

A APLICAÇÃO DA TEORIA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL: UM OLHAR SOBRE AS POSSIBILIDADES E DIFICULDADES DA UTILIZAÇÃO DESSA TEORIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO¹

João Rezende de Almeida Oliveira

Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (1985). Especialização na Organização Iberoamericana de Seguridad Social – OISS (Madrid). Doutor em Direito pela Universidad Complutense de Madrid, sob orientação do Professor Catedrático Don Efrén Borrajo Dacruz. Professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília – UCB/Distrito Federal, Campus de Taguatinga. *E-mail:* <joão@ucb.br>.

Júlio Edstron S. Santos

Doutorando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Mestre em Direito Internacional Econômico pela Universidade Católica de Brasília/Distrito Federal. Coordenador de Ensino a Distância do Instituto Anasps em Brasília. Professor do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Unieuro do Distrito Federal, *Campus* de Águas Claras. Membro dos grupos de pesquisa Núcleo de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor (NEPATS) da UCB/DF e Direito e Religião, Políticas Públicas do UNICEUB. *E-mail:* <edstron@yahoo.com.br>.

Vinicius Araújo Gonçalves

Graduado em Direito pela Universidade Católica de Brasília, *Campus* de Taguatinga. Especialista em Direito. Núcleo de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor (NEPATS) da UCB/DF. *E-mail:* <vinicius21@gmail.com>.

¹ Trabalho elaborado com base nas discussões estabelecidas no Núcleo de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor (NEPATS) da Universidade Católica de Brasília – UCB/Distrito Federal, *Campus* de Taguatinga UCB/DF.

Resumo: Por meio da revisão bibliográfica e estudo de caso, nacionais e colombianos, apresentamos os principais fundamentos de como a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional surgiu da atuação da Corte da Colômbia. Essa teoria tem a finalidade de dar cabo a situações fáticas que violam direitos fundamentais de forma massiva, genérica e sistêmica. Tais violações são atribuíveis, direta ou indiretamente, a uma pluralidade de autoridades, o que gera um quadro de verdadeiro bloqueio institucional. O Poder Judiciário foi acionado para buscar a superação desse estado calamitoso. Nesse sentido, houve reconhecimento do ECI pela Corte Constitucional colombiana e, a partir desse reconhecimento, foi possível a adoção de medidas conducentes à efetivas em prol dos direitos vulnerados. Como consequência e consonância, o Supremo Tribunal Federal, por meio de uma arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF (347), foi provocado a se manifestar sobre a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional em relação ao sistema penitenciário brasileiro. Por meio da medida cautelar da referida ADPF, o ECI foi reconhecido. Portanto, este trabalho tem a finalidade de analisar a aplicação da teoria do ECI em nosso país, principalmente apontada à sua capacidade para efetivar direitos fundamentais.

Palavras-chave: Teoria do estado inconstitucional de coisas. Direitos fundamentais. Efetivação dos direitos fundamentais.

Sumário: 1 Introdução – 2 A Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional: contextualização e definições – 3 Violação de direitos e garantias fundamentais na ordem jurídica brasileira – 4 A in(aplicabilidade) da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional como instrumento para efetivação dos direitos e garantias fundamentais – 5 Considerações finais – Referências

A liberdade, Sancho, não é um pedaço de pão.
(DOM QUIXOTE)

1 Introdução

O Estado é o guardião dos direitos! Ele os reconhece em sua Constituição e nas leis, bem como os poderes estatais têm o dever de implementá-los, sendo, inclusive, essa uma obrigação constitucional no Brasil, tendo em vista que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, tal como estabeleceu o art. 5º, §1º, da Constituição de 1988.

Porém, na atualidade, há diversos setores e programas públicos essenciais que estão à beira de um colapso no Brasil, como, por exemplo, o nosso sistema penitenciário. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já aplicou em um julgado a teoria estrangeira do Estado de Coisas Inconstitucional, deixando espaço para a discussão acadêmica por parte da doutrina sobre a efetividade e aplicabilidade daquela teoria no sistema jurídico brasileiro.

Temos que a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional tem o objetivo de efetivar direitos fundamentais que se encontram em situação de extrema violação, geralmente devido à inércia estatal. Essa teoria tem origem na Corte

constitucional colombiana e, recentemente, foi internalizada na ordem jurídica brasileira principalmente pela atuação do Supremo Tribunal Federal.

O instrumento jurídico utilizado por nossa Corte Constitucional para abordar essa temática foi a arguição de descumprimento de preceito fundamental, ação do controle concentrado de constitucionalidade, a qual compete ao Supremo Tribunal Federal o seu processamento e julgamento. Assim, por meio da ADPF nº 347, o STF foi provocado a se manifestar sobre a existência de um Estado Inconstitucional de Coisas em relação ao sistema penitenciário brasileiro.

Na medida cautelar da respectiva ação constitucional, o STF acolheu a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, afirmando a existência de um quadro de violação massiva, genérica e sistêmica de direitos fundamentais, em decorrência de ações e omissões do Poder Público da União, dos Estados e do Distrito Federal. A despeito da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, houve o julgamento do mérito da própria ADPF.

Nessa linha de intelecção, este trabalho acadêmico buscou responder à seguinte problematização: a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional é um instrumento jurídico capaz de efetivar direitos e garantias fundamentais na ordem jurídica brasileira?

Pelo exposto, nosso objetivo geral foi a análise da possibilidade da Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional ser um instrumento capaz de efetivar direitos e garantias fundamentais na ordem jurídica brasileira. Para alcançar o objetivo geral, foram perseguidos os objetivos específicos de: examinar os elementos que circundam a aplicação desta teoria, delimitar o conceito e pressupostos para sua aplicação, bem como apontar as repercussões de sua utilização pelo direito brasileiro.

Em seguida, analisamos a sua aplicação, mormente os aspectos fáticos e processuais, na ordem jurídica brasileira. Os institutos correlatos e as repercussões também serão abordados, tais como o ativismo judicial, ativismo de diálogo, direitos fundamentais e omissões inconstitucionais, também com o desiderato de se observar as consequências, inovações e diferencial da aplicação dessa teoria.

Esse tema foi escolhido por apresentar relevantes discussões, tanto do ponto de vista jurídico quando do ponto de vista social. Isso porque a utilização dessa teoria repercute e influi sobre temas, como direito, fundamentais, em uma perspectiva de graves violações, sobre a separação de poderes e sobre políticas públicas e ativismo judicial, tendo em vista que o que já foi utilizado pela jurisprudência do STF acarreta repercussões no ordenamento jurídico brasileiro.

A metodologia utilizada para alcançar os objetivos explicitados foi a revisão bibliográfica, estudos de caso e o método hipotético-dedutível, tendo em vista que

esses foram os instrumentos mais adequados para aproximar e aprofundar sobre as irradiações do objeto do trabalho, com o levantamento bibliográfico e doutrinário de artigos científicos, doutrinas, legislações e jurisprudências correlatos ao tema. Quanto aos procedimentos técnicos, foi utilizado o método do estudo de caso, porquanto foi o instrumento fundamental para o esboço desenvolvimento do tema, em virtude da possibilidade de análise de casos jurisprudenciais e doutrinários, especialmente a comparação entre autores nacionais e internacionais que integram o presente *paper*.

Um aspecto relevante é que foram apresentados e analisados os principais julgados da Corte Constitucional colombiana relativos à Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, bem como foram apresentados e debatidos autores nacionais e internacionais, cotejando-os com a ADPF nº 347, para apresentarmos as semelhanças e diferenças na aplicação da Teoria de Estado de Coisas Inconstitucional nos ordenamentos jurídicos discorridos.

Este trabalho é composto de três capítulos, que convergem aos objetivos expostos. O primeiro capítulo trata da contextualização, história e elementos fundamentais da teoria do ECI, bem como foi feita uma análise de precedente na Corte Constitucional da Colômbia. A segunda parte busca analisar a teoria do ECI sob a ótica da ordem jurídica brasileira, com ênfase na APDF nº 347 e no sistema penitenciário brasileiro. O terceiro e último ponto busca analisar essa teoria como instrumento para a efetivação de direitos e garantias fundamentais, inclusive sob o aspecto de inovação e de diferencial e apresentando os principais questionamentos para a sua efetivação.

O nosso ponto central é que, apesar de ter sido aplicada pelo STF na ADPF nº 347, a Teoria do ECI ainda carece de análises que demonstrem a sua efetividade, já que, ao se declarar o problema, apenas se iniciou o seu processo de resolução. Também é necessário demonstrar que a sua utilização deve ser utilizada com grande zelo para que não agrida os princípios constitucionais sensíveis, como a separação de poderes.

2 A Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional: contextualização e definições

Devido ao avanço da jurisdição constitucional e do avanço do fenômeno chamado de ativismo judicial, a partir da década de 1980, em países que passaram por sérios conflitos sociais, como Hungria, Índia, Brasil e Colômbia, houve o desenvolvimento de instrumentos judiciais de efetivação dos direitos

fundamentais, como, por exemplo, a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, tal como demonstraram Ribas e Bezerra (2018).

A Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional nasceu na Colômbia com o reconhecimento de um quadro complexo de mazelas sociais em que os direitos fundamentais são aviltados por ações e omissões estatais. Do plano teórico, houve o reconhecimento jurisprudencial nas cortes colombianas e, pela pena do Ministro Barroso, sua aplicação no Brasil.

Contextualizamos que o Estado atrai para si uma gama de deveres e responsabilidades para a consecução de seu fim precípua, que constitui não somente a busca do interesse público e social, mas, principalmente, a observância dos direitos e garantias fundamentais. À guisa do expandido, o constitucionalista Alexandre de Moraes (2017, p. 176) assevera que:

Evidentemente, a dinâmica de articulação entre os Poderes do Estado passou por mudanças que vêm se desenvolvendo gradualmente; contudo, foi com a noção de Estado Democrático de Direito e de Constituições substanciais (materialmente vinculantes), inauguradas com o novo constitucionalismo (pós-bélico), que, fundamentalmente, passou-se a configurar um modo diferenciado de se pensar a separação dos Poderes. Isso porque, a partir deste Constitucionalismo Contemporâneo, a pauta de atuação dos Poderes passou a ser a concretização dos direitos fundamentais.

