



Estado de Coisas Inconstitucional: legitimidade, utilização e considerações

Daniel Dore Lage

Pós-graduado em Direito Público na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). Pós-graduado em Ciências Penais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Graduado em Direito pela UFJF. Professor de curso de Pós-Graduação *lato sensu*, em Ciências Penais, da PUC/MG. Advogado. E-mail: danieldorelage@gmail.com

Andrey da Silva Brugger

Mestrando em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Graduado pela UFJF. Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). Professor do curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Estácio em Juiz de Fora/MG, da Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Público da PUC/MG e Professor Visitante na Pós-Graduação *lato sensu* em Direito do Trabalho da Universidade Salgado de Oliveira (UNIVERSO) Advogado. E-mail: andreybrugger@hotmail.com

Resumo

Este estudo reconstrói os conceitos relacionados à técnica do “estado de coisas inconstitucional” colombiana, legitimando seu uso no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal a partir do transconstitucionalismo, com intenção de solucionar, *prima facie*, os problemas levantados na ADPF 347. São abordadas as produções doutrinárias nacionais e discutidas algumas objeções, sendo também discutida uma opção dada pelo Senado na forma de projeto de lei (PLS 736/2015).

Palavras-chave

Jurisdição Constitucional; Estado de Coisas Inconstitucional; Separação de Poderes; Compromisso Significativo.

Unconstitutional State: Legitimacy, uses, and thoughts

Abstract

This study reconstructs the concepts related to the Colombian technique of “unconstitutional state”, legitimizing its use in Brazil by the Federal Supreme Court departing from transconstitutionalism thesis, with the intention of solving Brazilians’ prisons system problems raised in ADPF 347. This work consolidate Brazilian studies and

discussed some objections, also discusses an option given by the Brazilian Senate in the form of a bill (PLS 736/2015)

Keywords

Constitutional Jurisdiction; Unconstitutional State; Separation of Powers; Meaningful Commitment.

Sumário

Introdução. 1. Da Colômbia ao Brasil: o estado de coisas inconstitucional. 1.1. A expansão do controle de constitucionalidade. 1.2. Transconstitucionalismo como condição de importação teórica. 1.3. Origem do ECI: a experiência colombiana. 1.3.1. Sentencia t-153/1998 - o caso do sistema carcerário colombiano. 1.3.2. Sentencia t-025/2004 - o caso do deslocamento forçado de pessoas. 1.4. A doutrina do ECI: conceitos e pressupostos. 1.4.1. Pressupostos do ECI. 1.4.1.1. Primeiro fator, pressuposto, plano dos fatos ou pressuposto fático. 1.4.1.2. Segundo fator, pressuposto, plano das causas ou pressuposto político. 1.4.1.3. Terceiro fator, pressuposto, plano das soluções ou pressuposto jurídico. 1.4.2. Objetivos do ECI. 1.4.2.1. Superação de bloqueios políticos. 1.4.2.2. Superação de bloqueios institucionais (sistêmicos). 1.4.2.3. Superação de bloqueios deliberativos. 1.4.2.4. Evitar um congestionamento da corte (ou quarto pressuposto). 1.4.3. Conceitos de “estado de coisas inconstitucional”. 2. A recepção brasileira do ECI: a ADPF 347 e diálogos institucionais. 2.1. A ADPF 347, o STF e o sistema carcerário brasileiro. 2.2. A resposta do Poder Legislativo: início de um diálogo institucional. 2.2.1. A experiência sul-africana: compromissos significativos. 3. Questionamentos à utilização do ECI. 3.1. O ECI é um controle de fatos? 3.2. O que torna o ECI diferente de outras tutelas? 3.3. O ECI fere o princípio da separação de poderes? 3.4. O ECI é uma violação à democracia (“supremocracia” para uma “sociedade órfã”)? 3.5. Tudo no Brasil é inconstitucional? 3.6. Considerações sobre o PLS 736/2015. 4. Conclusões.

Introdução

O noticiário brasileiro recentemente se depara com notícias sobre presidiários, sistema carcerário, rebeliões e chacinas em presídios e a mais variada gama de decisões judiciais da mais alta corte do país - o Supremo Tribunal Federal.

Chamou atenção a decisão da medida cautelar concedida em 2015, no bojo da ADPF 347, quando o Ministro Marco Aurélio utilizou-se de um instituto chamado “Estado de Coisas

Inconstitucional”, de origem colombiana. Tal utilização levantou suspeitas e reavivou as grandes divergências sobre relações institucionais, judicialização e controle de constitucionalidade.

A partir disso, é necessário verificar o estado da arte do instituto, contextualizando-o ao Brasil, afirmar as condições de importação do “estado de coisas inconstitucional” e verificar as manifestações institucionais sobre a técnica.

Aceitamos, portanto, o “convite para discussão” feito pelo professor CAMPOS (2016, p. 322) quando diz esperar que seu livro seja um pontapé inicial para a discussão.

No primeiro capítulo apresenta-se o fenômeno da expansão da jurisdição constitucional e a experiência colombiana com o instituto chamado Estado de Coisas Inconstitucional (ECI). Por se tratar de um tema de comparação de sistemas jurídicos, a metodologia empregada mescla diversos métodos de pesquisa conforme sugere DUTRA (2016, p. 207), nomeadamente o método de comparação contextualizado, o método histórico e o método estrutural, possibilitando sua importação através do método do transconstitucionalismo de NEVES para apresentar divergências quanto aos seus elementos, objetivos e conceitos de ECI.

No segundo capítulo é tratada a recepção brasileira da tese colombiana, demonstrando a dinâmica tomada no Judiciário e do diálogo feito com o Poder Legislativo quando este apresenta uma tese sul-africana como alternativa ao ECI.

No terceiro capítulo apontam-se reflexões pertinentes sobre forma, legitimação e uso do ECI no Brasil, feitas as críticas à proposta de regulamentação.

No último capítulo explicitamos as conclusões deste estudo.

1. Da Colômbia ao Brasil: o Estado de Coisas Inconstitucional

1.1. A expansão do controle de constitucionalidade

A Corte Constitucional da Colômbia (CCC) começa a expandir sua jurisdição a partir da nova Constituição de 1991, sendo produto direto das reformas constitucionais latinas realizadas entre os anos 1980 e 1990 que visavam o fortalecimento da democracia contra os regimes autoritários que vigiam.

A carta política daquele país, tal qual as de seus vizinhos, institucionalizou uma extensa lista de direitos fundamentais e sociais, além de fortalecer seu órgão guardião. Seguindo a tendência mundial, designou amplo acesso à jurisdição constitucional, inclusive, diretamente por qualquer cidadão em controle concentrado e abstrato. Isto possibilitou a ligação direta com a população, estimulando as grandes discussões jurídicas e engajamento de grupos civis na luta por direitos sociais.

A Corte, neste panorama, ganhou papel de destaque na judicialização da política e do ativismo judicial e é referência mundial contemporânea, junto às “novas” Cortes do Sul Global¹ que em muito desenvolvem a teoria sobre jurisdição constitucional.

Se no “Norte Global” (nomeadamente Europa e Estados Unidos) as cortes ficaram historicamente marcadas pela proteção e afirmação de direitos de liberdade e políticos (direitos de 1ª dimensão), as Cortes do Sul, devido às extensas listas de direitos sociais positivadas em suas constituições, necessitaram de novos panoramas e abordagens em sede de controle constitucional; por conta da omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, passaram a interferir na formulação e implementação de políticas públicas voltadas a assegurar direitos sociais (direitos de 2ª dimensão).

Desta forma, chamam a atenção da comunidade acadêmica, que observou um novo objeto de estudo – a atuação da Corte Constitucional como poder político supletivo. A exportação de suas técnicas decisórias no âmbito do controle de constitucionalidade é consequência de um problema comum entre as demais ordens jurídicas que não conseguem dar efetividade aos direitos sociais. De aprendizes passaram à docência, servindo hoje como paradigma transconstitucional. Assim, é importante saber qual é o condicionamento para o uso de técnicas de outras Cortes Constitucionais visando resolver um problema nacional aparentemente insolúvel.

1.2. Transconstitucionalismo como condição de importação teórica

A tese de MARCELO NEVES, concluída em 2009, sobre o tema do entrelaçamento de ordens jurídicas diversas (estatais, transnacionais, internacionais e até mesmo supranacionais) em torno dos mesmos problemas de natureza constitucional é que nos autoriza a importar a teoria constitucional. O fenômeno foi por ele estudado e denominado “transconstitucionalismo”. Através de seus postulados, viabiliza-se a importação da técnica constitucional colombiana para o Brasil com as devidas adaptações.²

Segundo NEVES (2009, p. XXI-XXII):

o transconstitucionalismo não se trata de constitucionalismo internacional, transnacional, supranacional, estatal ou local. O conceito aponta exatamente

¹ Dentre todas, além da colombiana e do STF, destaque para as da Argentina, Índia e África do Sul. Cf. MALDONADO (2013).

² Uma ressalva deve ser feita. Outro autor que também se utiliza de tese que viabiliza a importação do ECI é GUILHERME DA PEÑA DE MORAES através de sistematização própria. Cf. EMERJ - 25/11/2015 - ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL - PARTE 2. Disponível em: < <https://youtu.be/6zV82ikMtyU> >

para o desenvolvimento de problemas jurídicos que perpassam diversas ordens jurídicas. Um problema transconstitucional implica uma questão que poderá envolver tribunais estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais (arbitrais), assim como instituições jurídicas locais nativas, na busca de sua solução.

Em um período de globalização, é evidente que a comunicação possibilitou a construção social através do compartilhamento de estudos e ideias. Da mesma forma, problemas de direitos fundamentais podem “apresentar-se perante uma ordem estatal, local, internacional, supranacional e transnacional, ou com frequência, perante mais de uma dessas ordens, o que implica cooperações e conflitos, exigindo aprendizado recíproco.” (NEVES, 2009, p. 121).

Chama-se atenção para este fenômeno, pois se trata do que foi exposto no tópico anterior, quando mudamos o paradigma do constitucionalismo moderno para uma dogmática atual, fundada pela dignidade humana, que positivou diversos direitos antagônicos e disto derivam-se problemas sociais sem precedentes. A expansão do controle de constitucionalidade passa, efetivamente, a ser debatida e discutida por tribunais de ordens jurídicas diversas, podendo apresentar soluções diversas à luz dos contextos em que são analisados. Trata-se da ideia de emancipação da Constituição em relação ao Estado conforme aponta NEVES (2014, p. 206)

Cada vez mais, problemas de direitos humanos ou fundamentais e de controle e limitação do poder tornam-se concomitantemente relevantes para mais de uma ordem jurídica, muitas vezes não estatais, que são chamadas ou instadas a oferecer respostas para a sua solução. Isso implica uma relação transversal permanente entre ordens jurídicas em torno de problemas constitucionais comuns. O direito constitucional, nesse sentido, embora tenha a sua base originária no Estado, dele se emancipa, não precisamente porque surgiu uma multidão de novas Constituições, mas sim tendo em vista que outras ordens jurídicas estão envolvidas diretamente na solução dos problemas constitucionais básicos, prevalecendo, em muitos casos, contra a orientação das respectivas ordens estatais. Além do mais, surgem permanentemente relações diretas entre Estados para tratar de problemas constitucionais comuns. A exceção, nos dois casos, passou a ser a regra.

FERNANDES (2016, p. 94), parafraseando NEVES, ilustra:

Um exemplo interessante e extremamente atual de transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais é o da cada dia mais frequente conversação constitucional, mediante referências recíprocas a decisões de tribunais de outros Estados nacionais. Não bastasse a migração de ideias constitucionais através de legislação e doutrina (que caracterizam um hibridismo cada dia mais comum entre os ordenamentos jurídicos), os Tribunais sobretudo os Constitucionais, vem dialogando de forma cada vez mais contundente. Aqui não se trataria de mera influência.

Decisões de cortes constitucionais de outros Estados são invocadas em decisões de Tribunal Constitucional de um determinado Estado não só como *obter dicta*, mas como elementos da *ratio decidendi*. Nesse caso o diálogo implica uma releitura dos fundamentos da própria ordem que se toma como ponto de partida, daí resultando o transconstitucionalismo (NEVES, 2009, p. 168).

Mas ressalva NEVES (2014, p. 208):

O transconstitucionalismo não toma uma única ordem jurídica ou um tipo determinado de ordem como ponto de partida ou *ultima ratio*. Rejeita tanto o estatismo quanto o internacionalismo, o supranacionalismo, o transnacionalismo e o localismo como espaço de solução privilegiado dos problemas constitucionais. Aponta, antes, para a necessidade de construção de “pontes de transição”, da promoção de “conversações constitucionais”, do fortalecimento de entrelaçamentos constitucionais entre as diversas ordens jurídicas: estatais, internacionais, transnacionais, supranacionais e locais. O modelo transconstitucional rompe com o dilema “monismo/pluralismo”. A pluralidade de ordens jurídicas implica, na perspectiva do transconstitucionalismo, a relação complementar entre identidade e alteridade. As ordens envolvidas na solução do problema constitucional específico, no plano de sua própria autofundamentação, reconstróem continuamente sua identidade mediante o entrelaçamento transconstitucional com a(s) outra(s): a identidade é rearticulada a partir da alteridade. Daí por que, em vez da busca de uma *Constituição hercúlea*, o transconstitucionalismo aponta para a necessidade de enfrentamento dos *problemas-hidra constitucionais* mediante a articulação de observações recíprocas entre as diversas ordens jurídicas da sociedade mundial.

Nesta toada, impossível compreender o transconstitucionalismo como simples importação acrítica de ordenamentos vizinhos. Segundo a doutrina de MARMELESTEIN (apud FERNANDES, 2016, p. 98), isto:

(...) significa a aceitação da concorrência de várias ordens jurídicas sem que nenhuma delas possa se arrogar no direito de se impor sobre as demais. Assim, o mais importante não é saber quem é que tem a última palavra sobre um determinado problema, mas estimular uma conversação entre as várias instâncias decisórias a fim de que os casos comuns possam ser enfrentados conjuntamente. Na prática, isso significa que os juízes nacionais, no julgamento dos casos, devem aproveitar o material informativo desenvolvido por outras cortes pelo mundo afora, a fim de determinar com mais consistência o conteúdo dos direitos fundamentais. Isso permitiria que os juízes testassem a compreensão de suas próprias tradições, comparando-as com outras visões de mundo, ampliando o seu repertório de conhecimento e, assim, produzindo decisões melhores.

