional é uma técnica jurisprudencial preordenada ao desfazimento de situações de bloqueio institucional ocasionadas por prolongadas omissões de diversos poderes estatais, tudo isto culminando em massivas e sistemáticas violações a direitos fundamentais. Por intermédio dele, dita-se ordens aos poderes políticos e outros atores públicos para que exercitem suas competências no sentido de dismantelar o estado de coisas violador da constituição.

Seu desenvolvimento foi dado pela Corte Constitucional colombiana, no exercício de função marcadamente vanguardista, a qual abarca uma avaliação política das atividades dos poderes políticos.

Malgrado não o seja, o STF reúne competências típicas de uma corte constitucional e sua jurisprudência sugere uma inquestionável aproximação com posturas mais assertivas de sua parte (sobretudo em matéria de sistema penitenciário), estas rumadas à superação de bloqueios institucionais e à catalisação dos dois outros poderes em direção respostas estruturais para problemas igualmente estruturais.

REFERÊNCIAS

- BELAUNDE, Domingo García. “Los tribunales constitucionales en América Latina”. **Revista de Derecho Político**. v. 61. 2004;
- BOGDANDY, Armin von [et al] (Cords.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010;
- CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. 2. ed. Salvador: Juspodvim. 2019;
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993;
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre: Fabris, 1999;
- _____. “O controle de constitucionalidade das leis no sistema das funções estatais”. **Revista de direito processual civil**. v. 2. n. 3, jan./jun. 1961;
- CASTRO, Flávio de Almeida Viveiros de. “O papel político do poder judiciário”. **Revista da EMERJ**. v. 3. n. 11, 2000;
- CAVALCANTE, Diogo Lopes. “Estado de coisas inconstitucional diante das inovações da jurisdição constitucional”. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 104. nov./dez. 2017;
- CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José. “Judicial activism in a violent context: the origin, role and impact of the colombian Constitutional Court”. **Washington University Global Studies Law Review**. v. 3. n. 4, 2004;
- CIDH. **Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia**. Washington, 2013;
- CLÈVE, Clémerson. “A eficácia dos direitos fundamentais sociais”. **Revista de direito constitucional e internacional**. v. 54. jan. 2006;

COELHO, Inocêncio Mártires. “A dimensão política da jurisdição constitucional”. **Revista de direito administrativo**. v. 225. 2001;

“Conférence de M. James Beck sur la Cour Suprême des États-Unis”. **Bulletin de la Société de législation comparée**. v. 51. Paris: La Société, 1922;

DUVERGER, Maurice. **Institutions politiques et droit constitutionnel**. 5 ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1960;

FARIA, Adriana Ancona de. **O ativismo judicial do STF no campo político-eleitoral: riscos antidemocráticos**. 2013. 171 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013;

FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. **A jurisprudência e o diálogo entre tribunais: A proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016;

FISS, Owen M. **The civil rights injunction**. Indiana University Press, 1978;

FONTELES, Samuel Sales. “O inconstitucional estado de coisas: ficção e realidade”. **Revista de Processo Comparado**. v. 7. jan./jun. 2018;

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. São Paulo: Forense, 2013;

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Breno Siebeneichler. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997;

HARGER, Marcelo. “O estado de direito brasileiro e a quebra no princípio da tripartição dos poderes”. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 13. n. 50. jan./mar. 2005;

HIRSCH, Danielle Elyce. “A defense of structural injunctive remedies in south african law”. **Oregon Review of International Law**. v. 9. n. 1, 2007;

LAZARI, Rafael de; PIRES, Hugo. “Estado de coisas inconstitucional: um dilema judiciário da contemporaneidade”. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 100. mar./abr. 2017;

MACGREGOR, Eduardo Ferrer. **Ensayos sobre derecho procesal constitucional**. México: Porrúa, 2004

MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the global south: the activist tribunals of India, South Africa and Colombia**. Cambridge University Press, 2013;

MONTESQUIEU. **De l'esprit des lois**. Paris: Garnier, s/d;

PEDRA, Anderson Sant'Ana. "Parâmetros para a verificação da omissão legislativa inconstitucional". **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. v. 5. n. 20. out./dez. 2011;

PINTO, Luis Ricardo Gómez. **El juez de las políticas públicas: del estado de cosas inconstitucional en la política económica**. Bogotá: Ibañez, 2012;

SOUZA, Marcio Scarpim de. "Estado de coisas inconstitucional: da experiência colombiana à aplicação pelo STF na ADPF 347". **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 111. jan./fev. 2019;

STRECK, Lenio Luiz. "Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo". **Revista Consultor Jurídico**. out. 2015. <<https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso: 10/08/2020;

TEBBE, Nelson; TSAI, Robert L. "Constitutional borrowing". **Michigan law review**. v. 108. 2009;

TUSHNET, Mark. "The new constitutional order and the chastening of constitutional aspiration". **Harvard law review**. v. 113. 1999;

VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés. "La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano em sede de acción de tutela: el llamado 'Estado de cosas inconstitucional'". **Revista del Centro de Estudios constitucionales**. v. 1. n. 1, 2003;

VELLOSO, Carlos, "O Judiciário, fortaleza de direitos". **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 11. n. 45. out./dez. 2003;

WARD, Kenneth [et al] (coord.). **The judiciary and american democracy**. Alexander Bickel, the countermajoritarian difficulty and contemporary constitutional theory. New York: State University of New York Press, 2005.