



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



THAMINNE NATHÁLIA CABRAL MORAES E SILVA

**ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL ALÉM DO SIMPLES
RECONHECIMENTO**

THAMINNE NATHÁLIA CABRAL MORAES E SILVA

**ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL ALÉM DO SIMPLES
RECONHECIMENTO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do título de Doutora em Direito.

Área de concentração: Jurisdição e Processo Constitucional.

Linha de pesquisa: Estado, Constitucionalização e Direitos Humanos.

Orientador: Prof. Dr. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti.

Recife

2018

Catálogo na fonte
Bibliotecária Ana Cristina Vieira CRB/4-1736

S586e Silva, Thaminne Nathália Cabral Moraes e.
Estado de Coisas Inconstitucional além do simples reconhecimento /
Thaminne Nathália Cabral Moraes e Silva. - 2018.
169 f.

Orientador: Francisco Ivo Dantas Cavalcanti.
Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de
Pós-Graduação em Direito, 2018.
Inclui referências.

1. Direito Constitucional - Brasil. 2. Direito Constitucional – Colômbia.
3. Direitos Fundamentais. 4. Sistema Prisional – Brasil. 5. Democracia.
I. Cavalcanti, Francisco Ivo Dantas (Orientador). II. Título.

342.81 CDD (22. ed.) UFPE (BSCCJ2019-16)

THAMINNE NATHALIA CABRAL MORAES E SILVA

**ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL ALÉM DO SIMPLES
RECONHECIMENTO.**

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como parte dos requisitos parciais para obtenção do título de Doutor em Direito.

Aprovada em: 20/02/2019.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti (Orientador)

Universidade Federal de Pernambuco

Prof. Dr. Luiz Henrique Diniz Araujo (Examinador Externo)

Faculdade Boa Viagem

Profa. Dra. Gina Gouveia Pires de Castro (Examinador Externo)

Faculdade dos Guararapes

Profa. Dra. Carina Barbosa Gouvêa (Examinador Externo)

UNIT PE

Prof. Dr. Edilson Nobre Júnior (Examinador Interno)

Universidade Federal de Pernambuco

Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira (Examinador Interno)

Universidade Federal de Pernambuco

“Diz-se que ninguém conhece uma Nação até ter estado nas suas prisões. Uma Nação não deve ser julgada pela forma como lida com os seus privilegiados, mas pela maneira como trata os mais humildes” (Nelson Mandela, *A Long Walk to Freedom*, 1995.)

AGRADECIMENTOS

Quando ingressamos no Doutorado, pensamos que quatro anos passam devagar. Ledo engano! Quatro anos que deslizam entre os dedos e você nota que você mudou. Tudo mudou.

Aquele barco que você pôs no mar quatro anos atrás já está bem longe. Algumas pessoas que embarcaram com você ficaram para trás por qualquer motivo que seja e outras entram para abrilhantar o resto da viagem. Por isso, quero agradecer aos que já estavam lá e aos que chegaram depois.

Primeiro, a Deus, por ter me proporcionado sabedoria e tranquilidade nas horas mais difíceis e por me fazer ser uma pessoa de luz, cheia de energia boa e otimista pelos dias que virão.

A meus pais, meus pilares, meus espelhos, pelo grande amor, esforço e dedicação para que eu pudesse concluir todas as etapas da minha vida da melhor forma possível, pela confiança e orgulho depositados em mim a cada vitória e, principalmente, pelo dom da vida.

A minhas irmãs, meus alicerces, minhas amigas, meus amores, que Deus colocou ao meu lado para me ensinar e para aprenderem comigo, a quem tanto amo e admiro, e a quem tanto quero bem.

A toda a minha família, inclusive a quem não está mais presente fisicamente, pelo carinho e apoio nos momentos mais difíceis, pelos incentivos que sempre me deram para que eu me tornasse uma pessoa feliz e bem sucedida.

Ao meu marido, amigo, companheiro de vida, Emmanuel, pela paciência, companheirismo e amor. Pelas horas despedidas me auxiliando na concretização desse estudo, pela seriedade e importância com que tratou essa etapa em minha vida, por todos os esforços feitos para me ajudar.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Ivo Dantas, não apenas orientador, mas amigo e conselheiro, a quem muito respeito e admiro, pelo ombro amigo, por todos os ensinamentos e conhecimentos partilhados, pela confiança que depositou em mim, pelo incentivo e apoio dado para que eu pudesse concluir mais esta etapa da minha vida e, ainda, pela ajuda em trabalhos que ainda estão por vir. Nunca em palavras conseguiria expressar minha gratidão por tudo o que já passamos juntos.

Ao PPGD, à UFPE, à CAPES, e a todos os professores que dele fazem parte, por todos os conhecimentos adquiridos e partilhados. Não posso esquecer de agradecer a Carminha, Secretária do PPGD, sempre disponível para ajudar e conversar sobre qualquer coisa com aquele sorriso maravilhoso que nos recepciona tão bem! Que saudade sentirei dela!

À Autarquia do Ensino Superior de Garanhuns - AESGA, em especial, por toda a ajuda que me forneceu durante os quatro anos do curso de Doutorado, com os incentivos, inclusive financeiros, para participação em congressos e cursos, com a licença concedida para o término deste trabalho e por todos os grandes amigos que fiz lá dentro. Isso não tem preço!

A minha querida Gina Gouveia, amiga de todas as horas de momentos, que também me ajudou enormemente a ingressar na vida acadêmica, e tanto me apoiou e apoia em todos os trajetos da vida.

Agradeço também aos que chegaram depois de o barco já estar no mar, mas que sem sua ajuda, nada disso seria possível.

Ao querido professor Francisco Antônio de Barros e Silva Neto, a quem carinhosamente chamo de Chiquinho, que me ajudou a delimitar o tema desse trabalho, com muita paciência e trato. Não tenho palavras para agradecer sua preocupação e ajuda! Exemplo de profissional e de pessoa. Eu o admiro tanto que ele nem imagina!

A querida professora e amiga Carina Gouvêa, por toda a ajuda que me deu, por suas ideias e inquietudes brilhantes. Mulher com cara de menina, doce e meiga, com um coração gigante e uma sede impressionante pela pesquisa. Uma amizade para carregar para a vida!

Não posso deixar de agradecer àquelas pessoas que se fizeram tão especiais num momento da minha vida, que foi o período que ficamos juntos na cidade de Pisa - Itália, fazendo a Especialização em Direitos Fundamentais. Pessoas que mesmo sem me conhecer, me acolheram e fizeram da nossa uma relação única. Devo muito carinho e gratidão ao Prof. Marcelo Labanca, que foi quem me indicou o curso, e aos amigos Aninha, Roseli, Rafael, Marina, Bruninho, Ronaldo, Milena, Natasha e Lauro, a quem amo de forma muito, muito especial.

Aos meus alunos, que me estimulam e me fazem querer ser melhor a cada dia.

RESUMO

A tese examina o instituto do estado de coisas inconstitucional, de origem colombiana, com o intuito de investigar sua aplicabilidade à ordem constitucional brasileira pelo Supremo Tribunal Federal na solução da crise do sistema carcerário brasileiro. Para tanto, serão estudadas as omissões inconstitucionais, bem como as sentenças estruturais, dentre as quais se insere o estado de coisas inconstitucional. Serão estudados vários tipos de constitucionalismo para, ao fim, associar os conceitos de cooperação entre os poderes e o diálogo institucional como meios para a resolução de tais problemas. Por meio de pesquisa jurisprudencial, observado o método indutivo, identifica a origem remota dessa técnica decisória no direito estrangeiro, inclusive casos em que existem as sentenças estruturantes, ainda não denominadas de estado de coisas inconstitucional, passando, finalmente, ao estudo das decisões proferidas sobre a matéria pela Corte Constitucional colombiana, responsável por sua sistematização. Após, será analisada a incorporação da tese pela ordem constitucional, com o exame da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347/DF. Estudam-se os pedidos formulados na ação, para, finalmente, fazer um esboço das perspectivas para o julgamento definitivo da ADPF nº 347/DF e conclui-se, em arremate da pesquisa empreendida, pela adequação da tese do estado de coisas inconstitucional à garantia da efetividade da Constituição brasileira, sempre com a cooperação e o diálogo institucional.

Palavras-chave: Estado de coisas inconstitucional. Sentenças estruturais. ADPF nº 347/DF. Sistema penitenciário brasileiro. Colômbia. Crise carcerária.

ABSTRACT

The thesis examines the institute of the unconstitutional state of affairs, of Colombian origin, in order to investigate its applicability to the Brazilian constitutional order by the Supreme Federal Court in the solution of the crisis of the Brazilian prison system. In order to do so, the unconstitutional omissions will be studied, as well as the structural sentences, among which the unconstitutional state of affairs is inserted. Several types of constitutionalism will be studied in order to associate the concepts of cooperation between the powers and the institutional dialogue as a means of resolving such problems. By means of jurisprudential research, observing the inductive method, it identifies the remote origin of this decision technique in foreign law, including cases where there are structural injunctions, not yet denominated as unconstitutional state of affairs, passing, finally, to the study of the decisions made by the Colombian Constitutional Court, responsible for its systematization. After that, the incorporation of the thesis will be analyzed by the constitutional order, with the examination of the decision handed down by the Supreme Court in the judgment of the misfulfillment of ADPF No. 347/DF. The study requests formulated in the action, to finally make an outline of the perspectives for the definitive judgment of the ADPF No. 347/DF and concludes, in the end of the research, by the adequacy of the thesis of the unconstitutional state of affairs to the assurance of effectiveness of the Brazilian Constitution, always with cooperation and institutional dialogue.

Keywords: Unconstitutional State of Affairs. Structural sentences. ADPF No. 347/DF. Brazilian Penitentiary System. Colombia. Prison Crisis.

LISTA DE SIGLAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
CCC	Corte Constitucional Colombiana
CF/88	Constituição Federal de 1988
CNPCP/MJ	Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
EC	Emenda Constitucional
ECI	Estado de Coisas Inconstitucional
FOSYGA	Fondo de Solidaridad y Garantía
FUNPEN	Fundo Penitenciário Nacional
INCORA	Instituto Colombiano de la Reforma Agraria
INPEC	Instituto Nacional Penitenciário e Carcerário
INURBE	Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana
LC	Lei Complementar
PSOL	Partido Socialismo e Liberdade
TRF	Tribunal Regional Federal
SNAIPD	Sistema Nacional de Atención Integral ala Población Desplazada
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 CONSTITUCIONALISMO: DO SURGIMENTO À COOPERAÇÃO E AO DIÁLOGO INSTITUCIONAL	14
2.1 Do constitucionalismo moderno ao contemporâneo: como se deu o surgimento das bases dos movimentos constitucionais contemporâneos.....	14
2.2 Constitucionalismo de Transição, Constitucionalismo de Transformação e a incorporação deficiente do Constitucionalismo Democrático: da necessidade de cooperação e do diálogo institucional	24
3 OMISSÃO INCONSTITUCIONAL NA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA VISÃO ALÉM DA TRADICIONAL	42
3.1 Omissão inconstitucional na visão tradicional	42
3.2 Efetividade e omissão inconstitucional como tutela deficiente dos Direitos Fundamentais	46
3.3 O Controle de Constitucionalidade enquanto controlador de omissões legislativas para garantir a efetividade dos Direitos Fundamentais e a utilização do Princípio da Proporcionalidade.....	53
4 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: DA TEORIA À PRÁTICA NA JURISPRUDÊNCIA ESTRANGEIRA	63
4.1 Conceito e fatores valorados para definir a presença de um estado de coisas inconstitucional.....	63
4.2 Estado de coisas inconstitucional, bloqueio institucional e proteção aos direitos fundamentais.....	68
4.3 Violações ou falhas estruturais demandam sentenças estruturais	69
4.4 Efeitos e Superação do estado de coisas inconstitucional	73
4.5 Surgimento de um “quase” estado de coisas inconstitucional nos Estados Unidos e na Índia e o <i>meaningful engagement</i> da África do Sul.....	76
4.6 Casos julgados pela Corte Constitucional Colombiana.....	80
4.6.1 <i>Caso da filiação dos docentes municipais do Fundo Nacional de Prestações do Magistério</i>	81
4.6.2 <i>Caso do Direito de Petição dos aposentados x ineficiência administrativa</i>	85
4.6.3 <i>Caso do sistema carcerário colombiano</i>	87
4.6.4 <i>Caso da não convocação de concurso público para notários</i>	93

4.6.5 <i>Caso da falta de pagamento de salários a docentes municipais</i>	95
4.6.6 <i>Caso dos defensores dos direitos humanos</i>	96
4.6.7 <i>Caso da mora no pagamento das verbas de aposentadoria</i>	97
4.6.8 <i>Caso do deslocamento forçado</i>	98
5 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL	111
5.1 ADPF nº 347 em detalhes.....	112
5.2. O caso brasileiro e o colombiano: há como identificar elementos integrantes do conceito de estado de coisas inconstitucional?	122
5.3 A situação caótica do sistema carcerário brasileiro.....	129
5.4 Existe uma forma de superação do estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro?	138
6 CONCLUSÕES	148
REFERÊNCIAS	151

1 INTRODUÇÃO

O estudo do Constitucionalismo mostra o quão importante é a evolução dos direitos e da cultura em todos os países do mundo. Desde a Segunda Guerra Mundial, em especial, foi dada grande ênfase aos direitos fundamentais e, principalmente, ao princípio da dignidade da pessoa humana, trazendo junto a eles várias garantias e, conseqüentemente, limitações à atuação estatal, que parou de agir de forma indiscriminada, possibilitando o surgimento e manutenção do Estado Democrático de Direito. Agora, além de se abster de violar os direitos, também são impostas prestações positivas aos últimos, de modo que em alguns momentos, eles são chamados a assegurar e promover direitos, como os sociais.

A par disso, e pelo fato de as Constituições atuais trazerem uma gama de dispositivos programáticos ou que, por si só, dependem de um regramento ou regulamentação especial, tem se tornado comum o vácuo ou omissões inconstitucionais – sejam elas normativas ou não -, momento em que os Poderes ou deixam de legislar quando deveriam fazê-lo, ou deixam de implementar políticas públicas necessárias à efetivação dos direitos contidos nas Cartas, o que possibilita a intervenção judicial para a resolução dos casos omissos.

Por tal motivo, em praticamente todo o mundo têm sido proferidas pelo Poder Judiciário as chamadas sentenças estruturais, que objetivam superar bloqueios institucionais existentes na efetivação dos direitos fundamentais, como acontece nos casos de declaração do Estado de Coisas Inconstitucional – ECI, o que deve ser feito sempre através da cooperação entre os entes e órgãos estatais.

O ECI, instituto que surgiu na Colômbia e recentemente foi recepcionado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro através do julgamento da medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 347/DF, tem levantado relevante discussão doutrinária sobre sua aplicação na ordem constitucional brasileira, por diversos fatores.

Primeiro, porque é aplicado em raríssimos casos: apenas naqueles em que se encontrarem em conjunto os quatro elementos identificadores, que são: em situações nas quais se verifiquem graves, reiteradas e massivas violações a direitos fundamentais de determinados grupos, ocasionadas por ações ou omissões cometidas por autoridades no cumprimento de suas obrigações para a garantia e promoção dos direitos; além disso, pressupõe a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais e, por fim, a potencialidade de congestionamento da justiça, se todos os que tiverem seus direitos violados acorrerem individualmente ao Poder Judiciário.

Além disso, há intenso debate no tocante às decisões consideradas ativistas, como é o caso das proferidas em ECI, no que concerne aos limites impostos pelo princípio da separação dos poderes e pela regra democrática. É que, pode-se levar a crer que ao agir de forma ativista, o Poder Judiciário estaria usurpando suas competências e adentrando nas próprias dos outros poderes, já que aquele não teria competência e capacidade para instituir e executar políticas públicas. No entanto, como será visto, não é o que de fato ocorre, pois o julgador estaria apenas cumprindo o seu papel de garantidor dos direitos fundamentais de maneira progressista, autêntica e inovadora.

Neste sentido, o problema a ser enfrentado no estudo que ora se empreende será a investigação sobre a possibilidade de a tese do estado de coisas inconstitucional estar em conformidade com a ordem constitucional brasileira, salvaguardando a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, sem, com isso, ingressar nas esferas dos Poderes Legislativo e Executivo.

Para tanto, a metodologia empregada será a indutiva, através da análise e estudo de entendimentos jurisprudenciais estrangeiros e brasileiro, bem como a hipotética-dedutiva, em face do estudo dos pressupostos, elementos e limites do estado de coisas inconstitucional e sua aplicabilidade na realidade brasileira. Portanto, trata-se de uma pesquisa predominantemente teórica, com a análise sistêmica de bibliografia de doutrinas para melhor compreender o instituto colombiano, bem como pesquisa jurisprudencial, com o exame de decisões proferidas em vários países, como a Colômbia, a África do Sul, os Estados Unidos e a Índia, além do caso brasileiro, qual seja, a ADPF nº 347, e pesquisa legislativa, com consulta não apenas às Constituições dos mencionados países, mas a várias legislações estrangeiras e pátrias.

Desta feita, o primeiro capítulo tratará sobre o fenômeno do Constitucionalismo, desde os seus primórdios, o surgimento dos direitos fundamentais e, por fim, o estudo dos Constitucionalismos de Transição, de Transformação e Democrático, através dos quais se demonstrará a necessidade de haver num Estado Democrático de Direito, a fim de superar os bloqueios institucionais, a colaboração entre os entes, órgãos e pessoas, o que trará um fortalecimento deste Estado.

O segundo capítulo cuidará das omissões inconstitucionais, trazendo seus conceitos, hipóteses, relacionando-as com a imposição da tutela deficiente dos direitos fundamentais enquanto estes não forem implementados no Estado de forma ampla e plena, como determina da Carta Magna.

O terceiro capítulo, por sua vez, tratará de elucidar a tese do estado de coisas inconstitucional, trazendo suas hipóteses de cabimento e demonstrando que, apesar de haver sido sistematizado pela Corte Constitucional Colombiana – CCC, não nasceu efetivamente lá, tendo sido vislumbradas sentenças estruturais, nos mesmos moldes da ECI, mas sem esta denominação, em casos nos Estados Unidos e na Índia. Serão analisados, assim, casos concretos advindos desses dois países, somados aos ocorridos na África do Sul e, ao final, será feita uma sistematização e amplo desenvolvimento dos casos concretos ocorridos e julgados pela CCC.

O quarto capítulo, por sua vez, trará a análise do caso concreto brasileiro, contido na ADPF nº 347, cuja medida cautelar foi concedida em parte ainda no ano de 2015, mas com decisão muito pouco desafiadora e ativista, que restou praticamente inócua até os dias atuais. Também apresentar-se-ão dados que comprovam a falência do sistema carcerário brasileiro, disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça e outros órgãos. Ao final, serão apresentadas sugestões para a superação e perspectivas para o julgamento do estado de coisas inconstitucional no Brasil no caso suscitado, levando como base a estruturação montada pelo Tribunal Colombiano, precursor do instituto.

Finalmente, será alcançada uma conclusão sobre o problema proposto, qual seja, a aplicabilidade do estado de coisas inconstitucional no Brasil, sempre adequando-o ao elemento da cooperação e do diálogo institucional, não esquecendo da sugestão do Compromisso Significativo originário da África do Sul.

2 CONSTITUCIONALISMO: DO SURGIMENTO À COOPERAÇÃO E AO DIÁLOGO INSTITUCIONAL

A América Latina, nos últimos anos, tem sofrido grandes processos de mudanças e de transformações, que afetam diretamente cada um dos países que a integram. Tais modificações não aconteceram do dia para a noite; são resultado de um processo antigo e que reflete na sua (re) democratização, como será visto a seguir.

Para tanto, se faz necessário fazer um breve relato e rememorar as origens do Constitucionalismo, desde o nascimento das civilizações com o conseqüente surgimento dos direitos de primeira, segunda e terceira dimensões, chegando à dignidade da pessoa humana enquanto superprincípio.

Além disso, será estudado neste capítulo os constitucionalismos de transição, de transformação e o democrático, bases fundamentais para a democracia latino americana e, principalmente, para o Brasil e sua Constituição vigente; e, ao final, a importância do elemento da cooperação entre os Poderes e do elemento dialógico para a efetivação da democracia. Todos estes elementos são importantíssimos para a posterior elucidação do fenômeno do estado de coisas inconstitucional – ECI e para a sua tratativa e aplicabilidade no Brasil.

2.1 Do constitucionalismo moderno ao contemporâneo: como se deu o surgimento das bases dos movimentos constitucionais contemporâneos

A estabilidade de um sistema de governo é de grande importância, pois, quanto maior for, maior o crescimento de sua população. Para tanto, desde as épocas mais antigas, tal estabilidade era garantida através de vários fatores, a exemplo da tradição, do respeito às leis e da religião.

Desde os primórdios da civilização, é possível notar a existência de normas. Nos tempos primitivos, mesmo sem haver a forma escrita de expressão, já havia um detentor de poder em cada sociedade, o qual ditava as regras a serem seguidas. Assim, mesmo os primitivos já obedeciam às regras estabelecidas pelos chefes de onde viviam, caracterizando uma ideia de supremacia do Direito.

Dessa forma, não há Estado de Direito sem normas. Houve uma época, na Idade Média, em que a lei, por ser divina, era considerada imutável, estando o direito totalmente vinculado à esfera religiosa, e transferida de pai para filho, por tradição, o que foi sendo

modificado com o passar das décadas. Nesta época, o homem era visto em parte por revelação e em parte, pela inclinação de sua razão (FERREIRA FILHO, 1995, p. 31).

Sendo assim, na Idade Média, a esfera religiosa, com o direito natural, era totalmente respeitada e obedecida, até mesmo pelo monarca. Era aceita a ideia de direito independentemente da vontade do homem, sendo superior à sua vontade e revelado pela divindade. À Comunidade era permitido participar, porque nesse momento, legislar se caracterizava como verificar a existência de uma lei, autenticando o costume existente.

Pelo exposto, na Idade Média as leis consideradas pela sociedade eram as naturais, existentes antes mesmo do próprio homem, isto é, na Europa se verificava que o direito positivo era simplesmente a consolidação do que se considerava divino.

Por outro lado, não se deve esquecer que, nas Monarquias, o poder do soberano era exercido livremente, não estando o monarca ligado a regras de direito. Nas palavras de ESTEFAM (2013, p. 2-3):

No Estado-Polícia, a atividade do Estado não estava cingida a quaisquer regras de Direito de que o particular pudesse exigir o cumprimento, isto é, os governantes agiam livremente, desvinculados de regras jurídicas. O Direito Público, dessarte, encontrava-se estruturado sobre princípios como o da “*regisvoluntas suprema lex*” (a vontade do rei é soberana) e o do “*the king can do no wrong*” (o rei não erra).

Com efeito, no período do Estado de Polícia, os poderes do Estado entranhavam-se na pessoa do rei, que era sagrada e desligada de qualquer liame de sujeição. O poder absoluto do príncipe era limitado apenas pelos espaços – escassamente relevantes em alcance e profundidade – que competiam à jurisdição.

Assim, na época monárquica, o rei estava adstrito apenas às próprias vontades, já que, como a própria divindade defendida, ele nunca errava, estava sempre correto e deveria ser totalmente seguido e apoiado em suas decisões, não sendo possível aos seus súditos insurgirem-se contra isto. Segundo o mesmo doutrinador (2013, p. 5), “*O Estado era visto como o fantasma que sempre atemorizou o indivíduo, e, o poder, como o maior inimigo da liberdade*”.

Acontece que a França entrou em situação de calamidade, com todas as dificuldades econômicas, financeiras e políticas pelas quais passava, o que deu ensejo a novos discursos de liberdade e de direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, abalando totalmente o regime monarca. Com o Rei Luiz XVI executado à guilhotina, ficou o despotismo monárquico para trás, mudando totalmente os rumos a serem tomados pela França e, conseqüentemente, pelo mundo, que seguiu os seus passos.

A partir do século XVIII, se dá início a uma nova fase, qual seja, o Constitucionalismo Moderno, quando finalmente as constituições passaram a ser escritas e a possuir características como previsibilidade (quando o Estado deveria atuar) e calculabilidade (como o Estado deve atuar). Assim, o Estado agora deve ser omissivo, ou seja, deve interferir o mínimo o possível nas relações de seus cidadãos, sempre respeitando a sua liberdade e propriedade, além de seus direitos fundamentais, que surgem principalmente como forma de limitação ao poder estatal.

É então quando se instaura o Estado Liberal de Direito, com a finalidade de limitar a atuação estatal na vida de seus cidadãos. Isso tudo teve como princípio as Revoluções Americana e Francesa, e com as quais também advém a nova estruturação das constituições, que passam a seguir a separação de poderes nos moldes como defendia Montesquieu, e que ainda são conhecidos atualmente: Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, especializados em determinada função e independentes entre si, os quais antes se concentravam nas mãos de uma única pessoa. Com isso, seria incluído um sistema de freios e contrapesos, e somente com este seria possível estabelecer segurança para os indivíduos, momento em que um não temeria mais o outro, pois, para Montesquieu, *“Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder”* (1973, p. 156).

Por isso, ganhou relevo, substituindo o Direito histórico que era baseado no divino e no privilégio, a ideia de liberdade subjetiva do indivíduo enquanto fundamento do Estado, da sociedade civil e de suas relações recíprocas. Na Europa ocidental e especialmente na França, passou a predominar a ideia de liberdade contra o despotismo, rendendo o nome de “Estado Liberal” como o primeiro estágio do Estado de Direito. (ESTEFAM, 2013, p. 7-8).

Sendo assim, agora se buscava a organização da sociedade, com a finalidade de o próprio Estado garantir a liberdade de seus indivíduos, não interferindo em suas vidas privadas, ficando com o seu poder, antes ilimitado, totalmente limitado, dividido e exercido, seja direta ou indiretamente, pelo povo.

Assim, bem lembra Gustavo Ferreira Santos as palavras de Canotilho (BRANDÃO; CAVALCANTI; ADEODATO, 2009, p. 250):

Nesse caminho, Canotilho assenta que só será um Estado considerado Estado de Direito quando: (1) está sujeito ao direito (“o Estado, os governantes, as autoridades, obedecem às leis, não estão colocados sobre as leis, mesmo que elas tenham sido criadas ou produzidas pelos órgãos do poder”); (2) atua através do direito (“só quem esteja habilitado, só quem tenha uma competência previamente definida por regras jurídicas, está apto, num qualquer Estado de Direito, a desempenhar funções com o selo de autoridade pública”); (3) positiva normas jurídicas informadas pela ideia de direito (“O Estado de direito é informado e

conformado por princípios radicados na consciência jurídica geral e dotados de valor ou bondade intrínsecos).

O “Estado de não direito”, antítese do Estado de Direito, poderia ser assim caracterizado: “(1) é um Estado que decreta leis arbitrárias, cruéis e desumanas; (2) é um Estado em que o direito se identifica com a ‘razão de Estado’ imposta e iluminada por ‘chefes’; (3) é um Estado pautado por radical injustiça e desigualdade na aplicação do direito.”.

O princípio da legalidade, então, surge como garantidor da liberdade tão sonhada, limitando o Estado para fazer tão-somente aquilo que a lei permite; o que esta não permite, é proibido¹. Entra-se na fase do império da lei, que busca não somente limitar a atuação estatal, mas também garantir segurança jurídica às situações fáticas, sinalizando o fim do arbítrio dos monarcas.

Se faz mister lembrar, ainda, que essa época foi marcada por constituições sintéticas, as quais traçavam tão-somente as normas de organização, estruturais e processuais, não esquecendo do rol de direitos e garantias fundamentais.

Como já afirmado, a separação de poderes nos moldes como desenhado por Montesquieu também veio à tona nessa época, dividindo o poder antes despótico e concentrado nas mãos de um só, em Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. A adoção desse molde era totalmente necessária para a defesa da liberdade, pois, se assim não fosse, os poderes continuariam concentrados em uma só pessoa. Nesse momento, era premente a necessidade de dividir dos poderes, para que fossem criadas condições institucionais de respeito das esferas individuais, evitando poderes absolutos.

Acontece que, apesar de haver três Poderes, o Legislativo se sobressaía e ficava em situação de sobreposição sobre os demais. O Executivo e o Judiciário tinham caráter meramente de executar e aplicar as leis criadas, não tendo nenhum tipo de competências autônomas. Segundo ESTEFAM (2013, p. 22-23):

A esta altura, é possível verificar, em poucas palavras, que o termo “lei” abrigava os preceitos jurídicos promanados do Poder Legislativo, cuja amplitude ou alcance é de caráter geral e abstrato, disciplinando um número indeterminado de pessoas e atingindo uma gama de situações genéricas, cujo escopo era a proteção dos direitos dos cidadãos, concedendo um mínimo de segurança jurídica e de certeza nas relações entre o Estado e os cidadãos.

Dessa forma, a lei passou a possibilitar a existência e a garantia dos direitos e garantias fundamentais, culminando com o fim do Estado Absoluto, passando o Estado a agir

¹ Prova disso faz o artigo quarto da Declaração de 1789, que pregou: “O exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites exceto os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo destes mesmos direitos. Estes limites não podem ser determinados senão pela lei”.

única e exclusivamente conforme autorizava ou proibia a lei, não dando possibilidade de haver decisões ou interpretações a serem tomadas pelo Executivo.

Ainda nesta fase, não era preocupação o conteúdo das leis, já que, como já mencionado, estas derivavam da Razão, ou seja, o direito natural era posto em palavras e seu cumprimento era obrigatório, e as leis eram sempre consideradas justas. FERREIRA FILHO (1995, p. 79) ensina que o constituinte dessa época assim entendia, pois “*A supremacia da lei deveria ser, de acordo com o esquema clássico, a supremacia da Razão sobre o arbítrio dos governantes. Deveria exprimir a vontade geral, que nunca erra, por ser a razão humana despida dos interesses que a descaminham, e, jamais, o predomínio de qualquer grupo, de qualquer vontade popular*”.

Vale apontar que no Século das Luzes, o que se buscava, com o Estado Liberal, era a interferência mínima do Estado na vida de seus cidadãos, ou seja, se desejava que ele fosse omissivo em determinadas questões. O que se buscava era a liberdade e paz de seus cidadãos, sendo estas um objetivo universal procurado por todos.

Com o passar do tempo, a realidade social mudou. A vontade geral, exprimida através de representantes legais eleitos pelo povo, passou a ser a vontade e interesse destes. A lei, então, se torna a expressão da vontade parlamentar, lembrando que os parlamentares são eleitos pelo povo por maioria eleitoral, mas são uma minoria em relação ao povo.

Desta forma, estando no poder, o representante pode se desvincular de seus eleitores, não cumprindo totalmente as suas vontades e entendimentos, principalmente quando o representante se corrompe e troca as vontades de seu eleitorado por vantagens pessoais.

Com o surgimento do sufrágio universal, muitas questões são postas em debate. É que antes, ele somente pertencia à classe burguesa, que detinha o poder econômico, e, agora, chega à classe trabalhadora, que é a maior parte do eleitorado, e que detém o poder político. Acontece que a última (classe trabalhadora), não está nem um pouco satisfeita com suas condições de vida e de trabalho, fazendo uma série de reivindicações em face do Estado.

Sendo assim, o Poder Legislativo, antes criado com o intuito de representar uma Nação, passa a representar uma determinada parte dela, com interesses concretos e determinados, distorcendo a vontade geral para a vontade de uma parte da sociedade, apenas. Desta feita, quando deveriam os representantes do povo representa-los, acabam por não fazê-lo, se limitando a defender interesses pessoais, que não são os que oficialmente os colocaram no poder.

No que toca ao sistema de freios e contrapesos, foi criado com a finalidade de organizar o Estado, definindo órgãos, estabelecendo competências e marcando as relações entre estes mesmos órgãos.

Cada órgão, ou Poder, detém atividades típicas: Legislativo, de legislar; Executivo, de administrar; e Judiciário, de julgar. No entanto, possuem também atividades atípicas, quais sejam: Legislativo, de administrar e julgar; Executivo, de legislar e julgar; e Judiciário, de legislar e administrar². Desta feita, as funções são harmônicas e independentes entre si, o que quer dizer que há pontos de contato entre elas.

COÊLHO (2014, p. 35), bem delimita as funções do Estado:

A tripartição de poderes não é absoluta dentro do aparelho do Estado. Ocorre tão somente que o Legislativo empolga a quase totalidade da função legiferante. O Executivo e o Judiciário, predominantemente, encarregam-se daquelas, a administrativa e a jurisdicional, respectivamente.

O Poder Legislativo faz leis. O Executivo as aplica de ofício, e o Judiciário as realiza, contenciosamente, assim que no processo de aplicação da lei surja alguma controvérsia a respeito de seu alcance ou significado.

E continua, afirmando que tais funções detêm critérios formais e materiais (2014, p. 38-39):

O fato, já realçado, de que nem sempre os órgãos de um Poder exercem com exclusividade as funções típicas que lhe são próprias, praticando, às vezes, atos que pelo seu conteúdo e finalidade pertencem a outro Poder, obriga adentrar a teoria dos atos funcionais. Estes implicam dois critérios de reconhecimento: o formal e o material. Pelo critério formal, um ato será legislativo, administrativo ou jurisdicional de conformidade com o órgão que o emite ou exara. Se o órgão for do Poder Executivo, será ato formalmente administrativo; se do Judiciário, o ato por ele praticado será formalmente jurisdicional e, se provier de órgão legiferante, será ato legislativo em sentido formal.

O critério formal denuncia a origem do ato, sua fonte ejetora. Por outras palavras, a classificação formal de um ato funcional indica apenas o Poder do Estado de onde dimana.

Segundo o critério material, o ato fundacional é legislativo, administrativo ou jurisdicional quando, pela sua natureza própria ou peculiar, contém-se no âmbito e finalidade de cada uma das funções do Estado: editar o Direito, aplicá-lo de ofício aos casos concretos e decidir sobre os conflitos decorrentes de sua aplicação, interpretando-o.

² Atualmente, no Brasil, como bem se sabe, ao Poder Legislativo é possível administrar as atividades de seu próprio pessoal, e julgar, como ocorre com o Senado Federal, ao julgar crimes de responsabilidade cometidos pelo Ministro da Suprema Corte. O mesmo ocorre com os outros Poderes: ao Judiciário é permitido administrar seu próprio contingente, e legislar, quando são elaborados os regimentos internos dos diversos Tribunais no país; e, finalmente, ao Executivo é possível legislar, quando, por exemplo, o Presidente da República edita Medidas Provisórias, e julgar, que ocorre, por exemplo, com o seu contencioso administrativo.

- A) Ato legislativo (lei em acepção lata) em sentido formal é o que promana de órgãos constitucionalmente investidos de função legiferante. Tem forma de lei. Em sentido material, é todo ato funcional emanado do Estado com caráter de regra geral, abstrata e obrigatória, ostentando a finalidade de ordenar a vida social, direta ou indiretamente, implicando modificações na ordem jurídica (novità, como dizem os italianos).
- B) Ato administrativo em sentido formal é o que dimana de órgãos do Poder Executivo. Em sentido material (conteúdo e finalidade), é administrativo o ato por meio do qual o Estado determina situações jurídicas individuais ou, pelo menos, concorre para a sua formação.
- C) Ato jurisdicional sob o ponto de vista formal é todo aquele exarado por órgão do Poder Judiciário. Em sentido material, é ato por meio do qual o Estado define situações jurídicas individuais com finalidade de remover óbice à aplicação do Direito, interpretando-o (juris dicere, jurisdição, dizer o direito). Todo ato jurisdicional implica dois termos: a controvérsia a propósito da aplicação da norma jurídica e a solução da controvérsia. A constatação do conflito sem solução é fato inócuo, sem expressão. Por outro lado, para que haja solução, por suposto há que existir, antes, o conflito, sua composição na lide e seu desate na sentença.

Se faz mister lembrar que, segundo a concepção clássica de Montesquieu da separação de poderes, a iniciativa de propositura de leis cabia unicamente ao Poder Legislativo, já que, como analisado anteriormente, naquela época, com a elaboração das leis, não se buscava a construção de um direito novo, mas simplesmente a declaração de um direito que já era vigente, servindo as leis somente para positivar a realidade social. No entanto, esse entendimento só vigora nos Estados Unidos³. Nos demais países, ao contrário, tem sido possibilitada a iniciativa de leis ao Poder Executivo, já que ele detém a orientação política geral daquela nação, como ocorre no Brasil; ao Poder Judiciário, cabendo a este a iniciativa de leis relativas a seus serviços e organização, ou seja, podem os órgãos da função jurisdicional criar seus próprios regimentos internos; e, por fim, ao eleitorado.

Para FERREIRA FILHO (1995, p. 115), inicialmente, o Poder Legislativo se tornou supremo, sendo superior às outras duas funções do Estado, motivo pelo qual inclusive o regime adotado na época era o parlamentarista:

Mais que em Locke, porém, parece claro em Montesquieu que o Executivo e o Judiciário têm um campo próprio não estritamente subordinado à lei, entendida esta como a vontade do Legislativo. Atribui o antigo Presidente do Parlamento de Bordéus ao Executivo o fazer a paz ou a guerra, o enviar e receber embaixadas, o estabelecer a segurança, o prevenir as invasões, o que não se pode realizar apenas e tão-somente aplicando as leis. Igualmente, o Judiciário tem uma área própria, se se considerar que jamais Montesquieu supôs que todas as regras de direito que o juiz houvesse de aplicar aos julgamentos fossem legislativas.

³ Nos Estados Unidos, o Presidente não detém o poder de iniciativa de leis, mas se entende que não menos de 80% (oitenta por cento) da nova legislação se origina da Casa Branca ou de entidades governamentais. (FERREIRA FILHO, 1995, p. 140).

Fruto embora mais da interpretação do que da intenção do seu inspirador inglês ou de seu pai francês, a “separação de poderes” praticada resultou na supremacia do Parlamento. E essa supremacia se acentuou durante todo o século XIX para atingir o clímax por volta da segunda década deste século, às vésperas da Primeira Grande Guerra.

Acontece que o Legislativo não conseguia dar conta de tantas atividades, várias delas diversas das suas funções precípuas. Além disso, é claro, não se pode acreditar que esse entendimento perdurou por muito tempo, pois logo se notou que não é possível um Poder ser supremo aos outros, o que, sem dúvidas, destruiria os demais, e até mesmo colocaria abaixo a intenção do sistema de freios e contrapesos, que, como visto, surgiu para frear as atividades das funções estatais, garantindo sua independência e perfeito funcionamento, com a perfeita equivalência entre elas.

Como se não bastasse, passados os anos e décadas, notou-se que garantir somente a liberdade individual era pouco. A sociedade precisava de cada vez mais reconhecimento de direitos e, dessa vez, precisava que o Estado agisse. Se fez necessário ir em busca dos direitos sociais, econômicos e culturais, além dos de liberdade, o que caracterizou a nova fase, qual seja, a do Constitucionalismo Social.

Agora, o Estado era chamado a atuar positivamente, a conceder a seus cidadãos direitos sociais, como trabalho, moradia, educação e saúde, entre outros. Ora, antes, o Estado era chamado a não agir e, nesse momento, a agir, fazendo com que sua atuação mudasse totalmente o foco, fazendo com que ele tenha se agigantado, tornando-se prestador de serviços públicos, empresário e investidor, sendo “impulsionado a atuar em todas as áreas da vida social e econômica para assegurar a igualdade entre os cidadãos” (ESTEFAM, 2013, p. 29).

Com isso, e principalmente após a Segunda Guerra Mundial, o Poder Legislativo entrou em decadência e o Executivo, em ascensão, passando a ser visto como poder governamental. Segundo FERREIRA FILHO (1995, p. 121-122),

(...) Esse primado resulta de inúmeros fatores. O primeiro deles já foi logo sugerido acima quando se estudou a decadência do Parlamento. De fato, a principal razão do engrandecimento do Executivo, de sua transformação em governo, está nas tarefas novas que o Estado assumiu, desde que interveio no domínio econômico e social. A incapacidade de as assembleias desempenharem as tarefas exigidas do Welfare state produziu a multiplicação das missões que o Executivo contemporâneo é chamado a desempenhar. Pode-se dizer, sem exageros, que a missão econômico-social do Estado-Providência passou toda inteira para as mãos do Executivo tradicional, o governo, na linguagem das novas Constituições.

Em verdade, o Executivo estava em melhor situação para convenientemente desempenhá-las. Sua estrutura permite a tomada de decisões mais prontas, com segurança de sigilo e possibilidade de adaptação flexível a peculiaridades regionais e

a alterações circunstanciais ou conjunturais. Assim, um fator técnico impulsionou o crescimento do Executivo.

A partir daí, o Executivo ganhou novo sentido, se tornando o centro do poder real nos Estados modernos. Continua FERREIRA FILHO (1995, p. 124):

(...) Essa liderança é acentuada pelos meios de comunicação da massa, que permitem ao chefe do governo tocar, diretamente quase, a cada um dos seus governados, com seus apelos e proclamações. O rádio, primeiro, o cinema e, sobretudo, a televisão dão ao homem comum uma sensação de intimidade com o chefe do governo que nem nas antigas oligarquias os membros do grupo dirigente percebiam. Isso se espelha na sem-cerimônia com que a eles se referem, como se se tratasse de um vizinho, ou de um companheiro de trabalho. Essa sensação de intimidade é, aliás, estimulada pelos governantes que procuram entreter uma atmosfera de simpatia em redor de si. Não é outro o fito das reportagens sobre a vida familiar, a simplicidade, os gostos e os pendores do líder político.

Estefam (2013, p. 32-34) afirma corretamente que:

Tal status adquirido pelo Poder Executivo, conforme Paulo Otero, é resultado de quatro principais fatores, quais sejam:

- (i) Crescente complexificação das matérias e a impossibilidade de o parlamento dar resposta pronta e conveniente a todas as exigências de um moderno Estado de bem-estar conduziram a uma progressiva assunção de poderes normativos por parte do executivo, incluindo a permanente feitura de actos com força de lei cuja prática pelo executivo a Constituição configurava como tendo uma natureza excepcional, podendo falar-se, num primeiro momento, em tentativa de fraude à Constituição, e, hoje, atendendo à reiterada prática e à ausência de qualquer sancionamento judicial, será possível defender-se a formação de um costume constitucional *contra constitutionem*;
- (ii) O défice de informação do parlamento, isto em termos comparativos com o governo, sendo tanto mais grande quanto cada questão envolve hoje crescente tecnicidade e uma pluralidade de interesses contraditórios, reforça a *capitis diminutio* parlamentar, fazendo-o surgir como um órgão destituído de elementos que habilitem uma intervenção decisória conveniente e oportuna, além de revelar a sua própria dependência institucional de quem lhe forneça essa informação;
- (iii) A progressiva transformação das eleições parlamentares num processo plebiscitário ao executivo cessante e de escolha de um primeiro-ministro que, por esta via, ganha um protagonismo próprio e confere ao poder executivo uma legitimidade democrática quase idêntica a um presidente da república eleito por sufrágio directo, fazem obnubilar a tradicional concentração de legitimidade democrática da instituição parlamentar;
- (iv) a introdução de alterações legais ao funcionamento do sistema eleitoral, procurando evitar uma excessiva dispersão político-partidária no parlamento e, deste modo, possibilitando a formação de uma maioria política susceptível de sustentar um executivo durante toda a legislatura, inverte o ascendente político do parlamento sobre o governo.

A clássica soberania parlamentar dá lugar à soberania governamental, vinculando-se o princípio da legalidade à manifestação de vontade política do executivo, o qual começa a

assumir atribuições normativas, sendo o Poder Executivo capaz de editar normas, já que o Legislativo não teria condições de legislar sobre as novas atribuições administrativas do Estado, seja pela complexidade das matérias, seja pela quantidade de normas necessárias para delimitar a atuação administrativa estatal. Desta forma, nesse momento, o Poder Executivo passou a ocupar um local determinado no seio da sociedade.

Acontece que, após a Segunda Guerra Mundial, com todas as barbáries ocorridas nessa época, se notou que as leis positivadas, que garantiam os direitos fundamentais e os direitos sociais, com o Estado Liberal e o Estado Social de Direito, respectivamente, não eram suficientes. Se o fossem, as atrocidades mencionadas não teriam espaço e as leis não teriam perdido o seu prestígio.

Foi a partir daí que teve início o denominado Constitucionalismo Contemporâneo ou Neoconstitucionalismo, mais especificamente com a Constituição Alemã de 1949 ou Lei Fundamental de Bonn, que teve por objeto unir o direito à moral e à ética (pós-positivismo), com a clara e nítida intenção de reaproximação com a justiça. As normas passam a ser não apenas as positivadas, escritas; os princípios ganham força normativa e passam a fazer parte dos sistemas constitucionais, abrindo as portas para o chamado Estado Constitucional de Direito, dando-se uma gigantesta ênfase ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, com o Estado Constitucional de Direito, as perspectivas são modificadas, unindo-se direito a moral e a ética. O próximo passo é ingressar na era do Direito Global, que se dá após a queda do Muro de Berlim, em 1989, totalmente voltado à globalização e ao capitalismo.

Com isso, é possível chegar à conclusão de que, com a evolução da sociedade, surgiu uma necessidade premente de se unir o direito escrito às leis morais e éticas, garantindo os direitos fundamentais, sociais e coletivos, dando-se ênfase cada vez mais à solidariedade e à coletividade em geral. A partir daí não se denota a sociedade unicamente, mas o mundo sem fronteiras, globalizado.

Os direitos fundamentais – principalmente a dignidade da pessoa humana - começaram a ter uma grande importância a partir do Neoconstitucionalismo, em especial, com a Lei Fundamental de Bonn, a Constituição Alemã de 1949, que os trouxe como direitos e como obrigação do Estado perante os cidadãos, concedendo-os como uma valorização objetiva.

Os direitos fundamentais, justamente por possuírem uma dimensão objetiva e serem advindos do princípio da dignidade da pessoa humana, se caracterizam por serem direitos negativos no que diz respeito à visão do indivíduo em face do Estado, já que este deve se

abster de fazer determinadas coisas em face das pessoas, como por exemplo, o direito à liberdade religiosa. O Estado não pode obrigar ninguém a seguir uma determinada religião, e, também, não pode, por exemplo, escolher a profissão de um indivíduo. Nesses casos, se fala em liberdade negativa, vez que o Estado deve se abster de interferir na vida privada.

Por outro lado, os direitos fundamentais também trazem uma visão de direitos positivos do Estado frente a seu povo, o que significa dizer que deve protegê-los e garantir a sua efetivação. O ser humano tem direito subjetivo à proteção de seus direitos fundamentais por parte do Estado.

2.2 Constitucionalismo de Transição, Constitucionalismo de Transformação e a incorporação deficiente do Constitucionalismo Democrático: da necessidade de cooperação e do diálogo institucional

Atualmente vive-se na esfera da – nas palavras de Bauman (2001) – modernidade líquida, com grandes avanços científicos e tecnológicos, que refletem na democracia, tornando-a dinâmica e expansiva. Por isso, problemas que antes não existiam, hoje, tornam-se realidade e as democracias devem resolvê-los de alguma forma, inclusive através de criações dos mais diversos tipos de legislações.

Segundo CARPIZO (2009), é possível definir a democracia como sendo um sistema em que os governantes são eleitos periodicamente pelos eleitores; o poder é distribuído entre diversos órgãos, cada um com competências próprias e com equilíbrio e controle entre eles, bem como responsabilidades assinaladas pela Constituição, com o fim de assegurar direitos fundamentais pela última reconhecidos.

Desta feita, para que exista democracia, deve haver uma ordem jurídica, um Estado de Direito e uma Constituição, pois assim é possível garantir os direitos referidos. Para tanto, não deve existir uma perpetuação do poder, por isso que este deve ser alternado e também ser garantido o sufrágio universal, secreto, livre, com eleições imparciais, periódicas e objetivas, e a existência de diversos partidos políticos com ideologias e opiniões diversas.

Democracia também está associada a qualidade de vida, motivo pelo qual os direitos à liberdade e igualdade devem ser sempre essenciais na sua manutenção, o que garante, por sua vez, a proteção das minorias sociais como forma até mesmo de controle do poder, caracterizando a democracia social. As reformas constitucionais que ocorreram na América Latina nos últimos anos idealizaram o fortalecimento da democracia e os espaços de participação cidadã através da democracia representativa.

A democracia ainda tem a ver com a responsabilidade dos órgãos e funcionários estatais, pois a irresponsabilidade significa desigualdade, e não é isto o que ela tem como finalidade. Ela significa tolerância, respeitar o diferente, o pluralismo, o diálogo, a discussão e a negociação política.

CARPIZO (2009), ao analisar o tema da democracia na América Latina, propõe cinco chaves: uma de caráter formal – celebração de eleições livres, objetivas, equitativas e periódicas; três de caráter material – o respeito à proteção dos direitos humanos, principalmente os de caráter civil e político, o papel desempenhado pela oposição e a desconcentração do poder e o equilíbrio de órgãos deste; e uma de caráter social – a qualidade de vida das pessoas, levando em conta fatores como alimentação, educação, saúde, trabalho, moradia e lazer.

A América Latina, após a Segunda Guerra Mundial, passou por um período de democratização, encerrando um ciclo de autocracia a partir da década de 50 em alguns países. Depois disso, alguns regressaram e houve intervenções militares nos poderes, e a democracia somente começou a ser restabelecida em algumas regiões sul-americanas no final dos anos 70, através de democracias eleitorais. Apesar disso, a democracia na maioria dos países deste continente não está consolidada e atualmente sua finalidade deve ser o alcance de maiores níveis de bem estar para grandes setores da população, com respeito a movimentos sociais, a demandas econômicas e democráticas dos trabalhadores, produção e distribuição de bens de consumo popular, bem como educação superior pública com excelência acadêmica, não esquecendo da luta contra a impunidade e a corrupção (CARPIZO, 2009).

A Segunda Guerra Mundial, como já exposto, trouxe várias consequências de nível constitucional para o mundo inteiro: novos remédios constitucionais surgiram e foram sendo incorporados às Constituições; foram criados os tribunais constitucionais – e aqui, é bem verdade que, a depender do país, o órgão que faz as vezes de corte constitucional também age como revisor de decisões, como é o caso brasileiro.

A criação de tribunais eleitorais com a função específica também é recente na história da América Latina, tendo iniciado com a Constituição Brasileira de 1934, bem como a criação de órgãos de fiscalização, geralmente vinculados ao Poder Legislativo – no Brasil, os Tribunais de Contas, todos essenciais à manutenção da democracia.