Existe uma ressalva metodológica feita pelo autor quando diz que “não há transconstitucionalismo sem uma relativa simetria nas formas de direito.” (NEVES, 2009, p. 286).

A condição para o entrelaçamento está no conceito de “dupla contigência”, que buscou em LUHMANN, significando que *ego* conta com a possibilidade de que a ação de *alter* seja

diversa daquela que ele projetou e vice-versa (NEVES, 2009, p. 270). Em palavras mais simples, o transconstitucionalismo depende de um método que não se concentre em identidade cega entre os sistemas, tampouco em bloqueio absoluto – devem existir pontos comuns e possibilidade de reconhecimento de si no outro – sob pena de um bloqueio conforme LUHMANN (apud NEVES, 2009, P. 271.) quando diz “eu não me deixo determinar por ti, se tu não te deixas determinar por mim.”

Eis a genialidade da tese: metodologicamente, não se parte da análise da ordem jurídica, mas sim dos problemas constitucionais que se apresentam enredando os diversos sistemas. Isto que permitiria o início de um diálogo. Identificado o problema, passa-se à análise de influência recíproca entre os sistemas, sendo fundamental a disposição de procurar as “descobertas” normativas dos outros, para evoluir a própria capacidade de oferecer solução para problemas comuns. (NEVES, 2009, p. 275).

A necessidade do diálogo como forma de obtenção de síntese é o ponto alto desejado pelo autor. Assim, ao final da tese coloca NEVES (2009, p. 297-298) que:

(...) todo observador tem um limite de visão no ponto cego, aquele que o observador não pode ver em virtude da sua posição ou perspectiva de observação. (...) cabe observar que o ponto cego de um observador pode ser visto pelo outro. Nesse sentido, pode-se afirmar que o transconstitucionalismo implica o reconhecimento dos limites da observação de uma determinada ordem, que admite a alternativa: o ponto cego, o outro pode ver.

A conclusão é que o transconstitucionalismo é fruto de constante desenvolvimento e, através dele, devemos buscar as “pontes de transição”, nos dizeres de NEVES, para solucionar casos-problema constitucionais concomitantes a ordens jurídicas diversas.

Nestes fundamentos, propõe-se a análise dos institutos invocados no bojo da matéria da ADPF 347, com especial ênfase ao ECI, analisando condições de entrelaçamento para a solução do problema comum nos presídios.

O problema comum da falta de efetivação dos direitos sociais constitucionalizados é objeto de estudo dogmático no Brasil no mínimo desde a promulgação da Constituição de 1988, que fez previsão de diversos remédios para sanar vícios de omissão, como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. Especificamente, o problema que chamou a atenção dos juristas para o ECI foi o caos carcerário instalado no país diante da inefetividade de uma lei de execução que tem mais de 30 anos.

Quanto à possibilidade de aprendizado recíproco, deve-se lembrar de que a Constituição brasileira dispõe em seu artigo 4º que:

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

II - Prevalência dos direitos humanos;

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

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Por parte do Brasil, portanto, é um princípio para relações internacionais a integração dos povos, explicitando, desde logo, abertura para formação de uma comunidade, o que implica necessariamente uma troca de experiências. Da mesma forma, a Constituição colombiana dispõe sobre a abertura para uma integração da comunidade latino-americana:

El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, **y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana**, decreta, sanciona y promulga la siguiente:

ARTICULO 9º. Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia.

De igual manera, la política exterior de Colombia se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe.

Vislumbra-se, então, o início de um diálogo a partir do problema de efetividade dos direitos socioeconômicos, cuja técnica colombiana pode contribuir para a discussão jurídico-política no Brasil. Para entender o instituto conhecido por “Estado de Coisas Inconstitucional”, é preciso conhecer o seu desenvolvimento, o que se faz no próximo tópico.

1.3. Origem do ECI: a experiência colombiana

Como agente político atuante e de prestígio na realidade social da Colômbia, a Corte desenvolveu uma tutela jurisdicional constitucional, cuja expressão teve origem pretoriana e foi utilizada pela primeira vez em 1997 em um caso relativo à omissão de dois municípios em pagar direitos previdenciários e de saúde aos seus professores municipais.

Ao examinar os fatos, a corte percebera que não bastava atender às requisições dos professores demandantes. A sua investigação fez perceber que o problema estava no próprio sistema federal de distribuição das verbas públicas. O problema não afetava apenas os professores demandantes, mas todos os professores do Estado. Desta forma, gozando de seu

prestígio perante a população, reteve a jurisdição do caso para corrigir e implementar políticas públicas voltadas à correção da realidade lesiva.

Assim, **desenvolveu uma tutela que pudesse atender a todos os casos, tirando os outros poderes da inércia, ao mesmo tempo em que resolveria tal situação evitando receber futuras tutelas individuais.**

A partir de então, diversos foram os casos em que a Corte colombiana passou a declarar o estado de inconstitucionalidade, desenvolvendo e aprimorando a tutela. Partindo da doutrina local de GOMÉZ PINTO, CAMPOS (2016, p. 163 e ss.) identificaram-se dois “ciclos” que definem o desenvolvimento do instituto:

- 1) **Uma fase introdutória, de construção**, que data do caso dos docentes em 1997 – Primeira vez que foi utilizado o termo “ECI” – até o marcante caso constante da Sentencia nº T-153 de 1998, que tratou do sistema carcerário colombiano e falhou;
- 2) **Uma fase de aperfeiçoamento, ou maturidade** do instituto do ECI, que se iniciou com o caso de maior sucesso colombiano – Sentencia nº T-025 de 2004 – O caso da população deslocada por conta das guerrilhas civis.

Entre os anos de 1997 e 2003, a CCC utilizou o instituto do ECI em pelo menos seis casos³ – muitos deles de forma questionável – e teve o ápice de sua ambição e erro dogmático no caso do sistema carcerário. Após tal fracasso e com a mudança da composição da Corte, recuperou seu prestígio e aprendeu com seu erro, passando a fixar de forma rigorosa os requisitos para a declaração do ECI e a retenção da jurisdição para monitoramento, conforme será visto. Representativamente, basta a análise dos dois casos que ilustram a falha e o sucesso do instituto – seu constraste é a chave para uma importação adequada.

1.3.1. Sentencia T-153/1998 – O caso do sistema carcerário colombiano

No ápice do desenvolvimento e utilização do ECI como tutela para interferir em políticas públicas, a CCC foi ousada e resolveu interferir no sistema carcerário daquele país.

³ Nomeadamente: Caso dos docentes municipais (Sentencia nº SU 559 de 1997); Caso dos aposentados (Sentencia nº T 68 de 1998); Caso do Sistema Carcerário (Sentencia nº T 153 de 1998); Caso do concurso para notários (Sentencia nº SU 250 de 1998); Caso dos defensores de direitos humanos (Sentencia nº T 590 de 1998); Caso da mora no pagamento de aposentadorias (Sentencia nº T 525 de 1999).

Na *Sentencia de Tutela* (T) 153/1998, juízes constitucionais analisaram o problema da superlotação e as condições desumanas das Penitenciárias Nacionais de Bogotá e de Bellavista de Medellín. Apoiados por estudos empíricos, constataram o quadro de violação de direitos generalizado no país, não apenas nas instituições referidas. Os juízes ressaltaram que tais problemas eram de responsabilidade de um conjunto de autoridades públicas, que ignoravam deliberadamente o problema.

A partir disto, a CCC⁴:

- a) declarou o Estado de Coisas Inconstitucional e notificou diversas autoridades públicas;
- b) ordenou a elaboração de um plano de construção e reparação dos cárceres dentro de 3 meses;
- c) determinou que o governo nacional providenciasse os recursos orçamentários;
- d) deu à Defensoria e à Procuradoria Geral a supervisão do cumprimento das ordens;
- e) Ordenou a separação total entre presos provisórios e condenados em até 4 anos;
- f) exigiu aos membros do Executivo e do Legislativo regionais que criassem e mantivessem presídios próprios;
- g) ordenou ao presidente da República medidas necessárias para assegurar o respeito dos direitos dos internos nos presídios do país.

A execução dessas ordens não alcançou êxito significativo. Os principais defeitos acusados foram a falta de deliberação e a falta de monitoramento da fase de implementação da decisão (que fora deixada aos próprios órgão até então inertes).

Conforme CAMPOS (2015, CONJUR)

O erro da corte foi acreditar que sua autoridade contida nas decisões, por si só, seria suficiente para que os órgãos públicos cumprissem efetivamente com as medidas ordenadas. A corte pouco se preocupou com a real impossibilidade de as autoridades públicas cumprirem as ordens. Faltou diálogo em torno de como melhor realizar as decisões, não tendo sido retida jurisdição sobre a execução das medidas. A corte não voltaria a cometer

⁴ Sentença disponível integralmente em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>

esses erros no caso igualmente relevante do deslocamento forçado de pessoas em razão da violência urbana do país.

Ressalte-se que em 2013⁵ e 2015⁶ a Corte revisitou o tema, agora já mais madura, após o sucesso no caso dos deslocamentos forçados, e pretende corrigir o quadro persistente de inconstitucionalidade, nos moldes que lograram êxito.

1.3.2. Sentencia T-025/2004 – O caso do deslocamento forçado de pessoas

O caso do deslocamento forçado de pessoas em decorrência do contexto de violência na Colômbia, decidido na *Sentencia* T-025, de 2004, é o mais emblemático, sintetizando o auge da atuação da CCC na política pública daquele país.

Por conta da violência da guerra civil, cujas origens retomam o último século e envolvem diversos grupos de guerrilhas, as pessoas são forçadas a abandonar seus lares e suas atividades econômicas em busca de segurança e liberdade. Porém, como visto, o país não soube lidar com o fenômeno e ignorou as condições às quais se submetiam essas pessoas durante e após os deslocamentos. Essas pessoas não gozavam dos direitos de moradia, saúde, educação e trabalho e chegaram a ficar entre 6 meses a 2 anos à sua própria sorte (CAMPOS, 2016, p. 144).

Na *Sentencia* T-025, de 2004, a Corte agrupou o exame de 108 pedidos de tutelas formulados por 1.150 núcleos familiares deslocados. Concluiu estar presente o Estado de Coisas Inconstitucional e formulou remédios não só em favor dos demandantes, mas também das outras pessoas que se encontravam na mesma situação (CAMPOS, 2015).

Diante da violação massiva de direitos fundamentais por conta de uma falha estrutural a Corte Constitucional colombiana, em resumo e dentre outras medidas:

- a) declarou o Estado de Coisas Inconstitucional por estarem presentes os requisitos do instituto;
- b) determinou que fossem formuladas novas políticas públicas dentro de quatro meses, leis e um marco regulatório eficiente para proteger, para além dos direitos individuais dos demandantes, a dimensão objetiva dos direitos envolvidos, que oportunizasse às organizações e entidades representativas da população deslocada a participação na tomada de decisões;

⁵ Sentencia T-388 de 28 de junho de 2013.

⁶ Sentencia T-762 de 16 de dezembro de 2015. Disponível em: http://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/594372779#section_4.

- c) que os governos locais seguissem coerentemente a nova política nacional;
- d) que as autoridades instruísem as pessoas deslocadas, de maneira clara e imediata acerca de seus direitos básicos;

Conforme RODRÍGUEZ GARAVITO (apud CAMPOS, 2016, p.152)

A principal marca dessa sentença talvez não seja o seu conteúdo, e sim a forma como a Corte cuidou de sua implementação. Preocupada com a eficácia da decisão e tendo em conta as falhas passadas de efetividade, principalmente no caso do sistema carcerário, a Corte monitorou as providências adotadas pelo governo: em dez anos (de 2004 até abril de 2014), realizou vinte audiências públicas com a presença das autoridades envolvidas e dos setores interessados na sociedade civil, nas quais deliberou sobre a adequação, o andamento e o aperfeiçoamento das políticas públicas formuladas.

Ainda, segundo CAMPOS (2016, P. 152), “a corte manteve sua jurisdição com pretensão de monitorar a implementação de suas ordens, controlando as respostas e reações dos poderes políticos”. Registra, ademais, que entre os anos de 2004 e 2014 foram realizadas mais de 14 audiências públicas, 68 audiências, expedidas 54 sentenças e expedidas 289 ordens (“autos”), para solicitar informações, comunicar informações relevantes entre os atores, fixar datas e audiências públicas, além de padronizar indicadores de resultados.

A manutenção da jurisdição sobre o caso foi o diferencial, visto que no caso do sistema carcerário, a Corte se limitou a ordenar o cumprimento dos parâmetros. Harmoniza-se o ativismo judicial com a proposta de diálogos institucionais. Como afirmam ROULEAU e SHERMAN (apud CAMPOS, 2015), são preferíveis “ordens flexíveis sujeitas à jurisdição supervisória” a “ordens detalhadas sujeitas à execução se desrespeitada”. Com ordens flexíveis e diálogo sobre a implementação de medidas, cortes apontam os problemas de forma objetiva, fixam parâmetros e até prazos para a superação desse estado, mas deixam as escolhas técnicas de meios para os outros poderes. O acompanhamento permite à Corte seguir observando e corrigindo eventuais desvios ou falhas, emitindo novos parâmetros e reiniciando o ciclo, o que contribui para soluções superiores comparadas a eventuais decisões unilaterais.

Constatou CAMPOS (2015) que

O monitoramento, envolvido em audiências públicas e com a participação ampla da sociedade civil, permite aos juízes saber se as instituições democráticas estão progredindo ou se os bloqueios se mantiveram. Atuando assim, em vez de supremacia judicial, as cortes, por meio de remédios estruturais flexíveis e sob supervisão, promovem o diálogo amplo entre as instituições e a sociedade. Ordens flexíveis acompanhadas de

monitoramento podem, portanto, ser superiores às ordens detalhas e rígidas não apenas sob as óticas democrática e política, mas também quanto aos resultados desejados. Daí por que comportamento judicial da espécie possuir tanto virtudes democráticas como vantagens pragmáticas.