Nessa conjuntura, o Estado, além de elencar direitos, é também responsável pelo seu resguardo e efetivação. Todavia, o Poder Público nem sempre consegue prover qualitativamente a efetivação desses direitos, seja por insuficiência de recursos, seja pela má gestão da máquina pública, o que pode dar origem a uma violação sistêmica de direitos e garantias.

Sarmiento (2017, p. 28) destaca que “muitas das normas constitucionais estão longe da efetividade, e que ainda há uma enorme distância entre as promessas generosas contidas na Constituição de 88 e o quadro social brasileiro”. Destarte, afirma ainda que é inegável a persistência no Brasil da exclusão social e da generalizada violação de direitos dos grupos desfavorecidos.

Exatamente nesse panorama, de violação de direitos, que exsurge a Teoria do Estado Inconstitucional de Coisas ou Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, teoria esta que tem o desiderato de reverter essas situações de descumprimento dos direitos e garantias fundamentais a partir de suas características e pressupostos.

2.1 A Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional na jurisprudência colombiana

A aplicação da Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional teve a sua origem na Corte Constitucional colombiana, expressão utilizada pela primeira vez, especificamente, na *Sentencia de Unificación (SU) 559*, em 1997.

O objeto da demanda vinculado na *Sentencia de Unificación 559* consistia na inobservância de prestações sociais destinadas a professores, autores da ação, que haviam trabalhado por vários anos junto aos municípios de *María la Baja y Zambrano*, mas que, por não estarem filiados a nenhuma casa ou fundo de prestação social, não haviam recebido as determinadas prestações em matéria de saúde.

Naquele caso, havia um desconto mensal de um percentual de seus salários para efeito daquelas prestações; todavia, os prefeitos não reconheciam filiações a nenhum fundo e, outrossim, alegavam a ausência de recursos suficientes para dar cumprimento à eventual resultado favorável da demanda. Nessa linha, o problema jurídico residia em estabelecer se os prefeitos dos municípios estariam ou não vulnerando os direitos fundamentais dos docentes por meio da omissão da filiação e das prestações sociais, conforme argumentação suscitada.

A Corte Constitucional colombiana decidiu que os docentes teriam o direito de serem tratados em igualdade de condições com os demais servidores estatais, independentemente da fonte de custeio, tendo em vista que eram remunerados por esses entes e que contribuía para o sistema de prestações.

Destarte, o indeferimento de filiação ao Fundo de Nacional de Prestações Sociais de Magistério constituiu uma violação ao direito de igualdade e, não obstante, o inadimplemento dessas obrigações foi decorrente de condutas irregulares atribuídas às autoridades, e não aos docentes. Essas irregularidades consistiam na falta de planejamento e capacidade de pagar e garantir à remuneração completa dos docentes, na inadequada forma de cálculo e distribuição de prestações e na errônea concentração dos educadores públicos em grandes centros urbanos, gerando a sobrecarga das finanças públicas.

Esse cenário determinava um estado que violaria a Constituição colombiana, porquanto os educadores estariam sofrendo um tratamento aviltante diante da impossibilidade de acesso às prestações sociais de saúde de forma igualitária. Portanto, a ação foi julgada procedente e se determinou o prazo de um ano para afiliação dos docentes.

A Corte Constitucional colombiana ressaltou também o aspecto coletivo que a demanda apresentava, tendo em que vista que, apesar de apresentada de modo

individual, o objeto alcançava um número grande de docentes na mesma situação e que não faziam parte da ação, mas mereciam a mesma proteção estatal.

Em relação à natureza coletiva das ações submetidas à declaração do ECI, o jurista colombiano César Rodríguez Garavito (2014, p. 37) asseverou que:

Un estado de cosas inconstitucional es un concepto desarrollado por la Corte Constitucional colombiana para ocuparse de situaciones excepcionales en las que la violación colectiva de derechos fundamentales de un grupo de personas es de tal grado, que la resolución individual, caso por caso, de las violaciones de derechos sería insuficiente para ocuparse del problema y causaría una acumulación grave de casos en la Corte.

Assim, tendo em vista a possibilidade de haver uma futura multiplicidade de processos individuais, a Corte Constitucional determinou a expedição, de imediato, de ordens para as autoridades públicas competentes para que adotassem medidas conducentes a eliminar os fatores que gerariam um estado de coisas abertamente inconstitucional, fundamentada no dever de colaboração de maneira harmônica entre outros órgãos do Estado para realização dos seus fins, mormente perante um estado de coisas que viola sua Constituição. À guisa do expendido, a Corte Constitucional resolveu:

Primero.- DECLARAR que el estado de cosas que originó las acciones de tutela materia de esta revisión no se aviene a la Constitución Política, por las razones expuestas en esta providencia. Como, al parecer, la situación descrita se presenta en muchos municipios, se advierte a las autoridades competentes que tal estado de cosas deberá corregirse dentro del marco de las funciones que a ellas atribuye la ley, en un término que sea razonable.; Segundo.- ORDENAR que para los efectos del numeral primero se envíe copia de esta sentencia al Ministro de Educación, al Ministro de Hacienda y Crédito Público, al Director del Departamento Nacional de Planeación y a los demás miembros del CONPES Social; a los Gobernadores y las Asambleas Departamentales; y a los Alcaldes y los Concejos Municipales; Tercero.- En consecuencia, REVOCAR los fallos proferidos por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cartagena y por el Juzgado Civil del Circuito de Carmen de Bolívar, los días 28 y 30 de octubre de 1996, respectivamente. En su lugar, se CONCEDE a los demandantes la tutela de su derecho a la igualdad. En consecuencia, los municipios demandados deberán, dentro del año siguiente a partir del primero (1º) de enero de 1998, adelantar y culminar el trámite de

afiliación de los actores al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; Cuarto.- Para lo de su competencia, enviar copia de esta sentencia al Procurador General de la Nación, al Defensor del Pueblo y al Contralor General de la República; Quinto.- Líbrense por Secretaría las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, y todas las demás comunicaciones que sean necesarias para dar efectivo cumplimiento a este fallo (SU-559, 1997).

Frente ao exposto, observa-se que as violações dos direitos e das prestações fundamentais sociais, sob a ótica do princípio da igualdade, geraram afrontas diretas à Constituição. Para sanar tais violações, foi necessária uma atuação proativa do Poder Judiciário, que, declarando o ECI, determinou a afiliação dos docentes e promoveu ações conjuntas de órgãos e autoridades públicas por meio da fixação de prazos e da expedição de notificações, recomendações e requerimentos.

2.2 Precedentes do ECI na jurisprudência da Corte Constitucional colombiana

A partir da declaração do ECI na *SU 559 - 1997*, em relação à violação do direito a prestações sociais para os docentes, a Corte Constitucional da Colômbia voltou a utilizar dessa teoria outras vezes, promovendo sua evolução e consolidação.

Seguindo, na *Sentencia T-025*, de 2004, a Corte colombiana enumerou expressamente sete situações em que havia declarado o Estado de Coisas Inconstitucional. Nesse sentido:

La Corte ha declarado en siete ocasiones la existencia de un estado de cosas inconstitucional. La primera vez, lo hizo ante la omisión de dos municipios en afiliar a los docentes a su cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a pesar de que se les hacían los descuentos para pensiones y prestaciones sociales previstos en la ley. Con posterioridad a esta sentencia, la Corte ha declarado un estado de cosas inconstitucional en seis ocasiones más: 1) por la situación de violación continua de los derechos de sindicatos y procesados detenidos en las distintas cárceles del país; 2) debido a la falta de un sistema de seguridad social en salud para los sindicatos y reclusos; 3) por la mora habitual en el pago

de mesadas pensionales, durante un período prolongado de tiempo, en los departamentos del Bolívar y 4) de Chocó; 5) por omisiones en la protección de la vida de defensores de derechos humanos y 6) por la omisión en la convocatoria de un concurso de méritos para el nombramiento de notários. (T-025, 2004)

As características de cada uma dessas sentenças evidenciam as necessidades e finalidades de se declarar o Estado de Coisas Inconstitucional. Por isso, será elaborada uma síntese dos casos em que fora declarado o ECI – além da SU 559, acima exposta – com vistas a observar o quadro fático em que tal teoria foi utilizada.

2.2.1 Sentencia T-068 de 1998 – direitos de petição

A *Sentencia T-068* de 1998 trazia em seu bojo a reclamação de direitos de petição, de igualdade, de seguridade social e de direitos trabalhistas. A alegação de tais violações era originada do não reconhecimento e não pagamento de pensões pelo órgão colombiano denominado CAJANAL (*Caja Nacional de Previsión Nacional*).

Nesse sentido, o problema jurídico residia em estabelecer se a ineficiência administrativa de CAJANAL em dar uma resposta eficaz às petições por seus afiliados estaria violando o direito fundamental de petição. No mérito, a Corte Constitucional decidiu que o comportamento ineficiente da CAJANAL estaria vulnerando o direito de petição dos filiados. Destarte, a Corte aduziu:

Esta Sala de Revisión concluye que la situación presentada en la entidad demandada produce un estado de cosas inconstitucional, lo cual no sólo afecta derechos individuales tendientes a viabilizar las pretensiones, a través de tutela, sino también afecta a todo el aparato jurisdiccional que se congestiona y lo afecta en la efectividad del cumplimiento oportuno de sus obligaciones. (T-068, 1998)

Em relação ao Estado de Coisas Inconstitucional, a Corte advertiu sobre a necessidade de medidas serem tomadas para superação das transgressões constitucionais, ressaltando o dever de colaboração entre os ramos do poder público, dirigidas a favorecer a efetividade dos direitos fundamentais e cumprimento dos fins e objetivos do Estado Social de Direito. Para tanto, determinou a adequação dos recursos humanos e econômicos necessários para que CAJANAL cumprisse suas obrigações legais e constitucionais.

Portanto, a teoria do ECI passa a evoluir principalmente no que concerne ao caráter colaborativo e integrativo que as decisões passam a tomar, demonstrando a necessidade de compromisso e participação do Poder Público. Em seguida, a Corte será provocada a se manifestar sobre o sistema carcerário, realidade que guarda semelhança com a brasileira.