Por isso, as constituições latino-americanas, em geral, têm tido natureza transformadora, pois são densas em direitos, já que nelas se encontram o reconhecimento de direitos coletivos e econômicos, sociais e culturais, bem como proteção judicial, o que contribui para uma maior igualdade social e transformação democrática. Além disso, apostam

numa ampliação dos mecanismos de participação democrática, através da democracia representativa.

A América Latina hoje vive uma crise do Estado Democrático de Direito. O Pós Segunda Guerra Mundial foi traduzido através de uma supremacia da constituição nos mais variados países do mundo, com promessas de (re) democratização e (re) constitucionalização. Segundo VALLE (2013, p. 10), o desafio posto atualmente se encontra na “conciliação que se possa empreender entre transição e transformação”.

O Estado Democrático de Direito requer uma “formatação jurídico-política que conforme essa conciliação entre estabilidade jurídico-institucional e mudança sócio-econômica” (VALLE, 2013, p. 13), pois, agora, o constitucionalismo não apenas controlará o poder, mas deve conformar a realidade, vez que existe a necessidade de uma constituição que dependa não somente de sua literalidade, podendo ser maleável.

Segundo a mesma doutrinadora, ao tratar do tema do constitucionalismo de transição, (2013, p. 15),

A expressão constitucionalismo de transição surge inicialmente associada às experiências de reorganização política e institucional de países que vinham de substantivas alterações no regime de poder, por força de movimentos revolucionários, ou ainda pela independência ou emancipação de áreas de influências mais ou menos formais de outros países. Transição era a palavra chave, porque se cuidava de estabelecer os parâmetros de migração de um determinado sistema jurídico-político para outra realidade, normalmente mais afinada com os cânones do Estado Democrático de Direito – nisso compreendendo-se não só alternância de poder como possibilidade jurídico-institucional, mas também como fenômeno que se possa verificar em ambiente de liberdade, entendida esta última palavra no seu sentido mais amplo.

Sendo assim, a transição significa o período de transformação de um sistema para outro, o que implica entender que é o momento em que as pessoas deixam para trás valores antigos e tentam criar novos em face de mudanças políticas causadas por atrocidades e injustiças (KHATIWADA, 2008).

O mesmo doutrinador (2008) aduz que existem seis elementos do constitucionalismo de transição: princípios constitucionais da era pré-revolucionária, o uso de ciência política comparativa, princípios políticos da revolução, a análise de patologias políticas, experiências políticas de estruturas legal e constitucional passadas e trabalho autoconsciente da razão política. Todos eles ajudarão a entender o motivo e a justificativa da nova ordem que se deseja instaurar.

Na transição, o estado lida com diversas questões: primeiro, se pergunta o que deve ser objetivo da transformação com possíveis arranjos, além de como justificar ou conceder

sentimento constitucional e moral ao ato que gerou a mudança e, por fim, como administrar a transição. Lidando bem com tais questões, haverá uma transição bem-sucedida.

Nesse sentido, o constitucionalismo de transição é uma categoria contemporânea e designa o que se deseja de uma constituição, ou seja, que seja legítima democraticamente, viabilizadora de uma vontade coletiva e deve ser estável, com o desenvolvimento de um programa constitucional. É também um elemento de análise do poder constituinte originário, sendo prescritivo e descritivo (tem elementos próprios que devem ser incorporados na fase pré-constituente), não dando ênfase ao conteúdo da carta constitucional, literalmente, mas ao modo como ela será elaborada, se relacionando ao processo do viver constitucional, sendo, portanto, instrumental.

Começou a ser estudado depois da descolonização, a partir da década de 70, então as transições democráticas ocorreram sob sua égide. Trabalha com a reorganização política institucional e isso especificamente não aconteceu no universo da Constituição Federal de 1988, tanto é que a divisão de funções e Poderes continua a mesma. No entanto, é de se notar que trouxe experiências de (re) democratização e (re) constitucionalização a vários países, como bem aponta VALLE (2013, p. 30):

Significativas manifestações dessas novas experiências de (re)democratização e (re) constitucionalização são aquelas havidas no leste da Europa, na América Latina e na África, que envolvem países onde ao lado da sempre presente transição política, outros quadros eram de ser enfrentados, como o do esgaçamento do tecido social e de relevantes déficits sociais historicamente impregnados naquelas coletividades. Para enfrentamento dessas situações, cogita-se um constitucionalismo que resulte num texto fundamental apto a promover a conciliação entre o duro aprendizado das vivências do passado (que reclamou a mudança do modelo de regência do jogo político) e projeto de futuro, com o qual se compromete a coletividade que essa mesma constituição pretende disciplinar.

E o que há de interessante no leste da Europa, na América Latina e na África, é que é possível identificar a presença de um poder constituinte material, que seria o resultado da expressão da força política da qual decorre a mudança efetivamente, mas não necessariamente existe um movimento revolucionário específico que permita tratar como um marco. Por isso, a nova ordem jurídico-constitucional é inaugurada através de vários arranjos constitucionais transitórios que fazem a intermediação entre as variadas manifestações do poder constituinte. Portanto, não se refere a um momento específico e delimitado no tempo, mas a variados momentos que, conjugados, levarão a uma transformação permanente na sociedade.

As constituições transitórias, nesse sentido, rompem com o antigo regime e fundam uma nova ordem política para nações que estão saindo de uma guerra ou de um regime autocrático, ajudando a preparar a base para uma ordem constitucional futura e permanente.

Portanto, como bem aduzem YEH e CHANG (2009), o constitucionalismo de transição possui três perspectivas: o *foundationalism*, através do qual uma nova ordem política e democrática deve ser fundada com novas regras; o *reflectionalism*, que vê as mudanças constitucionais como ferramentas de consolidar a vontade do vencedor no fluxo da política de transição, rejeitando ideias morais e oferecendo práticas estratégicas e explicações; e o *constructivism*, que vê a mudança constitucional como um processo contínuo e construtivo.

Característica interessante das constituições transitórias é que o seu processo de *constitution-making* é dotado de menos formalidade, sendo relativizado. Elas relativizam em alguns momentos a reforma da constituição e uma dessas formas de relativização ocorre através das emendas constitucionais. No Brasil, o grande exemplo de relativização é a Emenda Constitucional nº 45/2004, que reformou o Poder Judiciário.

Existem dois casos específicos interessantes de constituições transitórias: a do Nepal e a da África do Sul. Em ambos, as constituições foram criadas com base nos fundamentos do constitucionalismo de transição e por elementos de transformação, pois as Cartas interinas funcionaram como um pré-compromisso de transformação. Este fato é importante quando as nações estão saindo de um regime autoritário e mesmo quando os governantes remanescentes destes ameaçam a mudança ou até mesmo as nações estão emergindo de um passado repleto de derramamento de sangue e intolerância, resultando num senso de raiva e vingança entre a população.

O último passo é a formação da constituição final, permanente, através de uma Assembleia Constituinte eleita, que traz as demandas dos revolucionários e a ordem, a legitimidade e a garantia do processo constitucional.

O constitucionalismo de transição, ainda, pode ter a característica de ser relativo em relação aos canais, que podem ser formais ou informais. Isso porque, nos anos 90, foram utilizados mecanismos informais como um meio para induzir e facilitar futuras reformas formais. Um desses é o chamado *roundtable talk*, ou mesas redondas, como já aconteceu na Polônia, na Tchecoslováquia, na Hungria e na África do Sul, por exemplo. Nelas, foram estabelecidos princípios críticos relativos a uma nova constituição ou mesmo revisões constitucionais. Alguns teóricos entendem que ela é ilegítima, pois aqui existira um comitê específico formado por várias pessoas diversas (*expertises*), que iriam fazer com que os

líderes políticos em conflito entrassem numa conversa pré-arranjada para tentar estabelecer as palavras chaves, os arranjos institucionais que irão estabelecer a nova constituição. Podem promover fóruns, audiências públicas, abrir canais de comunicação e participação para que haja um pré-arranjo na constituição provisória. O federalismo é capaz de manter essa sustentação. Exemplo disso é a Constituição da África do Sul, que não usou a expertise dos atores internacionais e usou a *roundtable talk*.

O constitucionalismo de transição tem outra característica: em alguns casos, foi criada uma corte constitucional não convencional, com maior amplitude e possibilidades de decisão, mais cooperativa e descentralizada, através da qual se tornou possível legitimar a mudança, ou seja, é aquela que não defende a constituição, pois ela está sendo criada; servirá para interpretar as palavras chaves e trabalhará ao lado da assembleia nacional constituinte. O grande problema – ou, talvez, solução, a depender do ponto de vista – dessas cortes é que são orientadas para a democracia liberal. Essa corte constitucional não convencional não dispensa o ativismo judicial e pode criar caminhos para evitar o hiperpresidencialismo.

No Brasil, poderia se entender que talvez não tenha passado pelo constitucionalismo de transição, vez que – novamente, talvez – a transição política já tenha ocorrido. Não se quer dizer que o país já mudou de regime completamente, vez que essa mudança é realizada de maneira paulatina, através de um processo de redemocratização, o que pode ser inclusive pensado a partir dos artigos 1º e 3º da Constituição Federal de 1988 – CF/88, ou seja, pelos compromissos assumidos pela última (VALLE, 2013).

Além disso, no Brasil, houve a convocação da Assembleia Nacional Constituinte, seguida de vários tipos de discussões e debates, que culminaram na promulgação da Carta Constitucional de 5 de outubro de 1988, dotada de eficácia imediata e com finalidade de permanência.

VALLE (2013) ainda demonstra algumas razões pelas quais a Constituição Federal de 1988 não se enquadraria no constitucionalismo de transição: primeiro, porque os motivos que levaram à confecção da nova Carta dataram de bem antes de 1988, antes da convocação da Assembleia Nacional Constituinte. Segundo, porque o processo de (re) constitucionalização se deu com a dissociação entre o poder constituinte material e formal, pois na época vários movimentos populares reclamavam um processo de redemocratização. Em terceiro lugar, o texto constitucional – como afirmado acima – trouxe diversos compromissos valorativos a serem assumidos em sua vigência.

Nesse ponto, é importante aduzir que poderia se entender que a Constituição vigente teria sido objeto do constitucionalismo de transição porque, quando promulgada, exigiu um

trabalho complexo daqueles que ficariam responsáveis pela criação de normas, tendo em vista a quantidade de dispositivos que reclamam a criação ulterior de normas ordinárias ou complementares para gozarem de eficácia plena. Até mesmo os direitos fundamentais, que se entende terem aplicabilidade imediata, para terem a eficácia também imediata, muitas vezes precisam de disposições que devem ser regulamentadas, sob pena de ser necessária a utilização de remédios constitucionais para combater a inércia legislativa, como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Além disso, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias prevê a revisão constitucional, a ser realizada cinco anos após a promulgação da Constituição, o que traria um caráter de provisoriedade a esta. Também se somam a isto a quantidade de emendas constitucionais que já foram inseridas no sistema (até a data de fechamento deste trabalho, foram 99 emendas, com 30 anos de vigência), o que traria um sentimento de transitoriedade ao texto constitucional.

Seria possível entender que a Constituição Federal em vigência, por trazer em seu bojo uma gama reforçada de garantias e a previsão de uma estrutura institucional – Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública e Advocacia de Estado – e com a possibilidade de a sociedade cobrar o cumprimento de seus direitos, compreendendo uma verdadeira agenda de mudanças, tendo viés progressista, a caracterizaria como de transição. Some-se a isto o fato de que, no texto constitucional, há vários dispositivos de conteúdo programático e/ou que precisem de acordos constitucionais para que sejam resolvidos.

No entanto, como bem aponta VALLE (2013), a utilização em larga escala de enunciação de direitos socioeconômicos justificada na mudança constitucional, é um atributo de constitucionalismo de transformação, como será detalhado nas próximas linhas.

Sendo assim, o constitucionalismo de transição possui, em síntese, três funções: a gestão da agenda de reformas, a substituição da revolução violenta e facilitar a integração social.

O constitucionalismo de transformação⁴, por sua vez, decorre do constitucionalismo clássico e tem valores aspiracionais, tentando promover a conciliação entre as experiências

⁴É de se ressaltar que, apesar da mesma nomenclatura, a justiça de transição ou reparadora se materializa efetivamente no constitucionalismo de transformação e não no de transição. Aquela foi criada pela doutrinadora Ruti Teitel (2003), em conferência proferida em 1992, que fez uma genealogia da justiça de transição. Para ela, esta pode ser definida como o conceito de justiça associada a períodos de mudanças políticas, caracterizados por respostas legais ao confronto a regimes repressivos anteriores.

A autora estabeleceu três fases históricas em sua genealogia: a primeira, que começou em 1945, período de Pós Segunda Guerra Mundial, restou marcada pelo Tribunal de Nuremberg, refletindo o triunfo da justiça de transição, definindo suas dimensões internacionalmente, bem como o caráter raro dessa experiência, marcada também pela Guerra Fria.

passadas e o projeto de futuro, abordando eminentemente conteúdo substantivo da Constituição, sendo indutor do motor de transformação, buscando ferramentas para que a Carta se materialize. Tem compromisso com a igualdade material na redistribuição de recursos, com a finalidade de evitar a segregação política e acabar a miséria e a exclusão, envolvendo direitos de conteúdo socioeconômico. Aqui surge uma cultura de cooperação de poder, permitindo a identificação de novos desafios que a constituição transformadora deve enfrentar.

LANGA (2006) afirma inclusive que o objetivo primordial de uma Constituição é curar as feridas do passado e guiar para um futuro melhor: deve-se mudar. Desta feita, o grande passo do constitucionalismo de transformação é o compromisso com a igualdade material e a cultura de justificação do poder (VIEIRA; AJOUZ, 2013), com acesso a direitos socio-econômicos, como acesso à educação e oportunidades através de vários mecanismos. Pensa no reconhecimento acentuado das diferenças e valorização do pluralismo, com a construção de constituições pluriétnicas e pluriculturais, com a promoção da diversidade.

Faz fusão dos direitos fundamentais e não deseja apenas reconhecer os direitos, mas ordenar que as autoridades políticas os concretizem, bem como prima pelos serviços essenciais e aposta na emancipação política.

No Brasil, a Carta de Outubro delimitou os objetivos da República e os direitos e garantias fundamentais, dispositivos estes que por si só compreendem a sua finalidade de promover a igualdade material do povo e o respeito à dignidade da pessoa humana, com aplicabilidade imediata.

A Constituição Federal do Brasil vigente, apesar de ser um grande exemplo de Carta que, além de consolidar transições políticas, determinou metas e consagrou valores, incorporou de forma deficiente o constitucionalismo de transformação, pois não forneceu um novo desenho institucional, principalmente no que se refere à divisão dos poderes.

A segunda fase é associada ao período de democratização e fragmentação política, caracterizado como a “terceira onda” de transições, tendo em vista que nas últimas décadas do Século XX, o colapso da União Soviética levou a várias transições pelo mundo inteiro, inclusive as sul-européias e as latino-americanas. Essa fase foi marcada pela construção nacional, caracterizada por uma justiça mais privada e local.

A terceira fase, contemporânea, surgiu no fim do século XX e é caracterizada pela normalização do fenômeno de justiça transacional, que vira regra geral inclusive internacionalmente, associado com a globalização e tipificado pelo aumento da instabilidade e violência.

A justiça de transição é muito importante para uma transformação democrática, na medida em que são criadas normas retroativas a serem aplicadas em face daqueles que praticaram violações massivas de direitos humanos. É claro que nem sempre isso funciona, pois há casos em que os ex-governantes ganham simpatia do público, como aconteceu com Saddam Hussein, que, apesar de todos os atos desumanos que causou no Iraque, foi simpatizado e as pessoas foram às ruas contra seu julgamento e possível pena de morte. O mesmo ocorreu com Slobodan Milosevic, que se tornou popular na Sérvia e provocou uma reação internacional quando aguardava seu julgamento e seus opositores tiveram que perder as eleições e suas vidas.

Essa Constituição sofre a influência do constitucionalismo de transformação, tendo como objeto ser transformativa, por isso que algumas respostas materiais não estão em conformidade, o que afeta diretamente a separação dos poderes e as sentenças estruturantes, que serão estudadas em sequência.

A Lei Fundamental brasileira adveio através de um momento de construção de uma nova ordem constitucional, logo após período ditatorial e trazendo uma grande participação popular em sua elaboração. Para se ter uma ideia, durante a Assembleia Nacional Constituinte, foram apresentadas 122 (cento e vinte e duas) emendas populares, das quais 83 (oitenta e três) cumpriram os requisitos regimentais para apreciação e várias foram efetivamente aprovadas no texto final, como os dispositivos que garantem boa parte dos direitos trabalhistas da população. A enunciação tão vasta de direitos fundamentais também é um reflexo do período anterior pelo qual o país atravessou (PULCINELLI, 2016, p. 66).

Assim, a nova Carta apostou na transformação ao trazer, ainda, fundamentos, objetivos e valores da República Federativa, a preservação das garantias de seus direitos, o equilíbrio da ordem econômica e social bem como sua finalidade intrínseca de diminuir a desigualdade social, entre tantas outras características. PULCINELLI (2016, p. 71) muito bem explicita:

De fato, a Constituição brasileira, pavimentada pelo valor da dignidade do homem (art. 1º), pela primeira vez, declina em seu texto quais seriam os objetivos da República (art. 3º), construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza; reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Já nos capítulos que inauguram a CRFB/88, foram consagrados inúmeros direitos e garantias individuais, aos quais foi outorgado o *status* de núcleo duro do Texto Fundamental (art. 60, §4º, IV).

(...)

A manutenção da arquitetura institucional fundada na combinação entre o regime presidencialista e a representação proporcional com lista aberta, no Legislativo, segundo Limongi, representou perda da “*oportunidade de ouro para evitar a reincidência dos erros da experiência democrática anterior*”, embora tenha representado uma mudança substancial com implicações profundas sobre a forma e a natureza da operação do presidencialismo brasileiro. Isso porque, havia o consenso acerca da ideia de que o triunfo da democracia dependia necessariamente da capacidade de o governo responder de forma efetiva e célere às demandas da sociedade moderna e complexa.

Além desses detalhes, o Executivo foi fortalecido com a manutenção de prerrogativas legislativas, por exemplo, o que acaba influenciando na função típica do Legislativo. Em relação ao Judiciário, foram-lhe conferidas autonomias institucional, administrativa e financeira, com as garantias que já eram fornecidas aos seus membros há

muito – vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios, garantindo-lhes independência funcional.

O constitucionalismo de transformação defende uma cultura de justificação do exercício do poder, o que significa dizer que os detentores de poder, assim como os juízes, têm a responsabilidade de justificar todas as suas decisões. Tanto é que a Carta Brasileira vigente, assim como as legislações infraconstitucionais, entende por bem que o Judiciário deve dar publicidade de suas decisões, com o dever de motivação e fundamentação.

Já foi mencionado que a atual CF/88 é resultado do constitucionalismo transformador. PULCINELLI (2016, p. 93) sistematiza esta justificativa:

Assim, os elementos integrantes da Lei Maior de 1988 que permitem firmar a assertiva de que nossa matriz de constitucionalismo hoje assume contornos do constitucionalismo de transformação, podem ser destacados como:

- (i) a estruturação do poder conta com um Executivo ainda proeminente, mas prevê mecanismos de neutralização dos excessos de concentração pela oferta de canais, de instrumentos de participação popular;
- (ii) o estabelecimento da obrigatoriedade de um atuar estatal voltado para o atendimento da pauta valorativa constitucional, inclusive no que tange aos direitos socioeconômicos a fim de promover integração social, ou seja, propõe uma agenda de mudanças;
- (iii) disseminação então do poder, por meio da concessão de tais direitos, aos quais correspondem deveres de agir estatal, que são sindicáveis perante o Judiciário;
- (iv) a aposta nas estruturas institucionais de controle do Estado, como o Tribunal de Contas e o Ministério Público, conferindo-lhes ampla arquitetura, de molde a possibilitar a sua permanente vigília em favor da progressão do projeto transformador da sociedade;
- (v) a atribuição à própria sociedade da possibilidade de cobrar, via “representação funcional” e por intermédio dos contrapoderes, a obediência à agenda de mudança inserta no Texto Fundante; e
- (vi) o reconhecimento do multiculturalismo, que amplia a legitimação democrática e “rompe com as tradicionais dimensões de tempo e alcance da transição”, favorecendo a construção de uma identidade própria da nação e à solução de duas questões culturais e históricas, diminuindo o *gap* entre teoria e prática.

Resta claro então que, por todos estes destaques, a Constituição de 1988 tem viés transformativo ou transformador. No entanto, não custa frisar que a mera enunciação dos direitos fundamentais, como ocorre em tal diploma, não é suficiente para a sua concretização.

E, falando em direitos fundamentais, mais à frente será estudado o fenômeno do estado de coisas inconstitucional, que surgirá demonstrando que o governo se encontra num alto grau de desgovernabilidade, o que pode acontecer por uma série de fatores, mas que somente pode ser resolvido através de uma solução: a cooperação entre os Poderes.

Ora, os Poderes são independentes e harmônicos entre si. No entanto, a teoria da separação dos poderes não foi incorporada visando a integração e cooperação entre eles e não

há como superar o ECI sem cooperação. A teoria da separação dos poderes é tão importante que se tornou cláusula pétrea e um direito humano.

Montesquieu (1973) diz que a teoria da separação dos poderes funciona com três elementos: independência, harmonia e cooperação, e integração entre os poderes. A primeira falha da incorporação da teoria da separação dos poderes nos moldes como visto no tópico anterior é a falta de integração ou cooperação entre eles. Por que a divisão de poderes no Brasil se concentra com a mesma divisão de funções? Por que não muda?

Analisando brevemente as Constituições brasileiras, mais especificamente no que toca à separação de poderes, será visto que, na primeira delas, a de 1824⁵, existiam quatro Poderes (Legislativo, Executivo, Judiciário e Moderador), e não se falou no elemento cooperação, o que é totalmente justificável por ser um documento monárquico.

Na Carta de 1891⁶, primeira republicana, consta os Poderes como harmônicos e independentes entre si, não se referindo ao elemento cooperação.

Na de 1934⁷, fruto da Revolução de 1932, há a divisão dos Poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário e pela primeira vez pode-se entender que se fala em cooperação, quando afirma que são independentes e “coordenados entre si”. Isso se justifica, na época, por conta da Revolução de 30 e 32, por isso necessária a cooperação.

Na Carta de 1937, não houve citação à teoria da separação dos poderes, simplesmente se afirmou que estava mantida a divisão mencionada na Constituição de 1934.

A Constituição de 1946⁸ trouxe novamente os três poderes como independentes e harmônicos entre si, mas sem conexão direta através da cooperação.

A Constituição de 1967⁹ também previu a divisão em três poderes, independentes e harmônicos, mas com vedação de poderes de delegar atribuições ou competências, o que foi mantido pela Emenda Constitucional nº 01/69 ou Constituição de 1969.

A de 1988 é uma Constituição transformativa, trazendo a separação de poderes¹⁰, após vinte e um anos de ditadura, ainda com deficiência. Fala deles três, mas tem uma previsibilidade de cooperação, tendo em vista que há três dispositivos que tratam dessa

⁵Art. 10. Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial.

⁶Art 15 - São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si.

⁷Art 3º - São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si.

⁸Art 36 - São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si.

⁹Art 6º - São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

¹⁰Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

previsibilidade: artigo 4º¹¹, quando fala em cooperação entre os povos (internacional); o artigo 23, em seu parágrafo único¹², quando aduz que leis complementares fixarão normas de cooperação entre os Estados e a União, Distrito Federal e Municípios, visando o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar. Neste caso, é bem verdade que não se trata de uma cooperação direta e não tem eficácia plena, pois é necessária uma lei complementar para que exista. E, por fim, o artigo 30¹³ trata educação infantil e de ensino fundamental, bem como sobre os sistemas de atendimento à saúde, que devem ser mantidos e prestados, respectivamente, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado.

Então, fala-se muito pouco em cooperação no Brasil desde os seus primórdios. E uma outra forma de cooperação entre os Poderes que pode existir e, de fato, já aconteceu em três momentos após a promulgação da Constituição de 1988, é através de pactos federativos.

Estes aconteceram nos anos de 2004, 2009 e 2011. Em 2004, o pacto republicano foi realizado entre o Supremo Tribunal Federal, o Palácio do Planalto e o Congresso Nacional e conduzido pelo Presidente do STF à época, que fizeram uma parceria com a finalidade de melhorar as instituições brasileiras, buscando uma democracia sólida e a modernização do Judiciário. Dele, resultou a Emenda Constitucional – EC nº 45/2004, que reformou o Poder Judiciário, e na criação, pelo Executivo, da Secretaria de Reforma do Judiciário perante o Ministério da Justiça. Viabilizou um Judiciário mais rápido e mais sensível aos anseios da sociedade e da cidadania, o que também viabilizou a materialização dos direitos fundamentais. Este pacto foi importantíssimo, por exemplo, para regulamentar os institutos da súmula vinculante e a repercussão geral através das Leis nºs 11.417 e 11.418/2006, respectivamente. Também foram previstas no Pacto a criação de um cadastro centralizado de crianças e adolescentes desaparecidos; a tipificação do crime de sequestro e a revisão da legislação sobre crimes sexuais. Pela primeira vez, através de um Pacto Republicano, houve a atuação conjunta das instituições.

Em 2009 houve um novo Pacto Republicano, realizado em cooperação pelos Presidentes da República, Senado Federal, Câmara dos Deputados e Supremo Tribunal

¹¹Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
(...)

IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

¹²Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

¹³Art. 30. Compete aos Municípios:

(...)

VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental;

VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;

Federal, buscando um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo, fortalecendo a proteção dos Direitos Humanos, a efetividade da prestação jurisdicional, o acesso universal à justiça e o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito e das instituições do Sistema de Justiça. Como resultado, foi autorizada a criação de 230 (duzentas e trinta) novas varas federais nos interiores do país, com previsão de instação de 46 (quarenta e seis) por ano até 2014, possibilitando um maior acesso à justiça.

O terceiro Pacto Republicano é de 2011, com a cooperação entre o Supremo Tribunal Federal, representantes do Legislativo e do Executivo, com a intenção de ser mais enxuto que o segundo, pois pelo menos metade dos cem projetos previstos neste não tiveram andamento. Sua finalidade é a simplificação e acesso à justiça e redução da impunidade para o combate à violência e ao crime organizado.

Por tudo isso, se comprova que é possível haver cooperação entre os três Poderes. A bem da verdade, é de se atentar que o Poder Judiciário vem sendo protagonista não apenas no Brasil, mas em várias nações. Isso não quer dizer que ele deve estar acima dos demais Poderes nem que o primeiro deve ser neutro e deixar de cumprir sua missão. A atuação da corte deve prestigiar e empoderar os mecanismos democráticos de formulação das escolhas, principalmente através de um diálogo institucional, mantendo o equilíbrio entre os poderes. Tanto o Legislativo quanto o Executivo e o Judiciário devem assumir diferentes papéis na transformação.

O Judiciário, pelo fato de o constitucionalismo de transformação exigir necessariamente uma possibilidade de conduta ativista em face da mudança social, acaba tendo um papel preponderante no espaço institucional (LANGA, 2006).

A título de exemplo, a África do Sul tem uma Constituição pós-liberal, com uma cultura constitucional progressista. Aliás, o progressismo é extremamente necessário para a criação de uma moral na sociedade. WEST (1999) muito bem aduz que a Constituição ou a história constitucional deve ser lida como uma parte da moral progressista que responde a todo o injusto e ao sofrimento pelo qual as pessoas passaram e desejam erradicar. O primeiro passo para isso, então, é a *equalprotection*, em que o estado não pode negar proteção a alguns ou todos os cidadãos, devendo protegê-los, além de garantir-lhes liberdade.

Nesse ponto, chega-se ao constitucionalismo democrático, que, por sua vez, navega nos constitucionalismos popular e no dialógico, trabalhando com três núcleos: constestação, persuasão e formação de um novo ordenamento e estabelecimento da constituição. Aqui se pensa sempre na primeira pessoa do plural (*Wethepeople*), numa voz compartilhada, sempre expressando o coletivo. Os estados atuam desta forma sempre que tomam decisões, formam

políticas, celebram tratados e contratos, legislam, entre outros. Existe, assim, uma autogovernança coletiva (*we do*). O estado democrático requer compromissos comuns e identificações e um estado pautado apenas na realização mecânica de eleições não pode ser bem-sucedido, sem esquecer inclusive das diferenças culturais que existem na sociedade que irá reger e reforçar (POST, 2000).

POST (2000), ao tratar do tema, se limita a discutir três mecanismos estruturais comuns a proteger a heterogeneidade cultural: os direitos individuais, os direitos de grupo ou coletivos e a soberania. Os primeiros alinham o comportamento individual com normas culturais, promovendo uniformidade cultural, ou investem o indivíduo como poder de decisão, fazendo com que o Estado não interfira para impor qualquer tipo de cultura, o que facilita a heterogeneidade cultural. A legitimidade democrática também pode se refletir em liberdades de expressão e religiosa.

Em relação aos direitos de grupo, relacionam-se a uma coletividade, que pode ser uma igreja, corporações, tribos etc, e se referem a um leque de coisas: pode se referir tanto a direitos coletivos, gerais, como também ao direito de um acionista de uma empresa poder processar alguém no nome da última, possuindo direitos especiais e específicos. É claro que cada grupo pode ter direitos específicos, o que em alguns casos pode trazer algumas tensões.

O terceiro ponto, a devolução da soberania, é definido por POST (2000) como a cultura nacional cedendo a um grupo a autoridade de elaborar normas. Ocorre quando grupos recebem o poder de definir e fazer valer suas próprias decisões, como ocorre com o federalismo. Nesse sentido, a autorização para criação de normas não é algo simples e requer capacidades distintas, portanto, alguns grupos são autorizados a criar normas para outros grupos ou mesmo para todas as pessoas de um território, lembrando que podem elaborar as normas mas não forçá-las a serem cumpridas.

Todos esses três elementos indicam uma compreensão diferente e o compromisso com a heterogeneidade cultural, formando, assim, uma sociedade democrática, sempre olhando para as minorias que fazem parte da sociedade. Assim, o constitucionalismo democrático vai fluir/funcionar dentro de uma constituição, sendo capaz de legitimar ulteriormente uma constituição não democrática, possibilitando inclusive reverter uma emenda constitucional inconstitucional, ou mesmo legitimar algo ilegítimo.

Por isso, rejeita o originalismo e se caracteriza como um constitucionalismo americano (progressivo e não conservador), fazendo construções que melhor atentam às necessidades da época. Afirma que a autoridade constitucional vai depender da sua capacidade de resposta democrática tão quanto da sua legitimidade como lei suprema.

Outra característica é o processo de agregação de legitimidade, principalmente das decisões judiciais, por causa dos três elementos essenciais. Além disso, pretende ver preservadas as conquistas históricas de núcleos de identidade da Constituição e tem a presença de fracos mecanismos de controle de constitucionalidade.

TUSHNET (2006), por sua vez, em relação à primeira característica da lei constitucional, e fazendo uma distinção entre seus componentes legais e políticos, afirma que tomadores de decisões hoje olham para decisões tomadas ontem, se evidenciadas através do texto constitucional ou através de precedentes, para guia-los ou restringi-los, o que faz com que a análise legal seja um exercício de interpretação de textos, práticas, histórias. Em oposição a isto, na política, os tomadores de decisões hoje fazem julgamentos sobre o que é melhor para a sociedade avançar, sem se preocupar com o passado.

Para ele, a lei constitucional é vista como lei política: nem todas as mobilizações populares são performances da lei constitucional, apesar de muitas serem. A verdade é que muitas vezes aquelas são feitas através de organizações políticas. Nesses casos, o legislativo e o executivo acabam se igualando às cortes no que toca a interpretação constitucional. No entanto, o Congresso e o Presidente aceitam que a corte tem a última palavra na interpretação das normas. No entanto, ambos os poderes acabam entendendo que a visão dos tribunais sobre tal interpretação não teria peso de lei. Tais interações entre os poderes entram na categoria de constitucionalismo popular (TUSHNET, 2006).

O constitucionalismo democrático afirma o papel do governo representativo e dos cidadãos mobilizados na aplicação da Constituição, confirmando também o papel dos tribunais ao fazê-lo, sempre apreciando o papel do engajamento público na orientação e legitimação das instituições e práticas judiciais e a ordem constitucional faz com que haja a troca entre os tribunais e cidadãos (POST; SIEGEL, 2007).

Desta feita, deve haver um processo dialógico entre as pessoas, os legisladores, o executivo e as cortes, de modo que todos, inclusive pessoas, representantes políticos, tribunais, possam oferecer interpretações constitucionais através de interações e os tribunais não possuem prioridade normativa na solução do problema. Aposta, por isso, numa dialética fora dos tribunais, devendo ocorrer em um dos três poderes, que precisam incorporá-la. Se aproxima dele o que foi definido como diálogo democrático: ampla variedade de atores para participarem do debate e das conversações que convertem/conduzam a uma mudança positiva. Se referem muito a movimentos sociais, sendo flexíveis e de fácil adaptação a qualquer contexto.

Aqui, os tribunais desempenham um papel fundamental, pois exercem uma forma distinta de autoridade para declarar e fazer cumprir os direitos quando são procurados pelos cidadãos para protegê-los de excessos do governo.

Então deve-se criar standups para essa estratégia, o que seria possível através de planejamento. Deve ser usado em problemas sociais complexos, principalmente onde haja bloqueios institucionais e quando as instituições não estão respondendo de forma democrática, por isso, quem cria o problema deve fazer parte da solução. É um processo de diálogo aberto que permite a construção da confiança necessária para alcançar a solução com acordos coletivos e ações concretas. Isso evita o efeito *backlash* do Poder Legislativo, pois usa o elemento cooperação.

O *backlash* pode ser entendido como um efeito colateral, fruto das decisões judiciais proferidas em *hard cases*, e que decorre de uma reação do poder político contra a pretensão do poder jurídico de fazer tal controle. POST e SIEGEL (2007) dão vários exemplos norte-americanos de casos que envolvem tal efeito, e seu processo é muito bem explicado por MARMELESTEIN (2015, p. 05). Confira-se:

O processo segue uma lógica que pode assim ser resumida. (1) Em uma matéria que divide a opinião pública, o Judiciário profere uma decisão liberal, assumindo uma posição de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais. (2) Como a consciência social ainda não está bem consolidada, a decisão judicial é bombardeada com discursos conservadores inflamados, recheados de falácias com forte apelo emocional. (3) A crítica massiva e politicamente orquestrada à decisão judicial acarreta uma mudança na opinião pública, capaz de influenciar as escolhas eleitorais de grande parcela da população. (4) Com isso, os candidatos que aderem ao discurso conservador costumam conquistar maior espaço político, sendo, muitas vezes, campeões de votos. (5) Ao vencer as eleições e assumir o controle do poder político, o grupo conservador consegue aprovar leis e outras medidas que correspondam à sua visão de mundo. (6) Como o poder político também influencia a composição do Judiciário, já que os membros dos órgãos de cúpula são indicados politicamente, abre-se um espaço para mudança de entendimento dentro do próprio poder judicial. (7) Ao fim e ao cabo, pode haver um retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa ainda pior do que a que havia antes da decisão judicial, prejudicando os grupos que, supostamente, seriam beneficiados com aquela decisão.

Nesse sentido, o Judiciário profere uma decisão liberal que é posta em debates conservadores, o que pode fazer com que haja críticas à primeira, acarretando uma modificação da opinião pública que, por sua vez, acaba influenciando nas escolhas eleitorais da população. Isso, por sua vez, faz com que candidatos conservadores ganhem mais votos, vençam eleições e consigam aprovar normas do mesmo condão, o que, ao fim do processo, caracteriza um verdadeiro retrocesso social e jurídico.

KLARMAN (2011), por sua vez, sugere que, em casos como o elencado acima, o Judiciário não dê solução concreta ao caso até que o tema seja amadurecido socialmente para que aquele efeito não se concretize. No entanto, tomadas de decisões e análises de soluções previstas têm vantagens e desvantagens. Por isso, é necessário testar para analisar se a solução funciona, e só se consegue testar colocando-a em prática, pois nem sempre as decisões liberais e progressistas obrigatoriamente acarretarão o efeito *backlash*. Por isso, o constitucionalismo democrático não tem a resposta: ele devolve o problema à sociedade e esta, não satisfeita, devolve o problema.

Como afirmado, nem sempre o efeito das decisões será negativo. Veja-se dois casos norte-americanos relativos à luta dos homossexuais, relatados por MARMELSTEIN (2015, p. 07):

Em 2003, quando a opinião pública estava bastante dividida a respeito da concessão de direitos decorrentes das uniões homoafetivas, a Suprema Corte decidiu, no caso *Goodridge v. Department of Public Health*, que não seria juridicamente válido qualquer tipo de discriminação entre casais homossexuais e casais heterossexuais. Referida decisão desencadeou uma forte resistência conservadora, fortalecendo o discurso contrário aos homossexuais. No contexto dos debates políticos, surgiram diversas propostas legislativas visando impedir o reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo. E, de fato, graças ao crescimento numérico de candidatos eleitos com o discurso de intolerância, foram aprovadas, no âmbito estadual, leis ou até mesmo emendas constitucionais negando aos homossexuais alguns direitos, inclusive ao casamento.

Os desdobramentos do caso, porém, sugerem que o debate provocado por *Goodridge v. Department of Public Health*, ainda que tenha gerado retrocessos pontuais, permitiu, por outro lado, uma melhor compreensão da *causa gay*. Houve uma enorme mudança na opinião pública, a favor dos homossexuais, que fortaleceu a crença sobre a injustiça da discriminação por orientação sexual. Isso possibilitou que, em 2015, no caso *Obergefell v. Hodges*, a Suprema Corte reconhecesse o direito dos homossexuais ao casamento e invalidasse todas as normas que o proibissem, contando, dessa vez, com um apoio muito mais amplo da sociedade. Houve, nesse caso, um efeito *backlash* do efeito *backlash*, que minimizou os prejuízos sofridos pelos homossexuais.

Embora ainda não se possa ter certeza sobre as reações políticas que decorrerão do julgamento proferido em *Obergefell v. Hodges*, pode-se dizer que, até o presente momento, a luta pela igualdade sexual na arena judicial tem dado bons frutos. Nesse aspecto, portanto, embora seja possível reconhecer os riscos decorrentes do efeito *backlash*, a jurisdição constitucional tem tido um papel importante na luta dos homossexuais contra a discriminação.

Portanto, as Cortes não podem deixar de decidir de maneira progressista com receio de efeitos *backlash*, inclusive a brasileira. Ressalte-se que, no Brasil, grupos conservadores vêm ganhando espaço, possibilitando retrocessos nas esferas judicial e social, fazendo com que sejam aprovadas medidas legislativas contrárias às decisões judiciais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Exemplos disso são os casos do reconhecimento das uniões

homoafetivas pelo STF, que gerou nas Casas Legislativas a discussão sobre o Estatuto da Família, que considera família a união entre homem e mulher; os casos decididos pelo Supremo na ADI nº 3.510 e na ADPF nº 54, que entenderam, respectivamente, em 2008, que as pesquisas com a utilização de células-tronco embrionárias não violam o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, e, em 2012, que não se deve punir aborto praticado por médico, com consentimento da gestante, se o feto é anencéfalo, o que provocou reações conservadoras no sentido de aprovar o Estatuto do Nascituro, visando proibir tais condutas.

Por tudo isso, não é possível entender que as cortes constitucionais devam deixar de decidir de forma progressista e liberal por conta de possíveis reações entendidas como *backlash*, pois, sem elas, talvez as questões não fossem discutidas social e abertamente nunca. Então, abre-se espaço para debate e discussões, o que faz – e deve fazer – parte do jogo democrático, através de um constante exercício de persuasão e dialética.

E por qual motivo pensa-se no exercício de persuasão ou dialética? Porque se deseja aqui fazer a inclusão de perspectivas diferentes em relação ao mesmo local, que essa introdução ocorra para a resposta do povo. Também porque a sociedade é plural e os problemas são policêntricos, encadeados a partir de um sistema, então a tomada de decisões deve ser integrada, devendo o constitucionalismo democrático estruturar a resposta a ser dada ao caso concreto.

O constitucionalismo democrático pode estabelecer decisões minimalistas ou macro, vai depender do tamanho do problema. O tamanho do dissenso é que vai determinar a extensão da resposta constitucional e a promoção e o desenvolvimento do que se está discutindo.

Outro elemento característico é que o constitucionalismo democrático não opera de uma única visão, mas de uma visão de todos. Se o Poder Executivo toma decisões, tem que exercer o constitucionalismo democrático, e o mesmo ocorre com os demais poderes. Deve se promover a contestação que acontece em determinadas fundamentalidades, tem a persuasão – e é aqui que se exerce a dialética – e temos a formação do novo consenso, que é a resposta dessa dialética/discussão.

Por tudo isso, se pensa na teoria da separação dos poderes como limitação do poder, por isso que não há diálogo institucional, no entanto, ele é fundamental para que seja superado o bloqueio institucional e, assim, superada qualquer crise do Estado Democrático de Direito, inclusive o estado de coisas inconstitucional.

3 OMISSÃO INCONSTITUCIONAL NA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA VISÃO ALÉM DA TRADICIONAL

A omissão inconstitucional é tema que, apesar de fartamente discutido, continua em pauta até os dias atuais, nos mais variados sistemas constitucionais do mundo. Trata-se de um vácuo no cumprimento de uma norma constitucional que pode ser total ou parcial e que pode ocorrer por inércia não apenas do Poder Legislativo ao não criar ou elaborar uma norma, mas também dos demais Poderes por não instituírem, por exemplo, alguma política pública constitucionalmente garantida.

Neste capítulo, será analisada a omissão inconstitucional nos moldes como a doutrina tradicional a entende, e também de uma maneira mais ampla, demonstrando que há um leque de casos em que pode ser configurada uma omissão, o que pode inclusive caracterizar o fato como uma tutela deficiente dos direitos fundamentais, que deve ser sanada pelo Judiciário, já que este, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, não pode se negar de julgar um caso que seja submetido.

A seguir, serão analisadas as formas de suprir uma omissão inconstitucional, através das hipóteses previstas de controle de constitucionalidade e, ao fim, resolvendo-as o Poder Judiciário sempre com a observância do princípio da proporcionalidade.

3.1 Omissão inconstitucional na visão tradicional

A omissão inconstitucional está prevista na Carta Magna de 1988, especificamente no §2º de seu artigo 103, que aduz: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

A omissão legislativa pode ter sido causada pelo legislador ou mesmo por órgão administrativo, como ocorre, por exemplo, pela falta de regulamentação de alguma norma por parte do Poder Executivo. E aquela se diz inconstitucional quando o órgão que deveria ter criado a norma não o faz, descumprindo um preceito ou dever constitucional. Sendo assim, trata-se de uma inércia legislativa, quando existe uma obrigação constitucionalmente prevista.

Para se analisar a doutrina tradicional de omissões legislativas, deve-se levar em conta a classificação das normas constitucionais criada por José Afonso da Silva (2003), quanto à aplicabilidade, dividindo-as em três: de eficácia plena, contida e limitada.

Para o doutrinador, as normas constitucionais de eficácia plena são aquelas que, no momento em que a Constituição Federal entra em vigor, possuem aplicabilidade direta, imediata e integral, sem a necessidade de que seja criada uma norma infraconstitucional disciplinando qualquer matéria dela constante, como ocorre, por exemplo, com o art. 2º da Carta Magna de 1988, que aduz: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 1988). Tal dispositivo é completo e não necessita de nenhum complemento ou explicação, motivo pelo qual se classifica como norma de eficácia plena.

SILVA (2003) ainda classifica as normas constitucionais em de eficácia contida, que são aquelas que têm aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral, podendo, dessa feita, ser concretizadas por normas infraconstitucionais, o que acontece com o art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal, que prega que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Ora, qualquer pessoa pode ter qualquer profissão, no entanto, se esta for regulamentada por uma lei específica, devem ser obedecidos os requisitos que nela estão contidos, como acontece com o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, que condiciona o exercício da advocacia à conclusão do curso de Direito e à aprovação no Exame de Ordem. Sendo assim, se a norma constitucional prevê uma forma de limitação do exercício do direito por lei infraconstitucional, ela será de eficácia contida.

Por fim, SILVA (2003) trata das normas constitucionais de eficácia limitada, que são as que têm aplicabilidade mediata e reduzida, ou seja, quando a Constituição entra em vigor, algumas normas constitucionais não têm o condão de produzir todos os seus efeitos sem que surja uma norma integrativa infraconstitucional, e sem esta as normas constitucionais não terão eficácia total. É o que acontece, a título de exemplo, com o art. 6º da CF/88, que traz Direitos Sociais, veiculando programas a serem implementados pelo Estado visando a realização de fins sociais, caracterizando-se como verdadeiras normas programáticas.

As normas constitucionais de eficácia limitada, por sua vez, dividem-se em normas de princípio institutivo ou organizacional, que são aquelas que contêm esquemas gerais de estruturação de instituições, órgãos e entidades, a teor do parágrafo 2º do artigo 18 da CF/88, por exemplo; e as normas de princípio programático, que veiculam programas a serem instituídos pelo Estado, visando a concretização de fins sociais, como ocorre com o art. 6º da Lei Maior.

Nesse sentido, quando são criadas normas constitucionais de eficácia limitada, devem ser também elaboradas normas infraconstitucionais que as regulamentem, sob pena de haver omissão inconstitucional.

A doutrina tradicional, acreditando que as omissões constitucionais se dão principalmente em casos que envolvem normas constitucionais de eficácia limitada, acaba deixando de lado quaisquer outros casos de vácuo legislativo.

Essa “concepção tradicional não vislumbra a inconstitucionalidade de limitações fáticas, sociais ou institucionais, para a efetivação dos direitos constitucionais, mas apenas obstáculos semânticos que são estabelecidos aprioristicamente” (CAMPOS, 2016, p. 42). No entanto, esse não é o melhor entendimento, pois, como diz o mesmo autor,

Em virtude de acreditar que os enunciados constitucionais, ditos de eficácia plena, já contém, por si mesmos, todos os elementos necessários para os direitos tornarem-se uma realidade concreta, a doutrina tradicional acabou por caracterizar a ação legislativa complementar, nesses casos, como facultativa, um mero plus, uma eventualidade, até conveniente, mas sempre prescindível. Sendo dispensável, a ausência ou insuficiência da atuação legislativa não poderá sujeitar-se ao controle judicial de validade constitucional, e isso porque a atuação legislativa nada importará para a “eficácia” da norma constitucional. Essa perspectiva favorece a irresponsabilidade política e institucional do Parlamento e de órgãos administrativos ante a ausência de efetividade, de realização concreta de muitos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição de 1988. (CAMPOS, 2016, p. 43)

Desta feita, não necessariamente vai haver a omissão legislativa apenas em caso de norma constitucional de eficácia limitada, não devendo se limitar a omissão ou vácuo legislativo apenas às hipóteses de normas constitucionais de eficácia limitada.

CAMPOS (2016, p. 33-34) traz a sistematização de alguns pressupostos de caracterização da omissão legislativa, quais sejam:

O primeiro pressuposto, já abordado, é o descumprimento de um dever constitucional de legislar: “não basta, pois, a inação; é preciso que a passividade do legislador gere a violação de um dever constitucional de legislar”. O segundo pressuposto é o “transcurso de um período de tempo razoável”. Sem embargo, quanto mais persistente for a negativa de o legislador em cumprir a obrigação constitucionalmente imposta de legislar, mais comprometerá e debilitará a força normativa da constituição. Daí o fator tempo desempenhar papel relevante na configuração da omissão legislativa inconstitucional.

(...)

O terceiro pressuposto é o “efeito objetivo de violação da Constituição”. Segundo Fernández Segado, “a omissão legislativa, ainda sendo um comportamento passivo, está longe de ser neutro em suas consequências, propiciando efeitos de díspar natureza que têm como comum denominador a violação objetiva da Norma suprema”.

(...)

O quarto pressuposto foi delimitado negativamente pelo autor: “em definitivo, acreditamos por inteiro irrelevante, aos efeitos do instituto que nos ocupa, a intencionalidade do legislador”. Para Segado, a circunstância de a inércia implicar a inconstitucionalidade por omissão independe de estar envolvida determinada vontade do legislador. É certo que o descumprimento de normas constitucionais pode fazer parte da própria história institucional de um determinado país, e a transformação desse aspecto cultural de transgressão seja um processo em desenvolvimento. Todavia, nada disso significa que a vontade do legislador seja condição da inconstitucionalidade. O legislador promove “diferimentos legislativos”, “compartilhamentos de autoridade” e transferência de custos políticos, mas também há *blind spots* e déficits de representatividade relativamente a grupos minoritários. Todos esses comportamentos podem, igualmente, resultar em inconstitucionalidades por omissão.

Desta feita, a omissão legislativa inconstitucional se dará quando o órgão que deveria criar a norma obrigatória não o faz por um período de tempo excessivo, impedindo a eficácia plena do regramento constitucional, bem como ficando demonstrado que o legislador poderia e deveria ter criado a norma legal num tempo ponderado e razoável, o que pode levar, inclusive, a uma desconfiança na ordem democrática.

A omissão legislativa inconstitucional acontecerá quando o legislador ou o ente competente para criar uma norma deixar de fazê-lo, tendo em vista a obrigação constitucional de criar a norma. No entanto, a doutrina tradicional peca ao tratar das omissões inconstitucionais. É que acaba vinculando-a apenas ao descumprimento das ordens constitucionais que determinam expressamente a necessidade de se criar uma norma, deixando de levar em conta o nível de efetividade dos direitos fundamentais. Além disso, foca demais nas omissões legislativa e administrativa, não atentando para o fato de que pode, na verdade, haver a falha de coordenação entre os mais variados entes e órgãos estatais, numa evidente falta de cooperação entre os Poderes.

A omissão legislativa, no momento em que implica em proteção deficiente de direitos, caracteriza-se como um quadro permanente de falhas estruturais, o que caracteriza o estado de coisas inconstitucional, vez que “configurada uma realidade massiva de sistemática violação de direitos fundamentais, decorrente da deficiência institucional e estrutural do Estado e de insuperáveis bloqueios políticos, a Corte vai além de afirmar uma **“inconstitucionalidade por omissão”** para assentar a vigência de um **“estado de coisas inconstitucional”**, como será visto nas linhas seguintes (CAMPOS, 2016, p. 20).