Essa posição foi a chave do sucesso no caso do deslocamento forçado. A corte interveio na confecção de políticas públicas, dirigindo ordens à ampla estrutura de poderes e órgãos envolvidos, sem, contudo, fixar os detalhes do plano de ação. A corte versou os procedimentos e as autoridades competentes para atuar em favor da superação do estado de coisas inconstitucional, nada dispondo sobre o conteúdo das políticas, mas vindo a acompanhar durante seis anos a realização concreta dessas. A corte convocou audiências públicas periódicas, com a participação de atores estatais e sociais, para discutir a elaboração e a implementação das novas políticas públicas, criando “espaços de deliberação e formas alternativas, inovadoras e potencialmente democratizantes, de aplicação judicial dos direitos constitucionais”. (Grifo nosso)

Antes totalmente ignorado, sem qualquer atenção estatal ou da própria sociedade, o problema da falta de direitos básicos da população, quando deslocada forçadamente, é hoje um mal combatido. Após mais de 12 anos da implementação e monitoramento da sentença estrutural, a Corte já cogita declarar vencido o quadro de inconstitucionalidade fática. A guerra civil de mais de 50 anos, com duzentos mil mortos e cinco milhões de deslocados talvez tenha um indicador de transformação social, qual seja, a primeira tentativa de acordo de paz entre o governo Colombiano e a guerrilha FARC. Não seria exagero perceber, junto a CAMPOS (2016, p. 319), que a jurisdição constitucional no início dos anos 2000 teve algum grau de influência no quadro de dismantelamento de grupos guerrilheiros e de uma melhor distribuição social. Mesmo que a população tenha rejeitado inicialmente os termos do acordo, o cessar-fogo já é um avanço notável e uma nova minuta de acordo já foi proposta. Acompanhemos o resultado.

1.4. A doutrina do ECI: conceitos, fundamentos e pressupostos

Conforme apontado no capítulo anterior, o instituto do ECI é uma tutela jurisdicional constitucional excepcional que legitima o Poder Judiciário a coordenar a atuação dos Poderes inertes. Tal atuação exige quadros caóticos de violação de direitos fundamentais diante da não atuação dos poderes políticos, o que possibilitaria então a atuação do Judiciário para a tutela da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Assim, torna-se papel da doutrina esclarecer quais são os limites ao exercício de tal técnica, apontando a correção ou mesmo a inconsistência do instituto, em especial sua adaptação ao ordenamento importador.

O autor nacional pioneiro neste assunto é CAMPOS, que ‘inaugurou’ os estudos da teoria do ECI no Brasil em 2015, a partir de sua tese de doutorado e das pesquisas da Clínica de Direitos da UERJ, orientadas por SARMENTO, e que a aperfeiçoou com recente obra publicada. A partir de

seus estudos, a doutrina nacional (NOVELINO, 2016, p. 162-163; PATEL FILHO, 2016; FERNANDES, 2016, p. 1470 e ss) começa a discutir e confirmar os elementos do instituto, embora com várias objeções (STRECK, 2015; CAMPILONGO, et al, 2015) ínsitas ao fator “novidade”.

Para análise didática das nuances teóricas, dividiu-se o estudo nos seguintes tópicos: pressupostos do ECI, objetivos e conceitos. A análise das críticas ao instituto será feita no terceiro capítulo deste estudo.

1.4.1. Pressupostos do ECI

CAMPOS parte da análise dos casos em que a CCC utilizou-se da tutela de “*estado de cosas inconstitucional*” e, a partir da doutrina colombiana, sistematizou o estudo, definindo os elementos comuns das sentenças. A título de ilustração, compilamos o trecho da decisão Sentencia T 25 de 2004⁷ – do caso de deslocamentos forçados que representa o auge do rigor técnico da Corte:

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;*
- (iii) *la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado;*
- (iv) *la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos.*
- (v) *la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante;*
- (vi) *si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.*

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*

⁷ Disponível em:<<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>.

*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. (Grifo nosso)*

Temos, portanto, seis fatores que caracterizam o estado de coisas inconstitucional. Cumpre observar que CAMPOS importou apenas quatro para aplicação no Brasil. Nas palavras de CAMPOS (2016, p. 179),

[...] a fim de tornar mais clara e objetiva a tarefa de identificação e afirmação do ECI, penso ser melhor falar-se na presença de **quatro pressupostos** em vez dos seis elencados na Sentencia T-25 de 2004. Não se trata de ignorar dois dos fatores apontados pela Corte, e sim de diluí-los, para melhor compreensão do fenômeno [...]

Os elementos são cumulativos e prejudiciais conforme a ordem apresentada. Isto é de suma importância prática, pois a verificação rigorosa dos pressupostos legitima a ação do Poder Judiciário. Isto será detalhado no capítulo 3.

Neste ponto devemos advertir: em colunas publicadas no ano de 2015, CAMPOS estruturou como elementos do ECI apenas três fatores, embora em sua tese e livro tenha exposto quatro fatores. A doutrina nacional que se dispôs a analisar o instituto seguiu sua primeira versão, a divisão tripartida. Divergimos do autor quando ele apresenta um “quarto pressuposto”. Entendemos que não se trata de verdadeiro pressuposto do ECI, mas sim de um objetivo indireto a ser alcançado pela declaração do ECI. Portanto, apresentaremos fatores que entendemos serem autorizadores da declaração ECI e deslocaremos o quarto pressuposto de CAMPOS para o tópico dos objetivos do ECI (ver tópico 1.4.2.4)

1.4.1.1. Primeiro fator, pressuposto⁸, plano dos fatos⁹ ou pressuposto fático¹⁰

Para caracterização de um Estado de Coisas Inconstitucional é necessário um quadro de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais indiscriminados, afetando um grande grupo indeterminável de pessoas (número significativo para a CCC). Como ressalta CAMPOS (2016, p. 180) "não se trata de violação a qualquer norma constitucional, mas apenas àquelas relativas a direitos fundamentais, e que a violação seja espacial e qualitativamente massiva, sistemática e contínua".

De forma objetiva, então, devemos qualificar essa violência à direitos no caso de: a) atingir uma variedade de direitos fundamentais; b) atingir um número elevado e amplo de pessoas e grupos.

1.4.1.2. Segundo fator, pressuposto¹¹, plano das causas¹² ou pressuposto político¹³

Verificada a violência na condição do item anterior, é preciso constatar uma omissão reiterada e prolongada das autoridades públicas, atribuível a mais de um ente, que gera e agrava as violações massivas aos direitos fundamentais – A chamada “falha estrutural”. Não se trata da inércia de uma única autoridade ou instituição pública, mas sim do funcionamento deficiente do Estado como um todo que resulta na violação acima descrita.

Conforme CAMPOS (2016, capítulos 1 e 2) e PATEL FILHO (2016), pode-se enquadrar tal fator na categoria dogmática da omissão inconstitucional sob a perspectiva material – que pode ter início, por exemplo, na omissão legislativa, na falta de regulamentação normativa, na falta de vontade política ou na ausência de coordenação entre leis e medidas administrativas de execução. Normalmente, é verificável quando da ausência ou deficiência de políticas públicas – um estágio avançado da omissão normativa inconstitucional.

FLETCHER, quando estudou as injunções estruturais norte-americanas (apud CAMPOS, p. 182-183) classifica esta omissão como uma “questão policêntrica” - “um problema complexo com um número de centros de problemas subsidiários, cada um relacionado com o outro, de modo

⁸ CAMPOS, 2016, p.180.

⁹ FERNANDES, 2016, p. 1471.

¹⁰ NOVELINO, 2016, p. 162.

¹¹ CAMPOS, 2016, p.181.

¹² FERNANDES, 2016, p. 1471.

¹³ NOVELINO, 2016, p. 162.

que a solução de cada problema depende da solução de todos os outros”. Esta ideia é a chave que une o primeiro com o terceiro fator.

Vale destacar que a omissão aqui deve ser denotativamente entendida: os Poderes Públicos simplesmente não discutem os problemas em pauta, não há vontade política ou administrativa em sua execução, o que é diferente de uma má-gestão ou incompetência no trato público. PEÑA DE MORAES (in 2015, Estado de coisas inconstitucional - parte 2) chama este fator, inclusive, de “bloqueio político ou institucional”.

1.4.1.3. Terceiro fator, pressuposto¹⁴, plano das soluções¹⁵ ou pressuposto jurídico¹⁶

Verificada a existência dos dois fatores anteriores, conclui-se pela existência de um litígio estrutural, que não pode ser resolvido com uma tutela jurisdicional mandamental simples. Tendo em vista a pluralidade de vítimas e de causadores (problema policêntrico), faz-se necessário buscar remédios adequados para sua solução. A proposta, nestes casos, se dá pela utilização das tutelas estruturais, chamadas de injunções estruturais no direito estadunidense e estudadas desde o famoso caso “*Brown vs Board of education*”.

Seguindo a doutrina de Owen Fiss, percebeu-se que o modelo de decisão utilizado no *Brown vs Board of Education* foi adotado em outros casos nos Estados Unidos, e se tornou objeto de estudo paradigmático. Entre nós, destacamos a doutrina de DIDIER JR. E ZANETI JR (2016, p. 380-381)

A decisão estrutural (*structural injunction*) é, pois, aquela que busca implantar uma reforma estrutural (*structural reform*) em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar determinada política pública ou resolver litígios complexos. Por isso, o processo em que ela se constrói é chamado de processo estrutural. Parte-se da premissa de que a ameaça ou a lesão que as organizações burocráticas representam para a efetividade das normas constitucionais não pode ser eliminada sem que tais organizações sejam reconstruídas.

Os juízes constitucionais percebem que não podem resolver o quadro litigioso isoladamente, e que de nada adiantará proferirem ordens diretas, que dificilmente seriam cumpridas, seja por problemas institucionais, seja por problemas econômicos. Deverão, portanto, utilizar sentenças “flexíveis”, isto é, ordens-espelho, que orientam os atores públicos a

¹⁴ CAMPOS, 2016, p.183.

¹⁵ FERNANDES, 2016, p. 1471.

¹⁶ NOVELINO, 2016, p. 162.

atingir um fim, permitindo a livre escolha dos meios de implementação. Por conta da necessidade destes remédios não se dirigirem a apenas a um órgão, mas a uma pluralidade de atores políticos, faz-se necessária a discussão anterior em arena pública, visando legitimar as linhas mestras da nova política a ser implementada. Nossa doutrina pátria sobre processos coletivos há muito estuda as sentenças estruturais como importante forma de implementação de direitos. Na expressão de COSTA (apud VIOLIN, p. 151) “o dia a dia forense tem mostrado, assim, que a execução forçada não é a forma mais eficiente de implantar-se em juízo determinada política pública”. Daí cria as expressões “execução negociada e execução complexa cooperativa”. Por isso a necessidade de debates e participação de todos os afetados

Uma última expressão, consagrada por CAMPOS (2016, p. 184) diz que “A declaração do ECI se apresenta como verdadeira “senha de acesso” às tutelas estruturais”.

Configurada a situação de um litígio estrutural que caracteriza uma inconstitucionalidade e que somente será resolvida através de tutelas estruturais, temos o quadro chamado de Estado de Coisas Inconstitucional. Mas quais são os objetivos desta caracterização?

1.4.2. Objetivos do ECI

Analisados os substratos condicionantes que permitirão a tutela excepcional, deve-se perguntar quais são os objetivos de tal implementação teórica? Qual é a função que tal tutela pretende atingir? GARAVITO E FRANCO ofereceram uma sistematização dos efeitos das decisões estruturais decorrentes da declaração do ECI (CAMPOS, 2016, p. 204 e ss.). Conforme expõem os autores (GARAVITO e FRANCO, 2010, p. 22):

Para volver al caso de la sentencia T-025, más allá de sus efectos instrumentales directos (esto es, el cumplimiento efectivo de sus órdenes), es posible que ella haya generado efectos indirectos o simbólicos igualmente importantes. Por ejemplo, pue- de haber contribuido a cambiar la percepción pública sobre la urgencia y gravedad del desplazamiento en Colombia, o puede haber legitimado las denuncias y reforzado el poder de negociación de las ONG de derechos humanos y las entidades internacionales que venían presionando al gobierno colombiano- no para hacer más por la población desplazada.

Assim, além dos efeitos instrumentais diretos, quais sejam, a solução judicial às violações veiculadas na peça processual, a declaração do ECI tem importante repercussão em diversos âmbitos – sociais e institucionais. Destacam-se abaixo quatro objetivos que ressaltam a essência do ECI.

1.4.2.1. Superação de bloqueios políticos

Como visto nos casos que delinearam a tutela colombiana, a violação massiva de direitos fundamentais atingiu grupos de pessoas sem representação política efetiva nos órgãos representativos ou executivos. Isto justifica a inércia dos Poderes Públicos neste caso são pessoas que não contribuem ou financiam para campanhas políticas de manutenção do poder. São “coitados” invisíveis ao Estado.

Da mesma forma, o sistema carcerário. É preciso refletir. Presos não votam e qualquer defesa pública por parte de um ator político certamente acarretará uma antipatia do eleitorado. Assim, mesmo que haja vontade de alguns poucos políticos, essa manifestação em público acarretará no sepultamento de sua vida política. A participação política efetiva é uma questão de justiça conforme FRASER (2009, p. 19-22) quando afirma que a existência dos invisíveis (externos ao quadro social) é um tipo de metainjustiça que prejudica quaisquer possíveis reivindicações de justiça distributiva ou de reconhecimento. Nesta hipótese, até WALDRON, conhecido opositor radical ao *judicial review*, admite a intervenção do Judiciário (2006, 155 e ss.)

Desta forma, a Corte, avoca para si o início do debate do problema, busca este ônus como agente independente que não precisa angariar votos para uma reeleição, possibilitando a voz de pessoas sub-representadas.

1.4.2.2. Superação de bloqueios institucionais (sistêmicos)

O Estado não funciona com a efetividade devida; promete direitos e não consegue cumpri-los. Ilustra-se com um caso concreto. No caso da ADPF 347 isto fica claro: existe um Fundo Monetário criado para aplicação no sistema penitenciário brasileiro. Ocorre que, por descoordenação entre União e estados-membros, decorrente de uma lamentável burocracia, o dinheiro não é repassado; a União possui algum dinheiro para melhorar a situação, mas dificulta o repasse. Os estados também não cumprem toda a burocracia imposta e ficam sem acesso ao fundo.