2.2.2 Sentencia T-153 de 1998 – superlotação carcerária

A Corte Constitucional colombiana teve a oportunidade de declarar o ECI em relação ao sistema penitenciário. A *Sentencia T-153* de 1998 enfrentou a violação de direitos relacionados com a vida digna, salubridade, igualdade, privacidade e intimidade, dentro de um contexto de superlotação carcerária.

O problema jurídico consistiu em estabelecer se as condições em que se encontravam os encarcerados das prisões nacionais Modelo, de Bogotá, e Bellavista, de Medellín, constituíam uma violação massiva de direitos fundamentais. De fato, restou confirmado a real violação desses direitos, conforme se extrai da sentença:

Obviamente, la sobrepoblación en los centros de reclusión del país constituye una vulneración grave de la obligación del Estado de brindar condiciones dignas de vida a los internos. Sobre este punto no puede haber gran discusión cuando se constata que los presos duermen sobre el mismo suelo, que los lugares destinados a actividades comunes y los propios baños se convierten en dormitorios, etc. Además, es claro que el hacinamiento genera corrupción, extorsión y violencia, con lo cual se comprometen también los derechos a la vida e integridad personal de los internos. (T-153, 1998)

No mérito, ficou determinada a notificação da existência do Estado de Coisas Inconstitucional nas prisões para o Presidente da República da Colômbia, para os presidentes do Senado e Câmara, entre outros vários órgãos relacionados com a questão. Concomitantemente, foram determinados prazos para que medidas tendentes a reformar esse quadro fossem tomadas, como a separação dos presos, a realização de relatórios periódicos e reorganização dos presídios.

2.2.3 **Sentencia SU-250 de 1998 – concurso de notários**

A *Sentencia SU-250* declarou o ECI em relação ao descumprimento de um mandamento constitucional que determinava nomeação de notários por meio de concurso público. Em verdade, a autora da ação foi destituída de seu cargo notarial imotivadamente e acabou recorrendo ao Poder Judiciário reclamando o direito à igualdade, ao trabalho e ao devido processo.

Nesse sentido, o problema jurídico residia em determinar se esses direitos fundamentais haviam sido violados, o que foi, de fato, confirmado pela Corte. Destarte, foi reconhecido o direito de a demandante exercer o cargo interinamente, ampliando esta decisão – pelo ECI – a todos os notários em igual situação. A Corte Constitucional destacou que:

Como no se ha convocado a concurso para la designación de notarios en propiedad, lo cual ha debido hacerse en toda la República, se llega a la conclusión de que se está dentro de un estado de cosas abiertamente inconstitucional. La Corte Constitucional ha considerado que por mandato del artículo 113 de la Constitución “Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”. Y que, es dentro de este contexto que adquiere importancia la calificación que judicialmente se haga de la existencia de un estado de cosas inconstitucional, puesto que ello implica la necesidad de dar órdenes para que cese ese estado de cosas inconstitucional, y así se hará en la presente sentencia. (SU-250, 1998)

Portanto, a não realização do concurso para provimento e nomeações de notários violaria constituição pelo próprio descumprimento do mandamental constitucional, como também por impedir o acesso dos cidadãos aos determinados cargos.

Por fim, a Corte determinou: a explicitação das causas e da fundamentação, dentro de seis meses, para retirada da autora da ação do respectivo cartório; e a notificação do ECI para determinados órgãos responsáveis para elaboração do concurso de notários, dentro de seis meses, para concretização do mandamento constitucional.

2.2.4 **Sentencia T-559 de 1998 – não pagamento de pensões sociais**

Há vinte e quatro meses sem receber pagamento de pensão, cinquenta e nove beneficiários propuseram uma ação reclamando esse direito inadimplido pelo departamento de Chóco, unidade administrativa da Colômbia. Os direitos envolviam o mínimo vital, a vida, a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais das famílias.

Nesse sentido, o problema jurídico consistia em determinar se a omissão do pagamento das pensões violaria o direito à vida, à saúde e ao trabalho. Com efeito, restou assente que a ineficiência e ineficácia da administração no cumprimento de suas obrigações trabalhistas, notadamente o não pagamento das pensões, violaram os direitos dos autores. Assim também a Corte Constitucional colombiana ressaltou:

Tratándose de derechos fundamentales, la administración pública está obligada a cumplir con unos resultados y no simplemente con la puesta en obra de unos medios. En este sentido son, por lo menos hasta cierto punto, indiferentes las causas del retraso administrativo. La deliberada negligencia administrativa, las fallas ocasionadas por la ineptitud o incompetencia de los funcionarios o simplemente la ineficacia del sistema, no pueden ser presentadas como razones válidas para disculpar la protección de los derechos de las personas. [...] Por lo tanto, procede esta Corte, no solo a conceder el amparo solicitado sino también a prevenir a las autoridades del Departamento del Chocó para que tomen las medidas pertinentes en orden a poner fin a este estado inconstitucional de las cosas, de manera que deberá reiterarse lo afirmado en Sentencia de Unificación 559 de 1997 MP. (T-559, 1998)

Pelo exposto, reconheceu-se o Estado de Coisas Inconstitucional ocasionado pelo não pagamento de pensões e, mesmo ciente do déficit financeiro do departamento de Chocó, era imprescindível a tutela do mínimo vital aos envolvidos. Dessa forma, determinaram-se o pagamento das pensões aos autores e a comunicação das situações aos órgãos responsáveis para readaptação de suas estruturas para corrigir os parâmetros legais e constitucionais.

2.2.5 **Sentencia T-590 de 1998 – defensores de direitos humanos**

A Corte Constitucional colombiana foi acionada para manifestar-se sobre a violação do direito à vida, à igualdade e à integridade de um defensor de direitos humanos que teve seu pedido de transferência de local de trabalho negado.

Destacamos que, na Colômbia, é comum ataques a defensores de direitos humanos que trabalham junto a presídios, pois, dentre suas atribuições, incluem a própria denúncia e notificação de diversas infrações penais, ocasionando insegurança e perigo de vida. No mérito, o posicionamento da Corte foi categórico ao reconhecer a existência do ECI perante a ausência de proteção dos defensores de direitos humanos, decidindo:

DECLARAR que hay un estado de cosas inconstitucional en la falta de protección a los defensores de derechos humanos y, en consecuencia, HACER UN LLAMADO A PREVENCIÓN a todas las autoridades de la República para que cese tal situación, y, solicitar al Procurador General de la Nación y al Defensor del Pueblo que dentro de la obligación constitucional de guardar, proteger y promover los derechos humanos se le de un especial favorecimiento a la protección de la vida de los defensores de los derechos humanos. Y HACER UN LLAMADO a todas las personas que habitan en Colombia para que cumplan con el mandato del artículo 95 de la Constitución que los obliga a defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica. (T-590, 1998)

Nesse diapasão, os direitos fundamentais foram tutelados com a adoção de medidas destinadas tanto para as autoridades quanto para a sociedade, porquanto os direitos humanos deveriam ser protegidos de forma uníssona, de responsabilidade compartilhada. Não obstante, a falta de proteção dos defensores de direitos humanos, de forma coletiva, ofenderia a constituição de tal forma que exigiria a atuação conjunta da sociedade para sua cessação da violação.

2.1.6 **Sentencia T-025 de 2004 – deslocamento forçado de pessoas**

O deslocamento forçado de pessoas consiste em um fenômeno no qual grupos de pessoas são obrigados a se transferirem do local onde habitam em virtude de conflitos armados na Colômbia, envolvendo atos violentos e de

guerrilhas. Nesse sentido, “são diversos os motivos relacionados com o conflito que leva ao deslocamento forçado [...] ameaças diretas e indiretas, massacres, assassinatos, combates, recrutamento forçado, combates” (GRAVITO, 2010, p. 69).

Dentre os direitos afetados pelo deslocamento forçado, estão os da vida digna, da saúde, da educação, do mínimo existencial, do trabalho e da educação. Nesse sentido, a Corte Constitucional asseverou:

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 cosas. (T-025, 2004)

A Corte, de forma conclusiva, declarou a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional relativo às condições de vida da população deslocada. Portanto,

determinou tanto para as autoridades nacionais quanto para as autoridades locais, dentro de suas competências, a adoção de remédios corretivos que permitiriam superar o estado de coisas.

2.3 O conceito e os pressupostos para declaração do Estado de Coisas Inconstitucional

O ECI, em convergência com as características dos julgados expostos, consiste em uma decisão judicial declaratória por meio da qual é reconhecida uma situação de violação intensiva, massiva e generalizada de direitos fundamentais, decorrente de ações ou omissões das autoridades públicas, sendo necessário um intenso diálogo institucional, uma atuação conjunta e plural de diversos órgãos e autoridades envolvidas no contexto, tal como lecionou Jaramillo (2014).

À guisa do expandido, quando declarou o Estado de Coisas Inconstitucional, a Corte Constitucional colombiana afirmou existir um quadro insuportável de violação massiva de direitos fundamentais, decorrente de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas, agravado pela inércia continuada dessas mesmas autoridades, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público podem modificar a situação inconstitucional, tal como reconheceu Moreira (2017).

Também conforme o exposto, Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016, p. 186) define o ECI:

Defino o ECI como a 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 comandos normativos e a realidade social, e expedem ordens estruturais dirigidas a instar um amplo conjunto de órgãos e autoridades a formularem e implementarem políticas públicas voltadas à superação dessa realidade inconstitucional.

Já a Corte Constitucional colombiana, em algumas oportunidades, versou especificamente sobre o conceito do Estado de Coisas Inconstitucional, como, por exemplo, na *Sentencia T-025* de 2004, na qual aduziu que:

El concepto de estado de cosas inconstitucional ha evolucionado jurisprudencialmente desde 1997 cuando se declaró por primera vez.

En las sentencias más recientes sobre este fenómeno, de conformidad con la doctrina de esta Corporación, se está ante un estado de cosas inconstitucional cuando “(1) se presenta una repetida violación de derechos fundamentales de muchas personas - que pueden entonces recurrir a la acción de tutela para obtener la defensa de sus derechos y colmar así los despachos judiciales - y (2) cuando la causa de esa vulneración no es imputable únicamente a la autoridad demandada, sino que reposa en factores estructurales.