3.2 Efetividade e omissão inconstitucional como tutela deficiente dos Direitos Fundamentais

Primeiramente, é de suma importância diferenciar direitos humanos de direitos fundamentais. Os direitos humanos são amplos, universais, abrangem todos os povos, enquanto os direitos fundamentais são restritos a determinados povos, sendo relativizados de país para país de acordo com sua cultura e seu passado.

Esses direitos passaram e continuam passando por evoluções constantes. No Brasil, Paulo Bonavides (2014) trouxe a divisão dos direitos fundamentais em gerações ou dimensões¹⁴. A primeira delas nasceu junto com o surgimento do Constitucionalismo Moderno, já tratado, configurando os direitos e garantias fundamentais. A segunda dimensão de direitos traz os sociais e econômicos, fruto do Constitucionalismo Social, enquanto a terceira é representada pelos direitos coletivos, como o meio ambiente e a paz, consequência do Neoconstitucionalismo. A quarta dimensão é representada pelos direitos que se referem à biotecnologia, como o direito à mudança de sexo e a utilização de células tronco-embrionárias em pesquisas científicas, enquanto que em quinto lugar figura o direito à paz.

CASAL (2015, p. 29) bem retrata:

Conviene advertir que la categorización de ciertos derechos como sociales puede suscitar malentendidos, ya que los derechos normalmente englobados bajo la denominación de derechos sociales son heterogéneos. Algunos se perfilan como derechos de libertad (la libertad sindical o el derecho a la huelga), mientras que otros son predominantemente prestaciones. Dentro de los segundos se encuentran algunos que obligan al Estado a adoptar medidas positivas para el acceso de las personas a servicios o bienes que puede estar en el deber de prestar o proveer (el derecho a la salud); mientras que otros se refieren a garantías jurídicas que deben establecerse para que otros particulares satisfagan la pretensión del titular del derecho (como sucede frecuentemente con los derechos de naturaleza laboral). También hay derechos típicamente multidimensionales, como el derecho a la educación.

Con esta salvedad, puede entrar en la consideración de la contraposición que a veces se ha planteado, desde el punto de vista estructural, entre los derechos sociales y los de libertad, o entre los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos civiles y políticos. Los estudios adelantados sobre esta cuestión han puesto de manifiesto la relatividad de esta distinción y lo erróneo de tal contraposición,¹⁶ la cual ha quedado reducida a la identificación de ciertos aspectos de énfasis en la virtualidad o eficacia jurídica de los derechos. De ahí la utilidad del reconocimiento de las distintas dimensiones, funciones o facetas de los derechos fundamentales, que perforan los compartimentos en los que se ha pretendido distribuirlos, lo que no excluye una clasificación general de los derechos que tenga en cuenta los aspectos estructurales o funcionales preponderantes. En ciertos derechos sociales predomina o, si se prefiere, resulta

¹⁴ Há quem entenda, como BAZÁN (2015, p. 62), que o termo “gerações de direitos”, criado por Bonavides, é insuficiente, pois equivaleria à supressão de uma geração quando é alcançada por outra, sendo, portanto, o termo “dimensões de direitos” mais adequado, por se referir a uma soma ou acumulação das gerações, sem supressão.

distintiva la dimensión prestacional. Los derechos clásicamente configurados como derechos de libertad o de defensa pueden desplegar también una dimensión prestacional, pero en ellos pesa más, o está en un primer plano, la faceta abstencionista.

Desta feita, os direitos fundamentais são estudados através de diversas dimensões, no entanto, elas fazem parte do mesmo núcleo central, não devendo dele serem distanciados. Além disso, eles devem ser aplicados de forma concreta para garantir a sua plena eficácia. Por isso, deve-se analisar se estão sendo aplicados de forma plena em concreto, pois de nada adianta um direito fundamental ser previsto constitucionalmente e não ter eficácia e aplicabilidade.

A pergunta que se faz é: a simples enunciação dos direitos fundamentais na Constituição basta para que eles se materializem? Aqui cabe a resposta elucidativa de Bonavides (2014, p. 624): “os direitos fundamentais, em rigor, não se interpretam; concretizam-se”, então, precisam ser concretizados e a mera enunciação não basta, mesmo que a própria Constituição afirme serem eles de eficácia imediata.

Aliás, Alexy (2012, p. 523), muito bem disciplina:

Elementos de coesão e sentido para o ordenamento jurídico nacional, em tornados objetivos determinados pelo Estado Democrático de Direito. Exercem, ainda, a função de elementos de aferição da legitimidade do ordenamento jurídico, funcionando como uma lente através da qual a realidade social deve ser enxergada. Atuam, mais, como referenciais para o processo de enraizamento e contínua factibilidade do conceito de dignidade da pessoa humana. Além disso, são mapas indicativos dos caminhos a serem trilhados na construção dos objetivos fundamentais da República brasileira. Por fim, considerando o viés democrático desses direitos e garantias, a partir de uma perspectiva de participação popular, funcionam eles como vetor de expansão do rol dos atores do processo hermenêutico concretizador da Constituição.

Sendo assim, havendo a omissão estatal ou mesmo algum tipo de atuação omissa em relação aos direitos fundamentais, se configura efetiva violação à Carta Magna.

É de se ressaltar que, apesar de se falar em direitos fundamentais – comumente chamados de direitos de primeira dimensão, na classificação de Bonavides -, aqui também são englobados os direitos das demais dimensões e, em especial para o presente trabalho, os direitos sociais, ou de segunda dimensão. Não haveria como se entender serem fundamentais apenas aqueles contidos no Título de mesmo nome, na Constituição Federal, até mesmo porque há outros direitos considerados fundamentais em outros títulos e capítulos¹⁵.

¹⁵ E isso não acontece apenas no Brasil. CASAL (2015, p. 27) atenta para a ocorrência do mesmo fato na Colômbia.

Diferentemente dos fundamentais, que constituem em um não fazer estatal, em que o Estado sofre limitações frente a seu povo, deixando de atingir a vida privada – ainda que, em alguns casos, possa atingi-los¹⁶ - os direitos sociais são de segunda dimensão e, por isso, exigem uma prestação positiva do Estado. Este deve agir, com o objetivo de diminuir as limitações e desigualdades sociais, com a busca da igualdade formal e material, através de ações por parte das autoridades.

Isso implica na obrigação das autoridades estatais para que, utilizando-se de meios lícitos, corrijam desigualdades sociais e, com isso, possibilitem a participação e inclusão da população marginalizada e vulnerável na vida econômica e social do país, sempre com o objetivo de estimular a evolução progressiva de condições materiais desses setores populacionais.

Desta feita, deve o Estado adotar e implementar políticas, programas e medidas positivas para trazer a tão sonhada e utópica igualdade de condições e oportunidades ao povo, cumprindo as obrigações de melhora e aumento dos direitos econômicos, sociais e culturais, sendo proibido o retrocesso social. Junto a isso, surgem as limitações orçamentárias, também denominada de reserva do possível.

Não se deve confundir a existência com a efetividade dos direitos fundamentais, pois eles não se bastam por si sós. Aliás, como bem afirma CAMPOS (2016, p. 69/70):

A omissão inconstitucional, como mais enfaticamente aponto adiante, diz respeito à deficiência de garantia desse “todo ético-jurídico fundamental da sociedade”, de modo que a proteção deficiente de direitos fundamentais, de quaisquer das gerações, pode ser um pressuposto da omissão. Os direitos de primeira geração, as liberdades fundamentais, são normalmente tidos como direitos de defesa, a exigir a abstenção do Estado de violá-los. No entanto, mesmo esses direitos requerem ações do Estado no sentido de protegê-los contra a violação por terceiros. Daí por que, mesmo formuladas em clássicos enunciados constitucionais do tipo autoaplicáveis, as liberdades fundamentais podem precisar da tutela legislativa como meio de assegurar o seu gozo livre de ameaças e obstáculos de terceiros. Independentemente da eficácia formal dos enunciados constitucionais, a efetividade dessas liberdades, assim como ocorre com os direitos sociais e econômico – direitos de segunda geração -, podem exigir prestações positivas do Estado-legislador.

No caso dos direitos sociais e econômicos, a falta de efetividade pode decorrer da ausência de coordenação entre medidas legislativas, administrativas e orçamentárias, implicando a ineficiência de políticas públicas. As falhas de coordenação, a indiferença do legislador, a ineficiência da administração e a insuficiência orçamentária formam um conjunto de vícios estatais que impedem a efetivação desses direitos. São circunstâncias que podem implicar violações a

¹⁶ Basta imaginar o direito de propriedade, que é fundamental, devendo haver uma omissão ou não fazer estatal, mas que posso ser limitada em casos de desapropriação e outros. O direito fundamental à vida também é exemplo, quando é limitado através de algumas das possibilidades de flexibilização: legítima defesa e hipóteses legais de aborto.

direitos fundamentais independentemente do caráter semântico-estrutural das normas constitucionais sobre direitos sociais e econômicos.

E continua (CAMPOS, 2016, p. 72):

O caso do mínimo existencial é a melhor prova de como a omissão na garantia de direitos básicos pode ser tida por inconstitucional mesmo na ausência de qualquer dispositivo constitucional específico. Como leciona Ricardo Lobo Torres, o direito ao mínimo existencial é pré-constitucional, pré-estatal, inerente à condição humana digna, ancorado na ética, na felicidade, nos direitos humanos e nos princípios da igualdade e da dignidade humana. Na visão de Lobo Torres, a satisfação do direito ao mínimo existencial é condição inicial para o exercício da liberdade e mesmo direitos sociais sem traço de fundamentalidade podem se metamorfosear em direitos fundamentais na dimensão do mínimo existencial.

Desta feita, a simples deficiência de políticas públicas que amparem os direitos sociais pode ensejar em omissões inconstitucionais e, conseqüentemente, na ocorrência do estado de coisas inconstitucional, o qual será analisado no decorrer do presente trabalho.

Até porque, lembre-se, o mínimo existencial possui um amplo conceito e abrange diversos campos, não sendo possível trazer um conteúdo específico a seu respeito. Ele resulta de vários preceitos constitucionais, quais sejam, o artigo 1º, inciso III, e artigo 3º, inciso III, e deve garantir a todos condições de vida digna, acesso ao direito geral de liberdade, e, falando-se em direitos sociais, sustentar também as prestações positivas estatais: educação, saúde, proteção integral à criança e ao adolescente, direito à assistência social, moradia, alimentação, segurança e outros.

Daniel Sarmiento (2009, p. 371), por sua vez, traz importante passagem – grande, mas necessária a transcrição – sobre o tema, nos seguintes termos:

Até então, o discurso predominante na nossa doutrina e jurisprudência era o de que os direitos sociais constitucionalmente consagrados não passavam de normas programáticas, o que impedia que servissem de fundamento para a exigência em juízo de prestações positivas do Estado. As intervenções judiciais neste campo eram raríssimas, prevalecendo uma leitura mais ortodoxa do princípio da separação de poderes, que via como intromissões indevidas do Judiciário na esfera própria do Legislativo e do Executivo as decisões que implicassem controle sobre as políticas públicas voltadas à efetivação dos direitos sociais.

Hoje, no entanto, este panorama se inverteu. Em todo o país, tornaram-se frequentes as decisões judiciais determinando a entrega de prestações materiais aos jurisdicionados relacionadas a direitos sociais constitucionalmente positivados. Trata-se de uma mudança altamente positiva, que deve ser celebrada. Atualmente, pode-se dizer que o Poder Judiciário brasileiro ‘leva a sério’ os direitos sociais, tratando-os como autênticos direitos fundamentais, e a via judicial parece ter sido definitivamente incorporada ao arsenal dos instrumentos à disposição dos cidadãos para a luta em prol da inclusão social e da garantia da vida digna.

Sem embargo, este fenômeno também suscita algumas questões complexas e delicadas, que não podem ser ignoradas. Sabe-se, em primeiro lugar, que os recursos existentes na sociedade são escassos e que o atendimento aos direitos sociais envolve custos.

(...)

Neste quadro de escassez, não há como realizar, “*hic et nunc*”, todos os direitos sociais em seu grau máximo. O grau de desenvolvimento socioeconômico de cada país impõe limites, que o mero voluntarismo de bacharéis não tem como superar. E a escassez obriga o Estado em muitos casos a confrontar-se com verdadeiras ‘escolhas trágicas’, pois, diante da limitação de recursos, vê-se forçado a eleger prioridades dentre várias demandas igualmente legítimas.

(...)

As complexidades suscitadas são, contudo, insuficientes para afastar a atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais. Com a consolidação da nova cultura constitucional que emergiu no país em 1988, a jurisprudência brasileira deu um passo importante, ao reconhecer a plena justiciabilidade dos direitos sociais. No entanto, essas dificuldades devem ser levadas em conta. Vencido, com sucesso, o momento inicial de afirmação da sindicabilidade dos direitos prestacionais, é chegada a hora de racionalizar esse processo. Para este fim, cumprem importante papel, como parâmetros a orientar a intervenção judicial nesta seara, duas categorias que vêm sendo muito discutidas na dogmática jurídica: a reserva do possível e o mínimo existencial, que serão analisadas abaixo. Há outras, todavia, que também têm importância capital neste campo, como o princípio da proporcionalidade, na sua dimensão de vedação à proteção deficiente, e o princípio da proibição do retrocesso social.

Desta feita, os direitos fundamentais e sociais devem ser garantidos a toda a população, garantindo a todos o mínimo existencial – o mínimo para viver com dignidade, em pouquíssimas palavras -, no entanto, essa garantia não pode – e não deve – ser ilimitada, sob pena de ingressar na esfera da reserva do possível.

Quando se fala em dever de proteção dos direitos fundamentais, fala-se também em “deveres constitucionais de legislar ou de expedir normas regulamentares” (CAMPOS, 2016, p. 77). Isso quer dizer que um direito fundamental tem que gozar de efetividade e, se for necessário que se crie uma norma que o regulamente para torna-lo eficaz, assim deve ser feito.

Disso resulta que a atividade legislativa está diretamente relacionada à concretude e efetividade dos direitos fundamentais, pois devem estes ser protegidos de qualquer tipo de lesão ou até mesmo ameaça que sofram.

CAMPOS (2016, p. 81) corrobora esse entendimento:

O dever de proteção inclui, portanto, a obrigação geral de o Estado criar, **mediante lei**, as condições e os meios indispensáveis para serem os direitos fundamentais protegidos e assegurados na maior amplitude possível diante de toda a sorte de limitações fático-jurídicas presentes. A falta desses meios e condições indispensáveis impede a efetividade dos direitos fundamentais, excluindo deles a pretensão de validade material. Por isso, a ausência de lei ou de políticas públicas,

ou a imperfeita construção de ambas, dando origem a uma proteção deficiente desses direitos fundamentais, deve ser julgada uma **omissão normativa inconstitucional**. No caso da absoluta ausência de lei e de políticas públicas, a omissão é total; no caso da lei ou de política imperfeita, a omissão é parcial. Em ambos, direitos fundamentais são violados independentemente da tipologia dos enunciados normativos constitucionais envolvidos e da presença de ordens expressas e específicas de legislar.

Desta feita, o Estado é responsável pela falta de eficácia de um direito fundamental, devendo, como visto, preencher qualquer lacuna que exista a fim de suprir a omissão inconstitucional, traçando as fronteiras necessárias entre a omissão e a ação normativa deficiente.

A questão das omissões inconstitucionais não deve ser vista apenas através de uma visão tradicional, como já elencada, sendo necessário ampliar o campo de visão de análise das normas constitucionais. Deve-se deixar de lado o entendimento de que apenas as normas constitucionais de eficácia limitada devem ser regulamentadas através de legislações infraconstitucionais, pois uma norma de eficácia plena também pode requerer a criação de um outro ato normativo que a regule a fim de que tenha de fato eficácia plena. Isso porque “A doutrina tradicional ignora que a efetividade dos direitos fundamentais depende mais das circunstâncias fáticas de aplicação do que as estruturas textuais mediante as quais são formulados” (CAMPOS, 2016, p. 59), o que faz com que seja necessária a intervenção estatal para tanto.

Aliás, se faz necessário, para tal análise, fazer uma breve distinção entre texto e norma. O texto legal se refere ao que está escrito nos diplomas legais, é o que será objeto da interpretação, enquanto norma se refere ao produto que advém com a interpretação do texto e pode variar de acordo com o entendimento ou interpretação que é tirado do texto. Essa distinção foi feita inclusive por Riccardo Guastini (1993). Assim, o texto é inicialmente analisado para dele extrair-se a norma¹⁷.

O que deve ter-se em conta é que as normas constitucionais podem, independentemente da classificação quanto à eficácia, ter a necessidade de ser regulamentadas ou mesmo explicadas através de outras normativas, a fim de que se adequem à realidade social.

CASAL (2015, p. 31), afirma que:

Los estudios doctrinales han dejado atrás la dicotomía de todo o nada em relación con la justiciabilidad. En particular, es indudable que puede acudir sea

¹⁷ Não se estudará profundamente o tema da distinção entre texto e norma por não ser o objeto central do presente trabalho.

mecanismos judiciales de defensa de la Constitución para controlar leyes que impidan el disfrute de derechos sociales genéricamente formulados, que desmonten injustificadamente niveles de protección alcanzados, o que puedan considerarse claramente insuficientes desde la perspectiva constitucional. También cabe activar instrumentos procesales dirigidos a tutelar judicialmente derechos sociales que han sido objeto de regulación legal, con el propósito de asegurar la observancia de la normativa dictada, o de evitar vulneraciones del derecho a la igualdad. El problema comienza cuando el legislador no ha actuado en modo alguno, pero existen o surgen situaciones en las cuales se desconoce un derecho de tipo prestacional. O, cuando existiendo la ley, se demanda ante el juez algo más o algo distinto de lo que la ley otorga.

La tendencia de varios ordenamientos latinoamericanos consiste en permitir la intervención judicial aun a falta de ley o más allá de lo dispuesto en esta o en las normas sublegales de desarrollo, dadas ciertas condiciones de necesidad o urgencia, o de severidad de la afectación, no siempre explicitadas ni precisas. La orientación alemana y de otros sistemas europeos apunta, por el contrario, en el sentido de ejercer control de constitucionalidad sobre las leyes tomando como parámetro facetas prestacionales y fundamentales ligadas a la protección de la dignidad humana y a otros derechos fundamentales, cuyo reconocimiento manifiestamente insuficiente puede sustentar la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley, junto con los correspondientes mandatos al legislador relativos a la revisión de las prestaciones inicialmente acordadas. También se admite la extensión, incluso mediante sentencia, de beneficios o prestaciones a sectores indebidamente excluidos, a veces de manera tácita, del ámbito de aplicación de una ley, con base en la vulneración del derecho a la igualdad, en conexión con el postulado del Estado social o con la dimensión prestacional de derechos de libertad. En estos sistemas, en cambio, existe resistencia a la aceptación de pretensiones subjetivas invocables directamente ante los jueces, en ausencia de ley o al margen de ella, con apoyo en derechos originarios a prestaciones deducibles de la Constitución. En todo caso, se admiten vías de judicialización que aseguran una tutela jurisdiccional de derechos prestacionales, como se verá.

Sendo assim, em não sendo fornecidos os direitos à população, ou os sendo de forma insuficiente, nada impede que a questão seja judicializada para que sejam efetivos e concretizados. Os tribunais podem intervir em face da prolongada inatividade do legislador; pela arbitrária interrupção de programas ou prestações; pela evidente insuficiência das prestações asseguradas de forma legal ou regulamentar e também em situações em que está em risco o mínimo existencial (CASAL, 2015, p. 36).

Havendo omissão inconstitucional, o Poder Judiciário pode e deve ser instado a se manifestar. Interessante é o posicionamento da Corte Colombiana nesse sentido, extraído da *Sentencia n° 025/2004*:

Quando el Estado omite sin justificación constitucionalmente aceptable tomar medidas frente a la marginación que sufren algunos miembros de la sociedad, y se verifica que la inhibición viola un derecho constitucional fundamental, la función del juez será “no la de remplazar a los órganos del poder público incursos en la abstención, sino la ordenar el cumplimiento de los deberes del Estado.”

(...)

8.3.1. De lo anterior se deduce que el carácter progresivo de ciertos derechos y la dimensión prestacional de un derecho exigen de las autoridades racionalidad en el diseño y articulación de las políticas públicas relativas a tales derechos, de tal manera que éstas sean transparentes, serias y coherentes, como expresión de los principios establecidos en el artículo 209 de la Carta. La transparencia exige que se hagan públicas las prestaciones que serán garantizadas así como los responsables de cumplir lo jurídicamente establecido. La seriedad demanda que cuando una política sea articulada en un instrumento jurídico, como una ley o un decreto, se respete la fuerza normativa, no política ni retórica, de dicho instrumento y por lo tanto se definan los alcances de los derechos reconocidos y se precise el contenido de las correspondientes obligaciones estatales. La coherencia apunta a que exista concordancia entre, de un lado, lo que “promete” el Estado y, de otro lado, los recursos económicos y la capacidad institucional para cumplir lo prometido, máxime si las promesas se han transformado en normas jurídicas. La coherencia exige que si el Estado crea un derecho prestacional específico por vía de una ley, prevea que debe contar con los recursos para garantizar su goce efectivo y con la capacidad institucional para atender la demanda de servicios generada por la creación de ese derecho específico.

Ahora bien, cuando las autoridades competentes que conocen las características de un problema social, adoptan instrumentos jurídicos o promueven su expedición por el Congreso de la República, y tales instrumentos jurídicos no articulan una política pública cualquiera, sino que propenden por el goce efectivo de derechos constitucionales fundamentales, el juez de tutela puede ordenar que se respeten los criterios de racionalidad mínima anteriormente señalados. Ello puede implicar que se asegure la coherencia entre lo jurídicamente ordenado por normas adoptadas por los órganos competentes y los recursos necesarios para cumplir lo ordenado.

En algunas circunstancias puede ser imposible lograr, aún en el mediano plazo, esa coherencia. De constatarse que ello es así, es necesario ajustar lo prometido a lo realizable, lo cual podría representar la adopción de una medida que reduzca el alcance de la protección previamente establecida. Sin embargo, dicha medida debe cumplir estrictos requisitos, en especial asegurar los mínimos de satisfacción del derecho limitado y no desconocer las áreas prioritarias que tienen mayor impacto sobre la población.

Por isso, muitas vezes se faz necessária e permitida a intervenção judicial em face da ausência ou insuficiência de lei ou de políticas que façam cumprir os direitos fundamentais e sociais do povo. E geralmente utiliza-se o controle de constitucionalidade para tanto, como será brevemente visto a seguir.

3.3 O Controle de Constitucionalidade enquanto controlador de omissões legislativas para garantir a efetividade dos Direitos Fundamentais e a utilização do Princípio da Proporcionalidade

A justiça constitucional, da forma como se denota atualmente, surgiu com as constituições do Pós-Segunda Guerra Mundial, quando surgiram os Tribunais Constitucionais, seguida pela ideia alemã, conforme expõe CAMPOS (2016, p. 28):

... O avanço da justiça constitucional e do papel político de cortes constitucionais foi deflagrado com as constituições democráticas do Segundo Pós-guerra e, desde então, vem acompanhando a sequência de outras “onda de democratização”. Na terceira onda, iniciada, segundo Samuel Huntington, em 1974, com a substituição do regime autoritário em Portugal pelo democrático, e expandida, nos anos seguintes, para dezenas de países na Europa (especialmente a Oriental), Ásia e América Latina, a judicialização da política e das grandes questões sociais mostrou-se uma forte tendência. Nesses países, tal como ocorre há mais de dois séculos nos Estados Unidos, muitos têm sido os incentivos para o deslocamento do *locus* de decisões cruciais – da arena política para a judicial.

O controle de constitucionalidade no mundo pode ser exercido de várias maneiras. Em alguns países, existe a previsão de medidas a serem tomadas em casos de omissões inconstitucionais na própria Constituição, como ocorre no Brasil e em Portugal, enquanto que em outros locais, os meios de controle são advindos da jurisprudência das cortes constitucionais, como ocorre na Alemanha e na Itália (CAMPOS, 2016).

Ele constitui um conjunto de mecanismos que podem ser utilizados para que a Carta Suprema tenha sua supremacia e suprallegalidade observadas, podendo ser feito de forma judicial ou não, de forma a verificar a compatibilidade formal e material de uma norma com a Constituição.

Com a Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal ganhou uma posição de maior relevo, por ser guardião da Constituição¹⁸, com uma gama de competências originárias e tendo ampliado seus poderes de decisão em sede de controle de constitucionalidade, cuja legitimidade ativa foi também ampliada.

O controle de constitucionalidade concentrado no Brasil pode ser feito através das seguintes ações: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI, artigo 102, I, *a*, CF/88), Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão (ADO – art. 103, §2º, CF/88), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC – art. 102, I, *a*, CF/88) e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF – art. 102, §1º, CF/88).

Em relação ao controle de constitucionalidade de omissões legislativas, CAMPOS (2016, p. 28) relata:

Foi na antiga Iugoslávia, na Constituição de 1974 (artigo 377), que ocorreu o primeiro registro de previsão de instrumento próprio (ação direta) para o controle de constitucionalidade da omissão. Dois anos depois, por meio da Constituição de 1976 (artigo 279), o instrumento foi estabelecido em Portugal, vindo a ser reforçado com a revisão constitucional de 1982 e a criação da Corte Constitucional (artigo 283). Depois, foi a vez do Brasil, mediante a introdução do mandado de injunção (artigo 5º, inciso LXXI) e a “ação direta de inconstitucionalidade” (artigo 102, §2º). Há também previsão de ação direta na Costa Rica, estabelecida pela reforma processual

¹⁸CF/88, Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...)

de 1989, na qual foi criada a Sala IV, a Corte Constitucional costa-riquenha, uma das mais ativistas do mundo. Na Hungria, quando da reforma constitucional de 1989, atribuiu-se a possibilidade de a Corte Constitucional reconhecer, de ofício, a inconstitucionalidade da omissão ou em resposta a petições dirigidas por qualquer pessoa. Na Bolívia, mais recentemente, na Constituição de 1988, foi estabelecida uma ação direta para o controle da omissão legislativa inconstitucional.

(...)

Na Itália, ante a necessidade de assumir um *papel político-reformista* em substituição ao legislador que se manteve omissivo “na modernização e na redemocratização do ordenamento jurídico italiano”, a Corte Constitucional criou um arsenal de sentenças não ortodoxas que se tornou o traço distintivo de sua jurisprudência ativista.

Sendo assim, na Itália, os juízes se viram obrigados a revelar o conteúdo das normas, muitas vezes inclusive manipulando os seus sentidos, chegando a dar novos significados normativos ou substituindo os já existentes (CAMPOS, 2016), surgindo as chamadas sentenças manipulativas.

Tais sentenças, por sua vez, são classificadas pela doutrina em três outros tipos, quais sejam, as interpretativas de acolhimento parcial ou redutivas; as aditivas e as substitutivas, as quais (CAMPOS, 2016, p. 30-31):

Na primeira espécie, partindo da distinção entre texto normativo e norma, o juiz declara a nulidade de parte do conteúdo normativo sem alterar formalmente o texto legal, reduzindo apenas o alcance, de modo a conformá-lo à Constituição. Essa “declaração de nulidade parcial da norma sem redução do texto” pode, contudo, resultar em manipulação interpretativa dos significados da lei. Com a terceira espécie, a das sentenças substitutivas, o juiz não se limita a julgar inconstitucional certo conteúdo normativo, mas formula um novo em substituição ao que declarou nulo. A decisão é composta por duas partes: “uma demolidora do conteúdo da disposição impugnada e, a outra, reconstrutiva, por meio da qual a Corte provê dotar a disposição de um conteúdo diverso, em linha com os princípios constitucionais”.

Por meio da segunda espécie, a das *sentenças aditivas*, a Corte reconhece a inconstitucionalidade da lei “na parte em que não prevê algo que deveria prever, ou seja, uma omissão, e supre a lacuna, adicionando o significado normativo faltante. Como disse Augusto Cerri, “a decisão aditiva pressupõe uma ‘lacuna axiológica’, de modo que a declaração de inconstitucionalidade da omissão legislativa deve ser lógica e estruturalmente ligada à superação do estado omissivo. A sentença aditiva *fala* onde a lei *se cala* e essa prática integrativa objetiva corrigir a inconstitucionalidade das omissões legislativas. Com essas técnicas decisórias, as Cortes alemã e italiana criaram mecanismos paradigmáticos voltados a corrigir a omissão legislativa inconstitucional, e ajudaram a difundir a importância de serem desenvolvidas técnicas decisórias de superação desses “estados omissivos inconstitucionais”. Foi, principalmente, o trabalho jurisprudencial criativo dessas cortes constitucionais que impulsionaram a atenção da doutrina sobre o tema da omissão inconstitucional.

As Cortes superiores, assim, acabam por suprir as omissões causadas por outros Poderes e que estes não resolvem, de modo a garantir o cumprimento das ordens constitucionais.

Até pouco tempo atrás, o STF tinha atuação apenas como legislador negativo, se limitando a suspender ou mesmo eliminar dispositivos que declarava inconstitucionais, sem a possibilidade de propor qualquer tipo de solução normativa aos casos concretos postos sob sua análise. Com o passar do tempo, passou a atuar de forma mais ativa e positiva.

O Supremo pode realizar o controle de constitucionalidade de omissões legislativas através de duas ações específicas, quais sejam, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, em sede de controle concentrado, e o mandado de injunção, em sede de controle difuso, e, em casos excepcionais, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão está prevista no parágrafo 2º do art. 103 da CF/88¹⁹, é uma ação de controle abstrato ou concentrado de constitucionalidade, a ser proposta quando existe uma omissão inconstitucional advinda dos demais Poderes (Executivo e Legislativo). Está regulamentada através da Lei nº 9.868/99 e tem por finalidade a defesa da ordem jurídica em face da inércia do legislador, sendo ação de caráter objetivo, não necessitando de um caso concreto para ser proposta e tendo como legitimados ativos os que compõem o artigo 103 da Carta Magna de 1988.

Como bem delinea ROSA (2006, p. 295):

Es que laomisión legislativa, sobre todo enel contexto del Estado social, como ya se há señalado anteriormente, puede implicar la no realización de este modelo de Estado contemporáneo. El que el legislador no cumpla con los mandatos que la Constitución le impone impide los cambios que el Estado social reclama. Com la acción directa de inconstitucionalidade por omissão, por tanto, no se está pensando individualmente, de modo inmediato al menos, em los derechos públicos subjetivos de nadie. La preocupación es más amplia – aunque de modo reflejo pueda abarcar, y normalmente abarca, muchos derechos constitucionales. La preocupación es hacer que el legislador – pieza absolutamente fundamental e indispensable – ayude a construir y perfeccionar el Estado reclamado por el constituyente, realizando los cambios necesarios. Con este objetivo se creó la mencionada acción.

Se trata, obviamente, de una especie de proceso objetivo, y de un control abstracto y concentrado – concentrado porque es de competencia exclusiva del Supremo Tribunal Federal – cuyo efecto son en teoría bastantes sencillos: la simple comunicación al órgano legislativo omisivo. No se puede en una acción directa de inconstitucionalidade por omissão esperar otra cosa que no sea el mero aviso al legislador de que se encuentra retrasado. Lo que hace el Supremo Tribunal Federal es comunicar técnicamente la existencia de la omisión. No envía orden alguna para que se elabore una ley. El Supremo Tribunal no tiene más responsabilidad que proferir la

¹⁹Art. 103. (...)§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

sentencia reconociendolainconstitucionalidad por omisión y comunicar esituación al Parlamento. Ésta há sido, en consonancia con lo dispuesto expressamente en la Constitución Federal, la posición adoptada por el Supremo Tribunal Federal. No se trata, siquiera técnicamente, de una *apelación* al legislador.

Sendo assim, sua decisão tem efeitos *erga omnes e ex nunc*, apesar de a ação constitucional ter por finalidade coibir omissões legislativas, o STF não supre diretamente a lacuna que vislumbra, se limitando a declarar a mora legislativa e podendo fixar um prazo para que o órgão omissor a preencha ou, quando a lacuna se der por parte de órgão administrativo, determinar que este a supra no prazo de trinta dias.

Como bem delinea CAMPOS (2016, p. 48), “A sentença possui assim caráter dúplice: (i) *declaratória* da omissão legislativa inconstitucional e (ii) *mandamental* no tocante à ciência ao poder omissor para adoção das “providências necessárias” mencionadas no §2º do artigo 103).

Já o mandado de injunção está previsto no inciso LXXI do art. 5º da CF/88, que determina que “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Faz-se necessário transcrever as palavras de DANTAS (1994, p. 70) sobre o tema:

Percebe-se, de logo, que o Mandado de Injunção – ao contrário do que alguns pensam – não é direito individual, mas sim uma *Garantia* ou *Remédio Constitucional*, através do qual se tenta obter o exercício dos direitos e liberdades constitucionais, entendidos estes não apenas os que estão enumerados no artigo 5º, mas, igualmente, os dos artigos 6º e 7º da Constituição, além de “outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, conforme preceitua o §2º do artigo 5º.

Trata-se de uma ação de controle difuso e incidental de constitucionalidade, podendo ser proposta por qualquer pessoa que se encontre lesada pela falta da norma regulamentadora e em qualquer instância do Poder Judiciário, não sendo de competência originária do STF, como ocorre na ADO.

Vincula-se sempre à proteção dos direitos e liberdades constitucionais de toda e qualquer espécie cuja omissão fira prerrogativas inerentes à cidadania, nacionalidade e soberania do lesado. É, assim, garantia para o caso concreto, sendo o legitimado ativo qualquer pessoa que seja titular do direito constitucional que restou inviabilizado por falta da norma regulamentar, por isso possui efeitos *inter partes*.

Interessante é notar que, em referência às decisões tomadas pelo Supremo nas ações de Mandado de Injunção, elas evoluíram com o tempo e sofreram mudanças, e é por isso que

a doutrina as separou em duas correntes: concretista e não concretista. Pela última, que perdurou até cerca de 2007, o STF se limitava apenas a dar ciência ao órgão responsável para a edição da norma regulamentadora faltante, sem resolver o caso concreto, pois não seria possível à Corte regulamentar situações constitucionais que dependessem de ato normativo, caracterizando seu resultado uma mera notificação da mora ao legislador.

A corrente concretista, por sua vez, é subdividida em individual, geral e intermediária. Pela individual, cabe ao Poder Judiciário criar uma norma para suprir a lacuna existente no caso concreto, tendo a decisão efeitos apenas entre as partes, como ocorreu com a contagem de tempo de serviço para concessão de aposentadoria especial para servidor público.

Pela corrente concretista geral, é admitido que a omissão seja suprida para todos aqueles que se encontrem em situação idêntica, caso em que a decisão deixa de ser efeitos *inter partes* para ter efeitos *erga omnes*, como ocorreu com o reconhecimento do direito de greve ao servidor público pelo Supremo.

Por fim, pela corrente concretista intermediária, se entende que o STF pode, através de sua decisão, reconhecer a mora do órgão omissor, comunicá-lo da omissão e fixar um prazo para que este supra a lacuna existente; no entanto, caso ele não resolva a questão, fica o Tribunal capacitado para tratar sobre a matéria questionada, sem se entender que estaria agindo como legislador positivo.

Aqui se tem falado especificamente em tratamento das omissões legislativas. No entanto, algumas vezes a omissão não é apenas legislativa, há omissão do Estado em fornecer direitos fundamentais e seus súditos. E, em alguns casos, a lesão ao direito fundamental não é individual, atingindo uma série de pessoas, então não se pode questioná-la através de uma decisão que forneça apenas uma solução no caso concreto com efeitos *inter partes*.

Em relação às políticas públicas, o próprio Tribunal, tempos atrás, decidiu que a sua não concretização poderia ser impugnada judicialmente através de ADPF, podendo se dar por ação ou omissão.

Esta ação de controle concentrado de constitucionalidade pode ser proposta com o objetivo de evitar ou reparar lesão a preceito fundamental da Constituição em virtude de ato do Poder Público ou de controvérsia constitucional em relação a lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive os anteriores à promulgação da Carta em vigor.

O conceito de preceito fundamental já foi objeto de discussão perante o STF e restou decidido que se trata de normas materialmente constitucionais que fazem parte da Constituição formal, sendo o núcleo ideológico constitutivo do Estado e da sociedade presente

na constituição formal, então há preceitos fundamentais na Constituição que se diferenciam de outras normas constitucionais, como acontece com os artigos 1º a 6º e 14, por exemplo. A ADPF tem efeitos *extunc* e *erga omnes*, podendo sofrer modulação de efeitos, como autorizado pelo artigo 11 da Lei nº 9.882/99.

A ADPF é tão importante que, como já afirmado, políticas públicas, inclusive suas omissões e insucessos, podem ser impugnados por ela, que é justamente o caso a ser estudado neste trabalho. É que, como será analisado nas próximas páginas, há algumas questões que envolvem direitos fundamentais e falta ou insuficiência de políticas públicas que, por não necessariamente tratarem sobre omissões legislativas, podem ser impugnados através de ADPF, como é o caso da de nº 347, que envolve a política e a situação carcerária brasileira.

As decisões que serão proferidas em alguns dos casos mencionados podem ser as denominadas “sentenças aditivas”, de origem italiana, que, segundo SCAFF (2013, p. 133), são “aquela que implica aumento de custos para o Erário, obrigando-o ao reconhecimento de um direito social não previsto originalmente no orçamento do poder público demandado”. O autor informa que essas decisões têm sido bastante aplicadas no Brasil, e que alguns problemas podem derivar disso, como, por exemplo, ser a decisão pontual, atingindo número restrito de pessoas, dificultando a atribuição de suas decisões à generalidade de quem se encontra na situação; e, além disso, acabam transformando o Judiciário em “ordenador de despesas públicas” além de legislador positivo, dificultando qualquer tipo de planejamento governamental por parte dos demais Poderes em relação às políticas públicas aprovadas por lei.

É claro que a formulação de políticas públicas é competência, em regra, dos Poderes Legislativo e Executivo, no entanto, se não o fizerem, ao Judiciário é possível intervir mesmo quando contidas em normas programáticas, podendo inclusive afastar a alegação fazendária de reserva do possível.

Sobre o tema, SARLET e FIGUEIREDO (2013, p. 29) lembram que a construção teórica da reserva do possível tem origem na Alemanha, a partir dos anos 70, e, “de acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos”, dando a ideia de que os direitos sociais a serem garantidos à população dependem da disponibilidade real de recursos financeiros do Estado, com base em seu orçamento público.

Defendem os mesmos autores (SARLET; FIGUEIREDO, 2013, p. 30):

A partir do exposto, há como sustentar que a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade. Todos os aspectos referidos guardam vínculo estreito entre si e com outros princípios constitucionais, exigindo, além disso, um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas inclusive como ferramental para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional.

Desta feita, deve-se sempre analisar a real disponibilidade fática dos recursos para que os direitos fundamentais sejam resguardados, além da disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos e, por fim que sejam garantidos e prestados de maneira proporcional. É claro que num país como o Brasil, a equação entre necessidades e possibilidades orçamentário-financeiras é desbalanceada e os recursos são limitados e finitos. Então, não basta o Poder Judiciário decidir sozinho: ele deve instituir balizas para a efetivação dos direitos a fim de que o equilíbrio e a ponderação possam ser buscados.

Por isso, muito se falou sobre a omissão inconstitucional e de sua proteção insuficiente, no entanto, deve-se levar em conta o princípio da proporcionalidade quando de sua estipulação e decisão, fazendo inclusive as ponderações acima suscitadas.

Esse princípio, em sua generalidade, quer dizer que a análise de uma colisão de direitos fundamentais, por exemplo, deve ser feita de maneira proporcional e razoável, subdividindo-se em outros três subprincípios: o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito. Pelo primeiro, analisa-se se o meio utilizado foi apto para chegar ao fim visado; pelo segundo, se não haveria um meio menos gravoso para chegar àquele mesmo fim; e, pelo último, analisa-se a relação custo-benefício, ou seja, verifica-se se o ônus foi menor que o bônus na colisão de direitos fundamentais.

No entanto, não se pode negar que o mencionado princípio deve ser aplicado também quando se fala em dever de proteção do Estado em relação à sociedade ou mesmo como “proibição de proteção deficiente dos direitos fundamentais: o Estado só atuará legitimamente se oferecer, em favor dos direitos fundamentais dos cidadãos, uma proteção que observe as exigências do princípio da proporcionalidade” (CAMPOS, 2016, p. 85).

Sendo assim, CAMPOS (2016, p. 86-87), é bem elucidativo neste ponto:

O princípio da proporcionalidade, segundo essa dimensão, permite aferir se a medida normativa favorece que o direito fundamental venha a ser realizado o “mais amplamente possível de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas”, e se desenvolve pelos mesmos subprincípios empregados na dimensão de vedação de excesso. Assim, quando o Estado se abster, total ou parcialmente, de adotar alguma medida que favoreça a promoção ou a proteção de um determinado direito fundamental ou objetivo de envergadura constitucional, caberá indagar: (a) se a omissão ou atuação deficiente contribuiu para a promoção de algum objetivo legítimo (subprincípio da adequação); (b) se não existia outro meio menos prejudicial ao direito fundamental que favorecesse, em igual intensidade, o citado objetivo (subprincípio da necessidade); e (c) se a promoção do referido objetivo compensa, sob o ângulo constitucional, a deficiência na proteção ou promoção do direito em discussão (subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito).

A aplicação desses subprincípios envolverá sempre um exame da “relação empírica de fomento” entre *meio* e *fim*, na qual o meio será uma omissão total ou uma ação insuficiente (omissão parcial) capaz de colocar em risco a garantia de direitos fundamentais. O exame de constitucionalidade do meio escolhido envolve as dificuldades de avaliação da já referida margem de ação epistêmica do agente normativo, isto é, da margem de configuração normativa dos meios de proteção segundo os diagnósticos e prognósticos do legislador ou do órgão de regulamentação, o que remete o tema para as discussões em torno das tensões entre as competências dos poderes políticos e das cortes constitucionais encarregadas do controle. A questão é saber dos limites da correção judicial dos diagnósticos e dos prognósticos legislativos e normativos em geral. O Supremo tem, ainda que em poucas oportunidades, utilizado a proporcionalidade em sua versão de proibição de proteção deficiente.

Sendo assim, na garantia dos direitos fundamentais, deve sempre o caso ser analisado à luz do princípio da proporcionalidade, sob pena de serem lesados outros direitos e atingir mais pessoas indevidamente. Veja-se que a Corte Colombiana, na *Sentencia n° 025/2004*, que tratou sobre a população deslocada, assumiu que os recursos estatais não são ilimitados, devendo a questão ser analisada à luz da ponderação e da proporcionalidade:

Sin embargo, dadas las magnitudes actuales del problema de desplazamiento en Colombia, así como el carácter limitado de los recursos con los que cuenta el Estado para satisfacer este cometido, es forzoso aceptar que al momento de diseñar e implementar una determinada política pública de protección a la población desplazada, las autoridades competentes deben efectuar un ejercicio de ponderación y establecimiento de áreas prioritarias en las cuales se prestará atención oportuna y eficaz a dichas personas. Por lo tanto, no siempre se podrá satisfacer, en forma concomitante y hasta el máximo nivel posible, la dimensión prestacional de todos los derechos constitucionales de toda la población desplazada, dadas las restricciones materiales y las dimensiones reales de la evolución del fenómeno del desplazamiento.

Sin perjuicio de lo anterior, resalta la Corte que existen ciertos *derechos mínimos* de la población desplazada que deben ser satisfechos *en cualquier circunstancia* por las autoridades a los desplazados, puesto que en ello se juega la subsistencia digna de las personas en esta situación. ¿Cuáles son, entonces, estos derechos mínimos que deben ser siempre satisfechos?

Para definir el nivel mínimo de satisfacción de los derechos constitucionales de las personas desplazadas, debe hacerse una distinción entre (a) el respeto por el núcleo esencial de los derechos constitucionales fundamentales de los desplazados, y

(b) la satisfacción, por parte de las autoridades, de ciertos deberes prestacionales derivados de los derechos reconocidos a nivel internacional y constitucional en cabeza de los desplazados.

En cuanto a lo primero, es claro que las autoridades *en ningún caso* pueden obrar de forma tal que terminen por desconocer, lesionar o amenazar el núcleo esencial de los derechos fundamentales constitucionales de las personas desplazadas –en la misma medida en que no pueden actuar de manera tal que afecten el núcleo esencial de los derechos de ninguna persona que se encuentre en el territorio colombiano -. En esa medida, no pueden los desplazados ser objeto de acciones por parte de las autoridades que atenten, por ejemplo, contra su integridad personal o contra su libertad de expresión.

En cuanto a lo segundo, observa la Sala que la mayor parte de los derechos reconocidos por la normatividad internacional y la Carta Política a las personas desplazadas imponen a las autoridades, por las circunstancias mismas en que se encuentran los desplazados, claras obligaciones de carácter prestacional, que necesariamente implicarán un gasto público –lo cual no obsta para clasificar algunos de tales derechos como fundamentales, puesto que según lo ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación, tanto los derechos fundamentales como los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión prestacional a cargo del Estado como ya se anotó -. En criterio de la Corte, *los derechos de mercado contenido prestacional que forman parte del mínimo que siempre ha de ser garantizado a todos los desplazados son aquellos que guardan una conexión estrecha con la preservación de la vida en circunstancias elementales de dignidad como seres humanos distintos y autónomos* (artículos 1, 11, 12, 13, 14, 16 y 17 C.P.). Es allí, en la preservación de las condiciones más básicas que permiten sobrevivir con dignidad, donde se debe trazar un límite claro entre las obligaciones estatales de imperativo y urgente cumplimiento frente a la población desplazada, y aquellas que, si bien tienen que ser satisfechas, no tienen la misma prioridad, lo cual no significa que el Estado no deba agotar, al máximo posible, su capacidad institucional en asegurar el goce pleno de todos los derechos de los desplazados, como ya se dijo.

Portanto, o Princípio da Proporcionalidade deve ser sempre utilizado na resolução de uma lide que verse sobre Direitos Fundamentais. Então, não se pense que se defende que qualquer direito deve ser garantido a qualquer pessoa em qualquer circunstância.

4 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: DA TEORIA À PRÁTICA NA JURISPRUDÊNCIA ESTRANGEIRA

O Brasil é um Estado Democrático de Direito e, por isso, deve assegurar a todos, como afirma o preâmbulo da Constituição Federal de 1988, o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, buscando construir uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, com harmonia social.

No entanto, há casos em que há desrespeito aos direitos fundamentais de uma parte da população de forma massiva, permanente e reiterada e o Estado, por omissão ou ação, não consegue pôr em prática políticas públicas para sair dessa situação de inércia e eliminar ou mesmo diminuir tais violações. Nestes casos, em que há violação flagrante da dignidade da pessoa humana, configura-se a existência de um estado de coisas inconstitucional.

Muito se discute sobre o papel da justiça constitucional e se, ao atuar de forma progressista e ativista, estaria invadindo as competências dos demais Poderes. As Cortes Constitucionais possuem papel transformador, possuem legitimidade e muitas vezes se tornam elemento indispensável para a manutenção e o equilíbrio da democracia, como analisado no capítulo anterior.

Não que o Poder Judiciário vá substituir as demais instâncias de poder, mas deve fomentar condições que permitam a suplantação do bloqueio dos canais políticos ordinários, sempre com a finalidade de ser impulsionador da mudança social (PULCINELLI, 2016).

Neste capítulo, serão analisados o conceito do estado de coisas inconstitucional, além do que é necessário para caracterizar sua existência; os bloqueios institucionais e falhas estruturais que levam à necessidade de criação de uma decisão estrutural, além das formas de superação do ECI.

Em seguida, serão analisados alguns casos práticos em que houve a declaração de um “quase estado de coisas inconstitucional” e, finalmente, a sua declaração pela Corte Constitucional Colombiana, que foi a pioneira no tema.

4.1 Conceito e fatores valorados para definir a presença de um estado de coisas inconstitucional

O estado de coisas inconstitucional trata-se de uma possibilidade rara e excepcional do Poder Judiciário, através da Corte Suprema, enfrentar afrontas à Constituição Federal em face de atos e omissões dos Poderes Públicos em cumprimento ao seu papel contramajoritário

para a proteção da dignidade dos grupos vulneráveis, sendo justificável quando existe uma violação massiva de direitos fundamentais a um número significativo de pessoas e a solução seria um trabalho conjunto de diversas entidades. Neste caso, o Poder Judiciário teria a função de monitorar, em procedimento público, o cumprimento das medidas que determinar, tendo uma função atípica sob a perspectiva da separação de poderes.

Aqui, o juiz constitucional é chamado para garantir a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, sempre buscando uma sociedade democrática e pluralista, afastando qualquer tipo de lesão massiva e sistemática a direitos fundamentais. Não é defendido apenas um direito fundamental individual, mas o sistema de direitos fundamentais e, muitas vezes, a Constituição como um todo. Assim defende CAMPOS (2016, p. 97-98):

Com efeito, ao utilizar o instrumento da declaração do ECI, a Corte deixa de restringir-se à função de garantidora de direitos individuais em casos particulares e assume papel muito mais ativo, o de “formular ou contribuir à formação de políticas públicas e de assegurar sua implementação e o controle de sua execução”. Em face de sistemática omissão estatal, incluída a omissão legislativa, a Corte busca estabelecer um modelo coordenado de ação, que alcança diferentes atores, voltado a reverter o quadro de massiva transgressão de direitos fundamentais. Dessa forma, tanto interfere em escolhas políticas quanto procura assegurar que essas escolhas se concretizem e surtam efeitos reais. Agindo assim, tanto determina como supervisiona as ações públicas.

O reconhecimento do ECI, do ponto de vista empírico, prova a grande distância que há entre prescrever a existência de direitos fundamentais em textos constitucionais solenes e o efetivo gozo desses direitos no plano da realidade social. Além disso, demonstra que a omissão estatal nada tem a ver com enunciados constitucionais específicos, e sim com as condições precárias de fruição desses direitos, em relação às quais o legislador, o administrador ou ambos nada fizeram ou fazem para remediar. Sem embargo, assumir essa premissa torna-se ainda mais relevante em países marcados por profunda desigualdade social, como Colômbia, Brasil e outros países latino-americanos. Com a declaração do ECI, a Corte procura aproximar a realidade social concreta das promessas de direitos “no papel” e acaba atuando como agente de transformação social.