Mais de um ano após a liminar parcial da ADPF 347, vemos que o Estado continua totalmente descoordenado: Com a edição da Medida Provisória 755 de 2016, o Executivo Federal volta a “liberar verbas do fundo próprio para a modernização do sistema carcerário”, mas direcionando de forma equivocada os valores do fundo, o que deu ensejo ao aditamento da inicial da ADPF 347 no corrente ano de 2017:

Com efeito, até o advento da MP nº 755, os recursos do Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN destinavam-se exclusivamente a “*financiar e apoiar as atividades e programas de modernização e aprimoramento do Sistema Penitenciário Brasileiro*” (art. 1º da Lei Complementar nº 79/94). Porém, a referida Medida Provisória, em seu art. 1º, possibilitou que os recursos existentes no FUNPEN sejam empregados também em outras finalidades

ligadas à segurança pública, que não têm direta vinculação com o sistema penitenciário (art. 3º, incisos XVII e XVIII da Lei Complementar nº 74/94, em sua nova redação). É possível agora empregar as verbas do FUNPEN para atividades de índole policial, como “*políticas de redução da criminalidade*” e “*inteligência policial*”.

[...]

Desnecessário dizer que tais medidas retiram do FUNPEN recursos essenciais para o enfrentamento do “estado de coisas inconstitucional” do sistema prisional brasileiro, reconhecido pelo STF no julgamento da ADPF nº 347-MC. O nosso sistema prisional é absolutamente desumano e radicalmente contrário à Constituição, como reconheceu a Corte naquela histórica decisão. Por isso, ao permitir o desvio recursos do FUNPEN para outras finalidades, os dispositivos da MP 755 ora impugnados ofendem gravemente a Constituição de 88.

A corte, neste sentido, atua com a finalidade superar problemas do sistema posto. Simplifica algumas formas em prol de uma conversa ajustada e unificada.

1.4.2.3. Superação de bloqueios deliberativos

O grande ganho democrático reside nesta expectativa. A Corte chama a atenção para um problema que deveria estar na pauta da sociedade, com discussão e diálogo entre os setores envolvidos. Tomemos como exemplo as ações penais julgadas pelo STF como o “mensalão” e a Operação Lava Jato: é inegável uma evolução da concepção político-institucional da população; a população passou a conhecer os órgãos públicos, começou a discutir assuntos típicos de esfera pública, ainda que embrionariamente, com termos técnicos (provas ilícitas, competência – termos antes restritos aos bacharéis em direito. Basta constatar a repercussão gerada em torno da votação do projeto de lei conhecido como “pacote de 10 medidas anticorrupção” e sua alteração unilateral (sem emitir juízo sobre o mérito).

Percebe-se claramente um ganho cívico neste ponto: as pessoas aprendem a discutir problemas comuns que necessitam de atenção e tomam interesse em acompanhar o desenvolvimento da máquina pública. Não é o ideal, mas, definitivamente, é uma superação de uma ignorância absoluta sobre assuntos de Estado.

1.4.2.4. Evitar um congestionamento da Corte (ou quarto pressuposto¹⁷)

Trata-se da potencialidade de um número elevado de afetados produzirem um grave congestionamento da máquina judiciária. Este é um dos pressupostos para declaração do ECI na

¹⁷ CAMPOS, 2016, p. 185

Colômbia. Naquele país os cidadãos possuem um meio processual para acessar direta e individualmente a jurisdição da Corte Constitucional, algo similar a um misto entre nossa reclamação constitucional e ADPF. Assim, a corte, diante de uma violação massiva de direitos passa a receber uma verdadeira “enxurrada” de processos individuais questionando as mesmas políticas públicas. Assim, a Corte atua visando unificar as tutelas e evitar o congestionamento gerado. Se formos transpor este acesso dos cidadãos ao Judiciário, teríamos inúmero *habeas corpus* – ação gratuita e sem limite de interposição – impetrados diuturnamente sobre a questão, além de recursos ordinários e extraordinários, como já temos e que originam novos entendimentos sobre execução penal, a exemplo do RE 641320 que deu origem ao enunciado de súmula vinculante nº 56 sobre falta de vagas e progressão de regime carcerário; Novas hipóteses judiciais de remição de pena por leitura, conforme noticiado no STJ, informativo 587, dentre outros.

Rigorosamente, com o devido respeito, não consideramos tal aspecto um pressuposto para declaração do ECI como o professor CAMPOS, mas sim um de seus objetivos indiretos, utilizando suas próprias palavras: “A corte acaba atuando, também, em favor de si mesma, o que não deixa de retornar à sociedade na forma de melhores serviços jurisdicionais” (2016, p. 185).

1.4.3. Conceito de “estado de coisas inconstitucional”

Vistos os fatores necessários ao ECI e quais são seus objetivos declarados – diretos ou indiretos – pode-se elaborar um conceito técnico para o instituto. Verifica-se na doutrina pouca variação quando da elaboração de um conceito rigoroso do instituto. Vejamos alguns colhidos nas referências deste estudo. Segundo GARCIA JARAMILLO (apud CAMPOS, 2016, p. 186):

a doutrina da criação judicial do estado de coisas inconstitucional surgiu como resposta judicial à necessidade de reduzir, em determinados casos, a dramática separação entre as consagrações da normatividade e a realidade social em um país tão particularmente garantista em suas normas como desigual em sua realidade (Colômbia).

Já BLANCA RAQUEL (apud CAMPOS, 2016, p. 187), com um conceito mais técnico e completo preceitua:

Um estado de coisas inconstitucional é uma figura de caráter processual e de vocação oficiosa, para a defesa objetiva de direitos humanos, a fim de resolver casos em que se apresenta uma violação sistemática de direitos fundamentais de um grupo significativo de pessoas, cujas causas guardam relação com falhas sistemáticas ou estruturais e com políticas públicas, onde se requer envolver todos os órgãos públicos necessários e adotar medidas de caráter impessoal que tendem a superar esse status quo injusto, e no qual

o juiz constitucional mantém a competência para vigiar o cumprimento da decisão.

Complementa CAMPOS que

Trata-se de técnica decisória por meio da qual se declara uma “realidade inconstitucional”. Não é uma ação judicial propriamente dita, e sim uma ferramenta processual pela qual cortes produzem uma norma declaratória da contradição insuportável entre texto constitucional e realidade social. CAMPOS (2016, p. 185)

Pode-se definir o ECI como um mecanismo procedimental no qual a Corte Constitucional declara a existência de um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais de determinados grupos sociais, decorrente de falhas estruturais – omissões sistêmicas e persistentes dos Poderes Públicos – em que a superação só é possível mediante um conjunto de medidas de natureza legislativa, executiva, orçamentária, e principalmente, de políticas públicas, que envolve uma pluralidade de atores públicos. A inconstitucionalidade não é de um fato, não é de uma norma, mas de uma instituição – um sistema falido, não somente defeituoso. CAMPOS (2015).

GUILHERME PEÑA DE MORAES afirmou em sua rede social em 1º de outubro de 2015, que

O estado de coisas inconstitucional é definido como incompatibilidade entre a política pública em implementação e os parâmetros constitucionais respeitantes à promoção da inclusão social, igualdade material e proteção da dignidade humana. Em outras palavras: fracasso generalizado de políticas públicas que, causado pelo bloqueio do processo político ou institucional, resulta em violações massivas de direitos humanos.

Diz, ainda, LIMA (2015):

O conceito de ECI (“*Estado de Cosas Inconstitucional*”) foi desenvolvido pela Corte Constitucional colombiana no contexto de violações sistemáticas de direitos fundamentais e possui um propósito bastante ambicioso: permitir o desenvolvimento de soluções estruturais para situações de graves e contínuas inconstitucionalidades praticadas contra populações vulneráveis em face de falhas (omissões) do poder público. Em termos muito sintéticos, ao declarar o *Estado de Cosas Inconstitucional*, o Judiciário reconhece a existência de uma violação massiva, generalizada e estrutural dos direitos fundamentais contra um grupo de pessoas vulneráveis e conclama que todos os órgãos responsáveis adotem medidas eficazes para solucionar o problema. Nesse sentido, o ECI é uma forma de dizer que a situação está tão caótica e fora de controle que é necessário que todos os envolvidos assumam um compromisso real de resolver o problema de forma planejada e efetiva.

Como se percebe, as conceituações flutuam entre citar os fatores do ECI e seus efeitos, atribuindo maior ou menor protagonismo ao Judiciário. É importante, porém, fincar as bases

conceituais para evitar confusões semânticas, tendo em vista que já se fala, inclusive, em “estado de coisas inconventionais” (LEGALE e MARTINS, 2016).

Como tentativa de elaborar um conceito adequado ao ordenamento jurídico brasileiro entendemos que o ECI é uma técnica judicial de tutela coletiva, em processo de controle concentrado e concreto, que declara a existência de uma omissão inconstitucional material a partir de violações massivas e difusas de direitos fundamentais, decorrentes de uma falha estrutural. Em um segundo passo, declarado o Estado de Coisas Inconstitucional estaria a corte constitucional autorizada a utilizar sentenças estruturais, desde que convocados todos os afetados para diálogos na arena pública sob sua monitoração, sujeitando todos a novos debates e replanejamentos até que se tenha reformado a instituição defeituosa e seja superado o estado de coisas inconstitucional.

Percebam. O ECI é a violação de direitos constitucionais decorrente de uma falha estrutural. O uso posterior de tutela estrutural é posterior à decretação do ECI, e dele decorrente. Esta sequência revela um rigor na apreciação dos fatores ínsitos ao instituto nos casos apresentados à corte constitucional.

Ao contrário do que ocorre nos processos coletivos onde existe a possibilidade de juízes de instâncias inferiores utilizarem sentenças estruturais, não vislumbramos aqui tal possibilidade. Nos processos coletivos comuns não existe uma falha estrutural no sentido exposto neste estudo. A partir do momento em que não se pode atribuir a responsabilidade a determinado (s) órgãos, tem-se a falência geral de um sistema. Assim, pela sistemática de nosso ordenamento, a competência adequada só resta como sendo da Corte Constitucional, seja pela funcionalidade de produzir decisões perante todo o Judiciário e toda a Administração pública, seja pela eficácia de suas sentenças de controle de constitucionalidade, seja ainda pela regra do art. 102, I, f da CF/88 que dispõe competência para o STF processar e julgar, originariamente “as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta.

2. A recepção brasileira do ECI: a ADPF 347 e diálogos institucionais

Compreendidos os conceitos e contextos envolvidos, passamos à análise do caso concreto que inaugurou o debate brasileiro acerca do ECI: a ADPF 347 de 2015. Conforme descrito, verifica-se uma tendência do STF pela recepção do instituto em sede cautelar, ao menos para iniciar o diálogo com os outros poderes.

2.1. A ADPF 347, o STF e o sistema carcerário brasileiro

Em meados de 2015 o PSOL ajuizou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, de nº 347, utilizando-se da tese colombiana para questionar o estágio atual do sistema carcerário brasileiro. Na inicial, pediu-se que o STF reconheça a existência do "Estado de Coisas Inconstitucional" e, antecipadamente em sede liminar, deferisse oito ordens em vistas de atenuar ou mesmo resolver a situação, as quais são listadas abaixo:

i) Que o STF ordenasse aos juízes e tribunais:

- a) quando forem decretar ou manter prisões provisórias, fundamentem essa decisão dizendo expressamente o motivo pelo qual estão aplicando a prisão e não uma das medidas cautelares alternativas previstas no art. 319 do CPP;
- b) implementem, no prazo máximo de 90 dias, as audiências de custódia;
- c) quando forem impor cautelares penais, aplicar pena ou decidir algo na execução penal, levem em consideração, de forma expressa e fundamentada, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro;
- d) estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão;
- e) abrandar os requisitos temporais necessários para que o preso goze de benefícios e direitos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando ficar demonstrado que as condições de cumprimento da pena estão, na prática, mais severas do que as previstas na lei em virtude do quadro do sistema carcerário; e
- f) abatam o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento são, na prática, mais severas do que as previstas na lei. Isso seria uma forma de "compensar" o fato de o Poder Público estar cometendo um ilícito estatal.

ii) Que o STF ordenasse que o CNJ:

- g) coordene um mutirão carcerário a fim de revisar todos os processos de execução penal em curso no País que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas pleiteadas nas alíneas "e" e "f" acima expostas.

iii) Que o STF ordenasse que à União:

- h) libere, sem qualquer tipo de limitação, o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) para utilização na finalidade para a qual foi criado, proibindo a realização de novos contingenciamentos.

O Supremo, até a presente data (29/04/2017), não julgou definitivamente o mérito da ADPF 347, mas apreciou o pedido em sede cautelar no dia 09/09/2015, conforme veiculado no informativo de jurisprudência de nº 798. O STF decidiu conceder, parcialmente, deferindo apenas os pedidos "b" (audiência de custódia) e "h" (liberação das verbas do FUNPEN).

Vale destacar que, tanto a AGU, quanto o representante das procuradorias dos estados, admitiram o caos no sistema carcerário brasileiro, embora discordem da legitimação da Corte para atuar no caso, o que parece carecer de fundamento no caso concreto, afinal, conforme escreveu CAVALCANTE (2015)

o Plenário reconheceu que as penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios acabam sendo penas cruéis e desumanas. Diante disso, o STF declarou o desrespeito massivo a diversos dispositivos constitucionais, tratados internacionais e normas infraconstitucionais.

Vale ressaltar que a responsabilidade por essa situação deve ser atribuída aos três Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), tanto da União como dos Estados-Membros e do Distrito Federal.

A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa uma verdadeira "falha estrutural" que gera ofensa aos direitos dos presos, além da perpetuação e do agravamento da situação. Assim, cabe ao STF o papel de retirar os demais poderes da inércia, coordenar ações visando a resolver o problema e monitorar os resultados alcançados. A intervenção judicial é necessária diante da incapacidade demonstrada pelas instituições legislativas e administrativas.

No entanto, o Plenário entendeu que o STF não pode substituir o papel do Legislativo e do Executivo na consecução de suas tarefas próprias. Em outras palavras, o Judiciário deverá superar bloqueios políticos e institucionais sem afastar, porém, esses poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias. Nesse sentido, não lhe incumbe definir o conteúdo próprio dessas políticas, os detalhes dos meios a serem empregados. Com base nessas considerações, foram indeferidos os pedidos "e" e "f".