Nessa primeira passagem, o ECI foi evidenciado pela repetida violação de direitos fundamentais de várias pessoas, oriunda de problemáticas estruturais. Destarte, os direitos fundamentais constitucionalmente previstos são afetados de forma ampla, afetação originada de fatores estruturais, não imputáveis a uma única pessoa.

Com a declaração do ECI, o Poder Judiciário tem a oportunidade de demonstrar e alertar, tanto para as autoridades públicas quanto para a sociedade, que determinados direitos fundamentais estão afetados em grau tão elevado que é imprescindível uma imediata atuação conjunta dos órgãos e instituições para que essas ofensas sejam cessadas. Essa também é a posição adotada por parte da doutrina brasileira, que assim se manifestou sobre o tema:

(...) conclui-se que o Poder Judiciário não pode desconsiderar a repercussão social e política de suas decisões. Deve ocorrer uma maior aproximação entre as decisões prolatadas pelos magistrados e o Estado Social, através da superação de barreiras impostas pela hermenêutica tradicional (MEDA; BERNARDI, 2016).

Destarte, o Poder Judiciário, por meio da declaração do ECI, tem a importante função de promover o diálogo entre as instituições, porquanto ele não poderia, e nem conseguiria, por si só, sanar todas as violações, pois originadas de problemas estruturais. Portanto, além de determinar as primeiras medidas a serem tomadas, também convoca as outras instituições para atuação em conjunto.

Neste ponto, ressaltamos a excepcionalidade da declaração do ECI, uma vez que as medidas a serem adotadas para interrupção desse Estado Inconstitucional de Coisas poderão, até certo ponto, influenciar acentuadamente nas funções a ser exercer por outros poderes, o que, ao invés da promoção do diálogo institucional, ocasionaria uma indesejada interferência, sob o ponto de vista do princípio da separação dos poderes.

Nesse diapasão reside um ponto fulcral para a utilização da Teoria do Estado Inconstitucional de Coisas no Brasil, tendo em vista que a sua aplicação

no mínimo tangencia o princípio sensível da separação de poderes, já que há o protagonismo do Poder Judiciário. De forma prática, mesmo para a proteção dos direitos fundamentais, há limites que devem ser respeitados por todos os envolvidos.

Seguindo, para que seja declarado o Estado de Coisas Inconstitucionais, é necessário que sejam reconhecidos alguns pressupostos. A Corte Constitucional colombiana asseverou que, dentre os fatores valorados para existir um Estado de Coisas Inconstitucional, é importante destacar:

(I) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. 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; 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. (SENTENCIA T-025, 2004)

Nessa linha de intelecção, Campos (2016) os sintetiza, apontando a existência de pelo menos três pressupostos para que seja declarado o ECI, quais sejam:

(I) A constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo de pessoas; A falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e até judiciais, verdadeira “falha estatal estrutural”, que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação; A superação dessas violações de direitos exige a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes — são necessárias mudanças estruturais, novas políticas públicas ou o ajuste das existentes, alocação de recursos etc.

O primeiro pressuposto reconhece as violações, massivas e generalizadas, aos direitos fundamentais. Isso indica a violação ampla, que afeta um grande número de pessoas, e não tão somente de uma violação pontual ou individual. Essa constatação ressaltará a urgência das medidas a serem adotadas, necessariamente por meio de um amplo diálogo institucional.

Como decorrência do primeiro pressuposto, o segundo revela a origem das violações, que resultam não apenas da culpa de algum órgão ou entidade em específico, mas de uma gama de fatores imputáveis a vários responsáveis. Nesse sentido, observa-se uma falha estrutural, de ordem legislativa, administrativa, orçamentário ou judicial, envolvendo grande parte da máquina pública.

Enquanto o primeiro e segundo pressupostos demonstram a própria violação e sua origem, o terceiro expressou a forma da superação de tal panorama. Para tanto, o Poder Judiciário, reconhecendo os pressupostos anteriores, atuará para o efetivo diálogo institucional, com base na expedição de remédios e ordens públicas.

Por conseguinte, conforme destacam Vale e Silva Junior (2017), devido à transcendência e complexidade das situações em que se declara o ECI, o alcance deste não se limita a um cenário particular, incidindo sobre o campo processual, constitucional, fiscal, social e público.

Frente ao exposto, o Estado de Coisas Inconstitucional, técnica judicial destinada a superar um quadro de violações estruturais, pode ser utilizado de forma excepcional, mormente ante a presença: da constatação de violações massivas e generalizadas de direitos fundamentais; de omissões legislativas, administrativas, judiciais e orçamentárias; da necessidade da atuação conjunta de diversos órgãos e entidades administrativas perante a necessidade de transformação estrutural.

3 Violação de direitos e garantias fundamentais na ordem jurídica brasileira

A teoria do ECI exige, como um de seus pressupostos, a violação massiva e generalizada de direitos e garantias fundamentais. A premissa necessária de configuração desse pressuposto é, portanto, a própria existência de direitos e garantias a serem assegurados.

A ordem jurídica brasileira contempla uma diversidade de direitos e garantias fundamentais. A Constituição Federal brasileira de 1988, classificada democrática e analítica (BULOS, 2010), não poderia esgueirar-se da tutela de direitos fundamentais, que o fez, em verdade, de maneira bastante ampla.

Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2014, p. 282) destacam que, para a determinação de um direito como fundamental, é necessário averiguar sua dupla fundamentalidade formal e material, aduzindo:

É possível definir os direitos fundamentais como todas as posições jurídicas concernentes às pessoas (naturais ou jurídicas, consideradas na perspectiva individual ou transindividual) que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, expressa ou implicitamente, integradas à constituição e retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como todas as posições jurídicas que, por ser conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, tendo, ou não assento formal (SARLET, MARINONI E MITIDIERO, 2014, p. 282).

Tratando especificamente sobre direitos e garantias fundamentais, José Afonso da Silva (2005, p. 186) expressou que uma coisa são os direitos, outras, as garantias, pois devemos separar “as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitar o poder”. As primeiras instituem os direitos; as segundas, por sua vez, as garantias. Assim, o direito é a possibilidade de exercer poderes ou de exigir condutas. Garantias são instituições, condições materiais ou procedimentos colocados (BARROSO, 2014).

Dessa maneira, a Constituição brasileira trouxe a previsão de direitos e garantias fundamentais em seu segundo título, abarcando cinco espécies, quais sejam: direitos e deveres individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos.

Os direitos e garantias fundamentais são tratados pela própria Constituição como cláusulas pétreas, revelando sua extrema importância para o ordenamento jurídico na medida em que não pode haver proposta tendente a aboli-los. Apesar do art. 60, §4º, IV, da Constituição referir-se tão somente aos direitos e garantias individuais, entende-se que o legislador fez o uso da espécie quando pretendia fazer referência ao gênero. Desse modo, os direitos e garantias fundamentais como um todo é considerado cláusula pétrea.

O art. 5º da Constituição Federal brasileira de 1988 estabelece um rol não taxativo de direitos e garantias fundamentais, sendo certo que os direitos e garantias fundamentais não estão limitados aos daquele artigo, podendo estar espalhados em diversos dispositivos do texto constitucional. Nesse sentido, Mendes (2017, p. 133) aduz que: “Esses direitos e garantias individuais protegidos são os enumerados no art. 5º da Constituição e em outros dispositivos da Carta”.

É possível constatar que, pelo menos do ponto de vista teórico-abstrato, o ordenamento jurídico brasileiro atribui direitos fundamentais aos indivíduos, pessoas naturais ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras. Todavia, a despeito de ser classificada doutrinariamente como normativa – por supostamente estar em plena consonância com a realidade social, conseguindo efetivar e regular a vida política do Estado no aspecto prático –, não é incomum o sentimento social de descumprimento ou da falta de efetividade dos direitos constitucionalmente previstos.

O sentimento social do descumprimento dos direitos fundamentais não se limita ao plano hipotético, uma vez que violações, transgressões e descumprimentos são realmente constatados na ordem judicial, legislativa e administrativa, tanto do ponto de vista interno quanto externo, o que ocasiona uma profunda falta de credibilidade das instituições brasileiras. Em alguns casos, a violação é tão extrema, massiva e generalizada que as reformas tendentes a saná-la devem ser de igual magnitude, ou seja, devem ocorrer de forma estrutural. Essas situações, que guardam identidade com os pressupostos da Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, foram claramente identificadas no Brasil, razão pela qual o STF foi provocado a se manifestar sobre essa teoria.

Pelo exposto, por existir um quadro de violação generalizada de direitos fundamentais em relação ao sistema penitenciário brasileiro, se fez possível a utilização de algum instrumento capaz de superar e fazer cessar essas violações. Nesse sentido, a teoria do ECI se apresentou como uma alternativa que tenta solucionar os problemas estruturais e os bloqueios institucionais, tanto pela declaração desse estado inconstitucional quanto pela adoção de medidas estruturais pelos poderes constituídos.

3.1 O Supremo Tribunal Federal e o julgamento da ADPF nº 347

O Supremo Tribunal Federal manifestou-se sobre a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, observado o direito comparado, dado que esta teoria fora internalizada por meio da sua utilização na Corte Constitucional da Colômbia em virtude dos pressupostos e da realidade social com semelhanças com o Brasil.

Nota-se que a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional foi utilizada superficialmente no Supremo Tribunal Federal quando “o próprio ministro Luís Roberto Barroso (levou) ao julgamento da Questão de Ordem veiculadas nas ADINS 4357 e 4425”, como demonstraram Deprea e Valer (2018, p. 6).

Contudo, a situação fática que deu azo à utilização da teoria no Brasil foi a questão do sistema penitenciário brasileiro. O STF foi acionado por meio de uma ação constitucional do controle concentrado de constitucionalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), prevista no art. 102, §1º, da Constituição Federal. Tal ação foi proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), conforme legitimidade conferida pelo art. 103, VIII, da CF/88.

Preliminarmente, antes de adentrar no mérito da ADPF, é fundamental estabelecer se o meio adequado para utilização da teoria do ECI seria por meio dessa ação constitucional. Nesse sentido, a ADPF constituiu uma ação que tem por objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público (art. 1º da Lei nº 9.882/99), apreciada originariamente pelo STF (art. 102, §1º, CF).

