



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**JULIANA MOINHOS VIANA DE OLIVEIRA**

**O ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL E SUA PROPOSTA A MÁXIMA  
EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Salvador  
2017

**JULIANA MOINHOS VIANA DE OLIVEIRA**

**O ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL E SUA PROPOSTA A MÁXIMA  
EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito,  
Universidade Federal da Bahia, como requisito  
parcial para a obtenção do grau de Bacharel em  
Direito.

Orientador: Prof. André Batista Neves  
Coorientadora: Profa. Dra. Joseane Suzart Lopes

Salvador  
2017

## TERMO DE APROVAÇÃO

JULIANA MOINHOS VIANA DE OLIVEIRA

### O ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL E SUA PROPOSTA A MÁXIMA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Monografia apresentada ao curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_

André Luiz Batista Neves – Orientador \_\_\_\_\_  
Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia  
Professor Assistente de Ciência Política, Teoria da Constituição e Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Joseane Suzart Lopes da Silva – Coorientadora \_\_\_\_\_  
Mestra em Direito pela Universidade Federal da Bahia  
Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia  
Professora de Direito das Relações de Consumo da Universidade Federal da Bahia

Fábio Periandro de Almeida Hirsch \_\_\_\_\_  
Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia  
Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia  
Professor de Direito Constitucional da Universidade Federal da Bahia

João Glicério Oliveira Filho \_\_\_\_\_  
Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia  
Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa  
Professor de Direito empresarial da Universidade Federal da Bahia

A contínua marcha pelo reconhecimento dos direitos fundamentais é a mesma incessante caminhada ao rumo da consolidação dos chamados Estados Democráticos. Neste prisma, os direitos humanos, à proporção que se fazem reconhecidos, objetiva e positivamente, passam a robustecer o cimento indisponível do próprio estado, o qual somente experimenta real sentido e autentica legitimidade, quando apto a viabilizar, mormente em situações-limite, a concretização ampliada da dignidade da pessoa humana.

Juarez Freitas (2009)

## RESUMO

Trata a presente monografia do problema inerente às omissões dos poderes institucionais que acarretam a grave violação à efetividade dos direitos fundamentais e comprometem a legitimidade e a própria existência da ordem constitucional. Arregimentou-se, como hipótese central, se o problema em epígrafe suscitaria superação por meio do Estado de Coisa Inconstitucional, instituto criado pela Corte Constitucional Colombiana, que acura, no diálogo constitucional, a solução para legitimação da atuação proativa do poder judiciário no controle das atuações dos demais poderes públicos quando ocasionarem violações contínuas e massivas a direitos fundamentais, inclusive mediante intervenção em políticas públicas. Objetivou-se, assim, examinar, de forma crítica, a compatibilidade do instituto do Estado de Coisa Inconstitucional com a ordem jurídica brasileira e quais as providências concretas que podem contribuir para a sua implementação. Utilizaram-se, para tanto, os métodos argumentativo e hermenêutico, além das pesquisas bibliográfica e documental, valendo-se das técnicas da documentação indireta. Realizou-se, no primeiro capítulo, a análise das origens históricas do Estado de Coisa Inconstitucional na Colômbia, examinando seu conceito, pressupostos e efeitos. As objeções levantadas, em razão do papel impositivo do Tribunal Constitucional no reconhecimento do instituto, foram examinadas sob a ótica da sua inserção no fenômeno mundial da ascensão institucional do Poder Judiciário no segundo capítulo. Destina-se o terceiro capítulo à análise das repercussões da dimensão objetiva dos direitos fundamentais ao poderio estatal no contexto do Estado Democrático de Direito. O quarto capítulo foi objeto das consequências da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347 perante o Supremo Tribunal Federal. Concluiu-se, por meio da pesquisa realizada, que o problema existe no plano concreto e que a solução se encontra atrelada, sim, à adoção do diálogo constitucional, postura deliberativa que objetiva viabilizar que as forças pluralistas da sociedade possam participar do processo de interpretação constitucional. É assim que o ECI garante contornos mais concretos à efetivação de direitos fundamentais

Palavras-chave: Estado de Coisa Inconstitucional. Direitos fundamentais. Jurisdição constitucional. Diálogo constitucional.