O ECI, então, deve ser aplicado no momento em que uma corte constitucional intervém, com legitimidade para interferir na implementação e até mesmo criação de políticas públicas, no caso em que se verifiquem violações massivas e sistemáticas de direitos fundamentais. Nas palavras de CAMPOS (2016, p. 16),

Para assim intervir, a corte deve identificar uma situação especial e sistêmica de inércia estatal, conectando a paralisia política e administrativa à realidade contrária aos comandos constitucionais sobre direitos fundamentais. Significa dizer: a corte precisa de uma nova concepção de *omissão inconstitucional*, que alcance estágio particular de *falhas estruturais* e se manifeste não pura e simplesmente em função do descumprimento de enunciados constitucionais específicos, mas da falta de efetividade de direitos fundamentais e sociais. A omissão inconstitucional

traduzir-se-ia como falta ou insuficiência de políticas públicas voltadas a concretizar esses direitos.

A Corte Constitucional Colombiana – CCC, através da *Sentencia* T-025²⁰, de 2004, sistematizou os fatores que devem ser valorados para que se defina a existência do estado de coisas inconstitucional. São eles:

ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL-Factores que lo determinan

Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, cabe destacar los siguientes: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (ii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (iv) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (v) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.

ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN LA POBLACION DESPLAZADA-Elementos/ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN LA POBLACION DESPLAZADA-Declaración formal

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.

²⁰ Pode ser integralmente consultada através do sítio <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>.

RODRIGUÉZ GARAVITO (2009, p. 435), complementa:

(...) Se trata de casos caracterizados por (1) afectar un número amplio de personas que alegan la violación de sus derechos, ya sea directamente a través de organizaciones que litigan su causa, (2) involucrar varias entidades estatales como demandadas por ser responsables de fallas sistemáticas de políticas públicas y (3) implicar órdenes de ejecución compleja, mediante las cuales el juez de la causa instruye a varias entidades públicas a emprender acciones coordinadas para proteger a toda la población afectada (no solamente los demandantes del caso concreto).

É de se ressaltar que o conteúdo da *Sentencia* T-025/2004 é muito mais vasto que o das decisões tomadas anteriormente pela CCC. É que, com o passar dos anos, a Corte foi analisando o que funcionava ou não, passando um processo de aprendizagem interna sobre as formas de desenhar remédios e formas para acompanhar a superação do ECI, sendo, portanto, a decisão que traz com mais completude e complexidade o fenômeno.

Então, para que o ECI exista, é necessário que sejam cumpridas todas as seguintes condições, conjuntamente: primeiro, deve haver uma vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas; segundo, deve existir a prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para a garantia e promoção dos direitos; em terceiro lugar, a superação das violações de direitos pressupõe a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais, que podem depender da alocação de recursos públicos, correção das políticas públicas existentes ou mesmo a formulação de novas políticas, dentre outras medidas; por fim, a potencialidade de congestionamento da justiça, se todos os que tiverem seus direitos violados acorrerem individualmente ao Poder Judiciário.

O ECI tem uma função jurídica e política: impulsionar o aparato estatal para que desenhe, implemente, financie e avalie as políticas públicas necessárias para que cessem os motivos que o determinaram. Isso implica na necessidade de um processo de acompanhamento do ECI, pois sua declaração promove um processo de colaboração entre várias entidades públicas e privadas nos casos estruturais. Além disso, possui um caráter excepcional, pois: implica uma intervenção considerável da Corte nos processos de políticas públicas que envolvem o governo e o congresso, por isso, deve ser usado com prudência para que não haja lesão ao princípio da separação dos poderes; por que a Corte Constitucional tem capacidades institucionais limitadas para promover o acompanhamento, sob pena de a declaração do ECI tornar-se letra morta; e porque a aplicação do ECI implica um custo para a Corte, tendo em vista que significa uma declaração explícita de fracasso das políticas

governamentais e o seu acompanhamento pode durar anos (RODRIGUÉZ GARAVITO, 2009, p. 438).

RODRIGUÉZ GARAVITO (2009, p. 439) faz comparação interessante:

(...) En este sentido, sostengo que el ECI es una figura análoga, pero de signo opuesto, a la figura excepcional clásica del constitucionalismo moderno: el estado de excepción, mediante el cual el Ejecutivo concentra temporalmente poderes y suspende algunos derechos constitucionales por razones de orden público o emergencia económica. Como el estado de excepción, el ECI debe ser utilizado con prudencia y tiene una duración finita (aunque mucho más prolongada que los pocos meses durante los cuales las constituciones contemporáneas permiten la vigencia de un estado de excepción).

Portanto, o ECI deve ter prazo finito e cessar o quanto antes. E, em casos em que o ECI é constatado, a Corte Colombiana entende que se estendem os efeitos da decisão para proferir remédios com alcance material e temporal de acordo com a violação que se deseja proteger.

Assim, na mesma *Sentencia* T-025/2004, a CCC afirma que, a depender do caso, a declaração do EDI será seguida por:

1. determinações de políticas, planos e programas a serem implementados para que sejam garantidos de maneira adequada os direitos fundamentais cujo gozo efetivo depende da superação do estado de coisas inconstitucional;
2. determinação de apropriação dos recursos necessários para garantir a efetividade de tais direitos;
3. determinação de que se modifiquem as práticas, falhas organizacionais e procedimentais que violem a Constituição;
4. determinação de reforma do quadro legal sobre cujas falhas contribuíram para o ECI; e
5. determinação de realização de procedimentos administrativos, orçamentários e de contratação que se fizerem indispensáveis para superar a violação dos direitos.

Desta feita, o ECI pode ser declarado em algumas situações, como já mencionado, em especial, quando se verificam omissões e insuficiências que violem direitos fundamentais. Nesses casos, o Poder Judiciário acaba por atuar perante os Poderes Legislativo e Executivo, por esses não terem promovido a defesa dos mencionados direitos e, assim garanti-los de uma vez por todas.

Não se quer dizer que existe qualquer tipo de afronta ao princípio da separação dos poderes ou mesmo que a Corte Constitucional acaba por extrapolar suas funções típicas, como será analisado em momento oportuno. O que se deseja aqui é que esta possua uma conduta

ativista e cooperativa em face da defesa dos direitos fundamentais perante os indivíduos para que a igualdade seja sempre respeitada.

Como será analisado no próximo capítulo, a Corte Colombiana declarou o ECI em várias ocasiões, no entanto, nos primeiros casos, aplicou a figura sem fazer um trabalho cuidadoso de sistematização dos requisitos para declarar a existência e a superação do ECI, o que somente veio a ocorrer com a *Sentencia* T-025/04, por isso essa decisão se torna tão importante para seu conceito e valoração.

4.2 Estado de coisas inconstitucional, bloqueio institucional e proteção aos direitos fundamentais

Como visto, a simples enunciação ou proclamação dos direitos fundamentais é insuficiente para a sua concretização. No Brasil e em outras nações que sobrevieram do constitucionalismo de transformação – anteriormente explicitado -, o objetivo constitucional é a transformação social, o que acaba se tornando tarefa institucional das cortes constitucionais.

VALLE (2016, n.p.) caracteriza o fenômeno do bloqueio institucional, partindo do conceito de instituição:

Aqui, não se está a utilizar o conceito no seu sentido econômico; mas naquele sociológico, que compreende um conjunto de comportamentos pretendidos, tradutores de um determinado padrão cultural, direcionados ao desenvolvimento de uma determinada função social. Inicialmente desenvolvido no grupo social no âmbito da prática, consolidada pela sua reiteração em costume; esse padrão desejável de comportamento se vê formalizado e adjudicado a uma determinada função social quando da institucionalização. Esse fenômeno pode se ver associado a um *corpus* específico – e essa é a operação que se dá no âmbito da organização do poder político; mas como se sabe, não se tem na personificação um requisito essencial à identificação de instituição, no seu sentido mais amplo.

Vista a questão sob a perspectiva específica do presente texto; no campo da investigação das possíveis causas de bloqueio institucional a comprometer a efetividade de direitos fundamentais, ter-se-á em conta notadamente as instituições políticas que devem concorrer para esse mesmo resultado concretizador. Bloqueio institucional na efetivação de direitos fundamentais é circunstância que se terá normalmente associada à inércia ou inadequação do agir legislativo ou administrativo.

Sendo assim, haverá um bloqueio institucional que comprometa a efetividade dos direitos fundamentais quando instituições políticas concorrerem para tanto e, no caso em estudo, ocorrerá sempre relacionando a uma inércia ou mesmo inadequação da ação legislativa ou administrativa, como visto outrora.

Há casos em que o legislativo é instado a legislar pela própria Constituição e, quando não o faz, configura verdadeira omissão legislativa. No entanto, tal Poder não tem a obrigação de legislar sobre algo que não deseja ou não concorda ou, por vezes, deixa de legislar simplesmente por não ter interesse direto naquilo. Pode ser também que simplesmente não haja consenso entre as duas casas legislativas!

Então, o bloqueio institucional pode se dar por conta de fatores internos ou externos e ser voluntário ou não. O problema é quando aquele tem como consequência a inefetividade constitucional de algum direito fundamental, impossibilitando o exercício deste.

VALLE (2016, p. 65), em seu artigo interessantíssimo, traz a experiência alienígena com bloqueios institucionais, trazendo casos advindos dos Estados Unidos, da Colômbia, da Índia e da África do Sul.

O caso colombiano agregou, agora, a dimensão orçamentária como um dos fatores que identifica como bloqueio institucional, por isso, determinou a intervenção de vários órgãos e entidades, num esforço conjunto e para solucionar a questão com uma coordenação de ações. Para tanto, em sua decisão, a Corte Constitucional Colombiana determinou medidas competentes a cada órgão, de acordo com suas funções próprias. A seguir, informou como a supervisão do cumprimento da decisão iria se dar, convocando inclusive os órgãos competentes – mais uma vez – para tanto, para ajudar a superar o estado de coisas inconstitucional.

Note-se que as decisões em sede de ECI na Colômbia progrediram com o tempo. Tanto é que as determinações, por exemplo, contidas na *Sentencia T-153* são menos efetivas para superar o bloqueio institucional que aquelas existentes na *Sentencia T-025*, que serão minuciosamente estudadas nas próximas linhas.

4.3 Violações ou falhas estruturais demandam sentenças estruturais

Como já foi mencionado, os direitos fundamentais são de extrema importância dentro do ordenamento jurídico brasileiro e devem ser efetivos. De nada adianta existir sem ter a mínima efetividade, o que implica em sua desobediência e não garantia por parte do Estado. No entanto, por muitas vezes eles precisam de algum tipo de complementação, que naturalmente deve ser feita através de um regramento específico, e sua ausência comporta omissão inconstitucional por parte dos poderes políticos que deveriam regulamentá-los.

Nas palavras de CAMPOS (2016, p. 93):

... A relevância constitucional em promover e proteger os direitos fundamentais deve ser a fonte última da identificação da omissão inconstitucional. No entanto, a ausência de efetividade desses direitos pode decorrer não propriamente da falta de lei, e sim da falta de coordenação entre legislador, órgãos e entidades públicas, responsáveis por regulamentar e dar concreção aos comandos legais, o que resulta na falência prática da própria lei e, por decorrência, das normas constitucionais sobre direitos. A solução da omissão, nesses casos, não pode ser imposta a um único órgão, e isso porque a omissão em proteger e promover direitos fundamentais decorre de **falhas estruturais**.

Essas falhas revestem-se, via de regra, como deficiência dos ciclos de formação e execução de políticas públicas. Graves e sistemáticas violações de direitos são originadas e agravadas por falhas estruturais nos procedimentos de desenho, implementação, avaliação e financiamento de políticas públicas. Essas falhas têm raízes em prolongadas omissões dos agentes e autoridades públicos, em limitações das políticas públicas correspondentes, na falta de medidas administrativas, legislativas ou orçamentárias voltadas a superação dos problemas de direitos.

Dessa feita, deve-se analisar se o legislador (através da omissão legislativa) e os órgãos de governo (através da falha em promover políticas públicas) ao menos tentaram efetivar os direitos fundamentais levando em conta as circunstâncias em que se vive. Se a proteção aos direitos fundamentais se mostrar insuficiente apesar da ação do Poder Público, é possível falar em falhas estruturais.

As violações estruturais ocorrerão, então, quando a organização do Estado (enquanto instituição) permite, facilita ou de forma direta incorre em violações de direitos e liberdades fundamentais de certos grupos da população considerados minorias e marginalizados, como indígenas, mulheres e crianças, entre outros. É necessário que haja uma inatividade, uma omissão estatal ou a ineficiência de sua atividade. Para que tais violações sejam superadas, devem ser apontadas as condições jurídicas, culturais e políticas que as estão permitindo acontecerem (ROJAS, 2015, p. 127).

Assim, para que tais violações sejam superadas, é necessário o esforço conjunto de várias entidades estatais, requerendo a adoção de um conjunto complexo de coordenado de ações bem como um nível de recursos, o que acaba demandando um compromisso orçamentário estatal. Lembrando que não há condições de resolver a questão de maneira individual, já que se trata de um questionamento coletivo, então mesmo que uma única pessoa questione através de ação judicial, se houver outras com mesmo objeto pendentes, o ideal é que sejam analisadas de forma conjunta e estruturada para uma melhor resolução do impasse.

OSUNA (2015, p. 92) faz importante introdução sobre o tema das sentenças estruturantes, no seguinte sentido:

En esas coordenadas se inscriben las “sentencias estructurales” o “macro sentencias”, por medio de las cuales los jueces hacen un importante esfuerzo para darles efectividad a los enunciados constitucionales, cuando constatan la existencia de desconocimientos generalizados, recurrentes y graves de los derechos humanos. Frente a estos, esos propios jueces han comprobado, por su experiencia, que hay unas causas estructurales (de ahí el nombre de las sentencias) que de modo sistemático producen ese déficit de derechos humanos, y que los casos que llegan a sus despachos, si se resuelven apenas como remedios individuales, no logran subsanar la problemática que se advierte en cada uno de los expedientes.

Assim, através delas, os juízes dão efetividade a normas constitucionais no momento em que constataam a existência de incógnitas generalizadas e decorrentes de graves e recorrentes violações de direitos humanos. Atuam como intérpretes e defensores dos direitos constitucionais, definindo de forma estrutural como devem atuar as autoridades competentes para minimizar as lesões e garantir o exercício dos direitos de forma efetiva, expedindo ordens para as mais diversas instituições, órgãos, cargos e pessoas.

Tais sentenças surgiram nos Estados Unidos, através das *structural injunctions*, utilizadas por juízes justamente para dar soluções a casos de graves e generalizadas violações de direitos incompatíveis com a carta constitucional. Um caso clássico em que foi utilizada é o *Brown vs. Board of Education*, em 1954, que será analisado com mais detalhes no próximo capítulo e tratou da segregação racial em escolas. No entanto, tais tipos de decisões foram disseminadas mundo afora e já podem ser encontradas em vários países, como Colômbia, África do Sul, Índia, Argentina e Canadá, por exemplo.

Nestes casos, o juiz constitucional acaba tendo atribuições e funções que tradicionalmente não fazem parte de suas competências, como ocorre quando ordenam à administração que desenvolvam ou executem planos concretos para a resolução da crise, ou mesmo estabelecer políticas públicas. Há debate sobre se essas ordens significariam uma política pública com todos os seus alcances com a particularidade de ser criação judicial, no entanto, utilizando-se de colaboração entre os poderes na construção da política pública, o juiz constitucional figuraria apenas como seu delimitador e o executivo, como seu realizador ou executor.

OSUNA (2015, p. 114), sobre isso, aduz:

Las sentencias estructurales, como manifestación del enorme poder institucional de los tribunales constitucionales, tienen por efecto superar situaciones sociales sumamente desfavorables, a la par que le permiten participar a la ciudadanía en la reconstrucción del tejido social que se ha desvanecido por efecto de la vulneración de sus derechos.

Pese a loable que parece todo lo anterior, hay varios puntos de vista críticos respecto de la figura. De un lado, persisten las posturas que descalifican este

tipo de sentencias por argumentos tradicionales: falta de legitimidad democrática de los tribunales, ruptura del principio de separación de poderes, tiranía judicial. Las coordinadas de esos debates son ya ampliamente conocidas y al parecer se trata de una discusión estancada. Sin embargo, hay otros ejes críticos que han surgido precisamente de la práctica de estas sentencias: imposibilidad de cumplimiento y desconocimiento técnico de las posibilidades presupuestales del Estado para responder a las obligaciones impuestas por el tribunal.

Ahora bien, en relación con la crítica que apunta a censurar un activismo excesivo del Poder Judicial, podría responderse que, a diferencia del activismo vertical y minucioso en el que el juez impone órdenes detalladas, en estas sentencias se aprecia un activismo dialógico, que se caracteriza del siguiente modo:

1. Las sentencias dialógicas tienden a dictar órdenes más abiertas que las del activismo clásico. [...] Las sentencias de la jurisprudencia dialógica tienden a abrir un proceso de seguimiento que alienta la discusión de alternativas de políticas públicas para solucionar el problema estructural detectado en el fallo. Los detalles de las políticas, por tanto, tienden a surgir en el transcurso del proceso de seguimiento, no en la sentencia misma. Con frecuencia, además, las órdenes de los fallos no implican obligaciones de resultado muy precisas, sino el deber de las autoridades públicas de diseñar e implementar políticas que avancen en la protección de los derechos vulnerados.

2. La implementación de los fallos tiene lugar mediante mecanismos de seguimiento periódicos y públicos. Al mantener su competencia sobre el caso después de la sentencia, las cortes dialógicas suelen dictar nuevas decisiones a la luz de los avances y retrocesos del proceso, y alentar la discusión entre los actores del caso en audiencias públicas y deliberativas.

3. [Por los medios de seguimiento adoptados], los fallos dialógicos tienden a involucrar un espectro más amplio de actores sociales en ese proceso de seguimiento. Además de la misma Corte y las entidades públicas destinatarias de las órdenes, la implementación involucra a todos aquellos que, directa o indirectamente, son afectados o tienen interés legítimo en el resultado del caso estructural. Esto incluye a las víctimas cuyos derechos han sido violados, las organizaciones de la sociedad civil relevantes, los organismos internacionales de derechos humanos y otros actores cuya participación resulte útil para la protección de los derechos objeto del caso, desde organizaciones de base hasta centros académicos.

Así las cosas, podría afirmarse que además de los resultados de justicia material que pueden derivar de la ejecución de las sentencias estructurales, estas también tienen un importante efecto de reactivación de la democracia, desde la vigencia del derecho.

Assim, apesar das críticas que se fazem à utilização das sentenças estruturantes e uma possível afronta ao princípio da separação dos poderes, além de afirmar que falta legitimidade ao Judiciário para conduzir uma decisão de forma estruturada, não é de considerar que isso de fato acontece. Mesmo no caso de a ação promover atividades e uma meta de planos a serem criados pelos demais poderes e atores, estes, através da colaboração, participarão do processo. O Tribunal, na verdade, não está impondo efetivamente um direito, mas fazendo com que, de maneira dialógica e colaborativa, os envolvidos para o sucesso da demanda, atuando de forma conjunta, cheguem à solução para que os direitos fundamentais não sejam mais lesados.

4.4 Efeitos e Superação do estado de coisas inconstitucional

O ECI, como já afirmado, deve ser declarado e ter efeito temporário, não perdurando para sempre. Para tanto, deve haver a sua superação.

O primeiro ponto a ser levado em conta é que, para verificar o andamento do cumprimento das medidas, podem ser criadas comissões específicas, pode ser requisitado e utilizado o auxílio de experts, a exigência de relatórios periódicos, audiências públicas e – o que fez a CCC no caso do deslocamento forçado –, autos de acompanhamento etc. Isso tudo para monitorar a implementação das determinações e das políticas públicas determinadas e corrigir as que restaram defeituosas.

RODRÍGUEZ GARAVITO (2013, p. 9) afirma que:

En contraste, el enfoque constructivista amplía la variedad de estrategias de investigación para incluir técnicas cualitativas que permitan apreciar los efectos simbólicos e indirectos de una determinada decisión. Entre esas técnicas estarían las entrevistas en profundidad de funcionarios, activistas y miembros de la población beneficiaria para examinar la consecuencia de la sentencia en la percepción de su situación y las estrategias para solucionarla. A esas técnicas se les concede la misma importancia que técnicas cuantitativas como el análisis de los indicadores sociales para la población beneficiada o la medición de la cobertura en prensa antes y después de la decisión.

Então, a primeira coisa a ser feita quando se declara o estado de coisas inconstitucional é verificar, de tempos em tempos – e isso vai ser determinado pela Corte – os efeitos simbólicos e indiretos da decisão. Assim, deve ser dada a possibilidade de realizar inclusive audiências públicas com os interessados e membros daquele grupo que estava sendo lesado para verificar sua percepção das estratégias que foram tomadas. Além disso, fala Rodriguez Garavito em analisar indicadores sociais que indicarão os avanços ou não desde antes até depois da decisão.

Para o mesmo autor, as decisões possuem efeitos diretos e indiretos: os primeiros caracterizariam ações ordenadas pelo tribunal que afetam os participantes do caso, que podem ser os autores das lides, os beneficiários ou organismos estatais destinatários das ordens judiciais. Já nos indiretos estariam inclusas todas as classes de consequências que, apesar de não estarem estipuladas nas ordens judiciais, se derivam delas, afetando não apenas as partes, mas outros sujeitos sociais (como organizações não governamentais simpatizantes ao caso).

Além disso, as decisões podem ter efeitos materiais ou simbólicos. Aqueles seriam as mudanças tangíveis no comportamento dos grupos ou indivíduos, enquanto que estes seriam

as mudanças das ideias, das percepções e concepções sociais coletivas relativas ao objeto do litígio. Isso tudo implicaria numa modificação cultural ou ideológica da sociedade sobre o caso.

Fazendo o cruzamento dos efeitos, RODRÍGUEZ GARAVITO (2013, p. 11) chega à conclusão que pode dar lugar a quatro tipos de efeitos, a saber: efeitos materiais diretos, por exemplo, a formulação de uma política pública ordenada pelo tribunal; efeitos materiais indiretos, como ocorre com a participação de novos atores no debate; efeitos simbólicos diretos, com o novo marco para as notícias nos meios de comunicação; e os efeitos simbólicos indiretos, como ocorre com a transformação da opinião pública sobre o problema.

Todos os mencionados efeitos deverão ser analisados no decorrer do tempo e de forma progressiva a fim de que haja a superação do ECI e, para tanto, os mesmos critérios que foram utilizados pela Corte para declarar a existência do ECI também devem guiá-la para que se analise a sua superação. Sobre esse tema, RODRÍGUEZ GARAVITO (2009, p. 476) afirma que para a superação do ECI, poderia ser feito um teste numérico, o qual ilustra com o caso do deslocamento forçado, que será analisado nas próximas linhas. Para tanto, chama o teste de *TESE*, aludindo que a sua proposição tem um sentido duplo:

El sentido de proponer un test de superación del ECI (TESE) es doble. De un lado, este tipo de procedimiento analítico y argumentativo ha tomado arraigo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana—que, sigue, así, la tendencia evidente en otros tribunales constitucionales tan diversos como el sudafricano, el argentino, el estadounidense y el alemán. En particular, la Corte tiene una larga y rica jurisprudencia sobre el llamado “test de razonabilidad” para evaluar la constitucionalidad de medidas diferenciadoras que pueden vulnerar el principio de igualdad (véase Rodríguez Garavito 1998). Por tanto, la construcción de un TESE no sólo sería coherente con la jurisprudencia general de la Corte, sino que la continuaría y la profundizaría.

De otro lado, más allá de la continuidad de la jurisprudencia, la utilización de “tests” tiene una justificación de fondo: hacer más transparente, racional y predecible las decisiones judiciales en asuntos controvertidos y complejos, desde la constitucionalidad de una política de acción afirmativa hasta la razonabilidad constitucional de una carga tributaria. Al desagregar las decisiones generales en preguntas más específicas que pueden ser discutidas y contrastadas empíricamente, el tribunal constitucional abre su jurisprudencia al escrutinio y el debate público y democrático.

Sendo assim, a proposta da *TESE* traz providências que podem ser entendidas como um esforço argumentativo público por trazer os critérios e indicadores que permitem sua construção e aplicação, já que um teste consiste num procedimento argumentativo orientado por perguntas que possuem uma sucessão lógica para as quais o juiz oferece respostas justificadas com base em evidência confiável e argumentos orientados pela razoabilidade.

Portanto, o mesmo autor (2009, p. 476) afirma que o teste constaria de três elementos: um conjunto de perguntas organizadas de forma lógica que orientam a argumentação; um grupo de indicadores precisos, suficientes, pertinentes e adequados; e critérios razoáveis para aplicar tais indicadores ao caso concreto.

O autor (2009, p. 477) divide os passos da *TESE* em cinco:

- 1) No primeiro, devem-se fixar os tipos de indicadores pertinentes para medir a superação do ECI, determinando a tipologia geral de critérios para sua avaliação.
- 2) Fixação da lista de indicadores dentro de cada dimensão (processo e resultado): tenta-se fazer com que a lista de indicadores surja, se possível através de pronunciamentos anteriores da mesma Corte; seleciona indicadores que cumpram os requisitos válidos, que sejam pertinentes, suficientes e significativos. Com tal lista ou bateria de indicadores, é possível valorar os próximos três passos.
- 3) Determinar o valor das dimensões do processo e do resultado: primeiro, determina-se o valor relativo de cada indicador, o que deve estar guiado pela jurisprudência da mesma Corte e por critérios constitucionalmente relevantes. Isso porque, se a razão de ser do ECI é proteger de forma eficaz os direitos constitucionais e a Corte já afirmou em casos passados tais violações, sua superação deve estar completamente ligada aos avanços na mitigação ou eliminação de tais lesões.
- 4) Qualificação numérica dos indicadores dentro de cada dimensão: ou seja, é dado um valor a cada indicador, mas todos os direitos possuem a mesma pontuação, pois não existe direito fundamental mais importante que outro.
- 5) Fixação do limiar de superação do ECI no resultado da *TESE*: as qualificações dos indicadores podem ser valoradas de distintas maneiras e com diferentes graus de exigência.

Como afirmado, o autor trata e exemplifica a superação do ECI com o caso da população deslocada e traz todas essas estimativas em números e tabelas. No entanto, o modelo pode ser aplicado para todo e qualquer caso.

Tal processo de valoração do ECI deve ser realizado pela Corte Constitucional, por razões de competência constitucional, garantia de imparcialidade e conveniência prática. É claro que isso não impede à Corte solicitar ajuda, apoio e informações de órgãos específicos ou atores relevantes para o caso concreto, para que estes apresentem os critérios que devem guiar a aplicação dos indicadores. Então, podem ser resultado da combinação de consultas a instâncias públicas e privadas relevantes que resultam em documentos analíticos que oferecem elementos ao tribunal constitucional e são seguidos por audiências públicas, que

oferecem um espaço para debate público sobre as alternativas e discrepâncias da decisão da Corte (RODRÍGUEZ GARAVITO, 2009, p. 487).

A valoração do ECI, como já afirmado, e pelo fato deste ser uma solução temporária, deve ser feita de forma periódica através de acompanhamentos pelos órgãos competentes, de modo que se conceda tempo suficiente para que cada determinação seja cumprida, bem como as políticas públicas sejam adotadas ou aprimoradas, bem como deve haver tempo suficiente para medir de forma adequada o avanço ou retrocesso dos indicadores da análise.

4.5 Surgimento de um “quase” estado de coisas inconstitucional nos Estados Unidos e na Índia e o *meaningfulengagement* da África do Sul

Como será analisado a seguir, a Corte Constitucional Colombiana foi a que nomeou o instituto em comento de “estado de coisas inconstitucional”. No entanto, é possível afirmar que em outros momentos ele já existiu ou teve indícios de existir antes mesmo da sua declaração pela CCC e com esta nomenclatura.

A *IndianSupremeCourt*, a *South African Constitucional Court* e a *Colombian Constitucional Court* são as mais importantes e criativas cortes do Sul Global (MALDONADO, 2013, p. 21) por conta das transformações estruturais nas esferas públicas e privadas que fazem em seus países, e a seguir será visto o motivo para tanto.

A sua origem como mecanismo de proteção objetiva dos direitos fundamentais se deu no final dos anos 50, nos Estados Unidos, num caso que envolveu os defensores da *politicalquestionsdoctrine* contra os partidários dos *structuralremedies*.

Isso tudo porque os adeptos da primeira teoria entendem que o Poder Judiciário não pode invadir assuntos de competência exclusiva dos ramos legislativo e executivo, obedecendo estritamente ao princípio da separação de poderes. Já aqueles que defendem que seja garantida a dimensão objetiva dos direitos fundamentais desenvolveram os *structuralremedies*, com base no caso *Brown II*, onde foi questionada a discriminação racial em escolas públicas americanas.

O caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*²¹ foi julgado pela Suprema Corte Americana em 1954. Chegando esse caso, a Suprema Corte combinou-o com os originados na Carolina do Sul, Virgínia, Delaware e Washington D.C. Os cinco casos julgados conjuntamente, que tiveram origem no Kansas, foram objeto de insurgência contra a

²¹ O inteiro teor pode ser acessado através do sítio de internet: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>.

segregação racial no sistema educacional daquela localidade, fundamentando a lide na ofensa à cláusula de igual proteção que consta na Décima Quarta Emenda.

É que, nas ações, minorias da raça negra levaram o caso à Corte para obter admissão em escolas públicas em suas comunidades com base não segregacionista, pois tiveram suas admissões negadas, já que as escolas eram para crianças brancas.

A Corte, afastando a doutrina do “*separatebutequal*” entendeu que a educação talvez seja a função mais importante do estado e governos locais, pois assim se formam bons cidadãos e profissionais. Por isso, se questionaram se a segregação em escolas públicas baseada em raça priva o grupo minoritário de oportunidades iguais e chegaram à conclusão que sim, além de trazer um senso de inferioridade ao grupo negro, o que afeta diretamente a motivação das crianças para aprender.

Tinham como objetivo a defesa de direitos fundamentais e como características básicas a existência de uma violação sistemática dos direitos fundamentais de um grupo de pessoas e o objetivo da ação era obter uma ordem judicial para modificar a injustiça.

A Suprema Corte Estadunidense verificou que houve violação massiva e generalizada no que se refere à proteção à igualdade, decidindo, inclusive, que seu entendimento deve ser estendido a todos os cidadãos norte americanos, e não apenas às partes.

Foram determinadas a realização de várias medidas por órgãos e agentes públicos bem como às entidades escolares, para que criassem medidas que acabassem com a segregação racial nas escolas do país, delegando, ainda, aos juízes federais, o monitoramento e o poder de fiscalizar o cumprimento da decisão judicial proferida, não sendo o juiz constitucional neutro ou passivo perante a situação, com a finalidade nítida de garantir os princípios constitucionais.

Então, nota-se, no julgado estadunidense, que, apesar de não utilizar a nomenclatura “estado de coisas inconstitucional”, a decisão do caso analisado já trouxe alguns fatores que permitem concluir que: houve violação massiva e generalizada de direitos fundamentais; que houve um litígio resolvido através de uma sentença estrutural, com efeito mandamental, dirigindo-se a um grande conjunto de órgãos públicos e determinando a criação de ações institucionais para a resolução do problema.

A Índia, por sua vez, já proferiu decisão estruturante, como ocorreu no caso *People’s Union for Civil Liberties v. Union of India & Ors, In the Supreme Court of India, Civil Original Jurisdiction, Writ Petition (Civil) No. 196 de 2001*²², e que tratou do tema da alimentação. A

²² A decisão integral pode ser acessada em: <http://www.escri-net.org/docs/i/401033>.

ação foi proposta em face de uma fome generalizada que ocorreu na Índia por conta de uma queda na produção de grãos, evento sobre o qual o governo ficou inerte. A decisão da *publicinterestlitigation* julgou procedente a demanda, com várias determinações para a Administração, como, por exemplo, que garantisse o estoque de alimentos, principalmente aos Estados mais afetados pela queda da produção agrícola e, assim, pela fome; a garantia de uma quantidade determinada de grãos por pessoa; a oferta de programas de alimentação aos trabalhadores que recebessem um salário mínimo, entre outros.

Os dois casos citados, ocorridos nos Estados Unidos e na Índia, foram os primeiros que tiveram decisões proferidas de maneira estrutural nestes países. É claro que outras decisões similares foram proferidas depois disso, inclusive relacionadas à situação carcerária e com os mesmos problemas de outras nações, como a superpopulação e as condições indignas de sobrevivência. No primeiro, foi o caso *Holt v. Sarver*, 309 F. Supp. 362 (E.D.Ark. 1970) (Holt II)²³, promovida pelos encarcerados no estado do Arkansas, em que ficaram comprovadas as irregularidades e foi proferida uma decisão com várias instruções e providências a serem tomadas para a superação do quadro irregular, indicando, ainda, uma jurisdição supervisora com efeitos futuros para que verificasse, através de relatórios, se as determinações estavam sendo cumpridas, não se constituindo uma decisão terminativa, mas com efeitos prospectivos.

Na Índia, por sua vez, também há casos que versam sobre as condições carcerárias, mas nenhum deles com a resolução estruturante. Segundo VALLE (2016, p. 18), a tendência é a construção de algo parecido com o estatuto do preso a partir de algumas determinações, podendo se verificar ações de cunho individual questionando tortura e condições degradantes, como ocorreu no caso *SunilBatra vs. DelhiAdministration* (1979), em que a Corte expediu ordens para que os Juízes locais visitassem estabelecimentos prisionais, entre outras.

A África do Sul, cuja efetivação dos direitos sociais foi construída preponderantemente de forma coletiva, também possui uma corte constitucional progressista, criando a figura do compromisso significativo, ou *meaningfulengagement*. Em *GovernmentoftheRepublicofSouth Africa&OrsvsGrootboom&Ors*²⁴, decidido pela Corte Constitucional Sul-africana em 4 de outubro de 2000, um conjunto de moradores informais, que totalizavam mais de 900 (novecentas) pessoas, dentre eles, a senhora que deu nome ao caso, moravam em acampamentos em região com riscos de alagamento. Exaustos de aguardar

²³ Inteiro teor disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/309/362/2096340/>.

²⁴ Inteiro teor disponível em <https://www.escri-net.org/caselaw/2006/government-republic-south-africa-ors-v-grootboom-ors-2000-11-bclr-1169-cc>.

pelo funcionamento de um programa de moradia popular, ocuparam um campo esportivo da Cidade do Cabo. Depois de expulso judicialmente da propriedade particular, o grupo decidiu propor uma ação perante a *High Court* sul-africana. Essa entendeu que o programa de habitação do governo falhava com o que determinava a Constituição, por não ser suficientemente abrangente, coordenado e flexível para concretizar o direito à habitação para os mais necessitados. Ainda, para garantir a eficácia da decisão, ordenou a realocação de recursos para o programa e nomeou um órgão independente, no caso a Comissão de Direitos Humanos, como fiscal das ações governamentais naquela área, buscando uma relação de cooperação entre o Judiciário e demais Poderes.

Já no caso *Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street, Johannesburg vs City of Johannesburg, Rand Properties (Pty) Ltd, Minister of Trade and Industry*²⁵, julgado pela Corte Sul-Africana em 2008, 400 (quatrocentas) pessoas ocupantes de prédios em Johannesburgo se opuseram à desocupação ordenada pela cidade, baseada em razões de segurança e saúde. O Poder Público tentava remodelar a área central da cidade e, para tanto, determinava a remoção da população que ocupava prédios privados considerados insalubres e perigosos. Para tal grupo, ficariam desabrigados, pois o governo falhava em assegurar o direito à moradia. Levada a matéria à Corte Constitucional, foi determinado provisoriamente que as partes atuassem de maneira cooperativa, com esforço para resolver as diferenças e dificuldades. As partes fizeram um acordo, o compromisso significativo, que foi homologado pela Corte, deixando de reconhecer a inadequação do programa social de moradias. Para a Corte, o processo de *meaningful engagement* diminuiu a divergência existente entre as partes e o debate era a melhor solução para que o problema fosse resolvido, inclusive de forma horizontal, sem ser necessária a tutela do Judiciário (HUNGRIA, 2014). Sendo assim, este devolve às partes a tomada de decisão através de uma perspectiva colaborativa.

Nos dois casos, a Corte Sul-Africana teve sucesso com os resultados obtidos, na medida em que foram resolvidos com base na colaboração entre os Poderes, sendo o compromisso significativo um modelo vantajoso para o regime democrático, tendo em vista que não há, aqui, a imposição ou sobreposição de um poder sobre o outro, mas a busca compartilhada para a resolução do problema discutido.

Desta feita, nos casos acima mencionados, não se trata efetivamente da evocação do que hoje denomina-se estado de coisas inconstitucional, mas pode-se entender que poderia ser

²⁵ Inteiro teor disponível em <https://www.escri-net.org/caselaw/2009/occupiers-51-olivia-road-berea-township-and-197-main-street-johannesburg-v-city>.

feito de maneira simbólica em face de sua similaridade com o que, anos depois, foi entendido como ECI.

O ECI ganhou ainda mais espaço através de um julgamento na Corte Colombiana, que foi responsável por – pode-se assim dizer – criar uma técnica decisória, o tendo reconhecido para observar e obedecer ao princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais em face de graves violações aos últimos em face de omissão dos poderes públicos. O Poder Judiciário Colombiano, então, foi instado a se manifestar sobre as falhas estruturais cometidas, que resultaram na verificação do estado de coisas inconstitucional em vários casos, e alguns deles serão analisados a seguir.

4.6 Casos julgados pela Corte Constitucional Colombiana

A Corte Colombiana foi fundamental para o surgimento do ECI. Nas palavras de CAMPOS (2016, p. 99-100),

Com efeito, a Corte Constitucional da Colômbia é considerada paradigma do ativismo judicial na América Latina e uma das mais ativistas do mundo. O avanço dos trabalhos da Corte insere-se no movimento iniciado no fim dos anos 80 e começo dos 90, quando vários países da América Latina experimentaram profundas reformas constitucionais dirigidas a restabelecer ou fortalecer a democracia, institucionalizando, em novas Cartas, extensa lista de direitos fundamentais e sociais, além de cortes constitucionais ou, simplesmente, novos e amplos poderes para as cortes supremas já existentes (como foi o caso do Brasil). Nesse novo cenário político-institucional, houve marcante avanço da judicialização da política e do ativismo judicial envolvendo a proteção desses direitos. Dentro dessa nova perspectiva latino-americana, o tribunal de mais destaque é, sem dúvida, a Corte Constitucional da Colômbia.

A Constituição Colombiana vigente foi promulgada em 1991 e trouxe a previsão de vários direitos, garantias e deveres fundamentais, além da previsão de existência de uma jurisdição constitucional, de equilíbrio entre os três Poderes e controle de constitucionalidade misto.

Os direitos e garantias fundamentais, assim como os sociais, foram e são muito discutidos pela Corte Colombiana desde 1991, atuando em vários casos com um enorme ativismo judicial progressista, e que tem trazido, na verdade, uma grande evolução neste ponto para o mundo inteiro, inclusive para o Brasil²⁶.

²⁶ CAMPOS (2016, p. 109 e ss.) traz, em seu livro, vários exemplos de julgados relacionando o ativismo judicial progressista colombiano e os direitos sociais.

A orientação progressista da CCC acabou se tornando uma de suas principais fontes de legitimidade, tornando-se uma verdadeira missão proteger e expandir a finalidade progressiva da Constituição. A ação de tutela se tornou de vital importância para a defesa dos direitos fundamentais da sociedade.

A Corte Constitucional da Colômbia, conhecida como um órgão ativista e popular, pioneira no reconhecimento do ECI, julgou alguns casos importantíssimos para o assunto, que serão estudados a seguir com afinco, por se tratar do método que será utilizado para análise posterior do caso brasileiro.

4.6.1 Caso da filiação dos docentes municipais do Fundo Nacional de Prestações do Magistério

A primeira vez em que o ECI foi declarado foi no caso dos docentes municipais, julgado através da *Sentencia de Unificación* nº SU – 559²⁷, em 1997. Aqui, 45 (quarenta e cinco) docentes propuseram *acción de tutela* alegando violações de seus direitos à vida, à saúde, à seguridade social e ao trabalho. Alegaram que, apesar de trabalhar há anos como docentes municipais dos Municípios de *María La Baja* e *Zambrano*, não estavam filiados a nenhum Fundo de Previdência e, por isso, não receberam prestações sociais a título de saúde, apesar de haver um desconto em seus salários no percentual de cinco por cento com tal finalidade. Para os peticionantes, os municípios teriam a obrigação de filiá-los ao *Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*, com base no artigo 5º do Decreto 196 de 1995.

Em sua defesa, os Municípios mencionados afirmaram que os recursos públicos eram escassos e insuficientes e mesmo que a demanda fosse julgada procedente aos docentes, não teriam condições de pagar o que estavam requerendo, apesar de confessarem o desconto de cinco por cento no salário dos autores.

Na decisão, a Corte Constitucional Colombiana analisou dados de docentes do país inteiro, verificando que o descumprimento da obrigação acontecia em todos os locais e não apenas nos dois municípios questionados. Confira-se:

²⁷ O acesso à integralidade da decisão pode ser realizado através o sítio <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm> .

Según los testimonios, el dinero retenido a los docentes es utilizado por los municipios para atender las necesidades médicas de los mismos educadores, situación que, en la práctica, equivale a que las administraciones municipales hubieran creado sus propios sistemas de salud para los docentes. Con todo, la disposición del Decreto 196 de 1995 es clara en el sentido de determinar que todos los educadores de los entes departamentales, distritales y municipales deben ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, obligación que no puede ser soslayada a través de la instauración en los municipios de mecanismos informales de seguridad social. Al respecto debe también tenerse en cuenta que el Fondo, al igual que las demás entidades de seguridad social, opera con base en el principio de la solidaridad (CP, art. 1). Ello implica que las personas vinculadas a estas instituciones realizan aportes periódicos a ellas, con miras a conformar un patrimonio social que permita sufragar las prestaciones actuales y futuras de los diferentes afiliados. Pero para que las entidades de seguridad social sean viables económicamente y puedan cumplir con las obligaciones que les corresponden, es imprescindible que reúnan un número mínimo de asociados y que, además, todos ellos cumplan con sus contribuciones. Por eso, la no afiliación de un número significativo de docentes de distintas entidades territoriales al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no solamente atenta contra las disposiciones legales, sino que también constituye una amenaza para la supervivencia de dicho Fondo.

30. De acuerdo a lo expuesto, la situación planteada por los actores tiene que examinarse desde una doble perspectiva. De una parte, se trata de un problema general que afecta a un número significativo de docentes en el país y cuyas causas se relacionan con la ejecución desordenada e irracional de la política educativa. De otra parte, la acción de tutela compromete a dos municipios que por falta de recursos no han dado cumplimiento efectivo a sus obligaciones frente a los educadores que han instaurado la acción de tutela.

31. La acción de tutela constituye un medio procesal de defensa de los derechos fundamentales, cuyo ámbito se restringe a las partes. Sin embargo, en circunstancias excepcionales, las pretensiones de defensa de los derechos se predicen de un conjunto muy amplio de personas. La Corte Constitucional, tradicionalmente, ha recurrido en estas oportunidades a dos instituciones de índole procesal que para efectos son adecuadas: la acumulación de procesos y la reiteración de jurisprudencia. Los indicados mecanismos no pueden, empero, operar sin que los interesados instauren la respectiva demanda.

Los hechos analizados ilustran el origen de la situación singular que es objeto de la acción de tutela. De prosperar la acción de tutela, se pone de manifiesto que la condición actual de varias decenas de miles de maestros, vinculados a las plantas de personal de las entidades territoriales, es semejante a la de los actores y, por lo tanto, merecedora de protección constitucional. (COLOMBIA, 1997, p. 53)

Por isso, a Corte Colombiana entendeu que se todos os demais educadores propusessem ações de tutela nesse mesmo sentido, todas seriam julgadas com o mesmo embasamento, motivo pelo qual seria o momento de verificar-se desde logo que o comportamento omissivo viola a Constituição e que seria possível enviar uma ordem às autoridades públicas competentes para que essas promovessem as medidas compatíveis com a maior brevidade possível e, assim, fossem eliminados os fatores que geram o estado de coisas inconstitucional. Nesse sentido, continua:

La Corte considera que debe responder de manera afirmativa este interrogante, por las siguientes razones:

(1) La Corte Constitucional tiene el deber de colaborar de manera armónica con los restantes órganos del Estado para la realización de sus fines (C.P. art., 113). Del mismo modo que debe comunicarse a la autoridad competente la noticia relativa a la comisión de un delito, no se ve por qué debe omitirse la notificación de que un determinado *estado de cosas* resulta violatorio de la Constitución Política.

(2) El deber de colaboración se torna imperativo si el remedio administrativo oportuno puede evitar la excesiva utilización de la acción de tutela. Los recursos con que cuenta la administración de justicia son escasos. Si instar al cumplimiento diligente de las obligaciones constitucionales que pesan sobre una determinada autoridad contribuye a reducir el número de causas constitucionales, que de otro modo inexorablemente se presentarían, dicha acción se erige también en medio legítimo a través del cual la Corte realiza su función de guardiana de la integridad de la Constitución y de la efectividad de sus mandatos.

Ahor bien, si el *estado de cosas* que como tal no se compadece con la Constitución Política, tiene relación directa con la violación de derechos fundamentales, verificada en un proceso de tutela por parte de la Corte Constitucional, a la notificación de la regularidad existente podrá acompañarse un requerimiento específico o genérico dirigido a las autoridades en el sentido de realizar una acción o de abstenerse de hacerlo. En este evento, cabe entender que la notificación y el requerimiento conforman el repertorio de órdenes que puede librar la Corte, en sede de revisión, con el objeto de restablecer el orden fundamental quebrantado. La circunstancia de que el *estado de cosas* no solamente sirva de soporte causal de la lesión fundamental examinada, sino que, además, lo sea en relación con situaciones semejantes, no puede restringir el alcance del requerimiento que se formule.

(...)

33. Ahor bien, la extensa exposición que ha hecho la Corte, ha puesto de presente las causas que han llevado a una situación irregular que compromete a las autoridades del sistema educativo. El generalizado incumplimiento de la obligación de afiliar a los educadores de los municipios al F.N.P.S.M., obedece, entre otros motivos, a los siguientes, los cuales configuran un determinado *estado de cosas* que contraviene los preceptos constitucionales: (1) ampliación de las plantas de personal municipal, sin contar con la capacidad presupuestal necesaria para pagar y garantizar la remuneración “completa” (prestaciones) a los docentes; (2) inadecuada forma de cálculo y distribución del situado fiscal que, en lugar de otorgarle peso decisivo a las necesidades reales de educación de la población escolar, toma en consideración la distribución geográfica de los docentes; (3) concentración irracional e inequitativa de los educadores públicos en los grandes centros urbanos, lo que deja sin atender las necesidades de muchas poblaciones que, para llenar el vacío, se ven forzadas a sobrecargar sus finanzas públicas a causa del incremento de sus plantas de educadores y de la demanda insatisfecha por este servicio esencial.

La Corte Constitucional tiene la seguridad de que mientras no se tomen medidas de fondo sobre los factores enunciados y los otros que los expertos puedan determinar, el problema planteado, que de suyo expresa un *estado de cosas* que pugna con la Constitución Política y sujeta a un grupo significativo de educadores a sufrir un tratamiento indigno, se tornará de más difícil solución y propiciará la sistemática y masiva utilización de la acción de tutela. Justamente,

con el objeto de que el derecho a la igualdad de los educadores municipales no afiliados todavía al Fondo se lesione, la Corte notificará la situación irregular que ha encontrado a las autoridades públicas competentes con miras a que éstas en un término razonable pongan efectivo remedio, para lo cual deberá obrarse sobre las causas reales del fenómeno descrito. (COLOMBIA, 1997, p. 54)

Pela primeira vez a Corte Colombiana falou em verificação do estado de coisas inconstitucional, por estarem os docentes sofrendo tratamento indigno, entendimento este que deveria ser aplicado a todos, mesmo os que não propuseram a ação. Para tanto, a decisão não deveria ser aplicada apenas aos demandantes, mas estendida a todos os que se encontrem na mesma situação fática e jurídica, assegurando a filiação específica aos fundos previdenciários locais.

Através da decisão colombiana, se decidiu que a Corte deve colaborar de maneira harmônica e colaborativa com os demais órgãos estatais para a realização de seus fins, declarando pela primeira vez o estado de coisas inconstitucional relacionando-o com a violação de direitos fundamentais, conforme consta na Ementa:

CORTE CONSTITUCIONAL-Colaboración armónica con órganos del Estado/ESTADO DE COSAS-Notificación y requerimiento por violación de la Constitución/ACCION DE TUTELA-Notificación de irregularidad a las autoridades públicas y efectos

La Corte Constitucional tiene el deber de colaborar de manera armónica con los restantes órganos del Estado para la realización de sus fines. Del mismo modo que debe comunicarse a la autoridad competente la noticia relativa a la comisión de un delito, no se ve por qué debe omitirse la notificación de que un determinado estado de cosas resulta violatorio de la Constitución Política. El deber de colaboración se torna imperativo si el remedio administrativo oportuno puede evitar la excesiva utilización de la acción de tutela. Los recursos con que cuenta la administración de justicia son escasos. Si instar al cumplimiento diligente de las obligaciones constitucionales que pesan sobre una determinada autoridad contribuye a reducir el número de causas constitucionales, que de otro modo inexorablemente se presentarían, dicha acción se erige también en medio legítimo a través del cual la Corte realiza su función de guardiana de la integridad de la Constitución y de la efectividad de sus mandatos. Si el estado de cosas que como tal no se compadece con la Constitución Política, tiene relación directa con la violación de derechos fundamentales, verificada en un proceso de tutela por parte de la Corte Constitucional, a la notificación de la regularidad existente podrá acompañarse un requerimiento específico o genérico dirigido a las autoridades en el sentido de realizar una acción o de abstenerse de hacerlo. En este evento, cabe entender que la notificación y el requerimiento conforman el repertorio de órdenes que puede librar la Corte, en sede de revisión, con el objeto de restablecer el orden fundamental quebrantado. La circunstancia de que el estado de cosas no solamente sirva de soporte causal de la lesión fundamental examinada, sino que, además, lo sea en relación con situaciones semejantes, no puede restringir el alcance del requerimiento que se formule. (COLOMBIA, 1997, p. 75)

Verifica-se, assim, que o estado de coisas inconstitucional vem trazer a ideia de colaboração entre os diversos órgãos estatais do Estado para que seus fins sejam atingidos e garantindo, desta feita, os direitos fundamentais da população.