Dentre os requisitos para utilização da ADPF, estão: objetivo de evitar ou reparar a lesão a preceito fundamental ou quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição (art. 1º, I, Lei nº 9.882/99); resultante de ato do Poder Público; quando não houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade (art. 4º, §1º, Lei nº 9.882/99) – subsidiariedade.

A definição de preceito fundamental não está expressa na lei que regulamente a ADPF (Lei nº 9.882/99); dessa forma, existe uma lacuna sobre seu conceito. Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2014, p. 1.275) aduzem que:

Não há na doutrina e na jurisprudência do STF inequívoca definição do que seja preceito fundamental. Tem-se como certo, apenas, que nem toda norma constitucional corresponde a preceito fundamental e que determinadas normas, em vista do seu conteúdo – que consagram princípios fundamentais (art. 1º a 4º) e direitos fundamentais (art. 5º e ss.), bem como as que abrigam cláusulas pétreas (art. 60, §4º) e contemplam os princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII) –, merecem proteção sob o rótulo de preceitos fundamentais.

Dessa forma, o conteúdo e o meio judicial escolhidos para abordar a teoria do ECI foram adequados, tendo em vista que o entendimento do cabimento da ADPF no caso do preceito fundamental relacionado especificamente aos direitos fundamentais é amplamente reconhecido.

Os atos do Poder Público, por sua vez, ficaram constatados, pois houve uma multiplicidade de atos omissivos e comissivos da União e dos Estados federados que contribuíam para essa realidade.

Em relação ao requisito da subsidiariedade, foi exposto que não existia nenhum outro instrumento no âmbito do controle abstrato de normas que poderia sanar as lesões a preceitos fundamentais. Assim ficou exposto na inicial da ADPF nº 347:

Na hipótese, não há qualquer outro instrumento no âmbito do controle abstrato de normas que possa sanar as lesões a preceitos fundamentais antes ressaltadas. Afinal, não se discute nesta ação a inconstitucionalidade de alguma norma jurídica superveniente à Constituição, nem tampouco alguma omissão legislativa inconstitucional. No arsenal de instrumentos disponíveis na jurisdição constitucional concentrada, não há nenhum outro instrumento, além da ADPF, que se preste a atingir os objetivos colimados nesta inicial.

Nessa linha, a ação foi regularmente aceita: “Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil” (BRASIL, 2015).

A ADPF foi ajuizada com pedido de concessão de medida cautelar, tendo em vista que existe grande lapso temporal entre o ajuizamento e o julgamento definitivo do mérito em virtude da necessidade de adoções de medidas urgentes para diminuição das violações dos direitos fundamentais dos presos. Os pedidos cautelares, como decorrência do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, foram que a Corte Suprema:

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.

No processo penal brasileiro, a regra é que o indivíduo responda ao processo em liberdade, decorrência do princípio da inocência. A prisão, portanto, é a exceção, podendo ser aplicada apenas quando outras medidas alternativas não forem úteis. A exigência constante desse pedido consistia na necessidade de fundamentação dos motivos da inaplicabilidade das medidas alternativas, ou seja, além de fundamentar a prisão provisória, deveria o juiz também fundamentar o porquê da não aplicabilidade das medidas alternativas. Em seguida, foi feito o pedido:

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

O pedido busca a efetivação da audiência de custódia na medida em que o Brasil é signatário da respectiva convenção. Tal pedido tem a intenção de reafirmar e mostrar a necessidade de observância da audiência. O pedido foi deferido.

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.

A possibilidade de se levar em consideração o quadro dramático do sistema penitenciário teve a intenção de possibilitar que o magistrado fundamentasse o deferimento de outras medidas cautelares, ou seja, seria mais argumento que justificaria a aplicação de outras medidas que não a prisão. Como quarto pedido, foi solicitado:

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.

No mesmo sentido, o pedido formulado tem a intenção de evitar ou de amenizar a superpopulação carcerária, pois este fato, além de colocar o indivíduo num local calamitoso, agrava as situações de violação. O quinto pedido consistiu que:

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.

O pedido em comento buscava atribuir ao juízo da execução o poder-dever que altera requisitos temporais, que são legalmente previstos, para aplicação de medidas alternativas à prisão, tendo em vista que muitas das vezes a manutenção na prisão é demasiadamente prejudicial ao apenado. O pedido realizado não foi deferido, notadamente pelo fato de atribuir poderes extralegais ao juízo e alterar a intenção legal. Também fora requerido que:

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

Novamente busca-se evitar a manutenção da prisão. Todavia, o dever de abatimento do tempo cumprido já uma exigência legal, mas a intenção era de promover a realização desse abatimento, que continuamente não é observado, ou seja, apenados ficam presos por tempo além do fixado. O penúltimo pedido realizado foi:

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.

O pedido também foi indeferido na medida em que consistia apenas no reforço de deveres e iniciativas que já existem, mas que, por insuficiência prática, não são realizados com maior frequência. Por fim, foi requerido que:

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.

Não existia justificava, legal e pública, para que verbas retidas no FUPEN não fossem aplicadas para promoção do sistema penitenciário, razão pela qual foi o segundo e último pedido cautelar deferido.

Observa-se, portanto, que o arguente elencou oito medidas urgentes para serem tomadas até o julgamento do mérito definitivo, além do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional em relação ao sistema penitenciário brasileiro. O STF, em decisão coerente e que não poderia ser diversa, reconheceu a aplicação da Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional:

SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional (ADPF 347, 2015).

Desta maneira, mediante o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, a Corte Suprema dá o primeiro passo para uma tentativa de, sob uma nova visão, promover a efetivação de direitos fundamentais que há tempo vem sendo violados. A atuação subsequente concentra-se nas decisões que serão tomadas em relação aos pedidos cautelares.

Dentre os oito pedidos elencados, tão somente dois foram procedentes, quais sejam os das alíneas *b* e *h*. A primeira medida adotada, de ordem mandamental, reforça entendimento que já vem sendo adotado pelo STF, pouco inovando no tratamento, mas que não deixa de ressaltar a importância da observância obrigatória dos juízes e tribunais da realização da audiência de custódia, em até noventa dias.

A segunda medida adotada mostrou-se mais ativista na medida em que impôs o imediato descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional, ou seja, impôs a liberação das verbas contidas no FUPEN, pois seu contingenciamento era injustificado, e essas verbas deveriam ser úteis na melhoria do sistema.

Não obstante apenas os dois pedidos cautelares deferidos, estando um prejudicado e cinco indeferidos, o Ministro Roberto Barroso propôs a concessão de uma cautelar de ofício para que se “determine à União e aos Estados, e

especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional” (BRASIL, 2015).

Pelo exposto, ao que parece, a atuação do STF, ainda que reconhecendo o Estado de Coisas Inconstitucional, foi tímida e poderia, até certo modo, adotar outras medidas urgentes que promovessem maior diálogo institucional ou, ainda, tomar decisões flexíveis para tornar factível a possibilidade de ao mínimo diminuir as drásticas situações dos presídios brasileiros. Todavia, espera-se que, no momento do julgamento definitivo, mais medidas construtivas sejam elaboradas.

Em relação aos pedidos definitivos postulados na ADPF, até o momento não foram apreciados. Nove foram os pedidos realizados, dentre os quais se destacam o de se declarar o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro e o de:

c) Determinar ao Governo Federal que elabore e encaminhe ao STF, no prazo máximo de 3 meses, um plano nacional (“Plano Nacional”) visando à superação do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, dentro de um prazo de 3 anos. O Plano Nacional deverá conter propostas e metas específicas para a superação das graves violações aos direitos fundamentais dos presos em todo o país, especialmente no que toca à (i) redução da superlotação dos presídios; (ii) contenção e reversão do processo de hiperencarceramento existente no país; (iii) diminuição do número de presos provisórios; (iv) adequação das instalações e alojamentos dos estabelecimentos prisionais aos parâmetros normativos vigentes, no que tange a aspectos como espaço mínimo, lotação máxima, salubridade e condições de higiene, conforto e segurança; (v) efetiva separação dos detentos de acordo com critérios como sexo, idade, situação processual e natureza do delito; (vi) garantia de assistência material, de segurança, de alimentação adequada, de acesso à justiça, à educação, à assistência médica integral e ao trabalho digno e remunerado para os presos; (vii) contratação e capacitação de pessoal para as instituições prisionais; (viii) eliminação de tortura, de maus tratos e de aplicação de penalidades sem o devido processo legal nos estabelecimentos prisionais; (ix) adoção de medidas visando a propiciar o tratamento adequado para grupos vulneráveis nas prisões, como mulheres e população LGBT. O Plano Nacional deve conter, também, a previsão dos recursos necessários para a implementação das suas propostas, bem como a definição de um cronograma para a efetivação das medidas de incumbência da União Federal e de suas entidades.

Destarte, os pedidos realizados de forma definitiva sugerem, de forma concretista, a elaboração de um “Plano Nacional” tendente a superar o Estado de Coisas Inconstitucional em que se encontra o sistema prisional brasileiro, tanto no âmbito federal quanto estadual e distrital. Esse pedido mostrou-se como um dos mais importantes mecanismos para se fazer útil a teoria do ECI, pois busca realizar diálogo institucional – também com a sociedade civil – para, conjuntamente, efetivar os direitos fundamentais correlatos.

3.2 A declaração do Estado de Coisas Inconstitucional e o sistema penitenciário brasileiro

Os problemas estruturais do sistema penitenciário brasileiro foi o objeto da ADPF em que o Supremo Tribunal Federal declarou a existência da Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional. Portanto, os pressupostos para essa declaração deveriam estar presentes, quais sejam: violação massiva e generalizada de direitos fundamentais, falhas estatais estruturais e atuação conjunta dos órgãos e entidades para sanar as violações.

Os direitos fundamentais dos presos estão amparados pelo texto constitucional. Inicialmente, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é o da dignidade da pessoa humana, que “está na origem dos direitos materialmente fundamentais e representa o núcleo essencial de cada um deles, assim os individuais como os políticos e os sociais” (BARROSO, 2014). Dessa forma, esse princípio é destinado a toda e qualquer pessoa, sem exceções.

Não obstante a tutela pelo princípio da dignidade da pessoa humana, o art. 5º da CF/88 traz direitos fundamentais específicos aos apenados na medida em que resguardam o núcleo mínimo de sua dignidade.