## **ABSTRACT**

This monograph concerns the inherent problem of the institutional powers' omissions that lead to the alarming violation of the fundamental rights' effectiveness as well as compromise the legitimacy and the very existence of the constitutional order. As a central hypothesis, it has been wondered if this issue demands an overcoming solution through the "State of Unconstitutionality", a legal institute developed by the Colombian Constitutional Court which provides the solution to legitimate the proactive task of the Judiciary Power on controlling the actions of other powers when it leads to massive ongoing violations of the fundamental rights, including through intervention in public policies. Therefore, this monograph intends to examine critically the compatibility between the State's Institution of Unconstitutionality and Brazilian's juridical order and which concrete measures might contribute to its establishment. Besides bibliography and documental researches by indirect documentation technique, it has been applied the argumentative method as well as hermeneutics on this monograph. In the first chapter, it has been developed an historical analysis of the State's Institution of Unconstitutionality origin, reviewing its concept, effects and assumptions. On chapter two, the study focused on the objections raised by the authoritative role of Constitutional Court on recognizing that legal institute, which has been examined from the perspective of its inception in the world wide's Judiciary Power institutional ascension. The chapter three was dedicated to analyze the impact of the objective dimension of the fundamental rights in State, in the context of the Democratic State of Law. The fourth chapter focused on the consequences of "ADPF nº 347" in face of Brazilian's Supreme Court (STF). In conclusion, this work claims to the existence of a concrete problem which's solution is tied to the adoption of a constitutional dialogue, an attitude that aims to enable the society's pluralistic forces to participate on the constitutional interpretation processes. This is how ECI guarantees fundamental right's effectiveness.

Keywords: Status of Unconstitutional Thing. Fundamental Rights. Constitutional Jurisdiction. Constitutional Dialogue.

## Sumário

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>8</b>
<b>2 A TEORIA DO ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL</b> .....	<b>11</b>
2.1 A PERSPECTIVA HISTÓRICA: O ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL E A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA .....	11
2.1.1 O caso dos docentes municipais .....	12
2.1.2 A ineficiência administrativa na efetivação do direito de petição dos aposentados .....	14
2.1.3 O ECI dos centros de reclusão da Colômbia .....	14
2.1.4 O precedente do deslocamento forçado de pessoas .....	15
2.2 O CONCEITO E OS PRESSUPOTOS TEÓRICOS PARA A FORMAÇÃO DO ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL .....	17
2.3 A MULTIFUNCIONALIDADE DO ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL E SUA INSERÇÃO AO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO .....	22
2.4 LIMITES À DECLARAÇÃO DO ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL .....	28
<b>3 O ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL: UMA PROPOSTA PARA O APERFEIÇOAMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</b> .....	<b>29</b>
3.1 A ASCENSÃO INSTITUCIONAL DO PODER JURISDICIONAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLITICA .....	29
3.1.1 O ativismo judicial .....	36
3.2 SUPERANDO AS OBJEÇÕES AO ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL: O ATIVISMO JUDICIAL ESTRUTURAL DIALÓGICO .....	41
<b>4 O ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL E SUA PROPOSTA À MÁXIMA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	<b>48</b>
4.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 .....	48
4.2 JUSTIFICATIVA TEÓRICA DO ECI: A REVOLUÇÃO DA DIMENSÃO OBJETIVA E A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	49
4.3 A RACIONALIDADE DO ECI E SEU POTENCIAL DE UNIVERSALIZAÇÃO À INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS PÚBLICAS .....	53
4.4 O CARÁTER ESTRUTURAL DA DECISÕES DECLARATÓRIAS DO ECI E SUA SINTONIA AO NEOPROCESSUALISMO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 .....	58
<b>5 O ECI NO BRASIL: O ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA CARCERÁRIO NACIONAL E A ADPF Nº 34</b> .....	<b>64</b>
5.1 A DESUMANIDADE DO SISTEMA CARCERÁRIO NACIONAL .....	64
5.2 O ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL NA ADPF Nº 347 .....	66
5.3 A RESPOSTA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....	71
5.4 A REAÇÃO ADVERSARIAL DO PODER EXECUTIVO: A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 781 .....	73
5.5 A PROPOSTA DIALÓGICA: O PROJETO DE LEI Nº 736 DE 2015 .....	74
<b>6 CONCLUSÕES</b> .....	<b>80</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>84</b>