Desta maneira, percebemos que o STF foi cauteloso no discurso, afirmando sim o Estado de Coisas inconstitucional, por estarem presentes todos os elementos amadurecidos pela doutrina, sem porém avocar a missão para si. Indicou, assim, uma inclinação ao debate concreto com as outras intuições e com a sociedade civil, conforme exposto pelo Min. Relator Marco Aurélio (BRASIL, ADPF 347, Inteiro teor do acórdão, pág. 36):

Nada do que foi afirmado autoriza, todavia, o Supremo a substituir-se ao Legislativo e ao Executivo na consecução de tarefas próprias. O Tribunal deve superar bloqueios políticos e institucionais sem afastar esses Poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias. Deve agir em diálogo com os outros Poderes e com a sociedade. Cabe ao Supremo catalisar ações e políticas públicas, coordenar a atuação dos órgãos do Estado na adoção dessas medidas e monitorar a eficiência das soluções. Não lhe incumbe, no entanto, definir o conteúdo próprio dessas políticas, os detalhes dos meios a serem empregados. Em vez de desprezar as

capacidades institucionais dos outros Poderes, deve coordená-las, a fim de afastar o estado de inércia e deficiência estatal permanente. Não se trata de substituição aos demais Poderes, e sim de oferecimento de incentivos, parâmetros e objetivos indispensáveis à atuação de cada qual, deixando-lhes o estabelecimento das minúcias. Há de se alcançar o equilíbrio entre respostas efetivas às violações de direitos e as limitações institucionais reveladas na Carta da República.

Passados alguns meses, o pontapé dado pelo STF ainda não teve tanta repercussão (talvez, por conta dos “conflitos” políticos ocorridos em 2016). A única movimentação relevante foi a proposição de um Projeto de Lei que partiu do Senado e será estudado no próximo tópico.

Apenas como relato, informamos que em 13 de junho de 2016, o Procurador-Geral da República pediu vista do processo, para propor medidas destinadas à concretização do julgamento. No dia 15 seguinte, os Estados de Mato Grosso do Sul, Piauí, Alagoas, Goiás, Rio Grande do Sul, São Paulo e Sergipe apresentaram petição afirmando não terem notícia da liberação de recursos do Fundo Penitenciário Nacional. Anotam que o descumprimento da medida acauteladora implementada pelo Supremo tem causado evidentes prejuízos aos entes federados. Pedem que seja a União intimada a informar as razões pelas quais ainda não foi observada a decisão do Pleno. Habilitaram-se como terceiros intervenientes a Associação Nacional dos Defensores Públicos e a Defensoria Pública do Rio de Janeiro. O processo foi despachado do STF para o gabinete da Procuradoria Geral da República em 12/08/2016 e lá permanece até hoje, 3 de março de 2017.

Com a edição da medida provisória de nº 755 de 2016, o PSOL pediu aditamento à inicial no dia 09/01/2017 baseado na seguinte fundamentação:

Com efeito, até o advento da MP nº 755, os recursos do Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN destinavam-se exclusivamente a *“financiar e apoiar as atividades e programas de modernização e aprimoramento do Sistema Penitenciário Brasileiro”* (art. 1º da Lei Complementar nº 79/94). Porém, a referida Medida Provisória, em seu art. 1º, possibilitou que os recursos existentes no FUNPEN sejam empregados também em outras finalidades ligadas à segurança pública, que não têm direta vinculação com o sistema penitenciário (art. 3º, incisos XVII e XVIII da Lei Complementar nº 74/94, em sua nova redação). É possível agora empregar as verbas do FUNPEN para atividades de índole policial, como *“políticas de redução da criminalidade”* e *“inteligência policial”*.

Além disso, o art. 2º da MP nº 755, ao alterar a redação do art. 2º da Lei nº 11.345/2006, reduziu as fontes de receita do FUNPEN. Até então, o fundo era destinatário de 3% da receita proveniente do *“curso de prognóstico específico sobre o resultado de sorteio de números ou símbolos regidos pelo Decreto-Lei nº 204, de 27 de fevereiro de 1967”* – ou seja, da loteria esportiva, como é popularmente conhecida – nos termos do art. 2º, inciso V, da Lei nº 11.345/2006, na sua redação anterior. Essa é a principal fonte de recursos do FUNPEN. Ocorre que o art. 2º da MP nº 755 reduziu tal percentual para 2,1% (art. 2º, inciso V, da Lei nº 11.345/2006, na nova redação), transferindo a diferença de 0,9% *“para o Fundo Nacional de*

Segurança Pública – FNSP, instituído pela Lei nº 10.201, de 14 de fevereiro de 2001” (art. 2º, inciso IX, da Lei nº 11.345/2006, na nova redação).

Não bastasse, o art. 3º da MP nº 755 permitiu a transferência de 30% do “superávit financeiro das fontes de recursos concernentes ao Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN, decorrentes de vinculação legal existentes no Tesouro Nacional em 31 de dezembro de 2016”. Considerando que o saldo do FUNPEN no final do ano de 2016 era de cerca de 2,37 bilhões de reais, depreende-se que o preceito em questão possibilita que centenas de milhões de reais – que teriam, necessariamente, de ser gastos com melhorias no sistema penitenciário –, sejam empregados em outras finalidades.

Desnecessário dizer que tais medidas retiram do FUNPEN recursos essenciais para o enfrentamento do “estado de coisas inconstitucional” do sistema prisional brasileiro, reconhecido pelo STF no julgamento da ADPF nº 347-MC. O nosso sistema prisional é absolutamente desumano e radicalmente contrário à Constituição, como reconheceu a Corte naquela histórica decisão. Por isso, ao permitir o desvio recursos do FUNPEN para outras finalidades, os dispositivos da MP 755 ora impugnados ofendem gravemente a Constituição de 88.

2.2. A resposta do Poder Legislativo: início de um diálogo institucional

“As decisões do STF podem provocar reações contrárias na sociedade e nos outros poderes”, afirmam SOUZA NETO E SARMENTO (2014, p. 405), o que pode levar a Corte a rever sua posição inicial sobre determinado assunto. Foi o que ocorreu em 11/11/2015, quando o Senador Antônio Carlos Valadares protocolou o PLS 736/2015, de sua autoria, cuja ementa dispõe:

Altera as Leis nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, e 13.105, de 16 de março de 2015, para estabelecer termos e limites ao exercício do controle concentrado e difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, dispor sobre o estado de coisas inconstitucional e o compromisso significativo.

Apenas dois meses após o decidido em sede cautelar, o órgão representante dos estados-membros entendeu o chamado para a discussão e apresentou uma proposta de adequação ao ordenamento positivo do instituto do ECI, o que demonstra o efeito que uma cautelar do STF provoca.

O Projeto de Lei do Senado nº 736/2015 consolida diversos aspectos da importação doutrinária, sendo expresso quanto ao instituto e seus requisitos, conforme proposta de alteração:

Art. 2º A Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 9º-A. O Supremo Tribunal Federal poderá reconhecer o estado de coisas inconstitucional como fundamento para o deferimento de pedido de

medida liminar ou para a decisão definitiva de mérito na arguição de descumprimento de preceito fundamental, caso verificados, cumulativamente, os seguintes pressupostos:

I – Constatação de um quadro de **violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais**, perpetrada pelo Estado, por ação ou omissão, que afete número significativo de pessoas e impeça a preservação do mínimo intangível assegurador da dignidade humana;

II – **falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e judiciais**, que gere a violação sistemática dos direitos, a perpetuação ou o agravamento dessa situação;

III – previsão expressa, no texto constitucional, de políticas públicas que necessitem de concretização.”

Art. 3º A Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1.041-A. A decisão do Supremo Tribunal Federal, **no julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral, que reconheça o estado de coisas inconstitucional** como seu fundamento e determine a celebração de compromisso significativo entre o Poder Público e os segmentos populacionais afetados observará o disposto nos arts. 9º-A, 9º-B, 9º-C e 9º-D, da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999 ”

(Grifos nossos)

Como se percebe, os legisladores compreenderam o significado da declaração do ECI por parte do STF na cautelar concedida na ADPF 347. Pretendem, portanto, positivar os dois elementos centrais do ECI, quais sejam, a “violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais” e “a falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e judiciais”, além de fixar o controle concentrado de constitucionalidade corretamente – através de ADPF ou RE com repercussão geral. Mas chama atenção o temor dos parlamentares quanto ao uso das tutelas estruturais por parte do STF, como expresso na justificativa do referido PLS (Anexo A):

O reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional” foi decisivo para que o STF determinasse a adoção de medidas administrativas e a alocação de recursos orçamentários para equacionamento da situação do sistema carcerário nacional, numa guinada jurisprudencial de grande impacto que **está a suscitar a preocupação de parlamentares, juristas e agentes públicos sobre a necessidade de essa nova linha jurisprudencial ser balizada**, com o claro estabelecimento de limites normativos, sob pena de as competências específicas dos demais Poderes – Executivo e Legislativo – serem usurpadas pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional.

[...]

Embora louvável a decisão de reconhecer o estado de coisas inconstitucional de nosso sistema penitenciário, provocando as esferas do poder público à ação, **entendemos ser bastante preocupante a determinação de afastamento do princípio da separação de Poderes, cláusula imodificável de nossa Constituição, na decisão, especialmente quando combinada com a desconsideração do princípio da reserva do financeiramente possível**. Parece questionável a consolidação dessa corrente jurisprudencial fundada no conceito do “estado de coisas inconstitucional”.

Pensamos ser necessário o esforço para o estabelecimento de parâmetros normativos às decisões do STF no reconhecimento de “estado de coisas

inconstitucional”, em sede de julgamento de ADPF ou RE, para impedir a violação essencial aos princípios implícitos da segurança jurídica e da reserva do financeiramente possível nas ações estatais, além da mitigação ao princípio constitucional da separação de Poderes e de seus principais corolários constitucionais [...] (Grifo nosso)

Desta forma, pretendem limitar a atuação do STF nos casos, continuando a regulamentação deste tipo de tutela:

Art. 9º-B. Reconhecido o estado de coisas inconstitucional, nos termos do art. 9º-A, o Supremo Tribunal Federal determinará a **celebração de compromisso significativo** entre o Poder Público e os segmentos populacionais afetados pela ação ou omissão, com o intuito de tornar efetivo o preceito fundamental, ponderados os princípios e normas constitucionais envolvidos.

Parágrafo único. O compromisso significativo consiste em constante intercâmbio entre os segmentos populacionais afetados e o Estado, em que as partes tentam celebrar acordo para a formulação e implementação de programas socioeconômicos que visem a afastar a violação ao preceito fundamental detectada. ”

Art. 9º-C. O compromisso significativo, de que trata o art. 9º-B, observará as seguintes diretrizes, para que seja considerado válido e eficaz:

- I – Observância ao princípio da independência e harmonia dos Poderes, mediante a preservação de suas competências e prerrogativas constitucional e legalmente fixadas;
- II – Respeito às balizas orçamentárias previstas constitucionalmente e nas leis que estabeleçam o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias, e os orçamentos anuais;
- III – respeito às vinculações orçamentárias constitucionalmente fixadas;
- IV – Respeito à destinação legal dos recursos que integram os fundos da administração pública;
- V – Compatibilidade com as normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, previstas na Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000;
- VI – Observância à disponibilidade financeira dos entes federados interessados;
- VII – respeito à legitimidade dos Chefes do Poder Executivo na definição de prioridades da ação governamental e à sua competência precípua de elaborar e implementar políticas públicas com vistas à concretização dos direitos fundamentais com assento constitucional.

§ 1º A inexistência de disponibilidade financeira, de que trata o inciso VI, deve ser objetivamente demonstrada, facultando-se ao Supremo Tribunal Federal valer-se do auxílio dos órgãos de controle externo e, se necessário, a contratação de perícia especializada para aferir a pertinência das alegações feitas pelo ente estatal competente.

§ 2º A manipulação da situação financeira ou político-administrativa, descrita no § 1º, pela autoridade pública competente, com o objetivo de criar obstáculo artificial à efetivação de preceitos fundamentais em favor dos segmentos populacionais envolvidos, não impedirá a concretização dos direitos fundamentais pleiteados e será caracterizada como ato de

improbidade administrativa de que trata o art. 11 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a ser apurado em processo específico.”

Art. 9º-D. São requisitos necessários à celebração do compromisso significativo, de que trata o art. 9º-B, na decisão liminar ou definitiva de mérito:

- I – Fixação de diretrizes específicas pelo Supremo Tribunal Federal a serem observadas pelo Poder Público responsável e segmentos afetados na autocomposição do conflito constitucional submetido à apreciação judicial;
- II – Designação dos interlocutores do Poder Público e das comunidades ou pessoas afetadas que se responsabilizarão pela efetividade do compromisso significativo;
- III – prestação de informações periódicas pelas partes envolvidas ao Supremo Tribunal Federal nos prazos estipulados;
- IV – Designação de representante do Supremo Tribunal Federal incumbido de fiscalizar, a cada etapa, a evolução das tratativas com vistas ao êxito do compromisso significativo;
- V – Construção compartilhada e autônoma, pelo Poder Público responsável e pelos segmentos populacionais afetados, da solução para o caso analisado, para a concretização do preceito fundamental pleiteado;
- VI – Previsão de arbitramento da questão pelo Supremo Tribunal Federal na hipótese de insucesso na efetivação do compromisso significativo.

Percebe-se que os Senadores não apenas legislam sobre ECI, como também fazem constar na lei vários limites relacionados ao princípio da reserva do possível, à lei orçamentária e à lei de responsabilidade fiscal, baseados na expectativa que o tribunal constitucional viabilize a realização de compromisso significativo. Cumpre, então, abordarmos brevemente o conteúdo do “compromisso/engajamento significativo” proposto pelo Senador como forma de enriquecer o debate.

Somente no capítulo 3 é feita o confronto entre o modelo sul-africano e o modelo colombiano do ECI e qual poderá ser o futuro panorama do assunto quando a Corte for decidir o mérito da ADPF.

O projeto está parado desde o dia 20/11/2015 na CCJ - Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, aguardando designação do relator.

2.2.1. A experiência sul-africana: compromissos significativos

Também no grupo vanguardista do Sul Global está a Corte Constitucional sul-africana, destaque na sociedade de seu país por praticar um “constitucionalismo transformativo” – visa modificar a situação social mediante a efetivação de direitos constitucionais estabelecidos pós-apartheid. Da mesma forma que a Corte Colombiana; desenvolveu técnicas decisórias para realizar os direitos estampados em sua carta fundamental de regência, rica em direitos sociais.

A título de ilustração da preocupação do Judiciário com os direitos socioeconômicos naquele país compila-se o relato do *ex-justice* sul-africano ALBIE SACHS (2016, p. 158-161):

O tema dos direitos socioeconômicos fazia parte da ordem do dia. E quando os prisioneiros políticos foram libertados na África do Sul e os exilados, como eu, puderam ir para casa, e foram iniciadas negociações sérias quanto a uma nova ordem constitucional, o debate passou a um novo plano: o da exequibilidade.