O inciso XLVII do referido artigo prevê que não haverá penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimentos ou cruéis. O inciso XLVIII prevê o cumprimento da pena em estabelecimento distinto, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado. O inciso subsequente diz ser assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral. O inciso L diz que às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.

Além da previsão constitucional, a legislação infraconstitucional também protege os direitos do preso, como previsto no próprio Código Penal brasileiro (art. 38) e na Lei de Execução Penal (art. 40). Desse modo, aos presos, condenados e provisórios é destinada uma pluralidade de direitos que convergem para que seja observada a dignidade da pessoa humana.

Todavia, existe uma discrepância abissal entre a previsão e a efetivação desses direitos. Essa diferença não paira no plano normativo, refletindo diretamente nos direitos fundamentais dos presos, o que ocasiona um quadro de violações generalizadas.

As situações fáticas são tão extremas que o sistema prisional foi tratado como o próprio “*Inferno Dantesco*”. Dentre essas situações, foram citadas na petição da ADPF nº 347:

Celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos. Homicídios, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos são frequentes, praticadas por outros detentos ou por agentes do próprio Estado. As instituições prisionais são comumente dominadas por facções criminosas, que impõem nas cadeias o seu reino de terror, às vezes com a cumplicidade do Poder Público. Faltam assistência judiciária adequada aos presos, acesso à educação, à saúde e ao trabalho. O controle estatal sobre o cumprimento das penas deixa muito a desejar e não é incomum que se encontrem, em mutirões carcerários, presos que já deveriam ter sido soltos há anos. Neste cenário revoltante, não é de se admirar a frequência com que ocorrem rebeliões e motins nas prisões, cada vez mais violentos (ADPF 347, 2015).

As violações alavancadas foram comprovadas por meio de várias provas, dentre elas a CPI do Sistema Carcerário promovida pela Câmara dos Deputados, cujo relatório foi publicado em 2008, relatórios do CNJ oriundos de mutirões carcerários, a própria jurisprudência do STF reconhecendo esse estado calamitoso e, inclusive, situações em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos se pronunciou e fez determinações ao Brasil.

A violação massiva e persistente de direitos fundamentais decorre de um amplo bloqueio institucional, constatadas as falhas estruturais e falência de políticas públicas, porquanto “resulta de uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, incluídos os de natureza normativa, administrativa e judicial” (ADPF nº 347, 2015).

Perante o exposto, torna-se possível observar que as condições do atual sistema penitenciário brasileiro se enquadraram aos pressupostos da Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional. Destarte, essa teoria foi abarcada na jurisdição constitucional brasileira, tal qual declarado pelo Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, é necessário estabelecer se, de fato, essa teoria do ECI será capaz, ou não, de promover a efetivação de direitos e garantias fundamentais.

Não se pode olvidar que o ordenamento jurídico brasileiro dispõe de um amplo arsenal de ações judiciais que buscam sanar descumprimentos de direitos, o que torna fundamental a análise da inovação e de diferencial que essa teoria pode promover, sob pena de recair ao descrédito e à inutilidade.

4 A in(aplicabilidade) da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional como instrumento para efetivação dos direitos e garantias fundamentais

A busca pela efetivação de direitos constitucionalmente assegurados deve ser constante, porquanto é por meio deles que se confere dignidade à pessoa humana. Desta maneira, é necessário investigar em quais pontos a teoria do ECI contribui para esta efetivação no contexto brasileiro, como também quais as repercussões e diferenciais ela apresenta.

4.1 A postura do Poder Judiciário perante a teoria do ECI

A Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional envolve questões extremamente sensíveis, mormente no que tange à separação dos poderes. Como é cediço, a Constituição Federal do Brasil de 1988 estabelece, em seu artigo 2º, que são poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si.

Em decorrência do princípio da separação de poderes, surgiu as definições de competência típicas e atípicas. Cabe ao Poder Executivo a atividade típica de administrar; ao Legislativo, legislar e fiscalizar; ao Judiciário, julgar. Todavia, ainda que modo restrito e em casos excepcionais, os poderes atuam de forma atípica, exercendo a função que os outros exercem tipicamente.

Pelo exposto, a delimitação da atuação de cada Poder é essencial para que a separação dos poderes possa ser respeitada, no dia a dia da atuação de cada um dos envolvidos. Na eventualidade de um Poder exercer funções que são atribuíveis a outros, poderá ocorrer a usurpação de competência, ocasionando o desequilíbrio entre os poderes. Assim, na aplicação da Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, há uma advertência que deve estar presente:

(...) reacear que o “estado de coisas inconstitucional” possa levar à ilusão de que as decisões judiciais seriam capazes de substituir a

política e resolver todos os problemas sociais. Bastaria que o Supremo Tribunal Federal declarasse o “estado de coisas inconstitucional” para que o problema pudesse ser resolvido (MOREIRA, 2017, p 10).

Deixamos claro que, apesar do forte apelo para a efetivação dos direitos fundamentais e para sua aplicação tanto pela Corte Constitucional brasileira quanto colombiana, temos que a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional ainda deve ser analisada academicamente com bastante cuidado e principalmente utilizada *cum granus salis*, porque pode causar danos irreparáveis à separação de poderes e, nesse sentido, à própria democracia, tal como também concluíram em pesquisa acadêmica Ribas e Bezerra (2017).

Nessa linha de intelecção, a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional é um permissivo para que o Poder Judiciário promova a efetivação de direitos e garantias fundamentais, legitimando sua atuação no caso concreto.

Todavia, essa permissão, oriunda de uma situação calamitosa, não atribui ao Poder Judiciário funções e competências que não estejam constitucionalmente previstas, por nítida ausência de capacidade e competência constitucional e, mais uma vez, deve respeitar ao máximo possível a separação dos poderes constituídos.

Esse cenário evidencia a manifestação do ativismo judicial. O ativismo judicial consiste na atuação proativa do Poder Judiciário frente às omissões inconstitucionais dos poderes públicos, notadamente no âmbito das políticas públicas.

Todavia, essa técnica é recorrentemente criticada. A título de exemplo, Abboud (2016, p. 709) aduz que:

O que efetivamente pretendemos é evidenciar que os ativismos são, por excelência, o fenômeno em que se manifesta a discricionariedade judicial, ou seja, por meio dele, no Brasil, os pré-compromissos democráticos (Constituição e Leis) são suspensos pelo julgador e substituídos por sua subjetividade/ discricionariedade.

Por outro lado, o ativismo judicial é justificado doutrinariamente pelo dever de defesa dos direitos fundamentais. Nesse sentido, também é fundamentado sob a necessidade da observância de direitos e garantias mediante a ineficiência de garantia dos outros poderes. Neste cenário, o ativismo judicial é plenamente justificável, conforme explana Ramos (2012, p. 116):

Não há, pois, necessariamente, um sentido negativo na expressão “ativismo”, com alusão a certa prática de jurisdição. Ao contrário, invariavelmente o ativismo é elogiado por proporcionar a adaptação

do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas, em contração ao “passivismos”, que, guiado pelo propósito de respeitar as opções do legislados ou dos precedentes passados, conduziria a estratificação dos padrões de conduta normativamente consagradas.

Relembre-se que existe uma violação genérica, massiva e generalizada de direitos fundamentais decorrente de ações ou omissões atribuíveis às autoridades públicas; destarte, é imprescindível que seja revertido esse quadro. Todavia, o Poder Público, por insuficiência ou por falta de interesse, não promove tal alteração fática, observando um verdadeiro bloqueio institucional. Decorre, portanto, a legitimação para que o Poder Judiciário possa atuar, tendo em vista a violação ou ameaça a direito (art. 5º, inciso XXXV).

A atuação do Poder Judiciário nessa conjuntura deve ser enxergada sob outra perspectiva, tendo em vista a especificidade das situações e dos próprios pressupostos do ECI. Dessa forma, por necessitar da participação efetiva e ativa dos outros poderes e das autoridades públicas, não é prudente que o Poder Judiciário tome decisões rígidas e fixas, sob pena de ingerir indevidamente nas funções dos outros poderes, como também pelo fato da difícil implementação das medidas ser necessário.

As decisões devem ser flexíveis e factíveis na medida em que, deveras, existirão determinações, constantes em obrigações de fazer ou não fazer, mas o *modus operandi* dessas obrigações deverá ficar a cargo das autoridades responsáveis por sua implementação, o que se denomina de obrigações abertas.

Nesse sentido, é possível identificar os caminhos para respaldar a atuação do Judiciário sem que afete a separação dos poderes. Inicialmente, existe o reconhecimento do ECI; em seguida, o Poder Judiciário decide e estabelece obrigações abertas; por fim, as autoridades públicas concretizam essas decisões através do estabelecimento de ações estatais concretas.

Observa-se que a ausência, no caso concreto, do trinômio do reconhecimento-decisão-implementação possibilitará uma utilização indevida da teoria do ECI ou, então, uma atuação injustificada do Poder Judiciário, pois é o reconhecimento do ECI que autoriza as tomadas de decisão abertas, estas que devem resguardar a separação dos poderes e, ao mesmo, tempo permitir a atuação das autoridades públicas.

A falta de cumprimento das decisões abertas, impostas judicialmente, pode ocasionar uma agressão aos direitos fundamentais. Dessa maneira, a ausência de efetividade das medidas busca justificar a necessidade de intervenções judiciais e, assim, a adoção de medidas coercitivas para o seu cumprimento,

o que legitimará, para os defensores do ativismo judicial, ainda mais a atuação do Judiciário. Nesse sentido, Sarmento (2015, p. 103-104) assevera que:

O Poder Judiciário deve atuar de maneira mais ativa para proteger as condições de funcionamento da democracia, que podem ser ameaçadas pelos grupos detentores do poder político. Há direitos e institutos que são diretamente relacionados com o funcionamento da democracia, como os direitos políticos, a liberdade de expressão, o direito de acesso à informação e as prerrogativas da oposição. As restrições a esses direitos, bem como as tentativas dos grupos hegemônicos de alterar as regras do jogo político em favor dos próprios interesses, devem merecer um escrutínio estrito do Poder Judiciário. Aqui, o ativismo não opera contra a democracia, mas a seu favor, assegurando os pressupostos mínimos necessários ao seu funcionamento.