4.6.2 Caso do Direito de Petição dos aposentados x ineficiência administrativa

O segundo caso julgado pela Corte Colombiana reconhecendo o ECI foi o da *Sentencia T-068*²⁸, de 1998, que na verdade julgou através de uma única sentença, cinco processos de tutela. As ações foram propostas em face da *Caja Nacional de Previsión*, em face de violação a direitos da igualdade, seguridade social e saúde, pois o mencionado órgão demorava a responder petições de aposentados pensionistas objetivando recálculos e pagamentos de diferenças em verbas previdenciárias. O órgão alegou que isso se justificava pelo “altíssimo número de solicitudes que se presentan a nível nacional”, e por isso o prazo prudente naquele momento (1998) para se dar uma resposta definitiva aos questionamentos seria de 8 (oito) meses.

Foi verificado através de dados da *Subdirectora General de Prestaciones económicas*, que em 1993 existia um atraso na resolução de cerca de 45.000 (quarenta e cinco mil) petições e para solucioná-las seria necessário um prazo de 2 (dois) a 3 (três) anos.

Na decisão, se conclui que para que os objetivos e fins do Estado sejam cumpridos, deve existir uma função administrativa eficiente que responda às exigências do Estado Social de Direito, principalmente no tocante ao direito à seguridade social de pessoas de terceira idade por suas condições de debilidade.

Reconhecendo o ECI, assim decidiu a Corte Colombiana:

Estado de cosas inconstitucionales por la ineficiencia administrativa para resolver los derechos de los jubilados.

7. No obstante lo anteriormente expuesto, la estructura y el comportamiento de la Caja Nacional de Previsión vienen siendo cuestionados muy seriamente por el aparato judicial, pues es evidente y bastante frecuente la vulneración del derecho fundamental de petición, lo cual se traduce en la gran cantidad de acciones de tutela que se tramitan contra esa entidad y que, básicamente se originan en iguales supuestos fácticos y jurídicos. En relación con esta preocupación, en una ocasión la Corte Constitucional dijo:

En febrero de 1996, el Ministerio de Justicia y del Derecho publicó el informe de investigación elaborado por el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de los Andes, titulado "Incidencia Social de la Acción de

²⁸ O acesso à integralidade da decisão pode ser realizado através o sítio <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-068-98.htm>

Tutela", encuya página 70, se dice: "las entidades territoriales son los demandados más frecuentes (17,88%), principalmente las alcaldías (9,82%). Les siguen en orden las entidades de previsión social (16,62%), dentro de las cuales se encuentra la entidad individual más demandada del país: la Caja Nacional de Previsión Social (8,06%). La gran mayoría de estas demandas buscan conminar a Cajanal a responder una petición" (subrayas fuera del texto).

Si se toma en cuenta este indicador, el desempeño de la Caja Nacional de Previsión Social en lugar de mejorar o siquiera mantenerse, empeoró durante 1996. Como puede verse en el cuadro y el gráfico adjuntos, de 8.223 procesos de tutela tramitados durante el primer trimestre, 1.233 (el 14,99%) fueron instaurados en contra de Cajanal; de 6.413 correspondientes al segundo trimestre, 961 (el 14,98%) fueron dirigidos en su contra; de los 7.892 procesos del tercer trimestre, en 1.108 (el 14,03%) aparece esta entidad como demandada; y de los 8.686 del cuarto trimestre, en 2.025 (¡el 23,31%!) se pretendió obtener el amparo judicial frente a violaciones atribuidas a esta entidad.

De acuerdo con estadísticas que presenta la misma entidad demandada, durante los años 1995, 1996 y 1997 se instauraron cerca de 14.086 acciones de tutela en contra de la Caja Nacional de Previsión y, si se realiza un cotejo con la totalidad de expedientes de tutela que se remitieron para eventual revisión a esta Corporación en esos años (aproximadamente 94000), se observa como casi un 16% de todas las tutelas del país se dirigen contra esa entidad. Esto significa que existe un problema estructural de ineficiencia e inoperancia administrativa, lo cual se considera un inconveniente general que afecta a un número significativo de personas que buscan obtener prestaciones económicas que consideran tener derecho. (COLOMBIA, 1998, p. 05)

Declara a Corte, então, que existe um problema estrutural de ineficiência e inoperância administrativa, que afeta um número bem significativo de indivíduos que buscam seus direitos e, por isso, a situação apresentada produz um estado de coisas inconstitucional que afeta não apenas direitos individuais, mas todo o aparato jurisdicional que se congestiona e afeta a efetividade no cumprimento de suas obrigações. Por fim, determinou a Corte que a Caixa Nacional de Previdência resolvesse em 48 (quarenta e oito) horas contadas a partir da notificação da decisão os pedidos feitos pelos autores, declarou o estado de coisas inconstitucional, determinando que fossem comunicados o *Ministro de Hacienda y Crédito Público, Ministro del Trabajo y Seguridad Social, jefe del Departamento Administrativo de la Función Pública, la gerencia de la Caja Nacional de Previsión*, para que em seis meses corrigissem as falhas de organização e procedimento que afetam os solicitações de reconhecimento e recálculo de pensões, bem como determinou que fossem comunicados o *Procurador General de la Nación* e ao *Contralor General de la República* pra que vigiem o cumprimento, a eficiência e diligencie para que as determinações sejam cumpridas. Além disso, determinou a comunicação da decisão ao *Defensor del Pueblo* para que vele pela promoção e exercício dos direitos humanos relacionados ao caso e ao *Registrador Nacional*

del Estado Civil y al Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad, para que iniciem ou continuem com as gestões necessárias ao término mais rápido possível das questões.

4.6.3 Caso do sistema carcerário colombiano

A terceira decisão em que foi reconhecido o ECI na Colômbia foi na *Sentencia T – 153*²⁹, que trata do caso do sistema carcerário. A decisão julgou a superlotação das penitenciárias do país, originalmente, em relação aos casos das Penitenciárias Modelo, de Bogotá, e de Bellavista de Mendellín. Se arguiu, em apertada síntese, que nos dois locais havia superlotação e que estavam sendo lesados os direitos fundamentais à saúde, igualdade, privacidade e intimidade dos presos. A título de exemplo, se demonstrou que a Penitenciária de Mendellín tem capacidade originária para 1.500 (mil e quinhentos) internos, mas que até o momento em que a informação foi levada aos autos, contava com 4.969 (quatro mil, novecentos e sessenta e nove) internos, além de vários outros problemas de tamanhos e ventilação das celas, enquanto que na Penitenciária de Bogotá a capacidade é de 1.800 (mil e oitocentas) pessoas, e havia mais de 4.500 (quatro mil e quinhentos) internos, e obras de ampliação do local fizeram com que os últimos se amontoassem para poder liberar o pavilhão em reforma.

Da decisão mencionada se denota que foi feito um estudo/inspeção minucioso e empírico nos presídios, verificando-se todas as faltas e omissões existentes, em especial a superlotação e a manutenção de presos que poderiam ser postos em liberdade mas não o são por diversos motivos. Verificou-se, assim, o tratamento desumano que os encarcerados recebem nas mencionadas prisões.

Logo após, foi feita uma análise da situação geral da superlotação carcerária no país utilizando dados trazidos por algumas instituições, como o Ministério da Justiça e o Instituto Nacional Penitenciário e Carcerário – INPEC, inclusive um histórico e dados estatísticos da superlotação em todos os presídios colombianos.

O mesmo INPEC leva aos autos alguns fenômenos que contribuíram para a superpopulação carcerária no país, como crescimento demográfico e criminal; crise socioeconômica, política, de cultura e de valores da sociedade; o lento processo de reposição de centros carcerários com alto grau de envelhecimento por projetos antifuncionais; congestão judicial; número de pessoas detidas preventivamente, entre outros.

²⁹ O acesso à integralidade da decisão pode ser realizado através o sítio <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>

Para a Corte,

Evidentemente, las condiciones de hacinamiento impiden brindar a todos los reclusos los medios diseñados para el proyecto de resocialización (estudio, trabajo, etc.). Dada la imprevisión y el desgreño que han reinado en materia de infraestructura carcelaria, la sobrepoblación ha conducido a que los reclusos ni siquiera puedan gozar de las más mínimas condiciones para llevar una vida digna en prisión, tales como contar con un camarote, con agua suficiente, con servicios sanitarios, con asistencia en salud, con visitas familiares en condiciones decorosas, etc.

Las condiciones actuales en las prisiones colombianas implican que los bienes mínimos para garantizar una vida digna en prisión (una celda, un “camastro”, oportunidad de trabajar y de estudiar) sean absolutamente escasos. En el medio carcelario ello significa que la distribución y asignación de esos bienes se realice a través de los mecanismos de la corrupción y la violencia. Esta situación es precisada por el INPEC, el cual, luego de resaltar que la congestión carcelaria atenta contra el principio de que el tratamiento penitenciario debe ser individualizado, señala: “La congestión dificulta la seguridad y el manejo de espacios libres; el hacinamiento refuerza los factores de riesgo para la desocialización (sic); tratar en la congestión tiene altos costos sociales, institucionales y económicos y bajo impacto y cobertura; por último, la congestión genera corrupción y privilegios en la asignación de beneficios o recursos individuales”. (COLOMBIA, 1998, p. 03)

A Corte Colombiana entendeu que as prescrições contidas nos *Códigos Penal, de Procedimiento Penal y Penitenciario y Carcelario*, nos tratados e acordos internacionais constituem letra morta, pois as condições de vida dos apenados colombianos vulneram a sua dignidade e ameaçam vários outros direitos, como a vida e a integridade física, além de seu direito à família, deixando de cumprir com a finalidade de ressocialização. Aliás, tratam-se as penitenciárias de verdadeiras escolas de crime, geradoras de ódio, violência e corrupção.

Os julgadores, ainda, concluem que o problema dos cárceres e das condições de vida dentro deles não ocupa local de destaque na agenda política e não se observam atitudes diligentes dos organismos políticos do Estado com a finalidade de remediar a situação.

Assim, a Corte declara a existência notória do estado de coisas inconstitucional em seu sistema penitenciário:

La existencia notoria de un estado de cosas inconstitucional en el sistema penitenciario

(...)

La actitud de los gestores de las políticas públicas frente al problema de los cárceles obedece a la lógica del principio de las mayorías, que gobiernan los regímenes democráticos. Los reclusos son personas marginadas por la sociedad. El mismo hecho de que sean confinados en establecimientos especiales, difícilmente accesibles, hace gráfica la condición de extrañamiento de los presos. En estas condiciones, los penados no constituyen un grupo de presión que

pueda hacer oír su voz. Por eso, sus demandas y dolencias se pierden entre el conjunto de necesidades que agobian las sociedades subdesarrolladas, como la colombiana.

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

(...)

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

En efecto, tanto el derecho a la dignidad como el de no recibir tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes se ven quebrantados por el hacinamiento y las malas condiciones de la estructura física y de servicios públicos que se encuentran en los centros de reclusión; los derechos a la vida y la integridad física son vulnerados o amenazados de manera inminente por el mismo hacinamiento, por la mezcla de todas las categorías de reclusos y por la carencia de los efectivos de guardia requeridos; el derecho a la familia es quebrantado por la sobrepoblación carcelaria y las deficiencias administrativas, condiciones éstas que implican que los visitantes de los reclusos han de soportar prolongadas esperas, bajo las inclemencias del clima, para poder ingresar al centro, y que dificultan en grado extremo las visitas conyugales y familiares; el derecho a la salud se conculca dadas las carencias infraestructurales de las áreas sanitarias, la congestión carcelaria, la deficiencia de los servicios de agua y alcantarillado y la escasez de guardia para cumplir con las remisiones a los centros hospitalarios; los derechos al trabajo y a la educación son violados, como quiera que un altísimo porcentaje de los reclusos no obtiene oportunidades de trabajo o de educación y que el acceso a éstos derechos está condicionado por la extorsión y la corrupción; el derecho a la presunción de inocencia se quebranta en la medida en que se mezcla a los sindicados con los condenados y en que no se establecen condiciones especiales, más benévolas, para la reclusión de los primeros, etc. (COLOMBIA, 1998, p. 15)

Sendo assim, visando defender a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a Corte Constitucional Colombiana se viu obrigada a defender as minorias esquecidas pelas políticas públicas e pelo governo, alertando que o papel da Corte é o de justamente atuar em situações como aquela e, declarando o ECI, exigiu que alguns órgãos específicos tomassem providências. Foram as seguintes determinações tomadas e que envolvem outros órgãos:

a) ordenou a notificação da existência do ECI nas prisões ao Presidente da República, aos presidentes do Senado e da Câmara; aos presidentes da Turma de Direito Penal da Corte

Suprema de Justiça, das Turmas Administrativa e Jurisdicional Disciplinar do Conselho Superior da Judicatura; ao Fiscal Geral da Nação; aos Governadores e Prefeitos; aos presidentes das Assembleias dos Departamentos e aos Conselhos Distritais e Municipais;

b) ordenou ao INPEC, ao Ministério de Justiça e do Direito e ao Departamento Nacional de Planejamento, que elaborassem, em três meses contados da data da notificação, um plano de construção e reparação carcerária para que fossem garantidos aos presos condições de vidas dignas, o que seria vigiado pela Defensoria do Povo e pela Procuradoria Geral da Nação. Nesse ponto, afirmou ainda que o Governo deveria financiar os gastos para a execução do plano de construção e reforma carcerária, e que esses gastos sejam incorporados ao Plano Nacional de Desenvolvimento e Investimento;

c) ordenou ao Ministro da Justiça e do Direito, ao INPEC e ao Departamento Nacional de Planejamento que separassem, em até quatro anos, os presos provisórios dos já condenados;

d) ordenou ao INPEC, ao Ministério da Justiça e de Direito e ao Ministério da Fazenda que tomassem medidas para solucionar carências de pessoa especializado nas prisões e da Guarda Penitenciária;

e) ordenou aos Governadores e Prefeitos e aos Presidentes das Assembleias de Departamentos e dos Conselhos Distritais e Municipais que tomassem as medidas necessárias para cumprir com sua obrigação de criar e manter centros de reclusão próprios; e

f) ordenou ao Presidente da República, como suprema autoridade administrativa, e ao Ministro de Justiça e do Direito que, enquanto se executassem as obras carcerárias determinadas, tomassem medidas necessárias para garantir a ordem pública e o respeito dos direitos fundamentais dos internos nos estabelecimentos de reclusão do país.

Por tudo o que foi analisado, permite-se concluir que a Corte Constitucional Colombiana não apenas declarou a existência do estado de coisas inconstitucional com base na demonstração de violação massiva de direitos fundamentais e de falhas estruturais cometidas pelos órgãos públicos e pela falta de políticas públicas para tal. O órgão julgador foi além e elencou obrigações a serem cumpridas por outros Poderes e órgãos administrativos, de forma que a solução para a questão devesse ser conjunta.

Somente a título de fechamento do entendimento, confira-se a Ementa do julgado:

ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN ESTABLECIMIENTO CARCELARIO-Hacinamiento

Las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para

la socialización de los reclusos. Esta situación se ajusta plenamente a la definición del estado de cosas inconstitucional. Y de allí se deduce una flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios colombianos, tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia, etc. Durante muchos años, la sociedad y el Estado se han cruzado de brazos frente a esta situación, observando con indiferencia la tragedia diaria de las cárceles, a pesar de que ella representaba a día la transgresión de la Constitución y de las leyes. Las circunstancias en las que transcurre la vida en las cárceles exigen una pronta solución. En realidad, el problema carcelario representa no sólo un delicado asunto de orden público, como se percibe actualmente, sino una situación de extrema gravedad social que no puede dejarse desatendida. Pero el remedio de los males que azotan al sistema penitenciario no está únicamente en las manos del INPEC o del Ministerio de Justicia. Por eso, la Corte tiene que pasar a requerir a distintas ramas y órganos del Poder Público para que tomen las medidas adecuadas en dirección a la solución de este problema. (COLOMBIA, 1998, p. 82)

Através da decisão, a Corte Constitucional entendeu que existe no sistema carcerário colombiano o ECI em face de flagrante violação de vários direitos fundamentais dos internos, como a dignidade, a vida e integridade pessoal, os direitos à família, à saúde, ao trabalho, à presunção de inocência etc.

No entanto, o reconhecimento do ECI e todas as determinações contidas na Sentença T – 153³⁰, de 1998, não bastaram para a resolução do problema carcerário. Tanto é que a questão foi posta em debate por mais duas vezes, através das Sentenças T – 388, de 2013, e T – 762, de 2015. A primeira delas tratou de tema ainda mais vasto, trazendo à discussão temas como superlotação em seis centros de reclusão do país (Cúcuta, Tramacúa de Valledupar, Modelo de Bogotá, Bellavista de Medellín, San Isidro de Popayán e Barracabermeja) e, em específico, questões como discriminação contidas contra encarcerados estrangeiros, contra encarcerados com opções sexuais diversas (comunidade LGBTI), indígenas e afrodescendentes, ficando assim ementado:

SISTEMA PENITENCIARIO Y CARCELARIO PRESENTA UN NUEVO ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL

El sistema penitenciario y carcelario de Colombia se encuentra, nuevamente, en un estado de cosas que es contrario a la Constitución vigente. Los establecimientos penitenciarios y carcelarios en el País se encuentran en una situación de crisis estructural. No se trata de ausencia de avances o de acciones por parte de las autoridades, puesto que éstas han realizado acciones encaminadas a solventar el estado de cosas inconstitucional evidenciado por la jurisprudencia constitucional en 1998. De hecho, es en gran parte gracias a tales acciones de política pública que la Corte Constitucional entendió superado tal estado de cosas vivido al final del siglo XX. Sin embargo, la evidencia fáctica, así como la información que es de público conocimiento, evidencia que, nuevamente, el sistema penitenciario y carcelario colombiano se encuentra en un estado de cosas contrario al orden constitucional

³⁰ A sentença pode ser lida na íntegra através do sítio <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>.

vigente de manera grosera, que conlleva un desconocimiento de la dignidad humana, principio fundante de un estado social de derecho. En otras palabras, el sistema penitenciario y carcelario actual es incompatible con un estado social y democrático de derecho. (COLOMBIA, 1998, p. 144)

Através dessa decisão, se verificou que a política criminal colombiana era desarticulada, volátil, incoerente, ineficaz e sem perspectivas de direitos humanos, abandonando o fim ressocializador da pena, transformando as penitenciárias em universidades do crime. Declarando o ECI, a Corte entendeu que os direitos constitucionais dos presos eram violados de forma massiva e generalizada e que as soluções encontradas para resolver os problemas do sistema penitenciário e carcerário requeriam a intervenção de várias entidades e, conseqüentemente, um conjunto completo e coordenado de ações. Assim como a anterior, a Sentença T – 388 determinou que várias medidas deveriam ser tomadas pelos órgãos para que os direitos fundamentais não fossem mais lesados.

Interessante é perceber que, procurando em sítios disponíveis na internet, percebe-se que as determinações contidas na Sentença supra começam a ser cumpridas, expedindo-se relatórios de comprovação³¹, inclusive. No entanto, matéria de 06 de fevereiro de 2018³², contida no sítio da Comissão de Acompanhamento de Sentença, aduz que, apesar dos esforços dos órgãos públicos, a situação carcerária do país continua configurando um estado de coisas inconstitucional.

Já a Sentença nº T – 762, de 2015³³, restou assim ementada:

ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN EL SISTEMA PENITENCIARIO Y CARCELARIO-Jurisprudencia constitucional/**ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN ESTABLECIMIENTO CARCELARIO**-Declarado en sentencia T-153/98 por hacinamiento, aún persiste

Esta Corte se ha pronunciado mediante las Sentencias T-153 de 1998 y T-388 de 2013, en las cuales la Corte Constitucional declaró la existencia de un Estado de Cosas Inconstitucional (ECI) “en las prisiones” y en el “Sistema Penitenciario y Carcelario”, respectivamente. Endichas sentencias esta Corporación evidenció fallas de carácter estructural que requieren de la colaboración armónica de las entidades del Estado, para lograr su superación. Asimismo, estas dos sentencias son importantes referentes jurisprudenciales a partir de los cuales se ha diagnosticado y comprendido la problemática carcelaria y penitenciaria del país, en especial, por parte del juez constitucional. La Sentencia T-153 de 1998, después de realizar un análisis histórico del fenómeno de la ocupación carcelaria en el país, identificó como uno de los focos de acción contra

³¹ É possível acessá-lo através do sítio <http://www.camara.gov.co/sites/default/files/2017-07/Anexo%206%20%20AVANCES%20T-388%20DE%202013.pdf>. Acesso em: 24/10/2018.

³² Confira inteiro teor em: <https://www.dejusticia.org/publication/la-comision-de-seguimiento-de-la-sociedad-civil-la-sentencia-t-388-de-2013-lanza-su-tercer-informe-de-seguimiento-la-crisis-carcelaria/>. Acesso em: 24/10/2018.

³³ É possível acessar sua integralidade através do sítio <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-762-15.htm>.

las sobrepoblación, entre otros, la necesaria adecuación de la infraestructura física del sistema penitenciario y carcelario de la época. Casi 15 años después, la Sentencia T-388 de 2013, reconoció que los esfuerzos en la creación de una infraestructura penitenciaria que ampliara la cobertura fueron, en su mayoría, exitosos. Por tal motivo y al evidenciar que a pesar de los esfuerzos, la crisis permanecía vigente, endicho fallo se hizo mayor énfasis en la necesidad de adecuarla política criminal del país, a los estándares y marcos de protección de los derechos de las personas privadas de la libertad, pues desde esa perspectiva se pueden lograr resultados mucho más sostenibles. (COLOMBIA, 2015, p. 04)

Nela, houve questionamentos relacionados às Penitenciárias de *Modelo de Bucaramanga*, “*La 40*” de Pereira, de Santa Rosa de Cabal, *El Pedregal de Mendellín*, *Modelo de Bogotá*, o *Complejo Carcelario y penitenciario metropolitano de Cúcuta*, de São Vicente de Chucurí, *Las Mercedes de Cartago*, de Palmira, *El Cunday de Florencia*, de Itagüí, *Villa Inés de Apartadó*, *La Veja de Sincelejo*, de Anserma (Caldas), de Roldanillo (*Valle del Cauca*), e de Villavivencio. Todos os demandantes buscaram, através da ação, proteção de direitos fundamentais que estavam sendo lesados, em todos eles, relativos a superlotação e suas consequências, buscando por medidas de proteção.

Mais uma vez a Corte Constitucional Colombiana reitera o ECI já declarado, mas o diferencia dos casos anteriores. Para a Corte, fica constatado que em algumas situações particulares carece de efetividade no plano da realidade, tornando-se meramente formal. Continuam sendo lesados os direitos constitucionais à vida em condições dignas, à saúde, à água potável, à ressocialização, entre outros. Resolveu cada caso concreto a ela levado de forma específica e mais uma vez ordenou uma série de medidas a serem tomadas por outros órgãos, como o *Congreso de la República*, o Governo Nacional, o Ministro da Justiça e o Presidente da República, por exemplo.

4.6.4 Caso da não convocação de concurso público para notários

O quarto caso de reconhecimento do ECI pela Corte Constitucional Colombiana foi o da não convocação de concurso público para notários, julgado através da Sentença SU – 250, de 26/05/1998³⁴. Apesar de a Constituição Colombiana de 1991 prever, em seu artigo 131, que tal cargo deveria ser preenchido através de concurso público de nível nacional, o Estado não o organizava, violando, assim, os direitos de igualdade, trabalho e devido processo.

A Corte assim decidiu:

³⁴ Inteiro teor disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/SU250-98.htm>.

4. Estado de cosas inconstitucional por la no convocatoria a concurso en el caso concreto de los notarios

Hechas las anteriores aclaraciones, surge la siguiente pregunta: ¿La Constitución de 1991 y las normas que la han desarrollado, derogaron o no, en forma expresa o tácita, el artículo 64 del Decreto 960 de 1970 que le señaló funciones al Consejo Superior de la Administración de Justicia, en lo referente a la carrera notarial y sus concursos?

La anterior disposición no ha sido derogada expresamente, porque la Constitución se limitó en el tema de los notarios a ordenar el nombramiento de los mismos en propiedad mediante concurso y no le atribuyó a ningún organismo constitucional la administración de la carrera notarial y de su concurso, y las normas que han desarrollado la Constitución no han modificado el mencionado artículo 64 del Decreto 960 de 1970.

(...)

Todo lo anterior significa que no hay explicación razonable para que no se convoque a concurso para designación de notarios en propiedad, ya que hay normatividad vigente en lo referente a organismo que administra la carrera y el concurso.

(...)

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. (COLOMBIA, 1998, p. 02)

Além de declarar o ECI, a Corte, ao final do julgado, ordenou ao *Superintendente de Notariado y Registro* e ao *Consejo Superior de la Administración de Justicia* que, em seis meses contados da notificação da decisão, convocasse concurso público para notários, como determina a Constituição, mas sem resolver a questão nos notários que já estavam exercendo o cargo sem concurso público.

Outras ações foram propostas com os mesmos questionamentos, e a matéria foi novamente discutida pela Sentença nº T – 1695, de 07/12/2000, pois, apesar de ter havido concurso público para ocupar vagas após a Sentença SU – 250/1998, este não incluiu a totalidade dos serviços notariais do país, afrontando o princípio da igualdade. Confirma-se a Ementa do julgado:

ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL POR NO CONVOCACION A CARRERA NOTARIAL/CARRERA NOTARIAL-Inclusión de todas las plazas de notario existentes

Reconocida la continuidad del estado de cosas inconstitucional declarado por la Corte Constitucional, al no poner en funcionamiento la carrera notarial, que si bien se trató de subsanar por el órgano competente al convocar el concurso de méritos de que trata esta providencia, el mismo no se hizo conforme a la Constitución, pues debía haber incluido todas las plazas de notario existentes en el país y garantizar no sólo las mismas oportunidades para todos los participantes, sino aplicación plena de los preceptos constitucionales. Así las cosas, el establecimiento de los derechos fundamentales de los actores y la observancia del ordenamiento superior sólo puede producirse cuando la provisión de los cargos de notario se realice mediante la celebración de un concurso de méritos abierto y público que tenga como objeto cumplir el mandato constitucional tantas veces reseñado. Para efecto, no basta entonces, la simple suspensión del proceso de concurso, hecho que ya se produjo, pues el estado de cosas inconstitucional persiste, lo que exige que el Consejo Superior de la Carrera Notarial, en un término razonable, convoque a un concurso general y abierto para conformar las listas de elegibles a la totalidad de los cargos de notario público en el país. (COLOMBIA, 1998, p. 05)

Sendo assim, através da decisão, se reconheceu a persistência do estado de coisas inconstitucional, tendo sido determinado ao Conselho Superior da Carreira Notarial, em nome de seu Presidente, e ao Ministro de Justiça e do Direito, que em no máximo três meses contados da notificação da decisão, se modificassem as regras do concurso para o cargo de notário público para todo o território do país.

Outros casos semelhantes chegaram à Corte Colombiana e, através da *Sentencia de Unificación* SU – 193³⁵, de 2009, foi declarada a continuidade do estado de coisas inconstitucional, julgando conjuntamente nove ações similares sobre o tema.

4.6.5 Caso da falta de pagamento de salários a docentes municipais

Através da *Sentencia* T –289³⁶, de 1998, a Corte Constitucional Colombiana declarou o estado de coisas inconstitucional por lesão ao direito ao mínimo vital do trabalhador, pelo atraso de cerca de um ano no pagamento dos salários dos docentes do Município de Ciénaga – Magdalena.

Verificando que existia uma recorrente omissão do poder público e das autoridades competentes em pagar os salários de seus empregados em dia, a Corte decidiu “no solo a conceder el amparo solicitado sino también a prevenir a las autoridades del municipio demandado para que tomen las medidas pertinentes en orden a poner fin a este *estado inconstitucional de las cosas*”, atentando inclusive para o dever de colaboração entre os

³⁵ Acesso integral disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/SU913-09.htm>.

³⁶ Inteiro teor disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-289-98.htm>.

órgãos estatais, decidindo, ao final: que fosse ordenado ao Prefeito do Município de Ciénaga, Magdalena, para que procedesse em quarenta e oito horas contadas da notificação da decisão, ao pagamento das verbas; declarou o estado de coisas inconstitucional e determinou que os membros do *Concejo Municipal de Ciénaga* tomassem, em primeiro de janeiro de 1999, as medidas necessárias a corrigir a falta de previsão orçamentária que afetava o recebimento dos salários dos servidores. Determinou, ainda, que fosse enviada cópia da sentença ao Procurador Geral da Nação, ao Defensor do Povo e à Controladoria Geral da República.

4.6.6 Caso dos defensores dos direitos humanos

Através da *Sentencia T – 590*³⁷, de 1998, a Corte Constitucional Colombiana analisou o caso do engenheiro Esteban Cancelado Gómez, defensor de direitos humanos, que estava recluso e propôs ação de tutela contra *laFiscalía Delegada ante losJuecesRegionales de Bogotá y contra el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC*, invocando os direitos fundamentais à vida e à igualdade.

Cancelado Gómez estava preso por suposto crime de rebelião e foi decidido que deveria continuar encarcerado no *Cárcel Modelo em Santafé de Bogotá*. Ele foi defensor dos direitos humanos, ocupando o cargo da Presidencia do *CONADHES (Comisión Nacional de Derechos Humanos)*, tendo participado de investigações e denúncias por crimes e genocídios, como o de *Los Uvos (departamento del Cauca)*, bem como denunciou o massacre de *Trujillo (Valle)*. Acontece que algumas pessoas denunciadas por Cancelado Gómez estavam reclusas na mesma penitenciária que ele, no pavilhão de segurança máxima, e ele, por isso, solicitava a mudança de penitenciária ou mesmo a prisão domiciliar, por estar em situação de risco e sofrendo ameaças. Todos os reiterados pedidos feitos foram negados, por isso o caso foi levado à Corte Constitucional, tendo sido inclusive apresentados pronunciamentos de funcionários informando da necessidade de trasladar o recluso para outra penitenciária.

Neste caso, a Corte Colombiana decidiu ordenar ao INPEC que, em quarenta e oito horas, contadas da notificação, transferisse o engenheiro a *uma de las casas fiscales de laInstitucióncarcelaria*, bem como declarou o estado e coisas inconstitucional pela falta de proteção aos defensores dos direitos humanos e, em consequência, fez um chamado a prevenção de todas as autoridades da República para que a situação cessasse, e solicitou ao Procurador Geral da Nação e ao Defensor do Povo que, dentro da obrigação constitucional de guardar, proteger e promover os direitos humanos, se desse um especial favorecimento à

³⁷ Inteiro teor disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-590-98.htm>.

proteção da vida dos defensores dos direitos humanos. Determinou, ainda, a comunicação da decisão à Presidência da República, *a la Alta Comisionada para la Defensa de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas em Colombia*, a Procuradoria Geral da Nação, a Defensoria do Povo e ao Ministério do Interior. Dessa vez, a Corte ainda incluiu em sua decisão a necessidade de se chamar todas as pessoas que vivem na Colômbia para que defendessem e difundissem os direitos humanos como fundamento da convivência pacífica.

4.6.7 Caso da mora no pagamento das verbas de aposentadoria

O caso em epígrafe foi analisado através da *Sentencia T – 525/99*³⁸. Foram propostas ações por pensionistas do *Departamento de Bolívar*, tendo em vista que suas pensões foram pagas pontualmente até julho de 1998 e ficando em atraso depois disso, considerando-se violados seus direitos fundamentais à vida e à seguridade social, vez que se afetava o mínimo vital, em face da falta de alimentação de si e de sua família.

O Governador de Bolívar indicou que não pôde pagar as pensões por conta de dívidas contraídas em administrações anteriores e que, naquele momento, estava gerenciando créditos com várias entidades financeiras para cumprir seus deveres com os pensionistas.

Em sua decisão, a Corte Constitucional Colombiana ordenou ao Governador de Bolívar que, em quarenta e oito horas, contadas da notificação, pagasse as pensões devidas se existir valores em saldo; se não, que iniciasse gestões para obter os recursos necessários para fazer os pagamentos até 1º de novembro daquele ano (1999). Além disso, declarou o estado de coisas inconstitucional, com a conseqüente comunicação aos membros da Assembleia de Bolívar, para que, em associação com o Governador e em conformidade com as respectivas competências, tomassem, dentro do período de sessões ordinárias correspondentes ao segundo semestre daquele ano, as medidas necessárias para corrigir a falta de previsão orçamentária que afetava o atraso no pagamento das pensões; determinou ao Governador de Bolívar que evitasse continuar a incorrer nas omissões que ensejaram o processo, sob as penas legais; por fim, determinou que o Procurador Geral da Nação investigasse a administração estadual para que evitasse incorrer nas mesmas omissões que originaram a ação.

³⁸ Inteiro teor disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/t-525-99.htm>.

4.6.8 Caso do deslocamento forçado

O caso decidido pela *Sentencia* T – 025, de 2004, tratou de pessoas vítimas de deslocamento forçado por eventos ocorridos até dois anos antes, em que propuseram ações em face de diversas entidades administrativas municipais e departamentais, por não estarem cumprindo sua missão de proteção à população descolada e pela falta de resposta efetiva a suas solicitações relativas a moradia, saúde, educação e ajuda humanitária. Através da mencionada decisão, foram analisados 108 (cento e oito) pedidos de tutela, propostas em 22 (vinte e duas) cidades do país, por famílias deslocadas, no total de 1.150 (mil, cento e cinquenta) dessas, com uma média de quatro pessoas por núcleo familiar (RODRÍGUEZ GARAVITO; FRANCO, 2009, p. 26).

O problema do deslocamento forçado na Colômbia teve início na década dos anos 80, em que as pessoas, principalmente mulheres chefes de família, crianças, minorias étnicas e pessoas de terceira idade se viram obrigadas a abandonar suas residências e suas atividades econômicas habituais para migrar para outro local dentro das fronteiras do território nacional, para fugir da violência gerada pelo conflito armado interno, ficando, assim, expostas a um nível muito maior de vulnerabilidade, implicando em violação grave, massiva e sistemática de seus direitos fundamentais.

Algumas vítimas receberam ajudas humanitárias, mas passaram cerca de seis meses a dois anos sem receber nada da Rede de Solidariedade Social e de outras entidades competentes para tal fim, ressaltando que alguns apenas receberam ajuda após a propositura da *acción de tutela*, a competente para a discussão da questão.

Apesar de todos os pedidos feitos pela população deslocada, as entidades competentes para resolver a sua situação, por muitas vezes, se limitavam a responder aos questionamentos e pedidos informando que não tinham competência para tal; que não existia disponibilidade orçamentária suficiente; que a ajuda humanitária de emergência só se concede por três meses, podendo, em alguns casos, ser protelada por mais três meses; que o solicitante não estava inscrito no Registro Único de População Deslocada; que as petições seriam respondidas em ordem de apresentação e sempre que houvesse disponibilidade orçamentária, entre outros.

Antes da *Sentencia* nº 25/2004, a CCC já havia se pronunciado sobre a mesma questão dezessete vezes, e foi ampliando seu campo de ação em cada uma delas: em 1997, as ordens era dirigidas a funcionários e entidades específicas, e as soluções estudavam as violações de direitos individuais; entre 2000 e 2003, foram proferidas decisões com conceitos

que abarcavam toda a população deslocada e faziam uma avaliação geral da política (RODRÍGUEZ GARAVITO; FRANCO, 2009, p. 25).

A Corte Constitucional recebeu a ação em 2004 em face da grave situação de vulnerabilidade da população deslocada; dos problemas que enfrentam pela forma como as autoridades tratam seus pedidos; pelo tempo demasiadamente prolongado transcorrido sem que tenha obtido as ajudas solicitadas; pelo altíssimo volume de ações propostas pelos deslocados; por a ação dever abranger não apenas aqueles que requereram judicialmente, mas a todos os que se encontram na mesma situação; e por alguns dos problemas levados devem ser examinados pela primeira vez pela Corte.

Como dito, se verificou, através da decisão, que a Corte já havia se pronunciado sobre a questão em 17 (dezessete) ocasiões anteriores, e que todas elas se dirigiram principalmente a corrigir atuações negligentes ou discriminatórias; a assinalar as responsabilidades institucionais em atenção à população deslocada; a informar os seus direitos constitucionais; a fixar critérios para a interpretação de normas que regulam a ajuda para esta população; a afastar o atraso injustificado ou a omissão das autoridades para atender à população deslocada; a desenvolver políticas e programas adequados à atenção desse fenômeno; a precisar os elementos que determinam a condição de deslocados; a assinalar os obstáculos que impedem uma atenção adequada da população deslocada e que favorecem ou agravam a vulneração de seus direitos; indicar falências ou omissões nas políticas e programas criados para atender a população deslocada; e outorgar uma proteção efetiva a tais pessoas, em particular quando se trata de pessoas especialmente protegidas pela Constituição como as crianças, mulheres chefes de família, idosos e minorias étnicas.

Nesses casos anteriores, de acordo com a *Sentencia 025*, a Corte expediu várias ordens:

- a) às autoridades que participam da proteção à população deslocada, incluir os acionantes em programas e políticas existentes num prazo breve que fosse desde as 48h (quarenta e oito horas) a 3 (três) meses da notificação da sentença;
- b) ao Presidente da República, coordenar com os ministérios e entidades encarregadas pelo atendimento à população deslocada, as ações indispensáveis para garantir, em até 30 (trinta) dias, a solução definitiva dos problemas enfrentados pelos acionantes;
- c) promoveu um prazo de 48 (quarenta e oito) horas para as medidas necessárias para mover os requerentes a um local onde sua vida e integridade não corriam perigo;
- d) a Rede de Solidariedade Social, que incluía o acionante no *Registó Único de Población Desplazada*;

- e) que seja constituído o Comitê Municipal de Atenção Integral da População Deslocada em um prazo de dez dias, para que ele crie, em até vinte dias, o programa de relocação e estabilização dos requerentes;
- f) à Rede de Solidariedade Social, coordenar com o Instituto de Bem Estar Familiar a inclusão dos menores nos programas existentes em tal entidade, tramitando de maneira preferencial e rápida;
- g) à Rede de Solidariedade Social conceder a ajuda humanitária de emergência solicitada;
- h) ao Diretor Nacional da Rede de Solidariedade Social, que inclua os acionantes em um projeto produtivo articulado a um programa de segurança alimentar;
- i) à Rede de Solidariedade Social, para que em até 48 (quarenta e oito) horas, realize as gestões necessárias perante as autoridades competentes para que se forneça a atenção integral de saúde requerida;
- j) à Rede de Solidariedade Social, fornecer, em 48 (quarenta e oito) horas, a assessoria necessária ao requerente sobre as distintas alternativas de consolidação econômica;
- k) que a mesma Rede assista e assessore os autores;
- l) à Defensoria do Povo, promover cursos de promoção de direitos humanos e de respeito aos direitos da população deslocada às mais variadas autoridades, com o fim de sensibiliza-las;
- m) ao Governo Nacional, para que, num prazo razoável, regulamente a Lei nº 715 de 2001 no que concerne à realocação de docentes ameaçados;
- n) à Defensoria do Povo, velar pela divulgação e promoção dos direitos da população deslocada;
- o) ao Procurador Geral da Nação, exercer a vigilância do cumprimento do que foi ordenado na decisão; e
- p) à Defensoria do Povo, a instruir a população deslocada sobre seus direitos e deveres constitucionais.

A Corte verificou que, apesar de todas as medidas acima mencionadas nas mais variadas ações, o padrão de violação dos direitos da população deslocada persistiu com o tempo sem que as autoridades competentes tenham adotado soluções eficientes para superar tais violações e sem que soluções pontuais ordenadas pela Corte tenham contribuído para impedir a reincidência das autoridades na situação, o que chegou a agravar a situação.

Por isso, o caso novamente chegou à Corte para que esta, finalmente, resolvesse o problema. Precisou analisar as políticas públicas implementadas pelo Estado, inclusive se houve ações ou omissões em sua implementação. Para tanto, verificou vários documentos

com análises e evolução da política de atenção à população deslocada e seus distintos programas, além de respostas de questionários formulados pela Sala de Revisão da Corte.

É bem verdade que, com o passar do tempo, algumas entidades estatais realizaram grandes esforços para mitigar os problemas e obtiveram avanços, que não foram suficientes. Além disso, há diversas normas nacionais que tratam do tema, definindo o conceito de população deslocada e, ainda, indicando as finalidades e ações a serem tomadas por cada uma das entidades previstas, como ações, programas e projetos a serem desenvolvidos. Tais documentos ainda preveem que o desenho da execução das políticas públicas deve ser realizado contando com a participação de comunidades deslocadas; que as entidades estatais podem fazer convênios com organizações não governamentais bem como solicitar ajuda a organismos internacionais, e buscando um maior compromisso da sociedade civil.

A CCC entende que a resposta estatal ao problema foi baixa por conta de dois fatores: a precariedade da capacidade institucional para implementar a política e a captação insuficiente de recursos. Em relação ao primeiro, a Corte divide sua análise em três pontos: o desenho e desenvolvimento regulamentar da política pública dirigida a responder ao deslocamento forçado; à implementação da política; e o rastreamento e avaliação da gestão realizada na execução da política.

Em relação ao desenho e desenvolvimento regulamentar da política, foram evidenciados alguns problemas:

1. Não existia plano de ação atualizado sobre o funcionamento do SNAIPD, que permitisse uma visão integral da política;
2. Não se fixaram metas específicas ou indicadores que permitissem detectar se os fins das políticas foram cumpridos;
3. A atribuição de funções e responsabilidades às diversas entidades é difusa, pois, ainda que as entidades que compunham o SNAIPD e as entidades territoriais a que se designam funções de acordo com suas competências, a norma não era precisa sobre o que cada uma delas deveria cumprir e em muitas ocasiões, as responsabilidades eram duplicadas. Além disso, a Rede de Solidariedade, apesar de possuir funções de coordenação, não tinha instrumentos adequados para exercer uma coordenação de maneira efetiva, o que atrapalha a coordenação de ações entre as diferentes entidades;
4. Se registrou a ausência ou grave insuficiência de alguns elementos da política considerados fundamentais, pois não foram estabelecidos prazos para o cumprimento dos objetivos buscados, não se possuía a quantidade de recursos necessária, não se previa concretamente a

equipe humana necessária para a implementação das políticas nem se dispunham de recursos administrativos idôneos para a execução de políticas públicas;

5. Várias políticas de atenção à população deslocada não tiveram desenvolvimento suficiente, por vários motivos, como não ter sido regulada a participação da mencionada população no desenho e execução das políticas, por não contar com a informação completa e oportuna de seus direitos, nem os procedimentos para requisitá-los, por não haver desenvolvimento das políticas públicas encaminhadas para que a sociedade civil não deslocada adquira consciência da magnitude do fenômeno, por não haver desenvolvimento de programas e projetos encaminhados para a preparação de funcionários públicos, pois estes não se encontravam completamente informados sobre suas funções e responsabilidades, bem como sobre as características do deslocamento e dos requerimentos da população; por não terem sido regulamentadas as políticas que facilitem o acesso a programas especiais que respondam a especificidades de grupos em situação de maior vulnerabilidade, como as mulheres chefes de família, crianças e grupos étnicos;

6. O desenho da atenção humanitária de emergência é rígido para atender de maneira efetiva a população deslocada por conta do fator temporal, pois o limite de três meses não responde à realidade de continuação da vulneração dos direitos, de forma que o prolongamento no tempo da prestação não depende de condições objetivas da necessidade da população, mas do simples passar do tempo.

No tocante à implementação da política de atenção à população deslocada, as organizações que enviaram documentação a ser analisada nos autos informavam que:

1. Existe insuficiência de ações concretas por parte das entidades que deveriam desempenhar essas funções. Várias entidades que compõem o SNAIPD não criaram programas especiais, apesar de terem sido definidos como necessários e, além disso, algumas entidades territoriais se abstiveram de alocar recursos financeiros ou humanos necessários para cumprir com suas obrigações. A atenção humanitária de emergência é demorada e com níveis de cobertura baixos; em relação à educação, a escassez de cotas se soma à falta de programas que facilitem a aquisição de livros, materiais e elementos mínimos ao desempenho escolar; não foram implementados mecanismos de proteção à propriedade ou posse das terras de deslocados, o que impossibilita ou dificulta o retorno dessas pessoas à sua região de origem;

2. Em alguns casos, se entendeu que os meios utilizados para alcançar os fins determinados pelas políticas não foram idôneos. Por exemplo, para ter acesso a algum tipo de capital, se exigia do deslocado que comprovasse ser proprietário de moradia ou terra; para ter acesso ao serviço de saúde, e para que as entidades prestadoras pudessem cobrar deles ao FOSYGA,

acabou obstruindo a utilização do serviço; requisitos e condições impostos para adquirir créditos de moradia também eram difíceis de ser cumpridos (em alguns casos, solicitava-se referências pessoais e comerciais, o que não se conseguia comprovar com facilidade); no tocante à educação, se exigia dos deslocados um pagamento mínimo para que pudessem fazer jus a cotas educativas;

3. Em relação ao cumprimento e a continuidade da política, não foi possível avaliar a pontualidade das entidades responsáveis pela execução dos programas por não existirem mecanismos de monitoramento das atividades. Observaram-se carências na implementação das políticas no que se refere ao tempo de sua execução, já que, a título de exemplo, a liberação de dinheiro para iniciar projetos produtivos é demorado, além de as ajudas e a prestação de serviços nas etapas do processo de atenção à população se faz de maneira descontínua e demorada;

4. Algumas ferramentas utilizadas para implementar as políticas geraram efeitos negativos no seu cumprimento, por exemplo: no caso da saúde, a expedição de uma Circular gerou uma barreira de acesso ao serviço; para programas de subsídio na aquisição de moradia, a falta de informação adequada sobre as zonas aptas para a sua construção gerou reassentamentos em bairros marginais que não contavam com serviços públicos básicos ou em zonas de alto risco.

No tocante ao último ponto, o rastreamento e a avaliação da política, observou a CCC:

1. Com relação ao Sistema de Informação, há vários problemas, como, por exemplo: subsiste o problema do subregistro, pois em casos de deslocamentos menores ou individuais, não se recorre à *Red* para fazer a inscrição; os sistemas de registro não são sensíveis para identificar necessidades específicas dos deslocados que pertencem a grupos com maior vulnerabilidade nem incluem informações sobre as terras abandonadas por eles;

2. Não existem sistemas para avaliar a política, pois não é previsto um sistema para detectar erros e obstáculos em sua concepção e implementação.

Por isso tudo, a CCC entendeu que existem graves deficiências de capacidade institucional por parte do Estado, que abarcam todos os níveis e componentes da política e, portanto, impedem a proteção integral dos direitos da população deslocada, o que não poderia ser resolvido pelo juiz de tutela, mas por vários órgãos e entidades estatais.

As entidades de caráter público e particular informaram, nos autos, o não cumprimento das medidas adequadas por conta da escassez de recursos como a causa central das falhas na implementação de políticas de atenção à população deslocada. Em seguida, a CCC, em sua decisão, passa a transcrever disposições legais que determinam que algumas

entidades fiquem responsáveis por vários tipos de financiamentos e ajudas, caracterizando uma verdadeira omissão estatal, baseada no que no Brasil se adequa ao princípio da reserva do possível. É interessante a passagem da decisão em que se conclui que deve haver cooperação entre os Poderes para que a situação seja resolvida em sua plenitude:

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

No se trata en este caso de que a través de la acción de tutela se esté ordenando un gasto no presupuestado o que se esté modificando la programación presupuestal definida por el Legislador. Tampoco está definiendo nuevas prioridades, ni modificando la política diseñada por el Legislador y desarrollada por el Ejecutivo. Por el contrario, la Corte, teniendo en cuenta los instrumentos legales que desarrollan la política de atención a la población desplazada, así como el diseño de la política y los compromisos asumidos por las distintas entidades, está apelando al principio constitucional de colaboración armónica entre las distintas ramas del poder, para asegurar el cumplimiento de los deberes de protección efectiva de los derechos de todos los residentes en el territorio nacional. Esa es la competencia del juez constitucional en un Estado Social de Derecho respecto de derechos que tienen una clara dimensión prestacional, como pasa a verse. (COLOMBIA, 2004, p. 157)

Sendo assim, se torna imprescindível a cooperação entre os diversos entes e órgãos públicos para a solução do problema da população deslocada. Não existe como qualquer dos Poderes resolver a questão sozinho, sendo o modelo cooperativo a melhor solução.

Por isso, em face da magnitude do problema, a corte decidiu declarar formalmente o estado de coisas inconstitucional pela primeira vez ao caso, apesar de o tema já ter sido objeto de discussão muitas vezes anteriores.

Para tanto, a CCC analisou os artigos da *Ley 387*, de 1997, que trata sobre a população deslocada, informando inclusive que o que confirma a existência de um ECI é o elevado volume de ações de tutela propostas pelos deslocados com fins de obter ajudas. Isso fez com que se percebesse que a vulneração de direitos afeta uma grande parte da população deslocada nos mais variados locais do país, e que as autoridades competentes se omitiram em adotar as soluções cabíveis ao caso.

A Corte analisou lesões aos direitos a uma vida digna; a integridade física, psicológica e moral; a educação; ao mínimo vital; ao direito à família e à unidade familiar; à saúde; à proteção frente a práticas discriminatórias; e a proteção especial devida a pessoa de terceira idade, à mulher chefe de família e às crianças, que vinha ocorrendo de forma massiva,

prolongada e reiterada e não era imputável a apenas uma autoridade, existindo um problema estrutural que afeta a toda a política de atenção a ser fornecida pelo Estado em razão da insuficiência de recursos destinados a financiar tal política e a precária capacidade institucional para implementá-la, constituindo tal situação num estado de coisas inconstitucional. Nesse sentido, decide:

La declaratoria formal del estado de cosas inconstitucional (apartado 7) tiene como consecuencia que las autoridades nacionales y territoriales encargadas de atender a la población desplazada deben ajustar sus actuaciones de tal manera que se logre la concordancia entre los compromisos adquiridos para cumplir los mandatos constitucionales y legales y los recursos asignados para asegurar el goce efectivo de los derechos de los desplazados. Esta decisión respeta las prioridades fijadas por el Legislador y por el Ejecutivo y el experticio de las autoridades nacionales y territoriales responsables que definieron el nivel de sus propios compromisos, pero exige que éstas adopten a la mayor brevedad posible los correctivos que sean necesarios para que dicho estado de cosas inconstitucional sea remediado (apartado 8). Por lo tanto, la Corte Constitucional ordena al Consejo Nacional Para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia que asegure la coherencia entre las obligaciones fijadas por las autoridades competentes y el volumen de recursos efectivamente destinados a proteger los derechos de los desplazados. En caso de que concluya que los compromisos asumidos en la política estatal no podrán ser cumplidos, en aras de los principios de transparencia y eficacia, el Consejo debe redefinir públicamente tales compromisos, después de ofrecer oportunidades suficientes de participación a los representantes de los desplazados, de tal manera que las prioridades sean realmente atendidas y a todos y cada uno de los desplazados se les asegure el goce efectivo de sus derechos mínimos (ordinal 1b) y c) de la parte resolutive).