[...]

Porém, minha conclusão era que não bastaria proteção igualitária, mesmo aliada à ação afirmativa. O problema não era simplesmente prevenir discriminação existente ou nova, e sim assegurar a todos o direito, a pelo menos, os elementos de decência mínimos da vida. [...]. Em um país no qual grande camada da população vivia em pobreza extrema, não bastaria a ação afirmativa; era necessária alguma forma de avanço social amplo. Permanecia a questão: a obrigação do Estado de promover o avanço socioeconômico deveria ser estabelecida como dever constitucional?

[...] Juízes eram institucionalmente de todo inadequados para tomar decisões relativas a casas, hospitais, escolas e eletricidade. [...]. Contudo, os juízes sabiam sobre dignidade humana, sobre opressão e coisas que reduziam seres humanos a um estado abaixo do que uma sociedade democrática consideraria tolerável.

Vale ressaltar que a maneira equilibrada de atuar da Corte sul-africana revela hipótese em que a proposta dialógica parte da própria corte constitucional tal qual na Colômbia (CAMPOS, 2015, p. 192). Não à toa que a seção 26 (2) da Constituição da República Sul-Africana prevê que o Estado “deve tomar medidas legislativas razoáveis no limite dos recursos disponíveis para alcançar a realização progressiva deste direito”. São medidas legislativas e administrativas a nível nacional, provincial e local a serem implantadas.

Passa então a ter relevância mundial por conta de casos em que teve atuação notável e aplicou a técnicas como sentenças aditivas e modulação temporal da eficácia de suas decisões de forma moderada, hoje, reconhecidas como “compromisso significativo” (*meaningful engagement*). Segundo DAVID PARDO (apud VIEIRA JUNIOR, 2015, p. 29) o uso de tal técnica “iniciou-se com a aplicação, no caso *Grootboom*, posteriormente em *Olivia Road*, em 2008, em que atualizou a metodologia dos direitos sociais e econômicos, e chegou à ideia de “compromisso significativo”, que foi refinada no caso *Joe Slovo*, em 2009.” Um breve resumo dos casos citados:

I - No caso *Grootboom* v República da África d Sul, a Corte Constitucional avaliou a razoabilidade de um programa habitacional em todos os seus níveis, concluindo que ele era deficiente por ser incapaz de proporcionar moradias emergenciais, embora não tenha exigido ações concretas do governo, afirmando que tais direitos deveriam ser progressivamente realizados, dentro do limite da razoabilidade e dos recursos orçamentários. A Corte Constitucional Sul Africana decidiu que, embora efetivamente se tratasse de um direito social

com previsão constitucional, ele não seria um direito a ser tutelado individualmente, "sob demanda", para quem ingressasse com ações judiciais. Ele deveria ser tutelado por meio de uma legislação nacional que trataria todos que se encontravam na mesma situação, da mesma maneira; e que ela deveria ser implementada dentro das possibilidades orçamentárias do governo. Nos termos de TUSHNET (2008, p. 244) "*treating the rights as weak ones is consistent with the Constitution's language, and particularly its requirement of reasonableness*". CAMPOS (2015, p. 194) destacou aqui um comportamento estratégico da Corte, tendo em vista a cultura tradicional de deferência aos poderes representativos e o risco de descumprimento de eventual ordem mais forte. Desta forma, a Corte teria "reservado" para si a possibilidade de implementar direitos socioeconômicos em casos futuros.

II - No caso *Olivia Road v City of Johannesburg*, mais de 400 (quatrocentos) ocupantes de prédios na Cidade de Johannesburgo descumpriram a ordem de desocupação emitida pelo governo local, que alegava razões de segurança e de saúde pública (VIEIRA JUNIOR, 2015, p. 30). A Corte, no julgado de fevereiro de 2008, emitiu ordem provisória para o governo local e para os ocupantes se "engajassem significativamente"¹⁸ em:

- a) Resolver suas diferenças e dificuldades à luz dos valores da Constituição;
- b) Aliviar a condição dos que viviam nos edifícios, tornando-os seguros e saudáveis;
- c) Reportar os resultados do compromisso.

Transcorrido o prazo originalmente fixado pela Corte, noticiaram as partes o consenso já alcançado – e o conteúdo da decisão proferida envolveu uma espécie de homologação do acertado. Recusou-se a Corte a afirmar, como pretendido pelos ocupantes dos prédios, a inadequação do programa de provimento de moradias, preferindo manter o foco no processo que resultou no acordo, afirmando que havia fundadas razões para afirmar que as negociações prosseguiriam, em boa fé, incluindo aquelas atinentes a um plano de habitação de maior alcance (LÍRIO DO VALLE, 2012, p. 233).

III - O caso *Joe Slovo*, julgado em 2008, conforme relata LEAL (2014)

visava saber se, ao despejar moradores, o Ministro da Habitação e demais autoridades envolvidas tinham cumprido suas obrigações de agir razoavelmente na busca da promoção do direito de acesso à moradia adequada. A conclusão foi que sim. Para o ministro Zak Yacoob: "Os candidatos foram desalojados e removidos a fim de facilitar o

¹⁸ A expressão utilizada foi "*meaningful engagement*" vide p. 7 da decisão. Disponível em: <<http://www.constitutionalcourt.org.za/Archimages/11581.02.08.PDF>>.

desenvolvimento habitacional. As circunstâncias da sua expulsão constituem medida para garantir a realização progressiva do direito à moradia, nos termos do artigo 26(2) da Constituição”.

Estes casos ilustram, portanto, a construção moderada da Corte quando afirma os direitos sociais elencados em sua Constituição como cogentes, embora sem a imposição ou mudança em curto prazo da situação fática.

No “compromisso significativo”, a premissa básica é de que as decisões sejam tomadas de forma conjunta pelos participantes, pelos representantes do Estado e pelas pessoas afetadas pela ação ou omissão do Estado na implementação de dada política pública, tal qual a proposta dialógica da solução do ECI. DAVID PARDO (apud VIEIRA JUNIOR, 2015, p. 30) afirma que

O método do compromisso significativo apresenta a vantagem de ser modelo de revisão judicial compatível com a democracia. Propicia que os indivíduos e comunidades sejam posicionados como parceiros no processo de tomada de decisões, que a decisão final seja construída em conjunto. Constitui postura judicial respeitosa com os representantes eleitos pelo público e fomenta a participação e a política democrática. De outro lado, a organização financeira do Estado é mais bem respeitada, pois há oportunidade para as próprias partes detalharem a forma de implementação de direitos, modulando-a de acordo com os recursos disponíveis. O controle imediato do orçamento permanece com a administração pública, ainda que sob a ordem judicial de atendimento aos direitos.

A ideia é que o Estado deve se comprometer significativamente com a situação em que há violação dos direitos, por meio de iniciativas e políticas para uma solução razoável e tempestiva, antes de receber veredito judicial substantivo. A alternativa à intervenção judicial em políticas públicas é o jogo interativo mais rico e complexo, não a imunidade total da Administração Pública, nem a prevalência absoluta dos juizes. O compromisso significativo bem podia ser testado como novo padrão positivo de relacionamento entre os tribunais e os demais poderes no Brasil.

VIEIRA JUNIOR (2015, p. 30) manifesta sua total adesão à tese defendida por PARDO por entender ser “um mecanismo interessante, mais democrático, pois preserva o princípio da soberania popular no sentido de respeitar os mandatos conferidos pela população aos Chefes do Poder Executivo”. Complementa, ainda, que o “compromisso significativo” seria figura mais apropriada do que o reconhecimento de “Estado de Coisas Inconstitucional” no que tange à determinação de medidas a serem implementadas pelo Poder Executivo de forma a assegurar direitos fundamentais. Justifica com base na “preservação da isonomia e harmonia dos Poderes, cláusula imodificável de nossa Constituição, por força do que determina o art. 60, § 4º, inciso III.”

Com a devida vênia discordamos da opção aderida por VIEIRA JUNIOR e PARDO, e, por consequência, da opção pretendida pelos legisladores subscritores do PLS 736/2015. No próximo capítulo estão expostos os principais questionamentos técnicos ao ECI e uma crítica direta à adoção deste modelo sul-africano no Brasil.

3. Questionamentos à utilização do ECI

Em breve resumo, apresentou-se no primeiro capítulo a experiência colombiana do instituto ECI e fazendo nossa contribuição à doutrina do ECI. Verificamos no segundo capítulo a dinâmica tomada inicialmente pelo STF e no terceiro capítulo os rumos que o legislativo pretende seguir, propondo a adoção da versão sul-africana de resolução de conflitos socioeconômicos. Recapitulando a pretensa dinâmica do ECI brasileiro:

A suprema Corte, quando provocada:

- a) Analisa se estão presentes os fatores e declara o ECI;
- b) Dá ciência aos Poderes políticos para que apresentem um planejamento com metas a serem alcançadas em determinado prazo após o debate com a sociedade, por exemplo, através de audiências públicas;
- c) Emite uma sentença estrutural, flexível, fixando parâmetros do problema a ser solucionado de forma planejada.
- d) Retém a jurisdição sobre o caso para monitorar o cumprimento e convocar novas deliberações caso necessário.

A partir de tudo o que foi levantado até o momento, resta agora refletir sobre os possíveis problemas relacionados aos institutos levantados no diálogo institucional. Neste tópico enfrenta-se alguns dos questionamentos que podem ser feitos contra a utilização da técnica do ECI e verifica-se a proposta do Senado no PLS 736/2015.

3.1. O ECI é um controle de fatos?

Um aspecto bastante controverso acerca do ECI está no seu objeto de controle. A doutrina brasileira não tem posições firmes sobre este ponto. Vejamos.

CAMPOS, que mais escreveu sobre o assunto até hoje, não afirma peremptoriamente. Em sua tese (2015), colunas da CONJUR (2015) e palestra na EMERJ (2015) afirma não se tratar de um controle de fatos, mas de declaração da inconstitucionalidade de uma instituição, de uma política pública defeituosa, e que isso se daria através da proteção à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, considerando principalmente a proibição da proteção insuficiente. Ocorre que, em sua obra mais recente, diz CAMPOS (2016, p. 297) que “a Corte faz um julgamento sobre uma realidade inconstitucional”. No mesmo sentido, PEÑA DE MORAES (EMERJ, 2015, pt. 2).

De forma mais incisiva, STRECK afirma (2015):

com a vênia da decisão do STF (ADPF 347) e dos que defendem a tese do ECI, permito-me dizer: o objeto do controle de constitucionalidade são normas jurídicas, e não a realidade empírica — vista de forma cindida — sob a qual elas incidem. Portanto, minha discordância é com o modo como a noção de ECI foi construída.

Esta confusão ainda ocorre na doutrina pátria pela novidade do instituto. Ao buscarmos o fundamento na doutrina colombiana. Na doutrina de HERNÁNDEZ, (2003, p. 206) também citada por CAMPOS (2016, p. 96-97), fica claro que o juiz constitucional é chamado (na Constituição Colombiana) a cumprir o papel de garantidor da dimensão objetiva dos direitos fundamentais em uma sociedade democrática e pluralista. Aqui, esclarece que a corte, nos casos como o ECI, atua não para defender um direito fundamental subjetivo, mas o sistema de direitos fundamentais e sua dimensão objetiva, não decorrente de um enunciado específico que manda legislar, mas sim da Constituição como um todo (HERNANDEZ, 2003, p. 207). Também percebeu isto PATEL FILHO (2016) ao escrever que

o ECI, em verdade, decorre de uma omissão parcial que é qualificada pelos demais pressupostos. Assim, em que pese o julgamento ter declarado o “estado de coisas” (plano fático) como inconstitucional, em verdade a real inconstitucionalidade está no plano normativo-negativo, ou normativo-deficiente, ou executivo-deficiente.

Não é novidade alguma a adoção da proteção objetiva de direitos fundamentais em nosso ordenamento jurídico. A teoria, de origem alemã¹⁹, foi utilizada como forma de afirmar a eficácia direta de direitos fundamentais. O reconhecimento da dimensão objetiva é um fator de reforço de juridicidade e da efetividade dos direitos fundamentais e tem como alguns seus corolários, o reconhecimento da eficácia irradiante dos direitos fundamentais e a eficácia horizontal de direitos fundamentais.

Neste sentido, para SARLET (2012, cap. 5), o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e de seus desdobramentos são aspectos de grande relevância para que as normas de direitos fundamentais sejam realizadas no plano dos fatos e, voltando os olhares para a realidade brasileira, cumpram-se os objetivos fundamentais previstos no artigo 3º da Constituição Federal de 1988.

Prossegue o autor

¹⁹ A decisão proferida em 1958 pela Corte Federal Constitucional da Alemanha no caso Lüth é citada como o marco histórico a partir do qual se desenvolveu a teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Nesta decisão, ficou consignado que os direitos fundamentais também constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos Legislativos, Judiciários e Executivos.

Outro desdobramento estreitamente ligado à perspectiva objetivo-valorativa dos direitos fundamentais diz com o que se poderia denominar de eficácia dirigente que estes (inclusive os que precipuamente exercem a função de direitos subjetivos) desencadeiam em relação aos órgãos estatais. Neste contexto é que se afirma conterem os direitos fundamentais uma ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais. Cumpre assinalar, ainda no que concerne a este aspecto, que esta ordem genérica de efetivação inerente a todos os direitos fundamentais obviamente não se confunde e não afasta a existência de normas (princípios ou regras) de direitos fundamentais específicas de cunho impositivo, que – exclusivamente ou para além de consagrarem direito subjetivo individual – impõem ao legislador (ao menos em primeiro plano) a concretização de determinadas tarefas, fins e/ou programas mais ou menos genéricos.

[...]

importante função atribuída aos direitos fundamentais e desenvolvida com base na existência de um dever geral de efetivação atribuído ao Estado, por sua vez agregado à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, diz com o reconhecimento de deveres de proteção (*Schutzpflichten*) do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões providas de particulares e até mesmo de outros Estados. Esta incumbência, por sua vez, desemboca na obrigação de o Estado adotar medidas positivas da mais diversa natureza (por exemplo, por meio de proibições, autorizações, medidas legislativas de natureza penal etc.), com o objetivo precípuo de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais

Desta forma, aderimos à ideia elaborada na primeira parte de CAMPOS (2015) e PATEL FILHO (2016) de que não há efetivamente um controle de fatos, mas sim da dimensão objetiva dos direitos fundamentais lesados, divergindo de quem entende ser um controle de uma “realidade”.