Pelo exposto, observa-se que o ativismo judicial não se apresenta como desmedido, engessado e autoritário; pelo contrário, o ativismo se manifesta como um diálogo na medida em que promoverá atuação conjunta das autoridades públicas, com o escopo de possibilitar que os direitos fundamentais sejam materializados, desde que busque uma constante sintonia com os parâmetros constitucionais, inclusive a separação de poderes.

4.2 Perspectiva, inovação e diferencial jurídico com a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional

O ordenamento jurídico brasileiro dispõe de uma série de mecanismos que buscam tutelar e assegurar os direitos nele previstos. Compreende ações individuais, como também ações coletivas. É possível citar, por exemplo, o mandado de segurança, *habeas corpus*, *habeas data*, ação civil pública, ação popular, ações de controle concentrado de constitucionalidade (ADI, ADO, ADC, ADPF), cada qual com suas características e finalidades.

Nesse sentido, indaga-se sobre a existência de espaço para a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, ou seja, se os mecanismos internos já não seriam suficientes para a tutela dos direitos fundamentais. Inicialmente, é necessário lembrar as situações que levam à utilização da teoria do ECI, isto é, a violação massiva e genérica de direitos fundamentais.

A própria constatação desse pressuposto já confirma o potencial de utilização dessa teoria, uma vez que, se os mecanismos existentes fossem verdadeiramente capazes de sanar as violações, estas não estariam ocorrendo, muito menos de

forma repetitiva e reiterada. Destarte, se os mecanismos internos são insuficientes para tutelar direitos fundamentais, não existe óbice para aplicação da teoria do ECI.

Cada problema ou violação exige um tratamento singular que seja capaz de saná-lo. Desta maneira, a especificidade e excepcionalidade de um problema reclamam um enfretamento páreo; assim, se outros meios não foram capazes de reverter as situações drásticas, deve-se buscar outras maneiras para superar e efetivar direitos fundamentais.

Destarte, a internalização de uma teoria que tem a finalidade de, pelo menos em tese, alcançar este objetivo não deve ser rechaçada. Pelo contrário, evidencia uma nova forma de enxergar o problema e um novo meio para superá-lo.

Uma das formas conducentes à evolução jurídica, doutrinária e social é por meio da observância de outras culturas jurídicas, deveras quando a realidade de outro país é compatível com a realidade pátria. O direito comparado se apresenta como um meio viável para evolução jurídica e social.

Perante o apontado, para que realmente haja utilidade em incorporar a teoria do ECI, é necessário que a teoria apresente soluções e novas perspectivas para os problemas que pretende enfrentar.

Do ponto da inovação, a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional busca dar um novo tratamento e uma nova forma de enfrentamento a uma situação de violação de direitos fundamentais. Essa nova visão concretiza-se, principalmente, na atuação do Poder Judiciário por meio do ativismo de diálogo, pois, concomitante, alerta as autoridades para os problemas existentes e chama os responsáveis para a participação das medidas necessárias. Nesse sentido:

Esse processo de diálogo institucional é o que se pode extrair de mais valioso do modelo colombiano. A declaração do Estado de Coisas Inconstitucional é, antes de mais nada, uma forma de chamar atenção para o problema de fundo, de reforçar o papel de cada um dos poderes e de exigir a realização de ações concretas para a solução do problema. Entendida nestes termos, o ECI não implica, necessariamente, uma usurpação judicial dos poderes administrativos ou legislativos. Pelo contrário. A ideia é fazer com que os responsáveis assumam as rédeas de suas atribuições e adotem as medidas, dentro de sua esfera de competência, para solucionar o problema (MARMELSTEIN, 2016).

Nesse diapasão, as decisões judiciais deverão apresentar uma feição diferenciada, pois não poderão ter conteúdo que geram a ingerência indevida de um poder sob outros, mas também não poderão ser demasiadamente abstratas

para não afetar sua própria realização prática. Outrossim, devem ser criados meios e mecanismos para coordenação e planejamento que promovem o desbloqueio institucional. Ainda sobre esse assunto, Jaramillo (2011, p. 14) destaca que:

Es importante destacar que más que formular propuestas de política concretas, analizar las acciones puntuales idóneas tendientes a solucionar el problema detectado y ejecutar la política mediante la implementación de las medidas, la Corte respeta la competencia del ejecutivo en estos pasos de, digamos, materialización de la política. Tampoco es el compelido a diseñar la política definitiva ni, por tanto, a justificarla. La Corte se inserta en el proceso de formación de las políticas públicas, porque en efecto lo hace, al principio y al final. Primero ilumina una situación de violación de derechos que había estado oscurecida por la desidia política para impulsar al Estado aparato a que tome medidas de diseño, implementación, financiación y evaluación de las políticas.

Nessa linha de intelecção, Marmelstein (2016, p. 45) esclarece o ideal do posicionamento judicial, expondo que:

Nesse processo, o ideal é que o Judiciário não estabeleça, em caráter impositivo, os meios para a solução do problema, pois quem deve estabelecer o como agir são os órgãos responsáveis pela execução do plano. O papel do Judiciário deve ser o de buscar o engajamento de todos na resolução do problema e criar obrigações de resultado, estabelecendo parâmetros para caracterizar a superação do ECI e adotando os mecanismos processuais para pressionar os agentes estatais a cumprirem a política pública elaborada pelos próprios órgãos envolvidos.

Também o ministro Marco Aurélio Mello (2015) explicou sobre a nova perspectiva da teoria do ECI, dizendo que “ordens flexíveis sob monitoramento previnem a supremacia judicial e, ao mesmo tempo, promovem a integração institucional”. Conforme o exposto, a adoção da teoria do ECI apresenta feições que se distinguem e enfrentam os problemas de uma forma distinta dos meios processuais já existentes, notadamente no que concerne ao diálogo institucional promovido e à legitimação da atuação do Poder Judiciário.

4.3 A Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional pode efetivar direitos e garantias fundamentais?

Toda e qualquer mudança significativa – neste caso, denominado “estrutural” – necessita que um dos Poderes tenha a capacidade de realizá-la no plano concreto. A Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional busca alcançar essa demanda estrutural, mormente pelo ativismo de diálogo, que é a atuação do Poder Judiciário em prol dos direitos fundamentais.

O ativismo dialógico ou ativismo judicial estrutural pode ser identificado no momento em que o Poder Judiciário busca retirar a inércia dos poderes públicos constituídos, almejando superar suas omissões.

De modo exemplificado, no caso de deslocamento forçado de pessoas na Colômbia (T-025, 2004), a superação do ECI ocorreu justamente com a intervenção da Corte, a partir do preenchimento dos vazios políticos com ordens estruturais e, por conseguinte, a superação progressiva do ECI. A intervenção da Corte fez com que os agentes políticos saíssem do estado de omissão e desencadeassem a formulação e implementação de políticas públicas (CAMPO, 2016, p. 246), bem como, no Brasil, a situação carcerária já atingiu pontos alarmantes devido à inércia estatal, tal como apontado pelo Ministro Barroso na ADPF nº 347, ensejando, naquele caso a aplicação da ECI em nosso país.

Entretanto, ainda que sejam bem-intencionadas, faz-se imprescindível refletir se as singularidades fáticas e jurídicas brasileiras permitem que a teoria do ECI alcance seu fim. O primeiro ponto a ser levado em consideração é a própria realidade fática brasileira que enseja a aplicação da teoria do ECI, o que, conforme analisado nos capítulos anteriores, restou compatível com a declaração do ECI. Conforme ficou assinalado no acórdão da medida cautelar da ADPF nº 347:

Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.

A despeito da aceitação da teoria, é certo que a mera declaração pelo Poder Judiciário da existência de um Estado de Coisas Inconstitucional não é suficiente para superar tal cenário. Entretanto, essa declaração tem, pelo menos, dois efeitos fundamentais. O primeiro deles consiste em dar notoriedade às violações dos direitos fundamentais, demonstrando, assim, que a situação está em um

nível insuportável e intolerável. Mostra tanto para a sociedade quanto para as autoridades públicas a necessidade de transformação de determinada realidade.

O segundo efeito fundamental consiste em conferir a legitimação para atuação proativa do Poder Judiciário nos casos em que há a declaração do ECI. Isso porque as violações a direitos fundamentais decorrem de ações ou omissões dos Poderes Públicos, atos inconstitucionais que não são sanados por ineficiência ou desinteresse das autoridades públicas, o que permite a atuação proativa do Poder Judiciário.

Nesse contexto, o Poder Judiciário pode ter proeminência na busca pela efetivação dos direitos essenciais, com base nas sentenças estruturais, com decisões flexíveis, passíveis de cumprimento e factíveis, e com fulcro no ativismo de diálogo, convocando as autoridades públicas para realizar e participar com as determinações; porém, resguardados os limites constitucionais, como, por exemplo, a separação de poderes.

Frísamos, pelo bem da clareza, que a teoria do ECI foi aplicada pelo STF como forma de resolução da ADPF nº 347; dessa forma, ainda que criticável, adentrou em nosso ordenamento jurídico. O nosso ponto de vista é de que se deve ter bastante cautela na sua aplicação para que não sejam feridos princípios sensíveis, como a separação dos poderes.

Além disso, a declaração de ECI não tem por si só a capacidade de mudar a realidade; assim, para além de sua aceitação, deve-se observar a sua efetividade para que o seu reconhecimento seja seguido de resoluções práticas de problemas atuais, como ocorre com o nosso sistema penitenciário.

Todavia, após observar esses pontos preliminares positivos, avança-se para a seara do conteúdo decisório, ponto efetivamente importante, porquanto é nele em que se enxerga a possibilidade da materialização das decisões e efetivação dos direitos fundamentais. É nesse aspecto em que se encontra parte das críticas dessa teoria, notadamente no que tange a não realização do conteúdo decisório, ou seja, às falhas da efetividade no direito comparado e, também, da ingerência do Poder Judiciário sob os outros.

Ainda assim, os aspectos positivos e justificadores prevalecem. Partindo do pressuposto de que nenhuma realidade se transforma caso o enfrentamento das questões forem sempre as mesmas – insuficientes e ineficazes –, a teoria do ECI tem o potencial, pelo menos do ponto de vista teórico, para efetivar direitos e garantias fundamentais, uma vez que enfrenta os problemas existentes sob um novo prisma, legitimando a atuação do Poder Judiciário e promovendo a articulação da atuação em conjunto dos poderes públicos.