Ese mínimo de protección que debe ser oportuna y eficazmente garantizado (apartado 9) implica (i) que en ningún caso se puede amenazar el núcleo esencial de los derechos fundamentales constitucionales de las personas desplazadas y (ii) la satisfacción por el Estado del mínimo prestacional de los derechos a la vida, a la dignidad, a la integridad física, psicológica y moral, a la unidad familiar, a la prestación del servicio de salud que sea urgente y básico, a la protección frente a prácticas discriminatorias basadas en la condición de desplazamiento, y al derecho a la educación hasta los quince años para el caso de los niños en situación de desplazamiento.(COLOMBIA, 2004, p. 159)

A decisão proferiu dois tipos de ordens, a depender da magnitude do problema que gera a vulneração de direitos objeto de tutela, *in verbis*:

En el caso presente, la Sala dará dos tipos de órdenes. Unas órdenes de ejecución compleja, relacionadas con el estado de cosas inconstitucional y dirigidas a garantizar los derechos de toda la población desplazada, independientemente de que hayan o no acudido a la acción de tutela para la protección de sus derechos. Tales órdenes tienen como finalidad que las entidades encargadas de atender a la población desplazada establezcan, en un plazo prudencial, y dentro de la órbita de sus competencias, los correctivos que sean necesarios para superar los problemas de insuficiencia de recursos destinados y de precariedad de la capacidad institucional para implementar la política estatal de atención a la población desplazada. Las órdenes de carácter simple que también se dictarán en este proceso están dirigidas a responder las peticiones concretas de los actores en la presente

acción de tutela, y resultan compatibles con la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional para la protección de los derechos de la población en situación de desplazamiento.(COLOMBIA, 2004, p. 160)

A decisão foi interessante no sentido do que decidiu e do que determinou em relação às autoridades e sobre os deveres do Estado. Confira-se:

AUTORIDADES-Están obligadas a la corrección de desigualdades sociales

Las autoridades están obligadas -por los medios que estimen conducentes – a corregir las visibles desigualdades sociales, a facilitar la inclusión y participación de sectores débiles, marginados y vulnerables de la población en la vida económica y social de la nación, y a estimular un mejoramiento progresivo de las condiciones materiales de existencia de los sectores más deprimidos de la sociedad.

DEBERES DEL ESTADO-Clases

Se derivan dos clases de deberes para el Estado. Por una parte, debe adoptar e implementar las políticas, programas o medidas positivas para lograr una igualdad real de condiciones y oportunidades entre los asociados y al hacerlo, dar cumplimiento a sus obligaciones constitucionales de satisfacción progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales básicos de la población -en aplicación de lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado “cláusula de erradicación de las injusticias presentes”-. Y, por otra, debe abstenerse de adelantar, promover o ejecutar políticas, programas o medidas ostensiblemente regresivos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, que conduzcan clara y directamente a agravar la situación de injusticia, de exclusión o de marginación que se pretende corregir, sin que ello impida avanzar gradual y progresivamente hacia el pleno goce de tales derechos.

ESTADO-Adopción de medidas a favor de los grupos marginados

La adopción de medidas en favor de los grupos marginados, no constituye una competencia meramente facultativa del legislador sino que es un mandato de acción, encaminado a transformar las condiciones materiales que engendran o perpetúan la exclusión y la injusticia social. Este deber estatal, si bien necesita ser desarrollado por la ley, y está atado a las apropiaciones presupuestales correspondientes, no puede quedar indefinidamente aplazado en la agenda estatal.(COLOMBIA, 2004, p. 160)

Houve, ainda, ordens para superar o estado de coisas inconstitucional, originada em fatores estruturais, comunicando as autoridades competentes para que tomem medidas dentro de suas competências próprias:

CORTE CONSTITUCIONAL-Ordenes para superar el estado de cosas inconstitucional en la población desplazada/CONSEJO NACIONAL DE ATENCIÓN INTEGRAL A LA POBLACIÓN DESPLAZADA-Superación del estado de cosas inconstitucional

En cuanto a las órdenes necesarias para superar la vulneración masiva y continua de los derechos de la población desplazada originada en factores estructurales, la Corte declarará la existencia de un estado de cosas inconstitucional y lo comunicará a las autoridades con responsabilidades en el tema, para que adopten,

dentro de la órbita de sus competencias, y en un tiempo razonable, los correctivos que sean necesarios. Estas órdenes están dirigidas a que se adopten decisiones que permitan superar tanto la insuficiencia de recursos, como las falencias en la capacidad institucional. Dado que el Consejo Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada es el órgano encargado de formular la política y de garantizar la asignación presupuestal para los programas de atención a la población desplazada, la Sala le comunicará del estado de cosas inconstitucional para que sea esta instancia la que determine la forma como pueda superarse la insuficiencia de recursos y las falencias en la capacidad institucional. el Consejo Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada, en un plazo máximo de 6 meses, contados a partir de la comunicación de la presente sentencia, deberá concluir las acciones encaminadas a que todos los desplazados gocen efectivamente del mínimo de protección de sus derechos.

(..)

Con este mismo fin, y dada la importancia que tiene la consecución de recursos suficientes para la atención de la política como instrumento para superar el estado de cosas inconstitucional, es fundamental que al logro de este objetivo concurren el Ministro de Hacienda y Crédito Público y el Director de Planeación Nacional para que contribuyan a que las metas presupuestales que requiere la política de atención a la población desplazada se alcancen. Por ello, se comunicará especialmente esta sentencia a tales altos funcionarios mencionados para que dentro de la órbita de sus competencias adopten decisiones conducentes a la superación del estado de cosas inconstitucional. La obtención de tales recursos deberá realizarse dentro del año siguiente a la comunicación de la presente sentencia y, de no ser posible, se aplicará lo dispuesto en esta sentencia.(COLOMBIA, 2004, p. 161)

Além desses, a CCC ainda afirma que outras autoridades devem ser convocadas e que a população deslocada deve participar de maneira efetiva na superação do ECI, para que faça observações e que estas sejam respondidas pelas autoridades competentes.

A Corte deixa bem claro que as ordens são dirigidas às autoridades para que adotem decisões que permitam superar a insuficiência de recursos e a falência na capacidade institucional, aduzindo, inclusive, que não quer dizer que o Juiz está ordenando um gasto não previsto no orçamento ou modificando a previsão orçamentária definida pelo Legislador, nem delineando uma política e trazendo novas prioridades. O que se desejou foi apelar para o princípio da colaboração harmônica entre os poderes e, assim, assegurar o dever de proteção efetiva de todos os residentes no país.

Ao fim, a CCC resolveu:

1. Declarar a existência de um estado de coisas inconstitucional devido à falta de concordância entre a gravidade da afetação dos direitos reconhecimentos constitucionalmente e pela lei e pelo volume de recursos efetivamente destinados a assegurar o gozo efetivo de tais direitos e a capacidade institucional para implementar os correspondentes mandatos constitucionais e legais;
2. Comunicar, por meio da Secretaria Geral, o ECI, ao *Consejo Nacional para la Atención Integral da la Población Desplazada por la Violencia*, para que, dentro de sua competência

legal, verifique a magnitude do desacordo e desenhe e implemente um plano de ação para superar a situação, dando especial prioridade à ajuda humanitária dentro de alguns prazos:

a) até 31/03/2004, o *Consejo Nacional para la Atención Integral ala Población Desplazada* deve precisar a situação atual da população deslocada inscrita no Sistema Único de Registro, determinando sua quantidade, localização, necessidades e direitos de acordo com o estágio correspondente da política; fixar a dimensão do esforço orçamentário necessário para cumprir com a política; definir o percentual de participação na apropriação de recursos da Nação, das entidades territoriais e da cooperação internacional;

b) Dentro no ano seguinte, que o Diretor da Rede de Solidariedade Social, os Ministros da Fazenda e Crédito Público e do Interior e de Justiça, assim como o Diretor do Departamento Nacional Planejamento e os demais membros do Conselho Nacional para a Atenção Integral à População Deslocada pela Violência, realizarão todos os esforços necessários para assegurar que a meta orçamentária se cumpra. Se se verificar que não é possível, devem definir prioridades da política e elaborar modificações necessárias para introduzir a política estatal de atenção referida;

c) Oferecer às organizações que representam a população deslocada oportunidades para que participem de maneira efetiva na adoção das decisões que tenham por finalidade superar o ECI.

3. Comunicar, pela Secretaria Geral, o ECI ao Ministro do Interior e da Justiça, para que possibilite aos governadores e prefeitos que adotem as decisões necessárias para assegurar que exista coerência entre as obrigações constitucional e legalmente definidas de atenção à população bem como os recursos que deve destinar para proteger seus direitos constitucionais, sempre com a possibilidade de participação de organizações que representem a população deslocada, devendo tais decisões ser comunicadas ao Conselho Nacional até 31 de março de 2004;

4. Ordenar ao *Consejo Nacional para la Atención Integral ala Población Desplazada por la Violencia* que nos três meses seguintes à comunicação da decisão, adote um programa de ação, com cronograma, encaminhado para corrigir as falências na capacidade institucional;

5. Ordenar ao mesmo Conselho que, em no máximo seis meses, contados da notificação da sentença, conclua as ações encaminhadas para que todos os deslocados gozem do mínimo de proteção de seus direitos;

6. Comunicar, pela Secretaria Geral, da sentença do Ministro da Fazenda e Crédito Público e ao Diretor do Departamento Nacional de Planejamento;

7. Comunicar, pela Secretaria Geral, da sentença, à Ministra de Relações Exteriores;

8. Prevenir todas as autoridades nacionais e territoriais responsáveis pela atenção à população deslocada em cada um de seus componentes, que se abstenham de impor como requisito para ter benefícios a propositura de ação de tutela;
9. Comunicar a sentença ao Diretor da Rede de Solidariedade Social para o que for de sua competência e Ordenar que instrua as pessoas encarregadas de atender aos deslocados para que os informem de maneira imediata, clara e precisa da carta de direitos básicos de toda pessoa vítima de deslocamento forçado interno e estabeleça mecanismos para verificar que isso aconteça;
10. Em relação às ordens pontuais para doação de ajudas previstas em programas de moradia e restabelecimento socioeconômico, a Rede de Solidariedade Social, o Inurbe ou quem responda por ele, INCORA ou quem responda por ele, assim como as entidades encarregadas desses programas a nível departamental e municipal, deverão contestar de maneira clara e precisa as petições apresentadas pelos autores do processo, levando em conta alguns critérios, como: incorporar o pedido na lista de peticionários deslocados; informar ao peticionário dentro de quinze dias o tempo máximo de duração da resposta à sua solicitação; informar ao mesmo dentro de quinze dias se a solicitação cumpre os requisitos para seu trâmite e, em caso contrário, que indique claramente como é possível corrigir para fazer jus aos programas de ajuda; se a solicitação cumpre os requisitos, mas não existe disponibilidade orçamentária, fará o possível para arrecadar os recursos, determinando as prioridades e a ordem de solução; se a solicitação cumpre os requisitos e existe disponibilidade orçamentária, informará quando o benefício será efetivado e o procedimento para recebe-lo; e, em todo caso, deve abster-se de exigir decisão para cumprir os deveres legais e respeitar os direitos fundamentais dos deslocados;
11. Ordenar à Rede de Solidariedade que através das seccionais das zonas onde se encontram os peticionantes, encaminhe a avaliação da sua situação num prazo máximo de oito dias contados da notificação da decisão, para determinar que se cumprem as condições objetivas do deslocamento e, em caso positivo, dar-lhes acesso imediato a ajudas previstas para sua proteção (e aqui a Sentença resolve caso a caso as ações de tutela nela julgadas);
12. Ordenar à Rede de Solidariedade que com respeito àqueles que estão inscritos no Sistema Único de Registro dos Deslocados, realize todas as gestões necessárias para que em um prazo de até oito dias, contados da notificação da sentença, se entregue efetivamente, se ainda não o fez, a ajuda humanitária solicitada, os oriente adequadamente sobre o acesso aos demais programas de atenção para população deslocada e, em caso em que tenham apresentado outra solicitação para acessar serviços de saúde, medicamentos, educação para os filhos menores,

acesso aos programas de estabilização econômica ou moradia (e aqui a Sentença resolve caso a caso as ações de tutela nela julgadas);

13. Ordenar à Rede de Solidariedade Social e às Secretarias de Saúde das entidades territoriais nas quais se encontrem localizados os peticionantes, para que em no máximo quinze dias contados da notificação da sentença, se ainda não fizeram, que tomem todas as ações necessárias para garantir o acesso efetivo dos acionantes ao sistema de saúde e medicamentos para tratamento;

14. Ordenar à mesma Rede e às Secretarias de Educação das entidades territoriais onde se encontrem os deslocados, que no prazo máximo de um mês, contado da notificação da sentença, tomem as medidas necessárias para garantir aos acionantes que solicitaram, o acesso efetivo ao sistema educacional;

15. Comunicar a decisão ao Defensor do Povo e ao Procurador Geral da Nação, para que, dentro de suas competências, efetuem rastreamento da maneira como o cumprimento das ordens estão ocorrendo, bem como dê opinião sobre avanços e dificuldades encontradas;

16. As demais ordens foram no sentido individual, para cada autor das ações de tutela decididas.

Desta feita, nota-se que as ordens expedidas pela CCC não são típicas de sentenças terminativas, dando um fim ao processo. Ao contrário, são medidas que serão tomadas no futuro e devem ser reanalisadas periodicamente a fim de verificar se o ECI foi superado, configurando sentença estruturante, na medida em que houve determinação de destinar recursos orçamentários para atender a esse tipo de população, bem como a formulação de novas políticas públicas que lhes atendessem. Importante é notar que a CCC preservou as competências dos Poderes Legislativo e Executivo, vez que não detalhou o mérito das medidas a serem tomadas por eles, mas apenas lhes possibilitou resolver o problema dentro de suas competências, sem nenhum tipo de ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes.

E não para por aí. A *Sentencia n° 025/2004*, ao possibilitar tal resolução, previu e estabeleceu um programa a fim de monitorar o cumprimento da decisão judicial, com a possibilidade de realização de audiências públicas para efetivamente verificar se os mandamentos sentenciais estavam sendo cumpridos.

Cerca de um ano após a sentença, a CCC solicitou informações das diversas entidades administrativas, associações de deslocados, organismos internacionais e pessoas afetadas diretamente pelos seus mandamentos, convocando a primeira audiência pública, em 29 de junho de 2005, com o fim de verificar se as decisões estavam sendo cumpridas.

Continuou fazendo audiências, até que, em julho de 2009, já tinham sido convocadas treze delas (RODRÍGUEZ GARAVITO; FRANCO, 2009, p. 30).

Também foi feito o monitoramento do cumprimento da decisão através da *expedición de autos de seguimiento*, e entre fevereiro de 2004 e dezembro de 2009, foram elaborados 84 (oitenta e quatro) deles para dar continuidade às ordens, solicitar informações e ações concretas, entre outros.

Foram verificadas muitas falhas, por isso, iniciou-se uma segunda fase do processo, em 2007 e, entre este ano e o de 2008, a Corte tratou de desenvolver mecanismos de avaliação que permitiram medir de maneira efetiva o avanço, estancamento e retrocesso do programa. Uma bateria de indicadores foi feita e aplicada pelo Governo Nacional, Procuradoria Geral, pela Defensoria do Povo, e pela *Comisión de Seguimiento y Acnur*, e este esforço mútuo e coordenado trouxe como resultado uma lista de vinte direitos a serem garantidos à população deslocada (RODRÍGUEZ GARAVITO; FRANCO, 2009, p. 31).

A terceira fase do processo envolve uma vigilância maior da atuação do Governo em face das falhas verificadas e tidas como persistentes, tendo, ao final, concluído pela persistência do ECI.

5 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL

O estado de coisas inconstitucional foi declarado pela primeira vez no Brasil através da ADPF nº 347, em sede de pedido de liminar. No entanto, o país já havia se deparado com o instituto em dois momentos anteriores: nas ADIs nºs 4.357 e 4.425. A primeira foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e outros, e a segunda, pela Confederação Nacional da Indústria – CNI, ambas em face da Emenda Constitucional nº 62/2009, que alterou o artigo 100 da Constituição Federal e acrescentou o artigo 97 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, instituindo regime especial de pagamento de precatórios pelos Estados, Distrito Federal e Municípios. Nas duas, o Ministro Roberto Barroso aduziu tratar-se de algo similar a uma grave situação inconstitucional, tendo feito o mesmo no julgamento do RE nº 580.252, que será analisado nas próximas linhas.

Apesar disso, não havia se declarado efetivamente o ECI, como foi feito na Arguição que será estudada nos próximos tópicos. Neste capítulo, será minuciosamente estudada a mencionada ADPF, bem como se as condições carcerárias brasileiras se adequam ao conceito

de ECI. Além disso, será analisado o sistema carcerário brasileiro atual, principalmente em números e, ao final, será elaborada uma proposta de superação do ECI no caso brasileiro.

5.1 ADPF nº 347 em detalhes

A ADPF nº 347 foi proposta perante o Supremo Tribunal Federal em 27/05/2015, pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, que requereu o reconhecimento da figura do estado de coisas inconstitucional em relação ao sistema penitenciário brasileiro, bem como a adoção de providências estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos em face de omissões e ações dos Poderes Públicos da União, Estados e Distrito Federal.

Tal ação cuida da violação de direitos fundamentais dos presos brasileiros em face das péssimas condições das prisões em face da superlotação e condições degradantes que delas fazem parte, lesando a dignidade da pessoa humana, a vedação da tortura e tratamento desumano, o direito de acesso à justiça e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos internos. Informa-se nos autos existir situações que comprovam tais lesões: celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável bem como de produtos higiênicos básicos, homicídios frequentes, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos, praticadas por outros detentos e agentes do Estado, ausência de assistência judiciária adequada e outros.

O PSOL afirmou, em sua Exordial, que os órgãos administrativos federais e estaduais não criaram número de vagas prisionais suficientes ao tamanho da população carcerária, de modo que todos os direitos fundamentais acima mencionados foram furtados dos presos, inclusive porque a União Federal estava deixando de repassar aos Estados os recursos do Fundo Penitenciário – FUNPEN. Afirma, ainda, que o Poder Judiciário não observa os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, onde é prevista a audiência de custódia, pois esta poderia reduzir a superlotação carcerária. Além disso, não estavam sendo concedidas medidas cautelares alternativas à prisão, o que também ajudaria a reduzir tal quadro.

Alegou, ainda, que a possibilidade de ressocialização entre presos com diferentes graus de periculosidade é muito baixa, e com altas taxas de reincidência, favorecendo verdadeiras “escolas do crime”. Trouxe, ainda, dados concretos sobre a superpopulação carcerária:

Explicita estar se agravando o drama descrito, em virtude do crescimento significativo da população carcerária, que, de cerca de 90.000 presos, em 1990, chegou, em maio de 2014, a 563.000, sem contar os mais de 147.000 em regime de prisão domiciliar. Argumenta que, hoje, o número deve ultrapassar 600.000, possuindo o Brasil a quarta maior população carcerária do mundo, atrás apenas dos Estados Unidos, da China e da Rússia. Se somadas as prisões domiciliares, o Brasil passaria a Rússia. Em 25 anos, verificou-se majoração de mais de 650%. O déficit seria de, pelo menos, 206.307 vagas, o qual aumentaria para 730 mil vagas, se fossem cumpridos todos os mandados de prisão expedidos. (BRASIL, 2015, p. 15)

Nota-se que o autor da ação buscou dados que comprovassem suas alegações, inclusive alguns levantados pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ em relação ao uso abusivo da prisão provisória, considerando-se haver o uso abusivo da medida.

Alega que há violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, a proibição da tortura, do tratamento desumano ou degradante e das sanções cruéis, ao dispositivo que impõe o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado, à integridade física e moral, à não culpabilidade, aos direitos fundamentais à saúde, educação, alimentação apropriada e acesso à Justiça. Para tanto, demonstra haver falhas estruturais em políticas públicas, motivo pelo qual se faz necessária a intervenção não apenas de um órgão, mas de vários e de diferentes searas (legislativo, administrativo e judicial, da União, Estados e Distrito Federal).

Por isso, o Autor da ADPF requereu a declaração do estado de coisas inconstitucional, o que possibilitaria ao juiz constitucional impor aos Poderes Públicos a tomada de ações urgentes para fazer cessar tal estado e, assim, superar o quadro de violação aos direitos fundamentais existente, além da possibilidade de supervisionar o seu cumprimento, com base na teoria Colombiana.

O Autor ainda se referiu ao Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, informando haver saldo significativo mais de dois bilhões de reais, que tem sido muito pouco utilizado em face da burocracia da União na liberação de recursos aos entes federados.

Diante de todos os fatos e fundamentos levados à discussão na Exordial, o Autor requereu de forma estrutural uma série de medidas em sede de medida liminar ao Supremo Tribunal Federal:

a) que os juízes e tribunais: realizem audiências de custódia em até noventa dias, viabilizando o comparecimento do preso à autoridade judiciária no máximo vinte e quatro horas após a prisão; que, ao implementarem cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal, considerem o quadro de superlotação do sistema penitenciário brasileiro; que, quando possível, estabeleçam penas alternativas à prisão;

- b) ao juiz da execução penal: que abrande os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos – leia-se progressão de regime, livramento condicional e suspensão condicional da pena -, e que abata da pena o tempo de prisão, se restar comprovado que as condições de efetivo cumprimento foram mais severas que as previstas no ordenamento jurídico, com a finalidade de compensar o erro estatal;
- c) ao CNJ, que coordene mutirão carcerário para revisar os processos de execução penal em curso no país e que envolvam pena privativa de liberdade; e
- d) à União, que libere verbas do FUNPEN.

Já em relação ao mérito, o Autor requereu, além da confirmação da liminar:

- a) a declaração do ECI quanto ao sistema penitenciário brasileiro;
- b) a determinação ao Governo Federal para elaborar e encaminhar ao STF, em até três meses, um plano nacional visando à superação do ECI no prazo de três anos;
- c) que tal plano preveja propostas e metas relacionadas: à redução da superlotação dos presídios; à contenção e reversão do processo de hipercarceramento no país; a diminuição da quantidade de presos provisórios; a adequação das instalações e alojamentos das prisões aos parâmetros mínimos vigentes – principalmente no tocante ao espaço mínimo, lotação máxima, salubridade, higiene e saúde etc -; separação dos detentos em razão de critérios, como gênero e natureza do delito, por exemplo; garantia de assistência material, de segurança, alimentação adequada, acesso à justiça e outros; contratação e capacitação de pessoal para as instituições prisionais; eliminação de qualquer tipo de tortura, maus tratos e penalidades sem o devido processo legal em tais locais; adoção de providências para que seja proporcionado o tratamento adequado a grupos minoritários nas prisões, como mulheres e população LGBT;
- d) além disso, o plano deve trazer a previsão orçamentária para a implementação das propostas bem como cronograma para a sua concretização, além de ser submetido à análise do CNJ, da Procuradoria Geral da República, da Defensoria-Geral da União, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, do Conselho Nacional do Ministério Público e de outros órgãos e instituições que desejem se manifestar, inclusive com a oitiva da sociedade civil através de audiências públicas;
- e) que o Tribunal delibere sobre o plano, homologando-o ou impondo providências alternativas ou complementares, podendo contar com o auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do CNJ;

- f) que, havendo homologação do plano, os Governos dos Estados e Distrito Federal formulem e apresentem ao STF, em três meses, planos próprios em harmonia com o nacional, com metas e propostas locais para a superação do ECI no prazo máximo de dois anos;
- g) que tais planos locais sejam apreciados pelo CNJ, pela Procuradoria Geral da República, pelo Ministério Público do Estado ou Distrito Federal, da sua Defensoria Pública, do Conselho Seccional da OAB local, de outros órgãos ou instituições que desejem se manifestar, bem como com a participação da sociedade civil através de audiências públicas;
- h) que o Tribunal delibere sobre cada plano local, homologando-o ou impondo providências alternativas ou complementares, podendo contar com o auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do CNJ;
- i) que o STF monitore a implementação dos planos nacional, estaduais e distrital com o auxílio do mesmo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do CNJ, em processo público e transparente, com ampla participação da sociedade civil.

Em 14/09/2015, foi publicada a decisão que concedeu a liminar em parte, que tem como relator o Ministro Marco Aurélio, erestou assim ementada:

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMAPENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DEPRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição dedescumprimento de preceito fundamental considerada a situação de degradante das penitenciárias no Brasil.

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 dedireitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência depolíticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistemapenitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.

FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. (BRASIL, 2015, p. 01)

Em seu voto, o Relator Ministro Marco Aurélio, levanta dados sobre o sistema carcerário brasileiro. Confirmam-se:

Dados da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados (2007-2009), do Conselho Nacional de Justiça – CNJ e da Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Clínica UERJ Direitos, cuja representação ao autor deu origem a este processo, confirmam o cenário descrito pelo requerente.

Segundo as investigações realizadas, a população carcerária, maior parte pobres e negros, alcançava, em maio de 2014, 711.463 presos, incluídos 147.397 em regime domiciliar, para 357.219 vagas disponíveis. Sem levar em conta o número de presos em domicílio, o déficit é de 206.307, subindo para 354.244, se computado. A deficiência de vagas poderia ser muito pior se não fossem os 373.991 mandados de prisão sem cumprimento. Considerando o número total, até mesmo com as prisões domiciliares, o Brasil possui a terceira maior população carcerária do mundo, depois dos Estados Unidos e da China. Tendo presentes apenas os presos em presídios e delegacias, o Brasil fica em quarto lugar, após a Rússia.

A maior parte desses detentos está sujeita às seguintes condições: superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas mundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprésta, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual. (BRASIL, 2015, p. 05)

A verdade, segundo dados, é que o déficit prisional ultrapassa 206 (duzentos e seis) mil vagas, o que por si só comprova a superlotação e a situação caótica em que se vive nos presídios, o que causa todos os problemas já citados: insalubridade, doenças, motins etc.

Ainda sobre as condições dos presídios, o relatório do Conselho Nacional de Justiça informa, segundo o mesmo Voto:

Os presídios e delegacias não oferecem, além de espaço, condições salubres mínimas. Segundo relatórios do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, os presídios não possuem instalações adequadas à existência humana. Estruturas hidráulicas, sanitárias e elétricas precárias e celas mundas, sem iluminação e ventilação representam perigo constante e risco à saúde, ante a exposição a agentes causadores de infecções diversas. As áreas de banho e sol dividem o espaço com esgotos abertos, nos quais escorrem urina e fezes. Os presos não têm acesso a água, para banho e hidratação, ou a alimentação de mínima qualidade, que, muitas vezes, chega a eles azeda ou estragada. Em alguns casos, comem com asmas ou em sacos plásticos. Também não recebem material de higiene básica, como papel higiênico, escova de dentes ou, para as mulheres, absorvente íntimo. A Clínica UERJ Direitos informa que, em cadeia pública feminina em São Paulo, as detentas utilizam miolos de pão para contenção do fluxo menstrual.

Além da falta de acesso a trabalho, educação ou qualquer outra forma de ocupação do tempo, os presos convivem com as barbáries promovidas entre si. São constantes os massacres, homicídios, violências sexuais, decapitação, estripação e

esquartejamento. Sofrem com a torturapolicial, espancamentos, estrangulamentos, choques elétricos, tiros combala de borracha.

Quanto aos grupos vulneráveis, há relatos de travestis sendo forçados à prostituição. Esses casos revelam a ausência de critério de divisão de presos por celas, o que alcança também os relativos a idade, gravidade do delito e natureza temporária ou definitiva da penalidade. O sistema como um todo surge com número insuficiente de agentes penitenciários, que ainda são mal remunerados, não recebem treinamento adequado, nem contam com equipamentos necessários ao desempenho das próprias atribuições.

O quadro não é exclusivo desse ou daquele presídio. A situação mostra-se similar em todas as unidades da Federação, devendo ser reconhecida a inequívoca falência do sistema prisional brasileiro. (BRASIL, 2015, p. 16)

Para o Relator, diversos dispositivos e normas foram afrontados:

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

Outras normas são afrontadas, igualmente reconhecidas dos direitos dos presos: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Também a legislação interna é transgredida: a Lei nº 7.210, de 1984, chamada “Lei de Execução Penal”, na qual são assegurados diversos desses direitos, inclusive o alusivo a cela individual salubre e com área mínima de seis metros quadrados, e a Lei Complementar nº 79/94, por meio da qual foi criado o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, cujos recursos estão sendo contingenciados pela União, impedindo a formulação de novas políticas públicas ou a melhoria das existentes e contribuindo para o agravamento do quadro. (BRASIL, 2015, p. 18)

Desta feita, a afronta é à Constituição Federal vigente, a normas legais e a normas internacionais, e tais ofensas produzem, conseqüentemente, violência contra a própria sociedade, não bastando o cárcere à ressocialização do preso.

O Ministro Relator entendeu, ainda, que se trata de um problema não apenas de um órgão, mas geral, dos três Poderes e da União, Estados e Distrito Federal, ocasionado pela falta de coordenação institucional.

A inércia ou omissão estatal existe aqui, como já tratado em outros momentos deste trabalho, não apenas como falta de legislação, mas – mais do de nunca -, em falta de qualquer tentativa de modificação da situação, tendo já sido identificadas as falhas estruturais. Para o

Relator:

A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa falha estrutural a gerar tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação. A inércia, como dito, não é de uma única autoridade pública – do Legislativo ou do Executivo de uma particular unidade federativa –, e sim do funcionamento deficiente do Estado como um todo. Os poderes, órgãos e entidades federais e estaduais, em conjunto, vêm se mantendo incapazes e manifestando verdadeira falta de vontade em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade. Falta sensibilidade legislativa e motivação política do Executivo.

(...)

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

Em síntese, assiste-se ao mau funcionamento estrutural e histórico do Estado – União, estados e Distrito Federal, considerados os três Poderes – como fator da violação de direitos fundamentais dos presos e da própria insegurança da sociedade. Ante tal quadro, a solução, ou conjunto de soluções, para ganhar efetividade, deve possuir alcance orgânico de mesma extensão, ou seja, deve envolver a atuação coordenada e mutuamente complementar do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, dos diferentes níveis federativos, e não apenas de um único órgão ou entidade.

Trata-se do que a doutrina vem designando de “litígio estrutural”, no qual são necessárias outras políticas públicas ou correção daquelas que não alcançam os objetivos desejados, alocação de recursos orçamentários, ajustes nos arranjos institucionais e nas próprias instituições, novas interpretações e aplicações das leis penais, enfim, um amplo conjunto de mudanças estruturais, envolvendo uma pluralidade de autoridades públicas.

A vontade política de um único órgão ou poder não servirá para resolver o quadro de inconstitucionalidades. A eliminação ou a redução dos problemas dependem da coordenação de medidas de diferentes naturezas e oriundas da União, dos estados e do Distrito Federal: intervenções legislativas, executivas, orçamentárias e interpretativas (Judiciário). A solução requer ações orquestradas, a passagem do concerto (com C) institucional para o conserto (com S) do quadro inconstitucional. (BRASIL, 2015, p. 29)

A função do Poder Judiciário, no caso, é dialogar com os demais Poderes e órgãos responsáveis, para que se atinjam soluções eficientes e, desta feita, afastar-se da inércia e deficiência estatal. Para o Relator, “Ao Supremo cumpre interferir nas escolhas orçamentárias e nos ciclos de formulação, implementação e avaliação de políticas públicas, mas sem detalhá-las”, formulando ordens flexíveis e monitorando a observância da decisão e o alcance ou não das metas determinadas.

Em relação às medidas cautelares, o Relator as deferiu parcialmente, determinando, nos seguintes termos:

- a) aos juízes e tribunais, que, quando determinarem ou mantiverem prisão provisória, motivem expressamente porque não aplicaram medidas cautelares alternativas à privação de liberdade; que realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso à autoridade judiciária no prazo máximo de vinte e quatro horas do momento da prisão; e que considerem o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro quando concederem cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal.
- b) aos juízes, que, quando possível, estabeleçam penas alternativas à prisão, por ser a reclusão sistematicamente cumprida em condições mais severas que as admitidas pela legislação; e
- c) à União, que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado.

O Ministro Edson Fachin concedeu a liminar para que os juízes e tribunais passem a realizar audiências de custódia em até noventa dias; determinar ao CNJ que coordene mutirões carcerários para viabilizar a revisão de todos os processos de execução penal em curso no país; e determinar o descontigenciamento das verbas existentes no FUNPEN. Quanto aos demais pedidos do Autor, informou que serão analisados quando da análise do mérito.

O Ministro Luís Roberto Barroso, por sua vez, entendeu que não é possível conceder a cautelar para determinar que os juízes e tribunais fundamentem por que não aplicaram as medidas cautelares alternativas à prisão, pois a própria Constituição Federal (art. 93, IX) e o Código de Processo Penal (arts. 315 e 282, §6º) assim já determinam; também não concedeu no tocante à determinação de os juízes deverem aplicar, sempre que viável, penas diversas. Deferiu os pedidos relativos à realização de audiências de custódia e à recomendação de que juízes considerem o quadro do sistema penitenciário brasileiro na concessão de cautelares penais, bem como entendeu possível ao CNJ e aos Tribunais de Justiça dos Estados conduzir mutirões carcerários, e que não sejam feitos contingenciamentos das verbas do FUNPEN. Além disso, concede uma liminar de ofício, para determinar que o Governo Federal encaminhe ao Supremo Tribunal Federal, no prazo de um ano, um diagnóstico da situação do Sistema Penitenciário em termos quantitativos e pecuniários, e as propostas de solução que cogita para a solução do problema, em harmonia com os Estados da Federação, para que tenham elementos para julgar o pedido definitivo.

O Ministro Teori Zavascki acompanhou os Ministros Fachin e Barroso em relação aos pedidos indeferidos. Concedeu em parte a cautelar para determinar ao CNJ que coordene mutirões carcerários, de modo a viabilizar a pronta revisão de todos os processos de execução penal em curso no país que envolvam a aplicação de pena privativa, bem como concede a cautelar em parte para acolher a determinação do descontingenciamento das verbas existentes no FUNPEN, devendo a União providenciar a devida adequação para o cumprimento da decisão; e concede o pedido de realização de audiências de custódia num prazo mais breve o possível, de acordo com regulamentação do CNJ. Concordando com o Ministro Barroso, concedeu cautelar de ofício para determinar ao Governo Federal que, em um ano, encaminhe ao STF diagnóstico da situação do sistema penitenciário e proposta para solução dos problemas.

Em seguida, a Ministra Rosa Weber indeferiu os pedidos quanto à necessidade de juízes fundamentarem decisões judiciais, vez que já há disposição constitucional e legal nesse sentido; e quanto à necessidade de, na decisão, conter os motivos pelos quais não foram aplicadas medidas cautelares alternativas à prisão, por já haver disposição expressa no mesmo sentido no Código de Processo Penal. Entendeu por prejudicado o pedido de mutirão carcerário, por já ser uma realidade e já estar funcionando. Acompanhou o relator no tocante às audiências de custódia, bem como sobre o descontingenciamento das verbas do FUNPEN. Ao final, endossou a concessão de medida cautelar de ofício proposta pelo Ministro Barroso.

O Ministro Luiz Fux, a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Ricardo Lewandowski acompanharam integralmente o voto do Ministro Marco Aurélio, bem como a proposta do Ministro Barroso de medida cautelar de ofício.

O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, acompanhou o Ministro Fachin, sugerindo seja chamada a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM, recomendando a elaboração de plano de trabalho para tanto e para oferecer treinamentos que contemplem a situação prisional e as medidas alternativas ao encarceramento. Concordou com o prazo de vinte e quatro horas para a realização de audiências de custódia; propôs a notificação da União e dos Tribunais de Justiça dos Estados e do DF para que, em seis meses, coloquem em funcionamento os sistemas de acompanhamento da execução das penas, da prisão cautelar e da medida de segurança, na forma da Lei nº 12.714, o que deve ser fiscalizado pelo CNJ. Também entende como cabível o pedido de realização de mutirões carcerários, nos moldes como decidiu Barroso.

Em seu voto, o Ministro Celso de Mello acompanhou o relator, com exceção da determinação do CNJ de coordenação de mutirão, acolhendo, inclusive, a proposta formulada

por Barroso para determinar, de ofício, que a União e os Estados encaminhem à Corte informações sobre a situação de seus respectivos sistemas penitenciários.

Diante de todos os votos dos julgadores, restou firmada a seguinte decisão, cuja ementa já foi transcrita páginas atrás:

Decisão: O Tribunal, apreciando os pedidos de medida cautelar formulados na inicial, por maioria e nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), deferiu a cautelar em relação à alínea “b”, para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão, com a ressalva do voto da Ministra Rosa Weber, que acompanhava o Relator, mas com a observância dos prazos fixados pelo CNJ, vencidos, em menor extensão, os Ministros Teori Zavascki e Roberto Barroso, que delegavam ao CNJ a regulamentação sobre o prazo da realização das audiências de custódia; em relação à alínea “h”, por maioria e nos termos do voto do Relator, deferiu a cautelar para determinar à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstando-se de realizar novos contingenciamentos, vencidos, em menor extensão, os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber, que fixavam prazo de até 60 (sessenta) dias, a contar da publicação desta decisão, para que a União procedesse à adequação para o cumprimento do que determinado; indeferiu as cautelares em relação às alíneas “a”, “c” e “d”, vencidos os Ministros Relator, Luiz Fux, Cármen Lúcia e o Presidente, que a deferiam; indeferiu em relação à alínea “e”, vencido, em menor extensão, o Ministro Gilmar Mendes; e, por unanimidade, indeferiu a cautelar em relação à alínea “f”; em relação à alínea “g”, por maioria e nos termos do voto do Relator, o Tribunal julgou prejudicada a cautelar, vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que a deferiam nos termos de seus votos. O Tribunal, por maioria, deferiu a proposta do Ministro Roberto Barroso, ora reajustada, de concessão de 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, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), que reajustou seu voto, e os Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia e Presidente. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 09.09.2015. (BRASIL, 2015, p. 149)

A ata de julgamento foi publicada em 14/09/2015, tendo sido comunicada a todas as partes, inclusive a todos os Estados e Distrito Federal para atendimento a suas determinações, enquanto que o inteiro teor do acórdão foi publicado em 19/02/2016.

Foram admitidos alguns terceiros interessados e *amicicuriaie* nos autos e, com o passar do tempo e em cumprimento à decisão, alguns Estados, como a Bahia, o Ceará, requereram a imediata liberação dos recursos do FUNPEN, o que tem sido deferido pelo STF. A ADPF aguarda julgamento de mérito até a data de fechamento deste trabalho.

5.2. O caso brasileiro e o colombiano: há como identificar elementos integrantes do conceito de estado de coisas inconstitucional?

Tendo analisado a decisão proferida em sede de liminar pelo STF a respeito do tema, resta saber se ela cumpre os requisitos já elencados para a caracterização do estado de coisas inconstitucional.

Como visto, são quatro os requisitos para a identificação de um ECI: primeiro, deve haver uma vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas; segundo, deve existir a prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para a garantia e promoção dos direitos; em terceiro lugar, a superação das violações de direitos pressupõe a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais; por fim, a potencialidade de congestionamento da justiça, se todos os que tiverem seus direitos violados acorrerem individualmente ao Poder Judiciário

Prima facie, o caso brasileiro se adequa: a grave e massiva violação a direitos fundamentais de um grupo de pessoas é evidente – e ainda mais quando é analisado através de dados empíricos, como será feito no próximo tópico -, causada pela inércia de um ou mais poderes, ou seja, de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias, e por falta de implementação de políticas públicas que concretizem a dignidade da pessoa humana.

O segundo elemento identificador também se encontra presente: a prolongada omissão das autoridades em tratar do tema é flagrante. Além disso, cumpre também o terceiro elemento: a necessidade de adoção de medidas estruturais para a superação das violações e, por fim, a possibilidade de contingenciamento do Poder Judiciário caso todos os detentos ingressem com ações idênticas buscando os mesmos objetivos. Portanto, o caso brasileiro cumpre todos os requisitos para a declaração do ECI no tocante ao sistema carcerário brasileiro.

Ressalte-se que a ADPF tratou sobre o tema, mas, não é a única. Existem diversos outros questionamentos que travam o Poder Judiciário brasileiro em relação ao sistema carcerário, a título de exemplo, o Recurso Extraordinário nº 580.252/MS, a ADI nº 5.170/DF, o RE nº 641.320/RS, a ADI nº 5.356/MS e o RE nº 592.581/RS. Vale a pena conferir cada um destes casos, especificamente, para concluir que trata-se de um tema que está na pauta corriqueira e diária do Supremo Tribunal Federal.

O primeiro deles, o RE nº 580.252/MS, teve como Relator o Ministro Teori Zavascki e foi interposto por um detento que havia sido condenado a vinte anos de reclusão

por crime de latrocínio e pugnava por pagamento de indenização por danos morais em face das ilegítimas e sub-humanas condições em que estava cumprindo pena em estabelecimento prisional no Município de Corumbá, no Mato Grosso do Sul, alegando violação aos artigos 5º, incisos III, X e XLIX, e 37, §6º, da Constituição Federal. Foi reconhecida a repercussão geral da matéria e, em 11/09/2017, foi publicado acórdão que reconheceu o dever de ressarcir danos, inclusive morais, causados por ato de agentes estatais ou pela inadequação de serviços públicos, afastando o princípio da reserva do possível, condenando o Estado ao pagamento de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) ao autor a título de reparação de danos extrapatrimoniais³⁹. A ação transitou em julgado em 15/03/2018, sem modificações através de possíveis recursos.

A ADI nº 5.170/DF, autuada em 20/10/2014, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, versa sobre o mesmo tema do RE acima, qual seja, a indenização por danos morais por responsabilidade civil do estado em razão de danos causados a detentos expostos a condições sub-humanas, degradantes, insalubres e superlotação carcerária. A ação não foi julgada até a presente data.

No tocante ao RE nº 641.320/RS, autuado em 13/05/2011, teve como Relator o Ministro Gilmar Mendes, sua repercussão geral foi reconhecida e foi realizada audiência pública. Objetivou a redução de pena de condenado e a fixação de prisão domiciliar em casos em que não exista estabelecimento destinado ao regime semiaberto que atenda a todos os requisitos da LEP no caso de progressão de regimes, pois acaba-se mantendo o preso que tem direito à progressão em regime mais gravoso, o que não deve ser permitido nem tolerado. Em 1º/08/2016 foi publicado acórdão dando provimento ao Recurso Extraordinário nos termos da Ementa:

Constitucional. Direito Penal. Execução penal. Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. 2. Cumprimento de pena em regime fechado, na hipótese de inexistir vaga em estabelecimento adequado a seu regime. Violação aos princípios da individualização da pena (art. 5º, XLVI) e da legalidade (art. 5º, XXXIX). A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso. 3. Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento

³⁹ Neste ponto, se faz necessário atentar para o Voto do Ministro Luís Roberto Barroso, que não foi acolhido pela maioria, mas trazia uma solução inteligentíssima ao caso e a outros que porventura fossem levados à discussão: como o valor pecuniário poderia trazer consequências nefastas ao erário público, já que cada preso que vive encarcerado em condições indignas poderia propor a mesma ação buscando indenização por danos morais, o Ministro levantou a hipótese de se tornar possível a remição da pena, como permitido já pela LEP em caso de trabalho e estudo, mas aqui, para diminuir um dia da pena de quem vive em tais condições desumanas por três a sete dias de confinamento. Foi uma tese brilhante e inteligentíssima que, infelizmente, não alcançou a maioria dos Ministros do Supremo.

adequado” (regime aberto) (art. 33, § 1º, alíneas “b” e “c”). No entanto, não deverá haver alojamento conjunto de presos dos regimes semiaberto e aberto com presos do regime fechado. 4. Havendo déficit de vagas, deverão ser determinados: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado. 5. Apelo ao legislador. A legislação sobre execução penal atende aos direitos fundamentais dos sentenciados. No entanto, o plano legislativo está tão distante da realidade que sua concretização é absolutamente inviável. Apelo ao legislador para que avalie a possibilidade de reformular a execução penal e a legislação correlata, para: (i) reformular a legislação de execução penal, adequando-a à realidade, sem abrir mão de parâmetros rígidos de respeito aos direitos fundamentais; (ii) compatibilizar os estabelecimentos penais à atual realidade; (iii) impedir o contingenciamento do FUNPEN; (iv) facilitar a construção de unidades funcionalmente adequadas – pequenas, capilarizadas; (v) permitir o aproveitamento da mão-de-obra dos presos nas obras de civis em estabelecimentos penais; (vi) limitar o número máximo de presos por habitante, em cada unidade da federação, e revisar a escala penal, especialmente para o tráfico de pequenas quantidades de droga, para permitir o planejamento da gestão da massa carcerária e a destinação dos recursos necessários e suficientes para tanto, sob pena de responsabilidade dos administradores públicos; (vii) fomentar o trabalho e estudo do preso, mediante envolvimento de entidades que recebem recursos públicos, notadamente os serviços sociais autônomos; (viii) destinar as verbas decorrentes da prestação pecuniária para criação de postos de trabalho e estudo no sistema prisional. 6. Decisão de caráter aditivo. Determinação que o Conselho Nacional de Justiça apresente: (i) projeto de estruturação do Cadastro Nacional de Presos, com etapas e prazos de implementação, devendo o banco de dados conter informações suficientes para identificar os mais próximos da progressão ou extinção da pena; (ii) relatório sobre a implantação das centrais de monitoração e penas alternativas, acompanhado, se for o caso, de projeto de medidas ulteriores para desenvolvimento dessas estruturas; (iii) projeto para reduzir ou eliminar o tempo de análise de progressões de regime ou outros benefícios que possam levar à liberdade; (iv) relatório deverá avaliar (a) a adoção de estabelecimentos penais alternativos; (b) o fomento à oferta de trabalho e o estudo para os sentenciados; (c) a facilitação da tarefa das unidades da Federação na obtenção e acompanhamento dos financiamentos com recursos do FUNPEN; (d) a adoção de melhorias da administração judiciária ligada à execução penal. 7. Estabelecimento de interpretação conforme a Constituição para (a) excluir qualquer interpretação que permita o contingenciamento do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), criado pela Lei Complementar 79/94; (b) estabelecer que a utilização de recursos do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) para financiar centrais de monitoração eletrônica e penas alternativas é compatível com a interpretação do art. 3º da Lei Complementar 79/94. 8. Caso concreto: o Tribunal de Justiça reconheceu, em sede de apelação em ação penal, a inexistência de estabelecimento adequado ao cumprimento de pena privativa de liberdade no regime semiaberto e, como consequência, determinou o cumprimento da pena em prisão domiciliar, até que disponibilizada vaga. Recurso extraordinário provido em parte, apenas para determinar que, havendo viabilidade, ao invés da prisão domiciliar, sejam observados (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada do recorrido, enquanto em regime semiaberto; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado após progressão ao regime aberto. (BRASIL, 2016, p. 01)

O julgado acima, que transitou em julgado em 07/12/2016, trouxe várias discussões, inclusive relembrou a ADPF nº 347, quando foi declarado o ECI, sendo possível entender que a situação se encontra ainda sem solução real e efetiva até os dias atuais.

A ADI nº 5.356/DF, autuada em 04/08/2015, foi ajuizada pela Associação Nacional das Operadoras Celulares – ACEL, em face da Lei Estadual do Mato Grosso do Sul, nº 4.650/2015, que determina que as empresas operadoras de telefonia móvel instalem equipamentos tecnológicos ou solução tecnológica que possa identificar e bloquear sinais de telecomunicações e radiocomunicações nos Estabelecimentos Penais e nos Centros de Socioeducação do Estado.

Em 1º/08/2017 foi publicado acórdão julgando procedente o pedido formulado, declarando a inconstitucionalidade da Lei estadual sul-matogrossense sob o fundamento de não ser possível ao Estado editar lei que obrigue as concessionárias de telefonia móvel a instalar equipamentos para interrupção de sinal de comunicação celular nos estabelecimentos prisionais. A decisão transitou em julgado em 17/08/2017.

O RE nº 592.581/RS é mais um exemplo de casos que envolvem o Supremo Tribunal Federal e questões penitenciárias. Foi autuado em 05/09/2008 e teve sua repercussão geral reconhecida em 23/10/2009. O recurso extraordinário foi interposto objetivando reforma de sentença que concluiu não competir ao Judiciário determinar ao Executivo a realização de obras em estabelecimento prisional (no caso concreto, o Albergue Estadual de Uruguaiana, cuja situação era atentatória à integridade física e moral de seus detentos), sob pena de indevida invasão de campo decisório reservado à Administração Pública.

Em 1º/12/2016 foi publicado acórdão dando provimento ao recurso, no sentido de entender ser possível ao Poder Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, qual seja, promover medidas e executar obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para garantir a dignidade da pessoa humana. O acórdão ainda não transitou em julgado, aguardando análise de embargos declaratórios.

Todos os casos acima explicitados tratam da mesma problemática: a situação carcerária no país. Há outros que não foram mencionados, tanto em sede de controle de constitucionalidade difuso, quando concentrado, no entanto, os acima, por si só, comprovam a situação caótica em que vive o país neste assunto.

Sobre isso, se faz importante analisar o que se refere às diferenças nos julgamentos entre as cortes constitucionais brasileira e colombiana. Como já aduzido, só há duas formas de litigar perante o STF: através do controle de constitucionalidade difuso ou concentrado, o que quer dizer que isso será feito através de um recurso extraordinário ou de ações específicas de controle concentrado – ADI, ADC, ADPF etc -, que somente os legitimados

que constam no artigo 103⁴⁰ da Carta Política podem propor.

Por conta disso, no Brasil, acaba havendo uma multiplicidade de ações que tratam sobre o mesmo objeto, como é o caso do sistema carcerário, e que são julgadas em momentos diversos e podem ter respostas jurisdicionais variadas, como já elencado acima, podendo trazer insegurança jurídica. Esse é um problema muito grave para o Poder Judiciário. É bem verdade que o instituto da repercussão geral existe com a finalidade de dirimir diferentes decisões, mas nem sempre isso é possível, pois cada caso é um caso e acaba sendo resolvido em sua individualidade.