3.2. O que torna o ECI diferente de outras tutelas?

O ECI se assemelha muito a outros tipos de controle de constitucionalidade, mas com eles não se confunde. Vejamos.

No controle de prognoses legislativas tem-se a ideia de que o controle constitucional abstrato não está desvinculado de fatos e que o tribunal deveria, em certa medida, se utilizar de provas para a verificação de fatos. (Lei da ADI, art 9º, Lei da ADPF, art 11, Lei da Ação interventiva art 7º). Basta lembrar que compete ao STF fazer uso de perícias, audiência públicas, comissão de especialistas. O Tribunal, ao conhecer uma norma, deve conhecer os fatos. O ponto de contato entre o controle de prognoses e o ECI reside nos meios utilizados para conhecimento dos fatos. Apenas nisto. São, porém, completamente diferentes por ser o controle de prognoses forma de controle abstrato de constitucionalidade de uma norma. No ECI o controle é concreto, somente pode ser resolvido a partir de um caso.

Tampouco se confunde com **controle de políticas públicas** como manifestaram DE GIORGI, FARIA e CAMPILONGO (2015). As políticas públicas constitucionais devem ser implementadas, tendo em vista a força normativa da Constituição. Tanto no ECI quanto no controle de políticas públicas compete ao Poder Judiciário controlar as omissões inconstitucionais dos Poderes. A diferença está no fato de que no controle de políticas públicas é possível identificar o poder omissor; o autor da omissão inconstitucional. Já no ECI a omissão é difusa. Não há como identificar o ente equivocado.

Não se pode também confundir o ECI com o **mandado de injunção** ou mesmo com a **ADI por omissão**. O ECI mescla aspectos de ambos, tendendo a aproximar-se mais do mandado de injunção coletivo, por conta dos legitimados para proposição, por ser um processo subjetivo, embora seus efeitos sejam erga omnes e de competência exclusiva e direta do STF, como na ADI por omissão. Diferencia-se dos dois, além destes aspectos, no que diz respeito à desnecessidade de norma a ser suprida, pois no ECI as normas podem já existir – como no caso da lei de execução penal – além de não possuir rito processual específico ainda – sendo a melhor alternativa já existente no ordenamento o rito da Lei Federal 9882/1999 – Lei da ADPF - que não gera controvérsias quanto ao conceito de omissão inconstitucional (relacionada tradicionalmente às normas programáticas), seja por prever em seu artigo 10 o controle **dos atos** praticados, e no subsequente artigo 11 a possibilidade de a corte determinar quando o caso transitará em julgado, o que permite, em tese, a monitoração da implementação de políticas públicas visando superar o ECI.

3.3. O ECI fere o princípio da Separação de Poderes?

Esta reflexão é particularmente interessante para este estudo. Os juristas que tiveram um primeiro contato com a técnica do ECI desde logo já questionaram a interferência do Judiciário perante os outros Poderes, principalmente no tocante à reforma de políticas públicas. A resposta a essa pergunta depende de um referencial teórico: o entendimento da separação de poderes. Oferecemos duas negativas à pergunta formulada.

Na concepção contemporânea do constitucionalismo, os Poderes devem cooperar em prol da realização de sua Constituição. Compilando célebre frase do professor Paulo Bonavides, “a época constitucional que vivemos é a dos direitos fundamentais que sucede a época da separação dos poderes”. Nossa Constituição Federal de 1988 confirma esse viés quando dispõe em seu artigo 2º que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si...”, e que é um fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III). Importante registrar que a Corte Colombiana, em todas as declarações que efetuou, invocou o

artigo 113 de sua Constituição: “... *Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separados pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.* ” (CAMPOS, 2016, p. 307). Ora, todas as funções do Estado existem para realizar a Constituição, daí a necessidade de cooperação e dialética para extrair o melhor resultado prático.

Caso seja considerada a separação de poderes em seu viés clássico, qual seja, uma tripartição fixa e estanque de competências, ainda assim é justificável a ingerência do Judiciário diante de um quadro de ECI. Explicamos. Historicamente, a separação de poderes foi estabelecida no desenvolvimento do constitucionalismo moderno, como reação ao poder absoluto dos reis tiranos da época. O vilão combatido pelo constitucionalismo era o acúmulo de poder em um só órgão, daí a necessidade de dividi-lo e compartilhar entre três funções estatais de composições distintas: Executivo, Legislativo e Judiciário. Ora, em um sistema de freios e contrapesos que estabelece que o Judiciário é inafastável perante alegada lesão a direitos. Ora, vistos os elementos que permitem a declaração do ECI, quais sejam, violação massiva de direitos decorrentes da omissão dos Poderes Legislativo e Executivo, questiona-se: Essa inércia dos poderes, considerando a separação de poderes, é blindada contra remédios? Dito de forma direta: Poderes deliberadamente inertes e intangíveis equiparam-se ao acúmulo de poder combatido pelo princípio da separação de poderes. (CAMPOS, 2016, p. 308).

Assim, seja em uma perspectiva clássica ou contemporânea, o ECI não fere o princípio da separação de poderes, tendo em vista sua natureza condicionada e excepcional.

3.4. O ECI é uma violação à democracia (“Supremocracia”²⁰ para uma “sociedade órfã”²¹)?

A doutrina contrária ao uso da técnica do ECI levanta a objeção democrática. Questionam o porquê de ser o Judiciário, um órgão técnico, possuir o poder de conduzir decisões estatais no lugar de representantes do povo, verdadeiros detentores do poder em uma democracia?

Como aponta VIEIRA (2008, p. 445)

Esta posição institucional vem sendo paulatinamente ocupada de forma substantiva, em face a enorme tarefa de guardar tão extensa constituição. A ampliação dos instrumentos ofertados para a jurisdição constitucional tem levado o Supremo não apenas a exercer uma espécie de poder moderador, mas também de responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos, outras vezes substituindo as escolhas majoritárias.

²⁰ Expressão de Oscar Vilhena, 2008.

²¹ Cf. MAUS, Ingeborg. 2000.

Ocorre, porém, que a objeção democrática não subsiste (CAMPOS, 2016, p. 302), considerando-se tanto a versão representativa de democracia²², quanto a versão deliberativa²³.

Famoso por se opor totalmente à decisão judicial como dominante no debate sobre direitos, JEREMY WALDRON entende que, se as instituições funcionam de forma minimamente razoável (2006), o espaço para deliberação pública deve ser apenas o parlamento, por questões de expertise e legitimidade. Ele, porém, admite a legitimidade da decisão judicial em uma condição: quando se tratar de direitos de pessoas que não tem acesso à deliberação ou à representação política. Nesta condição, as instituições não estariam funcionando de forma minimamente razoável, seria possível a judicialização da demanda.

Ora, se nesta condição até mesmo um teórico radicalmente contra o Judiciário admite sua decisão, não pode existir óbice democrático ao instituto do ECI conforme defende-se neste trabalho.

Já se falou que um dos fatores presentes no ECI é a falha estrutural – uma omissão decorrente da desorganização das instituições. Esta omissão atinge justamente uma população que não tem participação efetiva na vida política – seja por seus representantes não intervirem, seja por não conseguirem eleger um representante, ou ainda, por não possuírem acesso aos debates públicos, por questões técnicas, matérias etc. Se as pessoas lesadas tivessem efetivo acesso à arena pública, certamente, existiria algum representante ou tentativa de solução desta violação massiva de direitos fundamentais. Lembre-se também dos objetivos do ECI de superar bloqueios políticos, deliberativos e institucionais. Impossível, portanto, criar óbice democrático à utilização do ECI, quando este, justamente, vem em apoio à deliberação e abertura ao debate público de problemas urgentes sob a ótica constitucional. Acrescente-se a isto o fato de promoção de problemas e conhecimentos para a população, ajudando no amadurecimento democrático.

3.5. Tudo no Brasil é inconstitucional?

Doutrinadores como STRECK (2015), DE GIORGI, FARIA e CAMPILONGO (2015) questionam a possibilidade de uso ubíquo do instituto, isto é, tudo pode ser judicializado como por não atender à Constituição? É necessário deixar claro: a tutela decorrente do ECI é excepcional e condicionada. **Se, e somente se presentes os fatores descritos neste estudo estaríamos aptos a**

²² Democracia representativa é a de viés tradicional preza pela soberania popular que legitima o papel dos representantes escolhidos pelo povo.

²³ Democracia deliberativa, de um viés contemporâneo, não se reduz à representação política, mas na efetiva possibilidade de participação na deliberação pública.

utilizar tal instituto. Deve-se lembrar que todos os envolvidos no processo poderão trazer argumentos e provas técnicas de suas alegações, podendo inclusive o governo descaracterizar a existência de um ECI caso comprove não existir algum dos fatores necessários.

O Ministro Marco Aurélio manifestou-se a respeito desta questão na ADPF 347, ao dispor que, ainda que não se possa cogitar da realização plena dos direitos à saúde, educação, transporte, trata-se de temas que constam da agenda política. São pautas que contam com disposição política e social. Nessas áreas, existem programas públicos voltados à universalização e racionalização do acesso. Existem políticos interessados, que levantam sempre o debate em arena pública.

Conforme CAMPOS (2015), em que pese a judicialização para solução de diversos pontos de institucionalização incompleta nos exemplos acima, não estão configurados pressupostos próprios do ECI a fim de promover-se uma intervenção estrutural do STF. Não é por menos que o ECI foi introduzido no STF por meio de um caso como o sistema carcerário: envolvida população estigmatizada, socialmente desprezada e politicamente ignorada. Não há ubiquidade, e sim excepcionalidade.

3.6. Considerações sobre o PLS 736/2015

O primeiro ponto que nos chamou atenção neste Projeto de Lei foi a iniciativa de um Senador que esteve atento ao que se discutiu no STF – omissão em matéria de direitos fundamentais e efetivação via tutela judicial, desaguando na discussão sobre ativismo, democracia e republicanismo. Interessante notar que a equipe do Senador, em menos de 2 meses da cautelar citando a técnica colombiana, conseguiu oferecer uma resposta alternativa para debate, vinda de outro país com condições similares à realidade brasileira: a África do Sul.

Destaque-se o tratamento dado às duas técnicas de decisão constitucionais: o legislador reafirma os pressupostos utilizados no instituto do ECI, ao passo que mitiga sua eficácia através de uma espécie de mediação nos moldes sul-africanos, os compromissos significativos, e condiciona sua utilização com limitações próprias de argumentos da linha de defesa fazendária brasileira, como a prioridade de políticas públicas, orçamentos e toda a gama comuns a todos os casos de implementação judicial de direitos sociais.

A primeira questão que se coloca é: o estado de coisas inconstitucional é compatível com a técnica dos compromissos significativos?

Em nossa visão, ambos os institutos são, ao menos, em tese, parcialmente compatíveis entre si. Explica-se.

A técnica colombiana foca na resolução de um problema urgente, através de sua fixação e debates na arena pública para superar o problema. Tal debate resulta em metas e planos compactuados e vinculantes, sob pena de novas ordens judiciais e novos debates, sendo o Judiciário e a sociedade civil fiscais da execução do compactuado. Já os compromissos significativos funcionam como uma mediação entre os setores conflitantes. O judiciário aqui atua como fiscal do acordo realizado entre as partes e somente atua de forma extremamente subsidiária.

Prima facie, ambos os institutos são compatíveis no que toca ao debate público sobre o problema; em ambos todos são chamados para participar na discussão e sugerir soluções para os problemas à luz da Constituição, tendo como fiscal o próprio guardião da Constituição. Neste sentido a primeira parte do PLS 736/2015, que este autor acredita não ser alvo de grandes objeções doutrinárias.

O problema reside, porém, na execução da solução compactuada, e neste ponto se afastam os institutos.

No ECI, o Judiciário homologa o pactuado e acompanha a execução das metas. De tempos em tempos, chama os representantes envolvidos para novos debates acerca da eficácia do programa. Caso necessário, reinicia-se o procedimento em busca de nova solução, sempre com sua chancela constitucional. Já nos compromissos significativos, o resultado da mediação é homologado pela corte e assim espera-se o cumprimento. Em caso de inadimplência, os prejudicados devem acionar a Corte, que então notificará os poderes inadimplentes, podendo até executar o acordado. A diferença, portanto, está na participação do judiciário DURANTE a implementação.

Feitas estas considerações, indaga-se: para uma situação de estado de inconstitucionalidade – uma falha estrutural decorrente de omissão do Poder Público prolongada no tempo, qual técnica, ao menos em teoria, está apta a solucionar o problema?

Analisando estudos doutrinários locais percebemos que a ideia do compromisso significativo é **similar** aos efeitos do mandado de injunção coletivo brasileiro recém regulamentado²⁴, onde o judiciário comunica a mora ao poder omissor, e, em caso de descumprimento ou persistência na inércia, poderá concretizar a norma para o caso.

Ocorre que, culturalmente, a corte sul-africana tende a ser demasiadamente deferente aos outros Poderes, e tem sido censurada por sua relutância em usar as sentenças estruturais como um remédio em casos de direitos socioeconômicos. É o que registram PIETERSE e MBAZIRA (apud CAMPOS, 2016, p. 197)

²⁴ Lei federal 13.300/2016.

A Corte tem reconhecido a utilidade dessa forma de ordem como um remédio apropriado, justo e equitativo aos litígios de direitos socioeconômicos. Apesar disso, a Corte tem declinado a seu uso sob o argumento de o Executivo sempre ter respeitado suas decisões; isso é assim mesmo naqueles casos onde há evidência do contrário. [...] Isso pode ser uma das razões pelas quais a abordagem da Corte tem recebido mais críticas negativas do que elogios.

[...] as sobras da cultura jurídica pré-constitucional da África do Sul (com sua peculiar combinação de liberalismo clássico, positivismo e extrema deferência judicial) continuam a cegar, igualmente, acadêmicos e juízes do país às possibilidades transformativas inerentes à instituição da *judicial review*. [...] Cultura jurídica pode ser disseminada, mas não é imune a mudanças

Conforme ainda concluem LÍRIO DO VALLE [e](#) HADJU HUNGRIA (2012, p. 235)

O percurso das decisões já lançadas pela Corte Constitucional sul-africana, e por ela mesma qualificadas como *landmark cases*, evidencia um importante processo de constitucionalismo construtivo, que reconhece as limitações do direito para por si só e exclusivamente promover a transformação social (Saffon e García-Villegas, 2011). Nesse particular, de início, o referido órgão julgador não se deixou seduzir pela proposta de protagonismo judicial, que, ainda que possa proporcionar a ocupação de um relevante espaço de poder em favor do Judiciário, não contribuiu, numa visão prospectiva, para a efetiva sedimentação da democracia – objeto igualmente do texto constitucional em aplicação. Mais ainda, a preocupação recorrente com a criterização das decisões, num processo de construção por agregação desses mesmos parâmetros objetivos destinados a superar as imprecisões do conteúdo necessariamente aberto dos direitos socioeconômicos, afasta a discricionariedade judicial disfarçada de defesa de direitos fundamentais e prestigia a integridade do direito, que falece diante de uma prática judiciária em que “cada decisão parte (ou estabelece) um ‘grau zero de sentido’” (Streck, 2010, p. 27).