Todavia, reforçamos que o ECI é uma teoria ainda recente no contexto brasileiro; porém, já se depara com várias críticas e barreiras, sendo as

principais delas o limite da atuação do Poder Judiciário e a realização prática das determinações judiciais.

Desse modo, é fundamental que o Poder Judiciário adote decisões estratégicas que promovam a coordenação e participação dos órgãos públicos, exigindo-se uma constante fiscalização e monitoramento das medidas impostas, sob pena da teoria do ECI estagnar no plano abstrato, respeitando é claro os limites constitucionais, mas também buscando que os direitos fundamentais sejam efetivados.

5 Considerações finais

Este *paper* buscou demonstrar a aplicabilidade da Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) no Brasil. O nosso ponto fulcral foi analisar que, apesar de sua utilização pelo Supremo Tribunal Brasileiro na ADPF nº 347, há severas críticas acadêmicas baseadas tanto em sua efetividade quanto na possibilidade de aquela teoria ferir o princípio sensível da separação dos poderes.

Demonstramos que a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) se efetivou na Corte Constitucional da Colômbia com o fito de superar um quadro de reiteradas violações a direitos fundamentais. A teoria era utilizada em ações que apresentavam caráter coletivo, porquanto o número de pessoas afetadas era amplo, sendo certo que as violações decorriam de ações ou omissões imputáveis às autoridades públicas colombianas.

Realizamos também a análise do surgimento e dos casos em que a teoria do ECI se mostrou fundamental para apontar o seu desenvolvimento e a sua efetividade no Estado colombiano. Nesse sentido, em relação à evolução jurisprudencial colombiana, constatamos que a própria Corte estabeleceu os pressupostos para aplicação e, outrossim, alterou o conteúdo das suas decisões judiciais, notadamente sobre sua flexibilidade e caráter para promover mudanças estruturais naquele país.

Todavia, em relação à efetividade das decisões com base do ECI, apesar das boas intenções da teoria, a doutrina indicou que as decisões foram pouco efetivas, sendo necessário que a Corte se pronunciasse reiteradas vezes sobre a mesma matéria. Apesar disso, em alguns casos os direitos fundamentais puderam ser efetivados, mesmo que fossem amenizadas as violações.

Noutra visão, a aplicação no ordenamento brasileiro poderá ser analisada sob um viés diferente da Colômbia, sendo possível identificar os erros e acertos da utilização da teoria e, então, enfrentar os problemas existentes sob uma nova

perspectiva, principalmente no que tange aos modelos das decisões judiciais e no controle de políticas públicas.

Porém, a análise do contexto colombiano já demonstra que o mero reconhecimento, por si só, não resolve todos os problemas, apesar de já ter o mérito de lançar luzes sobre problemas estruturais.

Assim, no Brasil, a teoria do ECI foi utilizada na ADPF nº 347 – arguição de descumprimento de preceito fundamental – ação do controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. A situação fática que ensejou o manejo da teoria foi a caótica realidade dos presídios brasileiros. O Supremo Tribunal Federal, Corte competente para julgamento da ADPF, na medida cautelar da referida ação declarou a existência do Estado de Coisas Inconstitucional. Dos oito pedidos cautelares realizados, apenas dois foram deferidos e um de ofício. Assim, constatamos que as decisões tomadas foram tênues e temos o anseio do enfrentamento do mérito da ação para que alguns dos pedidos sejam capazes de ao menos amenizar as violações contatadas.

Dessa maneira, os objetivos específicos do presente trabalho foram contemplados na medida em que foi possível identificar os principais elementos que permeiam e que fundamentam a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, deveras, a evolução, definição, pressupostos, aplicações e repercussões no Brasil.

Em relação ao objetivo geral, ou seja, da capacidade ou possibilidade da Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional em efetivar direitos e garantias fundamentais, foi constatado que pode, de fato, ser um instrumento útil ao que se propõe, tal como julgou o STF. Todavia, essa constatação é preponderantemente teórica, sendo fundamental que o Poder Judiciário, ao se deparar com essa questão, tenha atuação estratégica e adote medidas factíveis para realização e efetivação prática dos direitos fundamentais.

Mas, além da aplicação do ECI no Brasil, se deve constantemente questionar a sua efetividade e a sua constitucionalidade, já que ele tangencia a linha da separação dos poderes que é um princípio constitucional sensível.

O nosso ponto final é que, apesar de ter sido utilizada pela Corte Constitucional brasileira, a teoria da ECI ainda carece de análises para constatarmos se a referida vertente teórica se efetivará como um instrumento eficaz em nosso ordenamento jurídico.

The application of the theory of the unconstitutional state of things in Brazil: a look into the possibilities and difficulties of the adoption of this theory by the Brazilian legal system

Abstract: Through the bibliographic review and case study, national and Colombian, we present the main foundations of how the theory of the State of Things Unconstitutional arose from the action of the Court of Colombia. This theory aims at putting an end to putting an end to factual situations that violate fundamental rights in a massive, generic and systemic way. Such violations are attributable, directly or indirectly, to a plurality of authorities, which creates a framework of true institutional blockade. The Judiciary was activated to seek how to overcome this calamitous state. . In this sense, there was recognition of the ECI by the Colombian Constitutional Court and, from this recognition, it was possible to adopt measures conducive to the effective in favor of the violated rights. As a consequence and consonance, the Federal Supreme Court, through an allegation of breach of fundamental precept - ADPF (347), was brought to bear on the existence of an unconstitutional state of affairs in relation to the Brazilian penitentiary system. By means of the precautionary measure of the ADPF, the ECI was recognized. Therefore, this research has the purpose of analyzing the application of ECI theory in Brazil, mainly pointing to its capacity to effect fundamental rights.

Keywords: Theory of the unconstitutional state of things. Fundamental rights. Effectiveness of fundamental rights.

Summary: **1** Introduction – **2** The theory of the unconstitutional state of things: contextualization and definitions – **3** Violation of fundamental rights and guarantees in the Brazilian legal order – **4** In the applicability of the declaration of the state unconstitutional things as an instrument for the entry of fundamental rights and guarantees – **5** Final considerations – References

Referências

ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 mar. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Diário Oficial República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 7 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 mar. 2016.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 11 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 12 mar. 2016.

BRASIL. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do §1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília, DF, 3 dez. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm>. Acesso em: 12 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 347, Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Brasília, DF, 09 de setembro de 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAMPOS, Alexandre de Azevedo. *O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

CAMPOS, Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

CASTILLO, Juan Felipe Aguilar Castillo; BOHORQUEZ, Viviana; VECINO, Claudia Santamaria. *El Estado de Cosas Inconstitucional: Aplicación, Balance y Perspectivas*. Bucaramanga: UNAB, 2006.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentencia SU.559/97. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-590/98. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-590-98.htm>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-153/98. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-068/98. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-068-98.htm>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentencia SU-250/98. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/SU250-98.htm>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-025/04. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-025-04.htm>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-559/98. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-559-98.htm>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

GARAVITO, César Rodriguez. *Guía para implementar decisiones sobre derechos sociales: estrategias para jueces, funcionarios y activistas*. Colombia: Ed. Dejusticia, 2014.

GARAVITO, César Rodriguez. *Cortes y cambio social: como la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado em Colombia*. Colombia: Ed. Dejusticia, 2010.

DEPRA, Vinícius Oliveira Braz; VALER, Wilian. *Estado de Coisas Inconstitucional: Uma discussão na pauta de julgamento do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/14239>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini; LUCON, Paulo Henrique. *ADPF 347 e o controle judicial de Políticas Públicas*. Disponível em: <<http://m.folha.uol.com.br/opiniaio/2015/09/1686769-adpf-347-e-o-controle-judicial-de-politicas-publicas.shtml?mobile>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

JARAMILLO, Leonardo Garcia. Aproximación A La Discusión Sobre Políticas Públicas Y Justicia Constitucional: A Propósito Del Estado De Cosas Inconstitucional. *Revista Estudios de Derecho*, Antioquia, v. 68, n. 152, p. 14, 2016.

LIMA, George Marmelstein. *O Estado de Coisas Inconstitucional - ECI*. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2015/10/02/o-estado-de-coisas-inconstitucional-eci- apenas-uma-nova-onda-do-verao-constitucional/>>. Acesso em: 19 abr. 15.

MEDA, Ana Paula; BERNARDI, Renato. Direito fundamental à moradia e a sentença T-025/2004 da Corte Constitucional da Colômbia: Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil. *Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas*, Brasília, v. 2, n. 1, jan./jun. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MONTENEGRO, Germán Santiago Montenegro. Las incidencias del estado de cosas inconstitucional en la jurisprudencia colombiana, el desplazamiento de los resguardos nuple medio y gran sábalo de la comunidad indígena Awá. Disponível em: <<http://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/2012/1/INCIDENCIA%20DEL%20ECI%20EN%20LA%20 JURISPRUDENCIA%20I.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

MONTEIRO, Lucas Pessôa. *O Estado de Coisas Inconstitucional e os seus perigos*. Disponível em: <https://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_lucaspeessoa051015.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2017.

MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2017.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RIBAS, José Vieira; BEZERRA, Rafael. *Estado de coisas fora do lugar*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/estado-de-coisas-fora-lugar-05102015>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Controle de Constitucionalidade e Democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel. *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 103-104.

SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2017.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. *Ciência Política & Teoria do Estado*. 8. ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

VALE, Luis Manoel Borges do; SILVA JUNIOR, Denarcy Souza e. *Sobre ativismos e discricionariedades: STF e o estado de coisas inconstitucional*. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/73sz1nf2/6c6xh93L4GguINWA.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

OLIVEIRA, João Rezende de Almeida; SANTOS, Júlio Edstron S.; GONÇALVES, Vinícius Araújo. A aplicação da Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil: um olhar sobre as possibilidades e dificuldades da utilização dessa teoria no ordenamento jurídico brasileiro. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 12, n. 38, p. 265-306, jan./jun. 2018.

Submetido: 11.04.2018

Pareceres: 02.05.2018, 24.05.2016, 30.05.2017

Aprovado: 01.06.2018