Diferentemente disso, na Colômbia, existem as chamadas *acción de tutela*, previstas e criadas através do artigo 86⁴¹ da Carta Política Colombiana de 1991, que podem ser propostas com o fim de proteger imediatamente os direitos constitucionais fundamentais da população. Através dela, qualquer pessoa que tiver estes ameaçados ou violados pode levar o questionamento perante o Judiciário.

Segundo Pérez Escobar (2010, p. 311), as ações de tutela consistem na “posibilidad de acudir ante losjuicessinmayoresrequerimientos de índole formal conel objeto de obtener, mediante un procedimiento sumario, laproteccióndirecta e inmediatadel Estado frente a situaciones de hecho que representenamenaza o vulneración de losderechosfundamentales”. Assim, são um mecanismo de proteção imediata dos direitos fundamentais constitucionais utilizados por uma pessoa em face da omissão ou ação de qualquer autoridade pública ou de particulares (nos casos em que a lei o preveja), quando aqueles forem violados ou ameaçados

⁴⁰ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

⁴¹ Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

sem que exista outro meio de defesa judicial ou, se existir, a tutela serve como meio de uma imediata aplicação para evitar prejuízo irremediável.

Essas ações têm um procedimento informal e podem ser propostas sem o auxílio de um advogado, tendo os juízes o prazo de dez dias para proferir decisão. Cada decisão proferida em ações de tutela pode ser revista através da CCC, que irá selecionar aquelas que considerar mais corretas ou pertinentes para o desenvolvimento do caso e proferir o julgamento.

Com exceção dos casos em que o Tribunal Colombiano precise unificar seu entendimento através de *Sentencias de Unificación (SU)* ou decisões adotadas pela Câmara (Sala Plena), os acórdãos de ações de tutela são emanados pelas *Salas de Revisión*.

Em vários casos, inclusive, a Corte Constitucional faz um agrupamento das ações que têm o mesmo objeto como forma estratégica e julga todas de uma vez só, evitando entendimentos díspares. Isso aconteceu na já comentada *Sentencia T-153/98*, quando foram reunidas diversas *acción de tutela* que tratavam sobre o sistema carcerário e julgadas em um só momento, numa só decisão, concentrando a Corte todos os seus esforços para romper o bloqueio institucional que limitava a efetivação dos direitos fundamentais ali discutidos.

Infelizmente no Brasil o STF não tem esse tipo de prática, o que acaba por aumentar o risco de submeter diferentes e/ou contraditórias soluções à mesma problemática, não dando a amplitude exigida ao problema.

O STF poderia dar início a algo assim? Por que não? A Corte Colombiana traz, em seu regimento interno, critérios objetivos, subjetivos e complementares que orientam tal prática, conforme consta em seu artigo 52⁴²:

Artículo 52. Criterios Orientadores de Selección. Sin perjuicio del carácter discrecional de la selección de fallos de tutelas y ante la inexistencia constitucional de un derecho subjetivo a que un determinado caso sea seleccionado, la Corte se guiará por los siguientes criterios orientadores:

a) Criterios objetivos: unificación de jurisprudencia, asunto novedoso, necesidad de pronunciarse sobre una determinada línea jurisprudencial, exigencia de aclarar el contenido y alcance de un derecho fundamental, posible violación o desconocimiento de un precedente de la Corte Constitucional.

b) Criterios subjetivos: urgencia de proteger un derecho fundamental o la necesidad de materializar un enfoque diferencial.

c) Criterios complementarios: lucha contra la corrupción, examen de pronunciamientos de instancias internacionales judiciales o cuasijudiciales, tutela contra providencias judiciales en los términos de la jurisprudencia constitucional; preservación del interés general y grave afectación del patrimonio público.

Estos criterios de selección, en todo caso, deben entenderse como meramente enunciativos y no taxativos.

Parágrafo. En todos los casos, al aplicar los criterios de selección,

⁴² Inteiro teor disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Reforma%20Reglamento.pdf>.

deberá tenerse en cuenta la relevancia constitucional del asunto, particularmente tratándose de casos de contenido económico. (COLOMBIA, 2018, p. 05)

Vale salientar que a CCC, além desses critérios, criou a Unidade de Análise e Acompanhamento de Processo de Seleção de Tutelas, responsável pelo alinhamento e consolidação de entendimentos jurisprudenciais para revisão pelo Plenário.

Então, pergunta-se: porque o STF não o faz também? Nada impede que o regimento interno da Corte Brasileira preveja, basta atualizá-lo.

Se faz mister tratar de mais um ponto importante que já foi resolvido na CCC, até mesmo por se tratar de uma Corte altamente progressista, no seguinte sentido: não cabem aqui afirmações de que o Supremo Tribunal Federal, ao fazer sua função contramajoritária e, assim, resolver questões não solucionadas pelos demais Poderes, estaria indo além e lesando o Princípio da Separação dos Poderes. Confira-se o que o Ministro Celso de Mello, em seu Voto, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 580.252/MS e reproduzido no Voto da ADPF nº 347, aduziu:

No exame da grave questão ora submetida ao nosso exame, **é preciso não desconsiderar a função contramajoritária que cabe** ao Supremo Tribunal Federal **exercer** no Estado Democrático de Direito **e que legitima, precipuamente, a proteção das minorias e dos grupos vulneráveis, sob pena** de comprometimento *do próprio coeficiente de legitimidade democrática* das ações estatais.

(...)

Cabe enfatizar, presentes tais razões, que o Supremo Tribunal Federal, **no desempenho** da jurisdição constitucional, **tem proferido, muitas vezes, decisões de caráter nitidamente contramajoritário, em clara demonstração** de que os julgamentos desta Corte Suprema, *quando assim proferidos, objetivam preservar,* em gesto **de fiel** execução dos mandamentos constitucionais, **a intangibilidade** de direitos, interesses e valores **que identificam os grupos minoritários expostos** a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política **e que, por efeito de tal condição, tornam-se objeto** de intolerância, de perseguição, de discriminação e de injusta exclusão. (BRASIL, 2015, p. 75)

E, ainda, no Voto do Relator da ADPF nº 347, assim restou entendido:

Há mais: apenas o Supremo revela-se capaz, ante a situação descrita, de superar os bloqueios políticos e institucionais que vêm impedindo o avanço de soluções, o que significa cumprir ao Tribunal o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados. Isso é o que se guarda deste Tribunal e não se pode exigir que se abstenha de intervir, em nome do princípio democrático, quando os canais políticos se apresentem obstruídos, sob pena de chegar-se a um somatório de inércias injustificadas. Bloqueios da espécie traduzem-se em barreiras à efetividade da própria Constituição e dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos. (BRASIL, 2015, p. 76)

O papel que o STF vai ter, ao julgar uma ação em conformidade com o estado de coisas inconstitucional, é o de tentar superar o bloqueio institucional. Isso não quer dizer que estaria invadindo as esferas e as funções típicas dos outros poderes, de forma a dar oportunidade a oferecer um exercício de colaboração entre os poderes, superando a inércia a que um deles deu causa.

A CCC segue os princípios do Estado Social de Direito, então acaba reconhecendo a prioridade dos poderes públicos em efetivar seus ditames através de políticas públicas, garantindo a dignidade da pessoa humana.

5.3 A situação caótica do sistema carcerário brasileiro

Tudo o que foi exposto até o presente momento apenas corrobora o entendimento de que, de fato, o Brasil vive um estado de coisas inconstitucional em seu sistema penitenciário. E o que fazer para mudar essa realidade? Quais as perspectivas para o futuro?

É bem verdade que se trata de um assunto que não está na pauta diária do povo. E que, segundo princípios políticos, também não entra na agenda dos que ocupam tais cargos, podendo inclusive refletir em futuras reeleições ou candidaturas, consistindo no famoso *legislativeblindspot*, o ponto cego legislativo. Ora, se a população não se preocupa com a população carcerária e um político dá ênfase a tal pasta, defendendo a criação de novos presídios e a reforma aqueles já existentes, é bem possível que seus eleitores não sejam fiéis nas próximas eleições. Isso apenas desestimula a resolução do problema e faz com que o país enfrente cada vez mais uma maior crise carcerária.

O Brasil está longe de resolver as questões referentes ao sistema penitenciário brasileiro. A bem da verdade, a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984) traz a maneira como deve se dar a execução penal, com seus pormenores, afirmando categoricamente que deve ser dada aos presos assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, incluídos também alimentação, vestuário e condições higiênicas.

A pena deve ser considerada medida de ressocialização, com a finalidade precípua de reintroduzir o egresso do sistema penitenciário no convívio social, depois de ter cumprido sua dívida perante a sociedade e, assim, continuar a viver socialmente.

Em relação às celas, a LEP determina em seu artigo 88, que “O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório”, sendo que a unidade celular deve ter como requisitos básicos: “salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à

existência humana” e “área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados)”. Nem em sonhos utópicos essas regras são cumpridas em todas as penitenciárias brasileiras⁴³, o que de fato comprova lesão ao princípio da dignidade da pessoa humana, entre tantos outros.

Aliás, a LEP, em seu artigo 64⁴⁴, traz quais as competências do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária –CNPCP/MJ, e que foram regulamentadas por este através da Resolução nº 14, de 1994, e nela contém ordens no sentido do que está sendo tratado aqui. Os presos pertencentes a categorias diversas devem ser alojados em diferentes estabelecimentos prisionais ou em suas seções, sempre obedecendo a algumas características, como sexo, idade, quantidade de pena, regime de execução etc (artigo 7º).

A Resolução também prevê que quando os dormitórios forem coletivos, os presos ocupantes devem ser cuidadosamente selecionados e considerados aptos a ficarem nesse tipo de alojamento, bem como terão uma cama individual com roupas, com higiene, saúde, condições de ventilação e calefação etc (artigos 8º e seguintes); a separação dos presos pelo tipo de prisão (provisório, por prisão civil etc).

A mencionada Resolução é linda de se ler, mas não é cumprida em praticamente sua integralidade, e essa conclusão pode ser obtida por qualquer pessoa, não precisa ser *expert* para tanto. Confirmam-se alguns dispositivos:

Art. 3º. É assegurado ao preso o respeito à sua individualidade, integridade física e dignidade pessoal.

Art. 7º. Presos pertencentes a categorias diversas devem ser alojados em diferentes

⁴³ De acordo com a CPI do Sistema Carcerário, as melhores unidades prisionais do país são das APACs de Minas Gerais, o presídio feminino Ana Maria do Couto May (Mato Grosso), o presídio da Papuda (Brasília), a Penitenciária de IPABA (Minas Gerais), o Centro de Detenção Provisória de São Luís, a Penitenciária de Segurança Máxima do Espírito Santo e Penitenciária Feminina de São Paulo, a Penitenciária Feminina do Rio de Janeiro, a Creche do Piauí, e o Presídio de Segurança Máxima de Presidente Bernardes – RDD.

⁴⁴ Art. 64. Ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, no exercício de suas atividades, em âmbito federal ou estadual, incumbe:

- I - propor diretrizes da política criminal quanto à prevenção do delito, administração da Justiça Criminal e execução das penas e das medidas de segurança;
- II - contribuir na elaboração de planos nacionais de desenvolvimento, sugerindo as metas e prioridades da política criminal e penitenciária;
- III - promover a avaliação periódica do sistema criminal para a sua adequação às necessidades do País;
- IV - estimular e promover a pesquisa criminológica;
- V - elaborar programa nacional penitenciário de formação e aperfeiçoamento do servidor;
- VI - estabelecer regras sobre a arquitetura e construção de estabelecimentos penais e casas de albergados;
- VII - estabelecer os critérios para a elaboração da estatística criminal;
- VIII - inspecionar e fiscalizar os estabelecimentos penais, bem assim informar-se, mediante relatórios do Conselho Penitenciário, requisições, visitas ou outros meios, acerca do desenvolvimento da execução penal nos Estados, Territórios e Distrito Federal, propondo às autoridades dela incumbida as medidas necessárias ao seu aprimoramento;
- IX - representar ao Juiz da execução ou à autoridade administrativa para instauração de sindicância ou procedimento administrativo, em caso de violação das normas referentes à execução penal;
- X - representar à autoridade competente para a interdição, no todo ou em parte, de estabelecimento penal.

estabelecimentos prisionais ou em suas seções, observadas características pessoais tais como: sexo, idade, situação judicial e legal, quantidade de pena a que foi condenado, regime de execução, natureza da prisão e o tratamento específico que lhe corresponda, atendendo ao princípio da individualização da pena.

§ 1º. As mulheres cumprirão pena em estabelecimentos próprios.

§ 2º. Serão asseguradas condições para que a presa possa permanecer com seus filhos durante o período de amamentação dos mesmos.

Art. 8º. Salvo razões especiais, os presos deverão ser alojados individualmente.

§ 1º. Quando da utilização de dormitórios coletivos, estes deverão ser ocupados por presos cuidadosamente selecionados e reconhecidos como aptos a serem alojados nessas condições.

§ 2º. O preso disporá de cama individual provida de roupas, mantidas e mudadas correta e regularmente, a fim de assegurar condições básicas de limpeza e conforto.

Art. 9º. Os locais destinados aos presos deverão satisfazer as exigências de higiene, de acordo com o clima, particularmente no que se refere à superfície mínima, volume de ar, calefação e ventilação.

Art. 10º O local onde os presos desenvolvam suas atividades deverá apresentar:

I – janelas amplas, dispostas de maneira a possibilitar circulação de ar fresco, haja ou não ventilação artificial, para que o preso possa ler e trabalhar com luz natural;

II – quando necessário, luz artificial suficiente, para que o preso possa trabalhar sem prejuízo da sua visão;

III – instalações sanitárias adequadas, para que o preso possa satisfazer suas necessidades naturais de forma higiênica e decente, preservada a sua privacidade.

IV – instalações condizentes, para que o preso possa tomar banho à temperatura adequada ao clima e com a frequência que exigem os princípios básicos de higiene.

Art. 12. As roupas fornecidas pelos estabelecimentos prisionais devem ser apropriadas às condições climáticas.

§ 1º. As roupas não deverão afetar a dignidade do preso.

§ 2º. Todas as roupas deverão estar limpas e mantidas em bom estado.

§ 3º. Em circunstâncias especiais, quando o preso se afastar do estabelecimento para fins autorizados, ser-lh-á permitido usar suas próprias roupas.

Art. 13. A administração do estabelecimento fornecerá água potável e alimentação aos presos.

Parágrafo Único – A alimentação será preparada de acordo com as normas de higiene e de dieta, controlada por nutricionista, devendo apresentar valor nutritivo suficiente para manutenção da saúde e do vigor físico do preso.

Art. 14. O preso que não se ocupar de tarefa ao ar livre deverá dispor de, pelo menos, uma hora ao dia para realização de exercícios físicos adequados ao banho de sol.

Art. 15. A assistência à saúde do preso, de caráter preventivo curativo, compreenderá atendimento médico, psicológico, farmacêutico e odontológico.

Art. 53. A classificação tem por finalidade:

I – separar os presos que, em razão de sua conduta e antecedentes penais e penitenciários, possam exercer influência nociva sobre os demais.

II – dividir os presos em grupos para orientar sua reinserção social;

Art. 54. Tão logo o condenado ingresse no estabelecimento prisional, deverá ser realizado exame de sua personalidade, estabelecendo-se programa de tratamento específico, com o propósito de promover a individualização da pena.

Art. 57. O futuro do preso, após o cumprimento da pena, será sempre levado em conta. Deve-se anima-lo no sentido de manter ou estabelecer relações com pessoas

ou órgãos externos que possam favorecer os interesses de sua família, assim como sua própria readaptação social.

Art. 58. Os órgãos oficiais, ou não, de apoio ao egresso devem:

I – proporcionar-lhe os documentos necessários, bem como, alimentação, vestuário e alojamento no período imediato à sua liberação, fornecendo-lhe, inclusive, ajuda de custo para transporte local;

II – ajuda-lo a reintegrar-se à vida em liberdade, em especial, contribuindo para sua colocação no mercado de trabalho. (BRASIL, 1994, p. 05)

É certo que tais regras não são cumpridas. Não se deve esquecer que o Brasil é signatário de algumas normas internacionais no mesmo sentido e também continua a descumpri-las, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴⁵, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁴⁶ e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos⁴⁷.

⁴⁵ Artigo V. Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

Artigo VI. Todo ser humano tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei.

Artigo VIII. Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

Artigo IX. Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.

⁴⁶Artigo 5. Direito à integridade pessoal

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

3. A pena não pode passar da pessoa do delinqüente.

4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.

5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento.

6. As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

⁴⁷Artigo 7.º. Ninguém poderá ser submetido a torturas, penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Em particular, ninguém será submetido sem o seu livre consentimento a experiências médicas ou científicas.

Artigo 9.º

1. Todo o indivíduo tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser submetido a detenção ou prisão arbitrárias. Ninguém poderá ser privado da sua liberdade, excepto pelos motivos fixados por lei e de acordo com os procedimentos nela estabelecidos.

2. Toda a pessoa detida será informada, no momento da sua detenção, das razões da mesma, e notificada, no mais breve prazo, da acusação contra ela formulada.

3. Toda a pessoa detida ou presa devido a uma infracção penal será presente, no mais breve prazo, a um juiz ou outro funcionário autorizado por lei para exercer funções judiciais, e terá direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade. A prisão preventiva não deve constituir regra geral, contudo, a liberdade deve estar condicionada por garantias que assegurem a comparência do acusado no acto de juízo ou em qualquer outro momento das diligências processuais, ou para a execução da sentença.

4. Toda a pessoa que seja privada de liberdade em virtude de detenção ou prisão tem direito a recorrer a um tribunal, a fim de que este se pronuncie, com a brevidade possível, sobre a legalidade da sua prisão e ordene a sua liberdade, se a prisão for ilegal.

5. Toda a pessoa que tenha sido detida ou presa ilegalmente tem o direito a obter uma indemnização.

Artigo 10.º

1. Toda a pessoa privada de liberdade será tratada humanamente e com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

2. a) Os arguidos ficam separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais e serão submetidos a um tratamento diferente, adequado à sua condição de pessoas não condenadas;

A população carcerária brasileira é uma das maiores do mundo e as más condições de grande parte dos presídios nacionais são flagrantes. Com a reiterada alimentação de criminalidade e violência, o que transformam as prisões em verdadeiras “escolas do crime”, e grandes índices de reincidência, o sistema é incapaz de promover a ressocialização dos presos. O Ministro Luís Roberto Barroso, no Voto proferido nos autos do RE nº 580.252/MS, faz observação sobre o tema:

4. Inevitavelmente, uma maior seriedade na aplicação do direito penal – e não necessariamente o seu endurecimento – exige o aporte de mais recursos para o sistema. É preciso deixar isso claro para que a sociedade participe do debate público sobre o tema e faça escolhas esclarecidas. Tomem-se dois exemplos. O primeiro: o senso comum considera leniente o sistema em que o preso, como regra, progride de regime após cumprir 1/6 (um sexto) da pena. Porém, mesmo nesse modelo, que realiza uma espécie de rodízio na permanência no cárcere, existe uma carência de mais de 200 mil vagas no sistema. Segundo exemplo: a falta de estabelecimentos para o cumprimento da pena nos regimes semiaberto e aberto leva, em muitos Estados, à prisão domiciliar. Tal modalidade de prisão, sem o monitoramento adequado, produz frustrante sensação de impunidade. Para solução de ambos os problemas, são necessários investimentos na construção de presídios e abertura de novas vagas.(BRASIL, 2015, p. 84)

Na verdade, o Julgador informa que existe uma natureza sistêmica do problema prisional no Brasil tratando-se de um problema estrutural, e traz dados para confirmar, fazendo-se relevante trazer esses dados ao presente trabalho, apesar de longos:

23. Diversos dados estatísticos e documentos oficiais comprovam a natureza estrutural da questão carcerária. O Novo Diagnóstico de Pessoas Presas, divulgado em junho de 2014 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), aponta que existem 563.526 presos, em prisões que só possuem capacidade para 357.219. O déficit de vagas chega, portanto, a 206.307. O número se torna ainda mais impressionante se complementado com dois outros dados: (i) há 147.937 pessoas em prisão domiciliar, na maioria dos casos, por falta de vagas nos regimes aberto e semiaberto; e (ii) há 373.991 mandados de prisão aguardando cumprimento. Mesmo com todas essas pessoas fora do sistema, o Brasil tem a quarta maior população carcerária do mundo, atrás apenas dos Estados Unidos, da China e da Rússia. Ainda, se computarmos os presos domiciliares, passamos a ocupar a terceira posição nesse ranking.

24. O relatório final da CPI do Sistema Carcerário, produzido pela Câmara dos Deputados em 2009 ¹, e os diversos relatórios de mutirões carcerários, promovidos pelo CNJ em todos os Estados desde 2008 ², apenas confirmam essas estatísticas. De acordo com tais documentos, nenhuma unidade da federação escapa do problema do déficit de vagas. Em grande parte dos presídios, há celas superlotadas, com pessoas amontoadas, dormindo em esquema de revezamento, em cima do vaso sanitário, no chão ou em redes afixadas nas paredes. E quando as celas não oferecem espaço suficiente, presos são alojados nos corredores, pátios e

b) Os arguidos menores ficam separados dos adultos e deverão ser levados a julgamento nos tribunais de justiça com a maior brevidade possível.

3. O regime penitenciário terá como finalidade o melhoramento e a readaptação social dos detidos. Os delinquentes menores estarão separados dos adultos e serão submetidos a um tratamento adequado à sua idade e condição jurídica.

até mesmo em contêineres de aço, semelhantes a jaulas de animais.

25. Os mesmos relatórios evidenciam que a dura realidade do sistema prisional vai muito além da superlotação. Ela envolve, em primeiro lugar, a precariedade das estruturas e instalações prisionais, que contam frequentemente com celas em péssimo estado de conservação, insalubres, fétidas, sem ventilação e iluminação adequadas e sem sistema de esgoto.

26. Além disso, há graves deficiências na prestação das assistências previstas na Lei de Execução Penal (LEP). A assistência material é absolutamente precária. Os presos muitas vezes não recebem uniformes, de modo que ficam seminus ou usam roupas levadas por parentes ou doadas por entidades de caridade. Em várias unidades, praticamente não há fornecimento de material de higiene básica, como escova de dente, sabonete, toalha e papel higiênico. Diversas mulheres sequer recebem absorventes íntimos, de modo que são forçadas a utilizar miolos de pão para conter o fluxo menstrual. A alimentação nos presídios é insuficiente e de péssima qualidade e o fornecimento de água é muito limitado. Vários internos comem com as próprias mãos ou têm suas refeições servidas em sacos plásticos. Há constantes denúncias de que a comida servida está estragada ou contém cabelos, baratas ou objetos misturados. Por falta de água, presos às vezes passam dias sem tomar banho. Cobertores chegam a ser usados para conter as fezes nos vasos sanitários localizados nas celas, já que, em muitos locais, a água para descarga é liberada uma única vez ao dia, independentemente de quantas vezes e quantas pessoas os utilizaram.

27. Na assistência à saúde, faltam profissionais, atendimento médico e medicamentos. Os presos são obrigados a conviver com dores, doenças e feridas, muitas vezes sem qualquer tratamento. Além da falta de profissionais de saúde, os presídios praticamente não possuem medicamentos em estoque. As assistências educacional e laboral também são falhas, sobretudo, pela falta de oportunidades. De acordo com o Departamento Penitenciário Nacional (Depen), apenas cerca de 10% dos presos estudam e pouco mais de 20% estão envolvidos em atividade laboral³. Os presos são, assim, condenados ao ócio, sendo esse um fator decisivo para os conflitos e revoltas nos presídios.

28. A situação da população prisional é ainda mais dramática. Em razão da má gestão dos presídios e do deficiente controle do Estado dentro das unidades, registram-se rotineiramente casos de violência física e sexual, homicídios, maus tratos, tortura e corrupção, praticados tanto pelos detentos, quanto pelos próprios agentes estatais. A inoperância do Estado também abre caminho para o crescimento do poder das facções criminosas, que passam a dominar os cárceres, a arregimentar novos integrantes e a comandar, do interior dos presídios, a prática de diversos crimes, contribuindo para o agravamento da violência urbana e da insegurança social. 29. Outro componente do caos carcerário é a desestruturação do sistema de justiça, com a falta de pessoal, graves deficiências de funcionamento nas varas de execução penal e carências no acesso à assistência jurídica pelos presos. Esses problemas dificultam o monitoramento do tempo para a obtenção de benefícios e favorecem a lentidão na tramitação de processos, promovendo atrasos significativos na concessão de benefícios penais, como a progressão de regime. Com isso, presos são muitas vezes mantidos nas cadeias além do prazo legal. É o que revela a ação dos Mutirões Carcerários, do CNJ. Desde o início do projeto, em 2008, até o final de 2013, os mutirões concederam mais de 78 mil benefícios e colocaram em liberdade pelo menos 41 mil detentos que já tinham cumprido integralmente a sua pena, mas permaneciam nos cárceres.

30. Ainda no âmbito do sistema de justiça, um dos principais fatores responsáveis pela superlotação em nossas cadeias é o uso excessivo e desproporcional da prisão provisória. De acordo com o diagnóstico do CNJ, os presos provisórios correspondem a 41% da população carcerária. São mais de 230 mil presos que se encontram encarcerados sem condenação definitiva. Muitas dessas prisões são, porém, indevidas. Estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) revelou que 37,2% dos réus que cumprem prisão provisória não são condenados à pena privativa de liberdade ao final do processo, mas absolvidos ou condenados a penas e medidas alternativas. Isso significa que o sistema prisional está sendo sobrecarregado com réus que simplesmente não deveriam estar presos.

31. Esse quadro constitui grave afronta à Constituição Federal, envolvendo a violação a diversos direitos fundamentais dos presos, como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a integridade física e moral (art. 5º, XLIX), a vedação à tortura e ao tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), a proibição de sanções cruéis (art. 5º, XLVII, “e”), a intimidade e a honra (art. 5º, X) e os direitos sociais à educação, saúde, alimentação, trabalho e moradia (art. 6º). Tal estado de coisas vulnera, ainda, a Lei de Execução Penal e diversos tratados internacionais sobre direitos humanos adotados pelo país, tais como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o Pacto de São José da Costa Rica e a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

(...)

35. Há um evidente paradoxo nesse cenário. A população tem uma sensação difusa de impunidade e de insegurança. Ainda assim, o país pune muito, com índices de encarceramento crescentes. Para que se tenha uma ideia, dentre os 50 países com maior população carcerária no mundo, o Brasil é o que apresentou o segundo maior aumento da taxa de pessoas presas entre 1995 e 2010, na ordem de 136%. O país, na verdade, prende muito, mas prende mal. Atualmente, a maior parte da população carcerária é formada por condenados por crimes contra o patrimônio cometidos sem violência ou grave ameaça, como furto e receptação (cerca de 18% dos presos ⁷), e por tráfico de entorpecentes (cerca de 26% da população total e mais de 60% das mulheres presas ⁸). Por outro lado, o percentual de pessoas presas por homicídio é baixíssimo, de menos de 12%, sendo que o índice de elucidação desse crime é ainda menor, de 5% a 8% dos casos ⁹.

36. As deficiências apontadas acima fazem com que o sistema penal brasileiro seja extremamente seletivo em relação à sua clientela preferencial. É por essa razão que, como já afirmei ¹⁰, no Brasil de hoje, é mais fácil prender um jovem de 18 anos que porta 100 gramas de maconha do que um agente político ou empresário que comete uma fraude milionária. As estatísticas comprovam que tais afirmações são algo mais do que uma simples pré-compreensão. Segundo o Depen ¹¹, quase 60% dos presos são negros ou pardos e o nível de escolaridade de aproximadamente 70% dos detentos não passa do ensino fundamental. Apenas 0,4% dos presos completou o ensino superior.

37. Não bastasse, a política de encarceramento em massa é extremamente onerosa aos cofres públicos. De acordo com informações do Depen ¹², mesmo nas condições precárias atuais, os Estados gastam, em média, cerca de R\$ 2 mil por mês para a manutenção de cada detento ¹³. Já o custo médio de construção de cada nova vaga é de R\$ 43.835,20, no regime fechado, e R\$ 24.165,19, no semiaberto. Dessa forma, para zerar o atual déficit de vagas, seria necessário investir mais de R\$ 10 bilhões somente na construção de presídios.

38. E o quadro tende a piorar. Se o país mantiver o atual ritmo de crescimento da população prisional, de cerca de 7% ao ano, será preciso construir mais 340 mil vagas até 2020, com um investimento adicional de R\$ 12 bilhões ¹⁴. Nessas condições, o Estado terá que destinar nos próximos anos cerca de R\$ 22 bilhões somente para fazer face à superlotação. Isso sem contar os mais de R\$ 680 milhões mensais que deverão ser gastos para a manutenção dos novos presos no sistema. (BRASIL, 2015, p. 85)

O CNJ tem elaborado documentos que são resultados de inspeções realizadas nos presídios de todos os Estados brasileiros e estão disponíveis para consulta em seu sítio de internet, que permite a qualquer um ter acesso ao caos que se instalou no sistema penitenciário brasileiro.

Não é por menos que o Brasil responde por vários processos propostos perante a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos em face de violação de direitos dos presos, como aconteceu com o caso conhecido como “Urso Branco”, entre outros.

Ora, o Ministro Ricardo Lewandowski, no Voto proferido no RE nº 592.581, traz dados fornecidos pelo Ministério da Justiça, através dos quais se denota:

Quero dizer que trago dados no meu voto, que distribuí - mas não vou ler, porque vou fazer aqui um resumo -, que, segundo informações hauridas no site do Ministério da Justiça, até junho de 2015, o Fundo Penitenciário havia arrecadado R\$ 2.324.710.885,64 (dois bilhões trezentos e vinte e quatro milhões, setecentos e dez mil oitocentos e oitenta e cinco reais e sessenta e quatro centavos). Esse dinheiro, pasmem as senhoras e os senhores, está contingenciado - não pode ser usado. Existe a previsão de que os entes federados podem celebrar convênios com a União para executar projetos, mas não há projetos, não há convênios. Essa verba não é utilizada; ou seja, não há vontade política para resolver este problema.(BRASIL, 2015, p. 93)

Portanto, a situação carcerária brasileira é caótica e era ainda pior antes do deferimento da decisão pelo STF. No entanto, enquanto não for proferida a sentença de mérito de forma estrutural, a exemplo do que ocorre em outros países, dificilmente o problema terá uma solução justa e será mantida a dignidade da pessoa humana de tantas vidas.

Acontece que este não é o único problema das prisões brasileiras. Como já mencionado, existe também o hiperencarceramento, em que a população em geral – e para chegar a esta conclusão, basta questionar qualquer pessoa nas ruas – entende que bandido deve ser preso, encarcerado e expurgado da sociedade para não conviver com os demais. E, se possível, que nunca mais volte ao convívio social. Acontece que esta não é a solução e isso tem sido comprovado na prática: a população carcerária aumenta a cada ano que passa, quando a intenção era prender e diminuir a prática de crimes. E pior: não sendo possível haver ressocialização dos presos, a situação fica ainda mais caótica, deturpando a função primordial da prisão, que seria a de ressocializar.

O Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN criou o INFOPEN⁴⁸, que é um sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro e, em seu sítio de internet, consta o último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, realizado entre janeiro e junho de 2016, atualizado em junho de 2016. Não existem dados mais recentes que estes elaborado pelo DEPEN.

Participaram da pesquisa 1.422 (mil, quatrocentas e vinte e duas) unidades prisionais brasileiras. Através deste levantamento⁴⁹, se verificou que, até junho de 2016, a população prisional brasileira era de 726.712 (setecentos e vinte e seis mil, setecentos e doze) presos,

⁴⁸ Pode ser acessado através do sítio <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/infopen>.

⁴⁹ Pode ser integralmente acessado através do sítio http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf.

sendo que destes, 689.510 (seiscentos e oitenta e nove mil, quinhentos e dez) estão vinculados ao sistema penitenciário; 36.765 (trinta e seis mil, setecentos e sessenta e cinco), às secretarias de segurança/carceragem de delegacias; e 437 (quatrocentas e trinta e sete), no sistema penitenciário federal. As vagas formais que existem são num total de 368.049 (trezentos e sessenta e oito mil e quarenta e nove), havendo, portanto, um déficit de 358.663 (trezentos e cinquenta e oito mil, seiscentos e sessenta e três) vagas, o que equivale a 197,4%, configurando a do Brasil como a terceira população carcerária do mundo. Os números que constam no Levantamento, de acordo com vários caracteres, são alarmantes e impressionantes.

O Conselho Nacional de Justiça também elaborou um Banco Nacional de Monitoramento de Prisões⁵⁰, que traz dados atualizados, de 2018, onde, segundo a Ministra Carmén Lúcia, então à frente do CNJ, após visitas a várias unidades prisionais, verificou-se que a maioria delas é marcada pela superlotação, instalações deterioradas, ausência de pessoal para atendimento dos presos, deficiência de gestão, carência de serviços impostos pela Lei de Execução Penal e descrição pelos detentos de movimentos e práticas consideradas incompatíveis com a ética pelos agentes responsáveis pelos custodiados.

Segundo informações do mesmo banco de dados, foram feitas ações coordenadas e foi realizado o projeto “Choque de Justiça”, no qual restaram analisados 92.292 (noventa e dois mil, duzentos e noventa e dois) processos envolvendo réus presos provisoriamente, e no projeto “Grau de Recurso”, no qual foram julgados mais de 54.700 (cinquenta e quatro mil e setecentos) processos de presos provisórios com recursos pendentes de apreciação em segunda instância.

Ainda segundo o mesmo banco de dados, existem, até 06 de agosto de 2018, 602.217 (seiscentos e duas mil, duzentas e dezessete) pessoas privadas de liberdade no país, sem a computação dos dados do Estado do Rio Grande do Sul, pois este não fez a implantação do sistema a tempo.

Na conclusão do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões, o CNJ informou que o Poder Judiciário irá aperfeiçoar suas práticas, e chegou a algumas conclusões, quais sejam:

- a) Controle da informação, pois não irá mais depender do Poder Executivo para gerir todas as informações relativas às pessoas presas, uma vez que o sistema permitirá a identificação de todos processos judiciais que dão lastro às prisões ou às ordens de prisão, vigentes, criando-se um banco de informações individualizados sobre todos os indiciados, acusados e condenados presos;

⁵⁰ Disponível em

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/987409aa856db291197e81ed314499fb.pdf>.

- b) Racionalidade, porque a implementação do sistema evitará retrabalho e tornará desnecessária a produção esparsa e frequente de relatórios sobre presos que muitas vezes tomam um precioso tempo das Secretarias;
- c) Agilidade, por estabelecer a padronização das rotinas relativas à expedição dos mandados de prisão, ordens de soltura e guias de recolhimento, garantindo maior agilidade no cumprimento das tarefas processuais;
- d) Planejamento, por produzir, de forma estatísticas que apontem com segurança, quem está preso, por que motivo está preso e qual a natureza da prisão, informações fundamentais para o planejamento das atividades do sistema de justiça criminal;
- e) Gestão adequada dos processos, permitindo a produção e envio de relatórios gerenciais aos juízes e Tribunais para auxiliá-los não apenas na tramitação de cada processo de sua Vara ou Seção Judiciária, mas na obtenção de informações gerais e estruturantes sobre as pessoas presas e procuradas em razão de seus processos e também auxiliar o magistrado a identificar de situações que merecem maior atenção, como, por exemplo o prazo das prisões;
- f) Integração, possibilitando que todo juízo tenha informação sobre pessoas presas e procuradas em caráter nacional.(BRASIL, 2015, p. 99)

Talvez a decretação do estado de coisas inconstitucional tenha possibilitado em engajamento do Poder Judiciário na causa, no entanto, isso não basta. É necessário que os demais Poderes e órgãos específicos participem, fazendo um diálogo institucional para que a situação seja resolvida ou mesmo aliviada nos próximos anos.

5.4 Existe uma forma de superação do estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro?

A intenção do presente trabalho é, ao final, trazer propostas para a superação do estado de coisas inconstitucional no país, detidamente em relação ao sistema prisional.

Como visto, o ECI já foi declarado em outros países e foi determinada a criação de um plano a ser concretizado a curto, médio e longo prazo, sempre contando com pactos de cooperação entre os mais diversos órgãos e Poderes responsáveis pelas políticas públicas relacionadas à matéria. Na Colômbia, a título de exemplo, a *Sentencia T – 762/2015*⁵¹, proferida pela Corte Constitucional Colombiana, supôs, para a superação do ECI no sistema penitenciário:

Anotado lo anterior, conviene precisar que el **proceso de superación del ECI** en lo que atañe al carácter masivo del desconocimiento de los derechos fundamentales **tendrá varias etapas**. La primera, será una fase inicial en la que las medidas de política pública empezarán su implementación; la segunda, una fase intermedia hacia la renovación de la política criminal; y la tercera, de solidificación de una política criminal articulada y eficiente; y, la cuarta, de superación del carácter masivo del compromiso de derechos.

⁵¹ Inteiro teor disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-762-15.htm>.

De todas las etapas del proceso de superación del carácter masivo del compromiso de los derechos fundamentales de la población carcelaria, la primera será la más compleja, en la medida en que la implementación de la política y sus resultados efectivos solo pueden vislumbrarse cuando un número amplio de reclusos vea satisfechos la totalidad de los derechos comprometidos con cada falla estructural.

La primera etapa se verificará hasta cuando el 60% de las personas recluidas del país vea satisfechos los mínimos que implica su estadía en la prisión, frente a cada uno de los problemas a los que se ha hecho alusión.

La segunda etapa, la intermedia, tiene por objetivo afianzar una perspectiva de derechos en la política criminal, reconocida ya desde la primera fase, de tal modo que las autoridades públicas, la sociedad civil y en especial quienes conforman el universo poblacional de las cárceles, reconozcan un imperativo en las garantías constitucionales de las personas privadas de libertad. Se hablará de una fase intermedia cuando el goce de derechos sea efectivo para entre el 61 y el 70% de la población privada de libertad en el país, frente a cada uno de los requisitos de su estancia en el establecimiento penitenciario.

La tercera etapa, será un momento de consolidación de una política criminal sistémica, que tenga afianzados los sistemas cíclicos de seguimiento, evaluación y retroalimentación de los procesos, de manera tal que una vez finiquitada pueda entenderse prospectivamente que el avance se logrará en forma continua y sostenida. Esta etapa se atravesará mientras la población privada de libertad vea satisfechos sus derechos entre el 71 y el 86% de los presos en el país.

Cuando la meta por cumplirse sea tan solo frente al 14% de la población privada de libertad, se agotará el carácter masivo de las afectaciones a los derechos fundamentales al interior del Sistema Penitenciario y Carcelario del país, debiéndose declarar superado el ECI. (COLOMBIA, 2015, p. 59)

É bem verdade que a questão naquele país ainda não foi superada. E no Brasil? Primeiramente, é de se analisar se a decisão proferida em sede de cautelar tem sido cumprida e tem solucionado, de alguma maneira, o problema. Relembrando: o PSOL ingressou com a ADPF nº 347, com pedido de cautelar, e sobre os seus oito pedidos foi decidido:

- a) determinar aos juízes e tribunais que realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de vinte e quatro horas do momento da prisão;
- b) determinar à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado;
- c) deferida a proposta do Ministro Barroso de concessão da cautelar de ofício para determinar à União e aos Estados, e especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem ao Supremo informações sobre a situação prisional em cada um deles.

Como visto também, os Ministros, ao longo do julgamento, consideraram várias lesões a direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana e a situação de tortura em que vivem os presos no país, enquanto que a decisão em sede de cautelar se limitou a

tratar sobre audiência de custódia e ao descontingenciamento das verbas do FUNPEN. No entanto, os demais pedidos cautelares, que tratavam efetivamente sobre o encarceramento, não foram deferidos. Decisão praticamente inócua, já que audiências de custódia já estavam sendo realizadas no país, e os autos até a presente data estão sem julgamento.

Então, o que de fato poderia ser feito para superação do ECI? Primeiramente, levando em conta todo o exposto, não há como superar este estado sem cooperação entre os poderes e órgãos estatais, devendo ser elaborada uma sentença de caráter estrutural – nos moldes das colombianas – e fim de superar qualquer bloqueio institucional e político que continue a agravar e a violar os direitos fundamentais de maneira massiva dos encarcerados, como vem ocorrendo. Além disso, a população deve ser chamada a participar do debate, através de audiências públicas a serem realizadas periodicamente, a fim de que, com o passar do tempo, seja possível modificar o entendimento tão enraizado de que “bandido bom é bandido morto” e que, finalmente, perceba-se que o mínimo vital deve ser garantido a todos, sem exceções. Em tais audiências devem também participar as autoridades públicas envolvidas, além de movimentos sociais e associações que tenham a matéria como foco.

Para tanto, as medidas a serem tomadas pelo Supremo a fim de que a questão seja solucionada ou ao menos amenizada, serão, através do julgamento de mérito:

- a) Declarar o ECI no sistema carcerário em face da flagrante e grave violação de direitos fundamentais dos encarcerados em decorrência de falhas estruturais ocorridas pelo hipercarceramento e superlotação que ocorre no sistema prisional brasileiro, e da omissão dos órgãos competentes na resolução do problema;
- b) Notificar a decisão que declarou o ECI ao Presidente da República, aos Ministros da Fazenda, da Justiça, do Planejamento, da Saúde, da Educação, do Trabalho, da Previdência Social; aos Governadores de Estado e Distrito Federal, bem como a seus Secretários de Segurança e Administração Penitenciária; aos Presidentes das Casas Legislativas (Câmara dos Deputados e Senado Federal), às Assembleias Legislativas dos Estados e Distrito Federal; a todos os Tribunais de Justiça Estaduais e Tribunais Regionais Federais, que deverão notificar a todos os Juízes, Desembargadores, Câmaras, Turmas e Varas, a fim de que todo o Poder Judiciário tenha notícia da decisão e a cumpra; ao Conselho Nacional de Justiça; ao Conselho Nacional do Ministério Público; ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e respectivas seccionais; ao Procurador Geral da República, ao Advogado-Geral da União; aos Procuradores Gerais de Justiça dos Estados e ao Ministério Público do Distrito Federal; às Defensorias Públicas da União e dos Estados; e a todas as entidades de defesa dos encarcerados;

c) Ordenar aos Ministérios da Justiça e do Planejamento, de forma conjunta com o Presidente da República e os Governadores de Estado e do Distrito Federal com suas Secretarias, que elaborem, no prazo máximo de três meses a contar da data da notificação da decisão, um plano de construção e reparação carcerária, a fim de que seja possibilitada a viabilização do sistema de progressão de regimes para cumprimento da pena, a fim de reduzir a população carcerária e fornecer condições de vida digna aos presos. Tais planos devem ser apresentados com cronogramas para as obras, com previsão de início e fim, bem como com planejamento orçamentário para tanto. Além disso, devem prever propostas e metas relacionadas à redução da superlotação dos presídios; à contenção e reversão do processo de hipercarceramento no país; a diminuição da quantidade de presos provisórios; a adequação das instalações e alojamentos das prisões aos parâmetros mínimos vigentes – principalmente no tocante ao espaço mínimo, lotação máxima, salubridade, higiene e saúde etc -; separação dos detentos em razão de critérios, como gênero e natureza do delito, por exemplo; garantia de assistência material, de segurança, alimentação adequada, acesso à justiça e outros; contratação e capacitação de pessoal para as instituições prisionais; eliminação de qualquer tipo de tortura, maus tratos e penalidades sem o devido processo legal em tais locais; adoção de providências para que seja proporcionado o tratamento adequado a grupos minoritários nas prisões, como mulheres e população LGBT;

c) Ordenar ao Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do CNJ que homologue os planos trazidos acima elencados;

d) Ordenar ao Conselho Nacional de Justiça, ao Conselho Nacional do Ministério Público e ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, bem como aos Ministérios Públicos Estaduais, e Conselhos Seccionais da OAB, que se manifestem sobre os planos trazidos pelas entidades determinadas no item anterior, sendo possível a participação da sociedade civil através de audiências públicas, inclusive das entidades que representam os encarcerados;

e) Ordenar ao Conselho Nacional de Justiça, ao Conselho Nacional do Ministério Público e ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil que acompanhem todo o planejamento do item anterior, informando periodicamente, de seis em seis meses, ao Relator da decisão no STF, qual o andamento dos projetos e seu cumprimento;

f) Ordenar ao Presidente da República e aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, que incentivem políticas de prevenção do crime e realizem campanhas institucionais de conscientização da população sobre as condições dos presídios brasileiros e seu impacto negativo sobre o aumento da violência e a segurança pública;

- g) Ordenar ao Ministro da Justiça que determine, para cada órgão competente, enquanto não forem colocados em prática os planos acima referidos, que, utilizando-se das verbas do FUNPEN a serem liberadas com autorização do STF de forma equitativa entre os Estados, promova condições dignas aos detentos que possam ser concedidas de forma imediata, como alimentação, vestimentas e ventilação das celas;
- h) Ordenar ao Ministro da Justiça, ao Conselho Nacional de Justiça, aos Tribunais de Justiça Estaduais e Tribunais Regionais Federais, bem como às Defensorias Públicas da União e dos Estados e ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e Seccionais, que promovam mutirões carcerários para localizar detentos que já cumpriram pena e continuam reclusos;
- i) Ordenar ao Ministério da Justiça que, junto aos órgãos competentes, determine a separação dos presos de forma imediata de acordo com sexo, idade, natureza do delito e da pena;
- j) Ordenar ao Ministro da Saúde e Secretários Estaduais de Saúde, que promovam e coordenem ações de saúde nos presídios, de natureza médica, odontológica, psicológica e medicamentosa;
- k) Ordenar ao Ministro da Educação e Secretários Estaduais de Educação, que promovam e coordenem ações que assegurem a assistência educacional de todos os níveis – fundamental, médio e profissionalizante, assim como o superior, aos detentos, com finalidade ressocializadora;
- l) Ordenar ao Ministro do Trabalho e Emprego, assim como aos Secretários Estaduais que cuidam de tal pauta, que promovam e coordenem ações e programas com treinamentos e trabalhos para que se possibilite aos detentos o acesso ao trabalho após a sua saída do sistema prisional;
- m) Ordenar às Defensorias Públicas da União e dos Estados que ofereçam assistência jurídica adequada aos presos;
- n) Ordenar aos Governadores de Estados e do Distrito Federal que promovam concurso público para admissão de agentes penitenciários e treinamento dos que já existem;
- o) Determinar a todos os órgãos e entidades acima que apresentem relatórios das medidas que estão sendo tomadas a cada seis meses, ao Relator da decisão no STF, bem como ao Conselho Nacional de Justiça e ao Procurador Geral da República;
- p) Determinar ao Conselho Nacional de Justiça que realize audiências públicas periódicas, televisionadas para o acompanhamento de toda a população, com o envolvimento de todas as entidades aqui mencionadas, para que apresentem resultados, além de oferecer às organizações que representam a população carcerária, oportunidades para que participem de

maneira efetiva na solução do problema.

Toda a decisão deve ser monitorada, a fim de que as falhas encontradas em possíveis soluções ao problema sejam reavaliadas e modificadas, sempre com a determinação de novos prazos para o redesenho das novas soluções, contando com a participação da sociedade civil.

É bem verdade que o compromisso significativo que tem base na África do Sul, como já demonstrado, seria um mecanismo interessante de resolução do problema, e mais democrático, preservando a possibilidade de as decisões serem tomadas de forma conjunta por todos os participantes, pelos representantes do Estado e pelas pessoas efetivamente afetadas pela ação ou omissão estatal na implementação da política pública. No entanto, é bem possível que ele somente tivesse sucesso quando a população brasileira modificasse o seu pensamento sobre a situação carcerária enfrentada pelo país.

Com tudo isso, percebe-se que resta preservado o princípio da separação dos poderes, mantendo-se o espaço de discricionariedade administrativa em relação às políticas a serem implementadas, e garante-se, ainda, o respeito ao princípio democrático, com a abertura da discussão à participação popular através de audiências públicas.

Ainda em relação à possível cooperação entre os mais diversos órgãos estatais, veja-se que está, pacientemente, ingressando no Brasil, através da Notícia veiculada pelo sítio do Supremo Tribunal Federal em 27/11/2018⁵²:

Ministro Dias Toffoli assina acordo inédito de cooperação técnica internacional para enfrentamento da crise carcerária

O acordo foi assinado pelos ministros Dias Toffoli, Marcos Bezerra Abbott Galvão (interino das Relações Exteriores) e pelo diretor regional do Pnud para América Latina e Caribe, Luís Felipe López-Calva e foi possível graças aos termos de execução descentralizada de recursos firmados pelo CNJ com o Ministério da Segurança Pública

Foi firmado nesta terça-feira (27), no Supremo Tribunal Federal (STF), acordo de cooperação técnica internacional entre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Ministério das Relações Exteriores (MRE) e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud) para aprimoramento das políticas de alternativas penais e monitoração eletrônica, bem como o aperfeiçoamento do cumprimento de medidas socioeducativas em meio aberto. O acordo também irá permitir a implementação nacional do Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU), criado pelo CNJ a partir de sistema desenvolvido pela Justiça estadual do Paraná.

O documento foi assinado pelo presidente do STF e CNJ, ministro Dias Toffoli, pelo ministro interino das Relações Exteriores, Marcos Bezerra Abbott Galvão, e pelo diretor regional do Pnud para América Latina e Caribe, Luís Felipe López-Calva. O ministro da Segurança Pública, Raul Jungmann, e o corregedor-nacional de Justiça, ministro Humberto Martins, também participaram da solenidade.

⁵² Disponível em: portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=396918.

Esta é uma parceria inédita para o Poder Judiciário brasileiro, por ter alcance nacional. O acordo assinado hoje decorre dos termos de execução descentralizada firmados pelo CNJ com o Ministério da Segurança Pública, que estão permitindo a transferência de recursos ao Conselho para ações específicas para reduzir a superlotação carcerária, como o incremento na adoção de penas alternativas, o investimento em centrais de monitoramento de tornozeleiras eletrônicas, a implantação do Sistema Eletrônico de Execução Unificado em todo o País e a identificação biométrica de detentos. Para o ministro Dias Toffoli, a parceria com o Pnud fará com que o CNJ fortaleça as suas ações institucionais junto a cada tribunal do País, que terão mais capacidade para realizar e executar projetos, monitorados pelo Conselho.