O ponto a que se chegou é: o Brasil tem um acervo conturbado de decisões sobre mandados de injunção e omissões inconstitucionais, tendo a Corte Suprema manifestando diversas posições quanto aos efeitos de suas injunções, seja para não concretizar²⁵ a norma omissa, seja criando normas de eficácia interpartes²⁶, ou, ainda, normas *erga omnes*²⁷. Em todos os casos, foi alvo de críticas, tanto pela posição passiva, quanto por seu ativismo.

Outro ponto a ser considerado é que o Poder Legislativo tem reassumido certo protagonismo no Brasil nos últimos anos, travando verdadeiras “disputas sobre direitos” com o Poder Judiciário, muitas vezes como forma de reação às decisões proferidas²⁸. Tome-se por

²⁵ STF, MI 107-DF.

²⁶ STF MI 721.

²⁷ STF MIs 670, 708 e 712.

²⁸ Na nova expressão de Márcio André Lopes CAVALCANTE, “Superação legislativa da jurisprudência e ativismo congressional”. In: <http://www.dizerodireito.com.br/2015/10/superacao-legislativa-da-jurisprudencia.html>

exemplo, a recente declaração de inconstitucionalidade pelo STF das práticas conhecidas como “Vaquejada” (ADI 4983) em outubro de 2016. No mesmo mês foi proposto o PEC 50/2016 para incluir a vaquejada na Constituição da República.

A pergunta que deve ser feita é: será mesmo adequada uma postura mais deferente do Judiciário aos poderes políticos no contexto brasileiro, tal qual o modelo sul-africano?

Em se tratando da defesa de direitos fundamentais, violados de forma persistente frente a uma omissão dos poderes políticos, a resposta nos parece que não. O modelo colombiano neste ponto apresente mais vantagens ao Brasil, por conta de uma implementação de direitos gradual e com monitoração.

Trazendo o caso concreto: alguém imagina um quadro onde o Judiciário se limite a mandar que a população carcerária faça um acordo com o governo e espere que este implemente e “caso encerrado”? Lembrar novamente que a lei de execuções penais vige desde o início dos anos 80 e até hoje não foi implementada pelo Executivo...

Uma última reflexão sobre este projeto de lei. O poder Legislativo não está sendo coerente com sua própria pauta. Em 2016, editou e aprovou a Lei do mandado de injunção (Lei federal 13.300/2016), regulando hipóteses de injunções coletivas. Estabelece a lei em seu art. 8º, I e II que reconhecido o estado de mora legislativa, o julgador deve determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora e que não sendo suprida a mora (art. 8º, II), poderá o órgão julgador estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, sendo dispensada a determinação a que se refere o inciso I quando comprovado que o impetrado já deixou de atender ao prazo estabelecido para a edição da norma. Ou seja, caso já exista uma omissão persistente, permite ao Judiciário concretizar a norma diretamente. Quanto ao disposto no artigo 9º, parágrafo único, transcrevemos:

Art. 9º A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora.

§ único: **Poderá ser conferida eficácia ultra partes ou erga omnes à decisão**, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração.

Perceba-se a semelhança do instituto do mandado de injunção com o ECI. Quaisquer críticas sobre ativismo judicial vindas dos poderes políticos perdem o sentido quando pensamos que esta lei foi chancelada por ambos, permitindo a integração judicial.

Frente ao exposto, concluímos ser louvável a iniciativa de positivar o instituto em nosso ordenamento, como forma de objetivar alguns conceitos. Conclui-se também que é preferível aplicar o modelo colombiano por conta do histórico de deferências e “síndrome de inefetividade” – expressão clássica doutrinária - que sempre assolou as relações institucionais, devendo ser

feita uma monitoração próxima. Criticável, porém, o projeto no que toca à sua limitação prévia a determinadas teses fazendárias, que deveriam ser avaliadas no caso concreto discutido.

4. Conclusões

O estado de coisas inconstitucional é uma técnica de controle concentrado nova no Brasil, interessante para suprir omissões dos poderes públicos, principalmente no que diz respeito a direitos prestacionais. Em sua versão mais desenvolvida, seguindo os requisitos apresentados, pode ser uma tutela judicial excepcional apta a solucionar problemas de inefetividade de direitos sociais, essencialmente de grupos subrepresentados politicamente, conforme apontamos.

Metodologicamente, é possível importar a tese do ECI colombiano através do transconstitucionalismo para utilização pelo STF, tendo em vista que nossa constituição dispõe sobre a necessidade de uma integração entre os países latino-americanos e a carta colombiana possui um mandamento recíproco de integração. Logo, com as devidas adaptações, não há óbice para seu uso pelo poder Judiciário.

O modelo do compromisso significativo proposto pelo Senado não seria o mais adequado. Sua proposição exige uma postura mais deferente do Judiciário aos poderes políticos, o que é inconcebível quando o problema a ser solucionado é a própria omissão destes poderes. Conforme exposto, muito mais compatível o modelo colombiano adaptado ao Brasil,

É necessário criticar: em um Estado que se diz sério, compromissado com sua constituição e execução de direitos fundamentais, tal tutela não deveria ser alvo de discussões e atenção dos operadores jurídicos. Causa estranheza afirmar, de forma acadêmica, que poderes institucionais são omissos e desorganizados ao ponto de violarem massivamente direitos fundamentais. Mas o sistema carcerário brasileiro está aí para provar que problemas pontuais não remediados a tempo podem sim instituir um caos jurídico no país. Infelizmente, hoje, é uma necessidade brasileira, o que possibilita defendermos uma nova forma de tutela judicial para este e outros possíveis casos de antigas mazelas abandonadas, prestes a estourar. Junto conosco, nesta crítica, está PATEL FILHO (2016).

Um último ponto criticável é a demora em julgar a ADPF que inaugurou o tema; ora se são casos de violações massivas e duradouras a direitos fundamentais, o processo não poderia ficar inerte por mais um ano! Descabida esta demora por parte dos Ministros em fiscalizar o andamento do processo e da procuradoria geral da república, fiscal do ordenamento jurídico brasileiro.

Em nosso sentir, o instituto vem para ajudar no crescimento da democracia brasileira, que é muito nova e começa a pautar suas grandes mazelas. Mas não se pode esperar que seja a panaceia: se não houver vontade e esforço por parte dos envolvidos, não existirá progresso algum. Trata-se da máxima

da autocomposição. Espera-se que o curso da ADPF 347 neste ano de 2017 demonstre que nossas instituições estão preparadas para um tratamento sério como o sistema carcerário brasileiro. E desejamos que não existam outros estados de coisas inconstitucional decretados no Brasil!

Referências

BALDI, César Augusto. **Presídios: estado de coisas inconstitucional**. Carta Maior, 15 jan 2014. Disponível em: <<http://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/PrincipiosFundamentais/Presidios-estado-de-coisas-inconstitucional/40/30016#>>. Acesso em: 10 dez 2015.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 736, de 2015, do Senador Antônio Carlos Valadares**. Disponível em <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124010>>. Acesso em 06 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**. Relator Ministro Marco Aurélio. Inteiro teor do acórdão. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>> Acesso em: 06 dez. 2015.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da Inconstitucionalidade por Omissão ao Estado de Coisas Inconstitucional**. (Tese de Doutorado, UERJ, 2015)

_____. **Devemos temer o "estado de coisas inconstitucional"?** Consultor Jurídico, São Paulo, 15 out 2015, Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional>>. Acesso em 06/12/2015>.

_____. **Estado de Coisas Inconstitucional**. JOTAMundo, 4 mai 2015. Disponível em: <<http://jota.info/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acesso em: 06/12/2015.

_____. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2016

_____. **Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural**. Conjur, 1º set 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em: 12 set. 2016.

CAVALCANTE, Marcio André Lopes. **Entenda a decisão do STF sobre o sistema carcerário brasileiro e o Estado de Coisas Inconstitucional**. Dizer o direito, 28 set 2015. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2015/09/entenda-decisao-do-stf-sobre-o-sistema.html>>. Acesso em: 12 out. 2016.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **O Estado de Coisas Inconstitucional como garantia de direitos fundamentais**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 21, n. 4634, 9 mar. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/47193>>. Acesso em: 12 set. 2016.

DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. **Opinião: Estado de coisas inconstitucional**. Estadão, São Paulo, 19 set 2015. Disponível em: <<http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>>. Acesso em: 12 set. 2016.

DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. V.4. 10. Ed.- Salvador: JusPODIVM, 2016.

DUTRA, Deo Campos. **Método(s) em direito comparado**. In Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 61, n. 3, set./dez. 2016, p. 189 –212. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/46620/29831>>. Acesso em: 27 fev. de 2017.

EMERJ. 25/11/2015 - ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL - PARTE 1. Disponível em: <<https://youtu.be/6E7Vo48oiJM>>. Acesso em: 26 dez. 2015.

_____. 25/11/2015 - ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL - PARTE 2. Disponível em: <<https://youtu.be/6zV82ikMtyU>>. Acesso em: 26 dez. 2015

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional** – 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

FRASER, Nancy. **Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado**. *Lua Nova* [online]. 2009, n.77, pp.11-39. ISSN 0102-6445. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452009000200001>. Acesso em: 26 jan. 2017.

LEAL, Saul Tourinho. **Langa, o laboratório do direito à moradia**. Os constitucionalistas, 25 fev 2014. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/langa-o-laboratorio-do-direito-a-moradia>>. Acesso em: 26 jan. 2017.

LEGALE, Siddharta; MARTINS, Alisson Silva. **Parâmetros para o acesso à justiça em um estado de coisas inconstitucional: a dignidade dos encarcerados e a ação civil pública de Uruguaiana**. In: VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta. *Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 224-247. ISBN 978-85-450-0196-6

LIMA, George Marmelstein. **O Estado de Coisas Inconstitucional – ECI: apenas uma nova onda do verão constitucional?** Direitosfundamentais.net, 2 out 2015. Disponível em:<<http://direitosfundamentais.net/2015/10/02/o-estado-de-coisas-inconstitucional-eci-apanas-uma-nova-onda-do-verao-constitucional/>>. Acesso em: 9 dez. 2015.

LÍRIO DO VALLE, Vanice Regina; HADJU HUNGRIA, Ana Luiza . **Implementação gradual de direitos socioeconômicos: construtivismo constitucional na Corte Constitucional sul-africana**. RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 4, p. 226-238, 2012.

MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia**. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 129-159

MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. *Revista Novos Estudos CEBRAP*, nº 58, nov. de 2000.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Acesso em: 06 out. 2016.

NEVES, Marcelo. **(Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões**. *Lua Nova* [online]. 2014, n.93, p. 201-232. ISSN 0102-6445. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452014000300008>>. Acesso em: 25 nov. de 2016.

_____. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional** – 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 162-163.

PATEL FILHO, Nicola. **Informativo n. 798: estado de coisas inconstitucional e sistema prisional brasileiro**. Emporiododireito.com.br, 25 set 2015. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/informativo-n-798-estado-de-coisas-inconstitucional-e-sistema-prisional-brasileiro-por-nicola-patel-filho/>>.

RECONDO, Felipe. O impacto da importação pelo STF do Estado de Coisas Inconstitucional. **JOTAMundo**, 18 set 2015. Disponível em: <<http://jota.info/o-impacto-da-importacao-pelo-stf-do-estado-de-coisas-inconstitucional>>.

RODRIGUEZ GRAVITO, César e RODRIGUEZ FRANCO, Diana. **Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010. Disponível em: <http://www.rtfn-watch.org/uploads/media/Colombia_-_Cortes_y_cambio_social.pdf>. Acesso em: 26 set. 2016.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Estado de coisas surreal**. JOTAMundo, 25 set 2015. Disponível em: <<http://jota.info/estado-de-coisas-surreal>>. Acesso em: 26 set. 2016.

SACHS, Albie. **Vida e direito: uma estranha alquimia**. Tradução de Saul tourinho Leal. – São Paulo : Saraiva, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais numa perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lênio Luiz. 30% das cirurgias jurídicas dão errado. O que há com os "médicos"? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 12 jan 2017, Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jan-12/senso-incomum-30-cirurgias-juridicas-dao-errado-medicos>>.

_____. **Breve ranking de decisões que (mais) fragilizaram o Direito em 2016**. Consultor Jurídico, São Paulo, 29 dez 2016, Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-29/senso-incomum-breve-ranking-decisoes-fragilizaram-direito-2016>>.

_____. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo**. Consultor Jurídico, São Paulo, 24 out 2015, Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em: 24 out. 2015

_____. **O que é preciso para (não) se conseguir um Habeas Corpus no Brasil**. Consultor Jurídico, São Paulo, 24 set 2015, Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-24/senso-incomum-preciso-nao-obter-hc-brasil>>.

_____. **Sentença e celibato: quem pode teorizar sobre decisão judicial?** Consultor Jurídico, São Paulo, 5 jan 2017, Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jan-05/senso-incomum-sentenca-celibato-quem-teorizar-decisao-judicial>>.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed., 2. Reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**. New Jersey: Princeton, 2008, p. 227-281.

VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés. **La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: El llamado "Estado de cosas inconstitucional"**. In *Estudios Constitucionales*, vol. 1, núm. 1, 2003, pp. 203-228. Santiago, Chile. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82010111>>.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. *Revista Direito GV*, 4(2) | P. 441-464 JUL-DEZ - São Paulo, 2008.

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: <<http://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td186>>. Acesso em: 1º de dezembro de 2015.

VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: o controle jurisdicional de decisões políticas**. Salvador: JusPODIVM, 2013.

WALDRON, Jeremy. **A Essência da Oposição ao Judicial Review**. In BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Coleção ANPR de Direito e Democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 93-157.

Enviado em: 05/06/2017

Aprovado em: 12/08/2017