“Não é de hoje que sabemos e repetimos que o número de pessoas presas cresce a cada dia, em número acelerado, sem que isso represente uma redução da violência ou da criminalidade. As cadeias estão superlotadas, são espaços degradantes, sem oferta de condições mínimas de dignidade, sem educação e trabalho. A reincidência é recorrente e as penitenciárias acabam por funcionar como resultado final no aumento e reprodução de violência. A partir da assinatura deste acordo, o Conselho Nacional de Justiça, mais uma vez, entra em campo com ações concretas para transformar essa realidade. O Poder Judiciário, através do CNJ, está fazendo a sua parte, contribuindo, no limite de sua ação institucional, com iniciativas para resolver esse dramático problema”, afirmou Toffoli.

De acordo com o ministro, algumas ações já estão em curso. O Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU) está sendo implantado hoje (27) no Tribunal de Justiça do Espírito Santo (TJ-ES) e, na semana que, será a vez do TJ da Bahia. “Não queremos mais processos em papel, não queremos que pessoas presas fiquem esquecidas dentro de prisões, já com penas cumpridas, pela simples razão de não existir um sistema informatizado capaz de emitir ‘alertas’ para essa situação”, disse o ministro Toffoli. Segundo ele, os mutirões carcerários que marcaram a gestão do ministro Gilmar Mendes no CNJ serão revitalizados com o Sistema Eletrônico de Execução Unificado. “Os mutirões agora serão eletrônicos e seletivos. Através deles, a intenção é alcançar o maior número de beneficiados”, explicou.

Além dos mutirões, o CNJ buscará minimizar os efeitos da superlotação carcerária por meio de três ações específicas: apoio aos estados na implementação das centrais de alternativas penais e das centrais de monitoramento eletrônico; expansão e qualificação das audiências de custódia; e implantação da “Central de Vagas” nos tribunais para controle das portas de entrada e saída do sistema carcerário, garantindo ocupação mais racional dos espaços prisionais. “Essas três ações trazem alento a um quadro que o STF definiu como ‘estado de coisas inconstitucional’. São medidas pragmáticas para enfrentarmos a crise prisional que assola o País”, afirmou o ministro Dias Toffoli.

Pnud/ONU

Para o diretor do Pnud, a parceria com o Poder Judiciário representa um avanço do Brasil no cumprimento da Agenda 20-30, um acordo alcançado entre os países-membros do sistema ONU que estabelece metas e aspirações a serem alcançadas pelos países, especialmente no Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 16, que propõe melhor governança e acesso à Justiça. “O Pnud orgulha-se em poder colaborar com o Conselho Nacional de Justiça neste projeto de cooperação técnica e em participar do desenvolvimento conjunto de resultados destinados a fortalecer o sistema prisional e sua gestão no Brasil. Agradeço ao ministro Dias Toffoli pela confiança depositada no trabalho do Pnud e quero externar nosso pleno empenho e compromisso na consecução dos melhores resultados nessa cooperação”, afirmou López-Calva.

Relações Exteriores

O ministro interino das Relações Exteriores destacou a importância da cooperação com organismos internacionais na área de segurança pública para o enfrentamento

do grave problema da segurança pública, que recebeu expressa previsão na Agenda 20-30 para o desenvolvimento sustentável, que reconhece “a necessidade de se construir sociedades pacíficas, justas e inclusivas, que ofereçam igualdade de acesso à Justiça e que sejam baseadas no respeito aos direitos humanos, incluído o direito ao desenvolvimento, em um efetivo Estado de Direito e boa governança e em todos os níveis e instituições transparentes, eficazes e responsáveis”. Abbott Galvão afirmou que a segurança pública é uma das principais demandas da sociedade brasileira e a política externa cada vez mais tem se ocupado do tema.

“Além do apoio ao governo brasileiro na prossecução do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 16, a parceria que aqui se formaliza com o Pnud contribui para a consolidação da posição do Conselho Nacional de Justiça como protagonista na superação das adversidades do sistema prisional e socioeducativo. Sinergias entre todos os níveis de governo serão necessárias para o enfrentamento da realidade desafiadora que a atual situação do sistema prisional brasileiro demanda”, afirmou o ministro Galvão. (BRASIL, 2018, p. 01)

E, há mais, em notícia veiculada em 06/12/2018:

Acordo entre STF e DPU viabiliza acompanhamento a mais de 3 mil cartas de presos sem condições econômicas

“Esse acordo gerará uma prestação e uma assistência melhor, principalmente àquelas pessoas mais desvalidas, despossuídas de cidadania e, em grande parte, despossuídas de sua própria liberdade ou de alguém a quem se socorrer”, afirmou Dias Toffoli.
06/12/2018 19h50

O Supremo Tribunal Federal (STF) e a Defensoria Pública da União (DPU) firmaram nesta quinta-feira (6) acordo de cooperação técnica para acelerar a resposta a cartas encaminhadas à Central do Cidadão do STF por presos sem condições econômicas. O presidente do STF, ministro Dias Toffoli, afirmou que o compromisso fortalece o relacionamento interinstitucional entre o STF e a DPU e cria um canal de comunicação direta, rápida e eficiente com a DPU, para que sejam tomadas as providências processuais e extrajudiciais pertinentes em cada caso.

“Esse acordo gerará demandas para a Defensoria, mas gerará uma prestação e uma assistência melhor, principalmente àquelas pessoas mais desvalidas, despossuídas de cidadania e, em grande parte, despossuídas de sua própria liberdade ou de alguém a quem se socorrer”, afirmou Dias Toffoli.

O defensor-geral público, Gabriel Faria Oliveira, afirmou que, a partir deste termo, a DPU assume um de seus papéis, que é tentar viabilizar a necessidade de cidadãos hipossuficientes que escrevem ao STF em busca da concretização de seus direitos. “Vamos dar a melhor qualificação técnica a essas cartas, para que elas possam chegar ao STF na forma de petições formuladas por defensores públicos, ou serem encaminhadas a outras instâncias para análise”, explicou.

O STF recebe, em média, 3.150 cartas de cidadãos em busca de revisão de processos criminais, benefícios penais, informações processuais ou de providências correlatas, mas a maior parte está relacionada a questões referentes a outras instâncias ou, até mesmo, órgãos de assistência social. Das correspondências recebidas pela Central do Cidadão, 250 em média correspondem a pedidos de Habeas Corpus, mas apenas 10% deles são de competência do Tribunal. Até então, as cartas eram analisadas para serem encaminhadas aos tribunais e instâncias cabíveis. A partir de agora, a DPU examinará cada caso e encaminhará o pedido à instância correta, seja ela judicial ou extrajudicial.

Um dos responsáveis pela concretização dessa iniciativa, o assessor-chefe processual da Presidência do STF, André Nogueira dos Santos, explica que o acordo

de cooperação técnica permitirá um melhor direcionamento das cartas recebidas pelo Tribunal. Segundo ele, o objetivo da parceria com a DPU é proporcionar uma prestação jurisdicional mais célere à sociedade, além de garantir orientação jurídica integral e gratuita aos necessitados.

“Esse acordo fará com que a Defensoria Pública alcance um número maior de pessoas que dependem e precisam de um defensor público para auxiliá-las em questões judiciais”, ressaltou. Conforme o assessor, a assinatura do documento irá conferir maior efetividade aos preceitos fundamentais, tendo em vista que o acesso à Justiça se tornará mais abrangente e facilitado.

A juíza instrutora do gabinete da Presidência do STF, Gianne de Freitas Andrade, também participa do processo de tratamento das cartas. De acordo com ela, além de dar mais efetividade à prestação jurisdicional e proporcionar atendimento adequado aos cidadãos que procuram o STF, o acordo de cooperação técnica estreitará a relação entre Poder Judiciário e Defensoria Pública, fortalecendo ambas as instituições.

“A meu ver, tão importante quanto a prestação jurisdicional com qualidade e eficiência é a sensibilidade no tratamento dos pleitos encaminhados à Corte”, ressaltou. Para a juíza, as cartas contêm pedidos de toda ordem e representam, muitas vezes, a última esperança de cidadãos com pouco ou nenhum acesso à informação e à advocacia, privada ou pública, funções essas essenciais à justiça. “Com o acordo, o atendimento a esses cidadãos será individualizado e mais efetivo”, avalia a juíza.

Temas

As correspondências chegam à Central do Cidadão do STF pelos Correios ou por formulário eletrônico. Muitas delas dizem respeito a benefícios previdenciários, saúde (solicitação de remédio de alto custo, tratamento médico e cirurgia), educação (pedidos de doação de livros e exemplares da Constituição Federal) e solicitações de informações por estudantes. As cartas também apresentam manifestações da sociedade sobre processos em trâmite ou já julgados pela Corte, pedidos de prioridade na pauta de julgamentos, solicitação de celeridade para a análise de recursos extraordinários com repercussão geral, além de moções de assembleias legislativas e câmaras municipais. Recentemente, as demandas mais frequentes estão ligadas à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442, que discute a descriminalização do aborto.

Questões penais também são discutidas nas correspondências e referem-se a pedidos de liberdade, revisões penais, progressões do regime de cumprimento de pena, assistência jurídica, informações processuais e auxílio reclusão (benefício previsto na Lei de Execução Penal – LEP). A maioria das cartas recebidas na Central do Cidadão do STF são provenientes dos Estados de São Paulo e de Minas Gerais, onde estão localizadas as maiores populações carcerárias do país.

Manuscritas

Quase a totalidade das correspondências dos presos são manuscritas. Segundo o gerente da Central do Cidadão, Jean Soares, o Supremo já recebeu alguns pedidos de habeas corpus escritos em sacos de pão, guardanapo e papel higiênico, casos em que a área confere o mesmo tratamento das demais correspondências, dando o encaminhamento necessário às solicitações. Jean conta que, no momento em que são recebidas pela Central do Cidadão, as cartas passam por uma triagem, são registradas e, por fim, encaminhadas. A Central remete um ofício para a ouvidoria do órgão competente ou, no caso do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP), para a unidade de atendimento ao preso. Atualmente, o tempo de resposta quanto ao tratamento dado às demandas é de 1 dia útil. (BRASIL, 2018, p. 02)

Sendo assim, mesmo a passos lentos, o Judiciário brasileiro vem galgando melhoras no sistema carcerário, no entanto, a situação somente melhorará quando finalmente a ADPF

nº 347 for definitivamente julgada e forem adotadas soluções cooperativas e/ou com base no compromisso significativo. Portanto, até mesmo pactos entre os entes e pactos federativos podem ser a chave à resolução de problemas estruturais existentes no país.

Não custa lembrar que tramitava, perante o Senado Federal, o Projeto de Lei inovador de nº 736, de 2015, de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares, do PSB/SE, que tem por fim alterar as Leis nºs 9.882/99 e 13.105/2015, para estabelecer termos e limites ao exercício do controle concentrado e difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, para dispor sobre o estado de coisas inconstitucional e o compromisso significativo. Acontece que, em 27/12/2018, a proposta foi arquivada em face do final da legislatura, nos termos do artigo 332⁵³ do Regimento Interno daquela Casa Legislativa. Aliás, registre-se que houve consulta pública⁵⁴ realizada pelo sítio de internet do Senado Federal, em que votaram oito pessoas no total, seis a favor e duas contra a aprovação do Projeto de Lei.

Seria interessantíssima a adoção do compromisso significativo no Brasil, com a finalidade de equilibrar a intervenção do Judiciário nos outros Poderes e, conseqüentemente, construir decisões que implementassem políticas públicas para concretizar os direitos fundamentais garantidos constitucionalmente através de uma diálogo e cooperação entre os poderes e, desta feita, sanar a falta estrutural estatal.

⁵³ Art. 332. Ao final da legislatura serão arquivadas todas as proposições em tramitação no Senado, exceto:

I - as originárias da Câmara ou por ela revisadas;

II - as de autoria de Senadores que permaneçam no exercício de mandato ou que tenham sido reeleitos;

III - as apresentadas por Senadores no último ano de mandato;

IV - as com parecer favorável das comissões;

V - as que tratem de matéria de competência exclusiva do Congresso Nacional (Const., art. 49);

VI - as que tratem de matéria de competência privativa do Senado Federal (Const., art. 52);

VII - pedido de sustação de processo contra Senador em andamento no Supremo Tribunal Federal (Const., art. 53, §§ 3º e 4º, EC nº 35/2001).

§ 1º Em qualquer das hipóteses dos incisos do caput, será automaticamente arquivada a proposição que se encontre em tramitação há duas legislaturas, salvo se requerida a continuidade de sua tramitação por 1/3 (um terço) dos Senadores, até 60 (sessenta) dias após o início da primeira sessão legislativa da legislatura seguinte ao arquivamento, e aprovado o seu desarquivamento pelo Plenário do Senado.

§ 2º Na hipótese do § 1º, se a proposição desarquivada não tiver a sua tramitação concluída, nessa legislatura, será, ao final dela, arquivada definitivamente.

⁵⁴ Disponível através do sítio <https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaomateria?id=124010>.

6 CONCLUSÕES

O conceito das omissões inconstitucionais cometidas pelo poder público, como analisado no decorrer deste trabalho, deve ser ampliado, a fim de que sejam incluídas não apenas omissões normativas ou legislativas, mas também as relacionadas a obstáculos à máxima efetivação dos direitos fundamentais e sociais. Por isso, algumas vezes, é necessária a intervenção do Judiciário para que os demais Poderes implementem o que está previsto na Constituição Federal.

Em face de tudo o que foi investigado no presente trabalho, é possível verificar que a técnica decisória do estado de coisas inconstitucional se adequa à ordem jurídica brasileira. Quando forem efetivamente verificados os seus quatro elementos caracterizadores, o que deve ser feito com muita cautela e cuidado, pode-se considerar declarado um ECI.

Como visto, os provimentos estruturais são elementos essenciais na incorporação do estado de coisas inconstitucional no país, derivada do caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, advindo da Suprema Corte americana em 1954, e também já aplicada em casos concretos na Índia. Apesar disso, a nomenclatura ECI foi criada pela Corte Constitucional Colombiana, que tratou de sistematizá-lo pela primeira vez, fixando os pressupostos para a sua configuração e aplicação.

Os casos julgados em sede de ECI pela CCC demonstram a evolução e o progresso desta Corte ativista na sistematização das condutas a serem tomadas para a superação daquele. A princípio, as determinações da Corte eram tímidas, o que foi sendo modificado com o tempo, já que é estritamente necessário que o país consiga superar o ECI para, assim deixar de ter direitos fundamentais violados, até que, através da *Sentencia* nº T-025/2004, a Corte passou a tomar posicionamentos mais firmes e a acompanhar de perto a solução do problema.

Como analisado no decorrer do presente trabalho, a realidade prisional brasileira tornou-se um problema generalizado, pois engloba todas as localidades do país, além de ser complexo e estrutural, fruto de omissões sérias de políticas públicas. Tem como principais causas a superlotação carcerária, que afeta diretamente outros problemas, como a falta de higiene, saúde e privacidade dos detentos, além do hiperencarceramento e as deficiências no funcionamento e na estruturação das unidades prisionais.

O Supremo Tribunal Federal, apesar de haver concedido em parte a medida cautelar requerida pelo PSOL na ADPF nº 347, foi bastante tímido, limitando-se a praticamente determinar a realização de audiências de custódia – que já estavam sendo realizadas, não configurando uma verdadeira inovação – e a autorizar o levantamento de valores contidos no FUNPEN. No entanto, tais soluções estão longe de resolver o problema.

Ao Poder Judiciário não caberá substituir o legislador ou o gestor; no entanto, em face de uma omissão ou inação, concede-se a ele um papel relevante na efetivação dos direitos fundamentais, o que será feito através de uma postura ativista. A bem da verdade, o não atendimento de necessidades coletivas pelos poderes competentes acaba por autorizar uma atuação do Judiciário no sentido de efetivar a proteção dos direitos fundamentais, fazendo com que se saia da situação de inércia ou insuficiência dos demais Poderes em efetivar os direitos constitucionalmente garantidos.

A atuação do Supremo, ao proferir sentenças estruturais, como visto, não configura usurpação das competências legislativas e administrativas, vez que está atuando – ainda – como órgão julgador, confiando aos demais atores políticos competentes – os demais Poderes e órgãos, entidades etc – a formulação e execução de políticas públicas, não atuando o STF neste ponto específico.

Além disso, o princípio democrático continua sendo obedecido com a conduta tomada pelo STF, no momento em que são abertos canais dialógicos para que haja inclusive a participação popular, o que traz segurança na prática das políticas públicas a serem implementadas, diante da possibilidade de vários atores participarem de tais canais, o que poderia ser possível, por exemplo, através de audiências públicas, bem como através do monitoramento do cumprimento da decisão estrutural levada a cabo pelo Supremo e até mesmo – quem sabe em casos futuros -, a adoção de compromissos significativos pelo Brasil.

Sendo assim, o Judiciário não ultrapassa suas competências: a sua decisão não deve ser sobreposta ao Executivo e determinar como deve ser feito, pois este é que deve apresentar o seu plano para reforma ou do presídio, ou do sistema estadual, fazer um diagnóstico, um plano, um cronograma, uma estimativa de custos etc, restando ao Judiciário apenas o monitoramento da solução dada pelo Executivo.

Diante disso, no final do último capítulo, foram introduzidas sugestões de como o STF poderia julgar o mérito da demanda, julgando-a procedente e determinando a elaboração de planos de atuação coordenada entre os diversos órgãos políticos – cada um em sua esfera de competência -, com vistas a solucionar a crise carcerária pela qual passa o país. Não é um problema fácil de ser resolvido nem que possui um plano certo, infalível e corriqueiro a ser seguido: deve ser implementado um conjunto completo e planejado de medidas e soluções a serem trazidas a curto e longo prazo pelos diversos órgãos responsáveis. Não é uma solução que ocorrerá do dia para a noite, ao contrário, vai demandar bastante tempo.

Por isso, a técnica decisória do ECI representa um grande avanço na superação do vácuo existente entre a Constituição e a realidade constitucional e busca-se, com isso, resolver

os problemas sociais brasileiros através de uma profunda reforma organizacional, e de uma democracia participativa, democrática, dialógica e cooperativa.

Por todo o exposto, para que haja a incorporação da teoria da separação dos poderes de Montesquieu, é necessária a cooperação prevista na CF/88, que precisa ser plena a fim de que sejam superados os problemas estruturais. Como afirmado, a cooperação entre os poderes, o compromisso significativo e os pactos federativos podem ser a resposta, com a finalidade de auxiliar na superação do bloqueio institucional com fins de e promover o constitucionalismo dialógico entre as instituições, momento em que as respostas dos problemas serão pensadas de forma macro, minimalista e especializada diminuindo inclusive qualquer tipo de efeito *backlash*.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.
- ALEXY, Robert. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios**. Perú: Universidad Externado de Colombia, 2009.
- ALAMILLO, Javier Ruipérez. **La necesidad de constitucionalizar como “fundamentales” algunos derechos atinentes a la dignidad de pa persona: el derecho a una vivienda digna**. Santiago de Compostela: Andavira Editora, S. L., 2017.
- ALVES, Clara da Mora Santos Pimenta. **Mutação constitucional na era do Ativismo: o caso da “objetivação” do controle difuso de constitucionalidade e suas implicações para a democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: QuartierLatin, 2010.
- ANDRADE, Fernando Gomes de. **Direitos Sociais e Concretização Judicial: Limites e Possibilidades**. Recife: Nosa Livraria, 2008.
- ANDRADE, Roberta Rabelo Maia Costa. Do ativismo judicial à autocontenção. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3959, maio 2014. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/27734>. Acesso em: 2 jun. 2014.
- ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. **Estado de coisas inconstitucional no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- ARAÚJO, Luis Henrique Diniz. **O ativismo judicial e seus limites**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.
- ARIZA, Libardo José. The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia. *In: MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the Global South: The activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia***. United States of America: Cambridge University Press, 2013.
- ASPATWAR, Menaka Guruswamy. Access to Justice in India: The Jurisprudence (and Self-Perception) of the Supreme Court. *In: MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the Global South: The activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia***. United States of America: Cambridge University Press, 2013.
- BALDINI, Vincenzo. **La concretizzazione dei diritti fondamentali: Tra limiti del diritto positivo e sviluppi della giurisprudenza costituzionale e di merito**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2015.
- BALKIN, Jack M., **Framework Originalism and the Living Constitution** (October 23, 2008). Northwestern University Law Review, 2009. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1290869>. Acesso em: 18 dez. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 5. ed. amp. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e intérpretes**: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BAZÁN, Víctor (coord.). **Justicia constitucional y derechos fundamentales**: laprotección de losderechossociales / Las sentencias estructurales. Nº 5. Colombia: Unión Gráfica, 2015.

BAZÁN, Víctor. Un intento de aporte, fundamentalmente en clave de derecho internacional de losderechos humanos, al documento de Casal sobre “La garantía constitucional de losderechossociales: progresos y dificultadeso zonas de tensión”. *In*: BAZÁN, Víctor (coord.). **Justicia constitucional y derechos fundamentales**: laprotección de losderechossociales / Las sentencias estructurales. Nº 5. Colombia: Unión Gráfica, 2015.

BAZÁN, Víctor; FUCHS, Marie-Christine. **Justicia constitucional y derechosfundamentales**: Justicia y Política en América Latina.Nº 6. Colombia: Editorial Nomos, 2018.

BILCHITZ, David. Constitutionalism, the Global South, andEconomic Justice. *In* MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitucionalismofthe Global South**: The activistTribunalsofIndia, South Africa, andColombia. United StatesofAmerica: Cambridge University Press, 2013.

BIN, Roberto; PITRUZZELLA, Giovanni. **DirittoCostituzionale**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2016.

BITENCOURT NETO, Eurico. **Mandado de Injunção na tutela dos direitos sociais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2009.

BOBBIO, Roberto. **Direito e poder**. São Paulo: Editora UNESP, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (coordenadores). **Princípio da Legalidade**: Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia**.Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário**. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. Disponível em: <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>. Acesso em: 30 nov. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0**: Cadastro Nacional de Presos. Brasília, agosto de 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/987409aa856db291197e81ed314499fb.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária - CNPCP. **Resolução nº 14, de 11 de novembro de 1994**. Disponível em: <http://www.crsp.org.br/interjustica/pdfs/regras-minimas-para-tratamento-dos-presos-no-brasil.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2018.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 30 nov. 2018.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 30 nov. 2018.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 30 nov. 2018.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 30 nov. 2018.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em: 30 nov. 2018.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em: 30 nov. 2018.

BRASIL. Constituição (1969). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm. Acesso em: 30 nov. 2018.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 set. 2016.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal)**. Brasília: DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em: 15 out. 2018.

BRASIL. **II Pacto Republicano de Estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo**. Brasília: DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/IIpacto.htm. Acesso em: 17 dez. 2018.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 736, de 2015**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124010/pdf>. Acesso em: 30 set. 2018.

BRASIL. Senado Federal. **Regimento Interno**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/documents/12427/45868/RISFCompilado.pdf/cd5769c8-46c5-4c8a-9af7-99be436b89c4>. Acesso em: 30 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 2.010 de 12 de abril de 2002**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1764331>. Acesso em: 10 jun 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 5.356, de 1º de agosto de 2017**, Brasília, DF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312309378&ext=.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 580.252, de 11 de setembro de 2017**, Brasília, DF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312692053&ext=.pdf>. Acesso em: 26 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 592.581, de 1º de fevereiro de 2016**, Brasília, DF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308563123&ext=.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 641.320, de 1º de agosto de 2016**, Brasília, DF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310034651&ext=.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 347 de 19 de fevereiro de 2016**, Brasília, DF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2016.

BREWER-CARIAS, Allan. **Constitutional Courts as positive legislators: A comparative Law Study**. New York: Cambridge University Press, 2013.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

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

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CARAVITA, Beniamino. **La giustiziacostituzionale in trasformazione**: la Corte costituzionaletragiudice dei diritti e giudice dei conflitti. Napoli: Jovene Editore, 2012.

CARPIZO, Jorge. Tendenciasactualesdel constitucionalismo latinoamericano. **Revista Derechodel Estado**. v. 23, n. 1, p. 7-36. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/466/445>. Acesso em: 30 nov. 2018.

CARVALHO, Guilherme Augusto Alves. **A aplicabilidade do estado de coisas inconstitucional à ordem jurídica brasileira**: entre a máxima efetividade dos direitos fundamentais e a separação de poderes. Monografia. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/18606/6/AplicabilidadeEstadoCoisas.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2017.

CASAL, Jesús M. La garantía constitucional de losderechossociales: progresos y dificultadeseso zonas de tensión. *In*: BAZÁN, Víctor (coord.). **Justicia constitucional y derechosfundamentales**: laprotección de losderechossociales / Las sentencias estructurales. Nº 5. Colombia: Unión Gráfica, 2015.

CASTRO, João Bosco Marcial de. **O controle de constitucionalidade das Leis**: a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para modular os efeitos da declaração de Inconstitucionalidade.Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.

CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José. **Judicial Activism in a ViolentContext**: The Origin, Role, andImpactoftheColombianConstitutionalCourt.3 *Wash. U. Global Stud. L. Rev.* 529 (2004). Disponível em: http://openscholarship.wustl.edu/law_globalstudies/vol3/iss4/2. Acesso em: 07 jul. 2018.

CHADDAD, Maria Cecília Cury. **A efetividade das normas constitucionais através do mandado de injunção**: o controle da omissão parcial. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

COELHO, Glaucia Mara. **Repercussão Geral – Da Questão Constitucional no Processo Civil Brasileiro**. 1. ed. São Paulo; Atlas, 2009.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

COHEN, Amy J.;ALBERTEIN, Michal.**ProgressiveConstitutionalismandAlternativeMovements in Law** (December 26, 2011). *Ohio State Law Journal*, Vol. 72, 2011; *Ohio StatePublic Law WorkingPaper* No. 166.

Disponível em:

SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1977103> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1977103>. Acesso em: 02 dez. 2018.

COLOMBIA.Corte Constitucional. **Regimento Interno**. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Reforma%20Reglamento.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2018.

COLOMBIA.Corte Constitucional. **Sentencia nº SU – 559, de 06 de novembro de 1997**, Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm> . Acesso em: 22 out. 2016.

COLOMBIA.Corte Constitucional. **Sentencia nº T – 068, de 05 de março de 1998**, Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-068-98.htm>. Acesso em: 25 out. 2016.

COLOMBIA.Corte Constitucional. **Sentencia nº T – 153, de 28 de abril de 1998**, Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>. Acesso em 26 out. 2016.

COLOMBIA.Corte Constitucional. **Sentencia nº SU - 250, de 26 de maio de 1998**, Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/SU250-98.htm>. Acesso em: 07 set. 2017.

COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia nº T - 289, de 09 de junho de 1998**, Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-289-98.htm>. Acesso em: 10 set. 2017.

COLOMBIA.Corte Constitucional. **Sentencia nº T - 590, de 20 de outubro de 1998**, Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-590-98.htm>. Acesso em: 10 set. 2017.

COLOMBIA.Corte Constitucional.**Sentencia nº T - 525, de 23 de julho de 1999**, Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/t-525-99.htm>. Acesso em: 15 set. 2017.

COLOMBIA.Corte Constitucional. **Sentencia nº T – 025, de 22 de janeiro de 2004**, Disponível em:<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: 30 set. 2016.

COLOMBIA.Corte Constitucional. **Sentencia nº SU - 913, de 11 de dezembro de 2009**, Disponível em:<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/SU913-09.htm> . Acesso em: 17 out. 2018.

COLOMBIA.Corte Constitucional. **Sentencia nº T – 388, de 28 de junho de 2013**, Disponível em:<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm>. Acesso em: 10 out. 2018.

COLOMBIA.Corte Constitucional. **Sentencia nº T – 762, de 16 de dezembro de 2015**, Disponível em:<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-762-15.htm>. Acesso em: 15 out. 2018.

COLOMBIA.**Ley 387/1997**. Disponível em: https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0387_1997.htm . Acesso em: 05 out. 2016.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos** (Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969), internalizada pelo Decreto nº 678, de 22/11/1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 15 nov. 2018.

COSTA, Amarildo Lourenço; COSTA, Samuel de Freitas. O estado de coisas inconstitucional e a proteção dos direitos fundamentais. **Revista Direito & Justiça Social**, Vila Velha, v. 1, n. 1., p. 55-72, jan./jul. 2017. Disponível em: <http://e-juridico.org/revistas/ojs-2.4.8/index.php/RDJS/article/view/20/7>. Acesso em: 05 nov. 2018.

COSTA, EmiliaViotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**. São Paulo: Instituto de Estudos Jurídicos e Econômicos Ltda, 2001.

COSTA, Lucas Sales da. **Constitucionalismo, direitos sociais e atuação do Poder Judiciário**. 1. ed. Brasília-DF: Gazeta Jurídica, 2016.

CUNHA JR., Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014.

DANTAS, Ivo. **Constituição & Processo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

DANTAS, Ivo.**Instituições de Direito Constitucional Brasileiro**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

DANTAS, Ivo. **Teoria do Estado Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DANTAS, Ivo. **Novo processo constitucional brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2010.

DANTAS, Ivo. **Mandado de Injunção**. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1994.

DANTAS, Ivo**O Valor da Constituição**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

DEPRÁ, Vinícius Oliveira Braz; VALER, Willian. **Estado de coisas inconstitucional: uma discussão na pauta de julgamento do Supremo Tribunal Federal**. XI Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na sociedade contemporânea. IV Mostra Nacional de trabalhos científicos. 2015. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snp/article/view/14239/2680>. Acesso em: 18 dez. 2018.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DUGARD, Jackie. Courts and Structural Poverty in South Africa: To What Extent Has the Constitutional Court Expanded Access and Remedies to the Poor? *In*: MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the Global South: The activist Tribunal of India, South Africa, and Colombia**. United States of America: Cambridge University Press, 2013.

ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. **Constitucionalismo y democracia**. Trad. De Mónica Utrilla de Neira; rev. De José Ricárdez. México: FCE, 1999.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Suprema Corte**. *Brown vs. Board of Education of Topeka*. 347, U.S. 489, 1954. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>. Acesso em: 22 nov. 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Suprema Corte**. *Brown vs. Plata*, U.S. 321, 337, 2011. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/563/09-1233/index.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **U.S. District Court for the Eastern District of Arkansas**. *Holt v. Sarver*, 309 F. Supp. 362 (E.D. Ark. 1970) (Holt II). Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/309/362/2096340/>. Acesso em: 08 dez. 2018.

ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **A configuração e reconfiguração do princípio da legalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

FALCÃO, Joaquim. **O Supremo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 2015.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

FERNANDES, Eric Baracho Dore. **Omissões inconstitucionais e seus instrumentos de controle**. Salvador: JusPodivm, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **La democrazia costituzionale**. Bologna: Il Mulino, 2016.

FERRAJOLI, Luigi; MANERO, Juan Ruiz. **Du modelli di costituzionalismo: un dialogo sul diritto e sui diritti**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2016.

FERRAND, Martín Risso. Sentencias estructurales. Comentario preliminar al trabajo de Néstor Osuna titulado “Las sentencias estructurales. Tresejemplos de Colombia”. *In*:

BAZÁN, Víctor (coord.). **Justicia constitucional y derechos fundamentales: la protección de los derechos sociales / Las sentencias estructurales.** N° 5. Colombia: Unión Gráfica, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo.** 3. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

FIGUEIREDO, Antônio Macena de; SOUZA, Soraia Riva Goudinho. **Projetos, Monografias, Dissertações e Teses: da redação científica à apresentação do texto final.** 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

FONTELES, Samuel Sales. **Direitos Fundamentais.** 2. ed. Salvador, Editora JusPodivm, 2016.

FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Políticas Públicas: possibilidades e limites.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GIBSON, James L.; CALDEIRA, Gregory A.; BAIRD, Vanessa A. On the Legitimacy of National High Courts. **American Political Science Review**, v. 92, n. 2, p. 343-358, jun. 1998. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/2585668?read-now=1&seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em: 05 jun. 2017.

GICO JR., Ivo Teixeira. **A tragédia do Judiciário.** RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 267, p. 163-198, set/dez 2014. Disponível em: http://works.bepress.com/ivo_teixeira_gico_junior/58/. Acesso em: 11 jul. 2018.

GIULIANI NETO, Ricardo. **Nas coxias do poder.** Porto Alegre: Dublinense, 2012.

GOMES, Emílio Thiago de Carvalho. **A atuação do Supremo Tribunal Federal e a judicialização do cotidiano: entre eficiência e revisão da resposta.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos Fundamentais Sociais: releitura de uma constituição dirigente.** Curitiba: Juruá, 2006.

GOUVÊA, Carina Barbosa; **O direito fundamental à saúde, um olhar para além do reconhecimento: construindo a efetivação que opera em favor da democracia e do desenho institucional.** Brasília: Gomes & Oliveira Editora, 2015.

GOUVÊA, Carina Barbosa; SILVA, Alfredo Canellas Guilherme da. **Constitucionalismo e seu modelo de transformação.** Disponível em: https://www.academia.edu/9219040/Constitucionalismo_e_seu_modelo_de_transforma%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 1 dez. 2018.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios.** São Paulo: Malheiros, 2017.

GUASTINI, Riccardo. **Le Fonti del Diritto e L'interpretazione.** Milão: Giuffrè, 1993.

GUERRA, Luis Alberto Petit. **El Estado Social: Los contenidos mínimos constitucionales de los derechos sociales.** Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2015.

GUERRA, Luis Alberto Petit. **El contenido mínimo prestacional del derecho fundamental a la educación gratuita desde las constituciones de España y Venezuela**. Tesis Doctoral. Sevilla, 2016.

GUIMARÃES, Jader Ferreira; SILVARES, Vitor Soares. **A (in) eficácia das decisões do STF em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 5. ed., rev. e atual., por Juliana Campos Horta. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HUMENHUK, Hewerston. **Responsabilidade civil do Estado Constitucional por omissão e a efetividade dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

HUNGRIA, Ana Luiza Hadju. **Constitucionalismo de Transformação: Direitos Sociais e implementação gradual na experiência Sul Africana**. Dissertação de Mestrado. 2014. Disponível em: <http://portal.estacio.br/media/5967/ana-luiza-hajdu-hungria.pdf>. Acesso em: 1 dez. 2018.

ITURRALDE, Manuel. Access to Constitutional Justice in Colombia: Opportunities and Challenges for Social and Political Change. *In*: MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the Global South: The activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia**. United States of America: Cambridge University Press, 2013.

KHATIWADA, Apurba. Constitutionalismo of Transition. **Kathmandu Law Review**, v. 1. n. 1, 2008. Disponível em: <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=337087112022017118078094115095111096026053039083011038109067119093104094025009031088117005020100112003037100024007071106116123017058004084007088096091118069075011093023050020121089005102097084124087103102069071029097080103091072006085066101095072082&EXT=pdf>. Acesso em: 30 nov. 2018.

KLARMAN, Michael. *Courts, Social Change, and Political Backlash*. *In*: **Hart Lecture at Georgetown Law Center**, March 31, 2011 – Speaker's Notes. Disponível em: <http://tinyurl.com/bz4cwqk>. Acesso em: 10 jan. 2019.

KRAMER, Larry D. **The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review**. New York: Oxford University Press, 2004.

JOSEP, Aguiló Regla. **Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la constitución**. 2008. Disponível em: [http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/juridicas5\(1\)_2.pdf](http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/juridicas5(1)_2.pdf). Acesso em: 12 dez. 2018.

LAMBERT, Edouard. **El gobierno de los jueces**. Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya S. A.), 2010.

- LANGA, Pius. **Transformative Constitutionalism**. Prestige Lecture delivered at Stellenbosch University on 9 October 2006. Disponível em: <http://sun025.sun.ac.za/portal/page/portal/law/index.afrikaans/nuus/2006/Pius%20Langa%20Speech.pdf>. Acesso em: 06 dez. 2018.
- LEAL, Rogério; REIS, Jorge Renato dos (orgs.). **Direitos Sociais & Políticas Públicas: Desafios Contemporâneos**. Tomo 5. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005.
- LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio; NERY JR., Nelson (coords.) **Crise dos Poderes da República: Judiciário, Legislativo e Executivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e auto-contenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014.
- LINARES, Sebastián. **La (i) legitimidade democrática del control judicial de las leyes**. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- MAFALTTI, Elena; PANIZZA, Saulle; ROMBOLI, Roberto. **Giustizia Costituzionale**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2007.
- MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the Global South: The activist Tribunal of India, South Africa, and Colombia**. United States of America: Cambridge University Press, 2013.
- MANDELA, Nelson. **A long walk to freedom**. UK: Time Warner Books UK, 1995.
- MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- MARMELSTEIN, George. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas à atuação judicial**. 2015. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisdicao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/>. Acesso em: 02 jan. 2019.
- MARSHALL, William P. **Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism**. **University of Colorado Law Review**. v.73, n. 10, 2002. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/228183334_Conservatives_and_the_Seven_Sins_of_Judicial_Activism. Acesso em: 11 mai. 2017.
- MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana**. Tradução de Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Palas Athena, 2001.
- MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2008.
- MELEU, Marcelino da Silva. **O papel dos juízes frente aos desafios do estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

MELGAREJO, Rodrigo Brito. **El diálogo entre los tribunales constitucionales**. México: Editorial Porrúa, 2011.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa na Direito**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. **Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2012.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente**. 2. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MONTENEGRO, Germán Santiago Montenegro. **Las incidencias del estado de cosas inconstitucional en la jurisprudencia colombiana, el desplazamiento de los resguardos nupemedio y gransábalo de la comunidad indígena Awá**. Monografía. Disponível em: <http://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/2012/1/INCIDENCIA%20DEL%20ECI%20EN%20LA%20JURISPRUDENCIA%20I.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2017.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis** (Segunda Parte, Livro Décimo Primeiro, Capítulo IV): São Paulo: Abril, 1973.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORALES, Leticia. **Derechos sociales constitucionales y democracia**. Madrid: Marcial Pons, 2015.

MOREIRA, Lucas Pessoa. **O estado de coisas inconstitucional e seus perigos**. Disponível em: https://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_lucaspessoa051015.pdf. Acesso em: 06 mai. 2017.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2018.

NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos**, de 19 de dezembro de 1966, internalizado pelo Decreto nº 592, de 06/07/1992. Disponível em: http://www.refugiados.net/cid_virtual_bkup/asilo2/2pidcp.html. Acesso em: 26 nov. 2018.

NADAL, Fábio. **A Constituição como mito: o mito como discurso legitimador da constituição**. São Paulo: Método, 2006.

NEGRETTO, Gabriel L. **La política del cambio constitucional en América Latina**. México: FCE, CIDE, 2015.

NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2014.

OLIVEIRA, Fernando Fróes. **Direitos Sociais, mínimo existencial e democracia deliberativa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

OLIVEIRA, Luciano. **Não fale do Código de Hamurábi! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito**. Disponível em: [http://www.esmape.com.br/downloads/lucisno Oliveira Não fale do código de hamurabi.rft..](http://www.esmape.com.br/downloads/lucisno%20oliveira%20nao%20fale%20do%20codigo%20de%20hamurabi.rft..) Acesso em: 22 mar. 2012.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

OSUNA, Néstor. Las sentencias estructurales. Tresejemplos de Colombia. In: BAZÁN, Víctor (coord.). **Justicia constitucional y derechos fundamentales: la protección de los derechos sociales / Las sentencias estructurales**. N° 5. Colombia: Unión Gráfica, 2015.

PAIXÃO, Juliana Patrício da. **Estado de coisas inconstitucional: perspectiva da saúde pública e da metáfora da árvore**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PARK, John James. **Los Dogmas de la Constitución**. Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S. A.), 2015.

PATRUNO, Luciano. **L'elasticità della Costituzione**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012.

PEDRA, Adriano Sant'Anna. **Mutação constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da constituição e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PEREIRA, Luciano Meneguetti. **O Estado de Coisas Inconstitucional e a violação dos direitos humanos no sistema prisional brasileiro**. Monografia. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwj4vJb91ZvYAhWCEJAKHfPpCwkQFghDMAM&uol=http%3A%2F%2Fwww2.faac.unesp.br%2Fridh%2Findex.php%2Fridh%2Farticle%2Fdownload%2F472%2F206&usq=AOvVaw3sy6o4gw12XDR6xfOnIH5q>. Acesso em: 21 dez. 2017.

PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. **Derecho Constitucional Colombiano**. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2010.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Henrique. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Tecnos, 2013.

PIEDRAHITA, Carlos Restrepo. **Constituciones Políticas Nacionales de Colombia**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.

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

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1999.

PINTO, Djalma. **Distorções do poder**. 2. ed. São Paulo: Cia dos Livros, 2011.

PINTO, Luis Ricardo Gómez. **El juez de las políticas públicas: del estado de cosas inconstitucional en la política económica**. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibáñez, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

POSNER, Richard A. **Para além do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

POST, Robert. **Democratic Constitutionalism and Cultural Heterogeneity**. 2000. Disponível

em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1188&context=fss_papers. Acesso em: 05 dez. 2018.

POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. **Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash**. 2007. Disponível

em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1168&context=fss_papers. Acesso em: 03 dez. 2018.

PUCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PULCINELLI, Eliana. **STF como indutor da mudança no constitucionalismo de transformação**. Curitiba: Juruá, 2016 (e-book).

QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo de. **Judicialização dos direitos sociais prestacionais: a Efetividade pela Interdependência dos Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira**. Curitiba: Juruá, 2011.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

REPÚBLICA DA AFRICA DO SUL. **Constitutional Court of South Africa**.

Government of the Republic of South Africa and others v. Grootboom v. others. 2000. Disponível

em <https://www.escri-net.org/caselaw/2006/government-republic-south-africa-ors-v-grootboom-ors-2000-11-bclr-1169-cc>. Acesso em: 04 dez. 2018.

REPÚBLICA DA AFRICA DO SUL. **Constitutional Court of South Africa**. Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street v. City of Johannesburg, Rand Properties (Pty) Ltd, Minister of Trade and Industry. July 2008. Disponível em: <https://www.escri-net.org/caselaw/2009/occupiers-51-olivia-road-berea-township-and-197-main-street-johannesburg-v-city>. Acesso em 05 dez. 2018.

REPÚBLICA DA INDIA. Suprema Corte da Índia. **People's Union for Civil Liberties v. Union of India & Ors, In the Supreme Court of India, Civil Original Jurisdiction, Writ Petition (Civil)**, n. 196, 2001. Disponível em <http://www.escri-net.org/docs/i/401033>. Acesso em: 20 dez. 2018.

RIDOLA, Paolo. **Diritti Fondamentali: Un'introduzione**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2006.

RISSI, Rosmar. **Teoria do mínimo existencial**. Curitiba: Juruá, 2017.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César (coord.). **Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2009.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César. Más allá del desplazamiento, o cómo superar um estado de cosas inconstitucional. *In*: RODRÍGUEZ GARAVITO, César (coord.). **Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2009, p. 434-492.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César; FRANCO, Diana Rodríguez. El contexto: el desplazamiento forzado y la intervención de la Corte Constitucional (1995-2009). *In*: RODRÍGUEZ GARAVITO, César (coord.). **Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2009, p. 14-35.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César. **Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America**. Texas Law Review. Texas, v. 89, p. 1669-1698, nov/2011. Disponível em: <http://www.texasrev.com/89-texas-1-rev-1669/>. Acesso em: 10 out. 2018.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César (coord.). **El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI**. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César. **El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales**. 2013. Disponível em: <http://repositorio.utdt.edu/handle/utdt/10619>. Acesso em: 13 dez. 2018.

ROJAS, Claudio Nash. Tutela judicial y protección de grupos: comentario al texto de Néstor Osuna "Las sentencias estructurales. Tresejemplos de Colombia". *In*: BAZÁN, Víctor

(coord.). **Justicia constitucional y derechos fundamentales: la protección de los derechos sociales / Las sentencias estructurales.** N° 5. Colombia: Unión Gráfica, 2015.

ROLLA, Giancarlo. **La tutela costituzionale dei diritti.** Milano: Giuffrè Editore, 2014.

ROMBOLI, Roberto. **Justicia constitucional, derechos fundamentales y tutela judicial.** Perú: Palestra Editores: primeira edición, noviembre 2017.

ROMBOLI, Roberto; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. (orgs). **Justiça constitucional e tutela jurisdiccional dos direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

ROSA, André Vicente Pires. **Las omisiones legislativas y su control constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROSA, Marlene Inês da. et al. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN.** Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017. . Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/infopen>. Acesso em: 1 out. 2018.

ROUX, Theunis. **Constitutionalism after transition.** Disponível em: http://iac-aidc.org/test/images/events/event_9_apr_2006_conclusions.pdf. Acesso em: 05 dez. 2018.

RUOTOLO, Marco. **Sicurezza, dignità e lotta alla povertà: Dal “diritto alla sicurezza” alla “sicurezza dei diritti”.** Napoli: Editoriale Scientifica, 2012.

SALES, Gabrielle Bezerra. **Teoria da norma constitucional.** Barueri, São Paulo: Manole, 2004.

SANT'ANNA, Lara Freire Bezerra de. **Judiciário como guardião da Constituição: Democracia ou Guardiania?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SANTOS, Marcos André Couto. **A efetividade das normas constitucionais (as normas programáticas e a crise constitucional).** Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/602/r147-01.PDF?sequence=4> . Acesso em: 24 jul. 2018.

SANTOS JÚNIOR, Rosilvado Toscano dos. **Controle remoto e decisão judicial: quando se decide sem decidir.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SARMENTO, Daniel. Reserva do Possível e Mínimo Existencial, *In: Comentários à Constituição Federal de 1988.* Rio de Janeiro: Ed. Gen/Forense, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”.* 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

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

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

SCAFF, Fernando Facury. **Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos**. Interesse Público, Porto Alegre, ano 7, n. 32, p. 213-226, jul./ago. 2005.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. São Paulo: Del Rey, 2006.

SCHMITT, Carl. **Legitimidade e legalidade**. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHMITT, Carl. **Teoría de La Constitución**. Tradução de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2011.

SEIXAS, Bernardo Silva de. **Inconstitucionalidade por Omissão: A proteção da constituição contra o silêncio do legislador**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **A justiça na sociedade do espetáculo: reflexões públicas sobre direito, política e cidadania**. 1. ed. São Paulo: Alameda, 2015.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Cortez, 2007.

SGARBOSSA, Luís Fernando. **Do Estado-Providência ao Mercado-Providência: Direitos sob a “reserva do possível” em tempos de globalização neoliberal**. Dissertação de Mestrado, 2009. Texto fornecido pelo autor.

SILVA, Diogo Bacha e. **Ativismo no controle de constitucionalidade: a transcendência dos motivos determinantes e a (i) legítima apropriação do discurso de justificação pelo Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Miluska F. Orbegoso. **Derechosfundamentales y prestaciones sociales: Una aproximación desde lateoría de laorganización y elprocedimiento**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), 2018.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Texto, norma e valor – a evolução na Constituição de 1988**. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=c693bfd0-05c0-45e7-b86c-aac27bf80880&groupId=10136 . Acesso em: 24 jul. 2018.

SOARES, Dilmanoel de Araujo. **Direitos Sociais e o princípio da proibição do retrocesso social**. Belo Horizonte: Del Reu, 2011.

SOUZA, José Péricles Pereira de (org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais: estudos em homenagem a Jorge Reis Novais**. Belo Horizonte, Arraes Editores, 2015.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Normas constitucionais não-regulamentadas: instrumentos processuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SOUZA FILHO, Ademar Borges de. **Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo**. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/186323714/Lenio-Streck-Diferenca-Ontologica-entre-texto-e-norma-pdf> . Acesso em: 24 jul. 2018.

TAGLIARI, Carlos Agostinho. **Os princípios e a construção da norma jurídica tributária**. Curitiba: Juruá, 2009.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: Limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TEITEL, Ruti G. **Transitional Justice Genealogy**. *Harvard Human Rights Journal*, v. 16, 2003. Disponível em: <https://www.qub.ac.uk/Research/GRI/mitchell-institute/FileStore/Fileupload,757186,en.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2018.

TUSHNET, Mark V. **Popular Constitutionalism as Political Law**. 2006. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1238&context=facpub>. Acesso em: 1 dez. 2018.

UNGARO, Gustavo Gonçalves. **Responsabilidade do Estado e Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2012.

UPRIMNY, Rodrigo. **Lastransformacionesconstitucionalesrecientes em America Latina: tendencias y desafios**. In: **Pensamiento penal**, n. 122. Viedma: Asociación de Pensamiento penal. Disponível em: <http://www.pensamientopenal.com.ar/node/28469>. Acesso em: 30 nov. 2018.

VALLE, Vanice Regina Lírio do, In. VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Justiça e Constitucionalismo em tempos de transição**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013. E-book kindle. Não paginado.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Transição política e construtivismo constitucional: Uma análise empírica das emendas constitucionais brasileiras**. Disponível em: https://www.academia.edu/8736269/Transi%C3%A7%C3%A3o_pol%C3%ADtica_e_construtivismo_constitucional_uma_an%C3%A1lise_emp%C3%ADrica_das_emendas_constitucionais_brasileiras. Acesso em: 1º dez. 2018.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Estado de coisas inconstitucional e bloqueios institucionais**: desafios para a construção da resposta adequada. 2016. Disponível em: https://www.academia.edu/28292982/ESTADO_DE_COISAS_INCONSTITUCIONAL_E_BLOQUEIOS_INSTITUCIONAIS_DESAFIOS_PARA_A_CONSTRUCAO_DA_RESPOSTA_ADEQUADA. Acesso em: 28 nov. 2018.

VIEIRA, José Ribas; AJOUZ, Igor. O constitucionalismo transformador e o papel institucional do Poder Judiciário. *In*: VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Justiça e Constitucionalismo em tempos de transição**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013. E-book kindle. Não paginado.

VIEIRA JUNIOR, R. J. A. **Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo**: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: 29 nov. 2018.

VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de (orgs.). **Jurisdição constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

WEST, Robin, *Is Progressive Constitutionalism Possible?* **Georgetown Law Faculty Publications and Other Works**. 673. 1999. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/673>. Acesso em: 20 dez. 2018.

YEH, Jiunn-Rong; CHANG, Wen-Chen, **The Changing Landscape of Modern Constitutionalism**: Transitional Perspective. *National Taiwan University Law Review*, Vol. 4, No. 1, pp.145-183, 2009. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1482863>. Acesso em: 1º dez. 2018.

ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENÓ, Valeria. **Giustiziacostituzionale**. Bologna: Società editrice il Mulino, 2012.