## 1 INTRODUÇÃO

No quase aniversário de 30 anos da promulgação da constituição cidadã, aventura-se esta discente a um tema que reflete a revolução profunda e ascensão institucional da teoria constitucional no Brasil e da supremacia da carta magna.

Nascida da ruptura do regime ditatorial de 1964, a carta federal de 1988 materializa a irresignação e anseios da sociedade civil que buscava na nova ordem constitucional a promoção e compromisso com as liberdades e à dignidade da pessoa humana, guindada, neste processo, ao próprio fundamento do Estado Democrático do direito.

O consenso da relevância dos direitos fundamentais como elementos estruturantes e pilares ético-jurídico-políticos das ações de uma comunidade representam, sem sombra de dúvidas, uma das mais relevantes contribuições do Direito Constitucional contemporâneo. Por essa razão, é unânime a consagração de uma ordem permanente ao Estado e, aos poderes que o constituem, de concretizá-los e efetivá-los, denominada esta: ordem dirigente dos direitos fundamentais. É nessa esteira de reflexão, que ocorre uma das maiores problemáticas dos estados democráticos de direito: o hiato entre a forma e a realidade. Embora a supremacia axiológica dos direitos fundamentais seja um fenômeno mundial nas constituições, é incontroverso também o cenário de violação sistêmica no plano fático e ineficácia social desses direitos que deveriam ser trunfos da dignidade da pessoa humana nessas mesmas sociedades.

Neste contexto, apesar da república pátria reconhecer a supremacia dos direitos fundamentais e tenha um dos maiores Produto Interno Bruto (PIB) do planeta, a seara social padece de uma aguda desigualdade socioeconômica que deságua, muitas vezes, em um quadro de violações sistemáticas a direitos fundamentais, ferindo a força normativa da constituição.

Com efeito, a presente monografia destinar-se a tratar da problemática inerente as omissões dos poderes institucionais que acarretam à grave violação a efetividade dos direitos fundamentais e comprometem a legitimidade e a própria existência da ordem constitucional.

A hipótese central desta investigação vincula-se à indagação se o problema em epígrafe suscita superação através do Estado de Coisa Inconstitucional, instituto



criado pela corte constitucional colombiana, que acura no diálogo constitucional a solução para legitimação da atuação proativa do poder judiciário no controle das atuações dos demais poderes públicos quando ocasionarem violações contínuas e massivas a direitos fundamentais, inclusive mediante intervenção em políticas públicas.

A relevância social e jurídica se revela quando se descortina o maior desafio enfrentando pelo constitucionalismo na democracia, emancipar, através da paz, os setores da sociedade que sobrevivem sem a efetiva fruição dos direitos inerentes a dignidade humana. Ademais, tal tema demonstra o redirecionamento de um monopólio epistêmico para um universo de pluralismo de saberes, no qual passa-se a aprender com o sul global, superando a veneração as teorias oriundas somente do eixo Estados Unidos-Europa.

O objetivo geral desta monografia é analisar a compatibilidade do instituto do Estado de Coisa Inconstitucional com a ordem jurídica brasileira. E se possível, quais adaptações devem ser realizadas para sua incorporação válida ao nosso ordenamento e as providências concretas que podem contribuir para a sua implementação. Sob esse enfoque, cinco objetivos específicos foram delineados para que o trabalho fosse desenvolvido: em primeiro plano, busca-se encontrar soluções para a efetividade dos direitos fundamentais através da análise crítica do Estado de Coisa Inconstitucional

O segundo objetivo consiste em examinar a legitimidade democrática do ECI. O terceiro, visa apontar como o descompasso entre os comandos normativos constitucionais e a realidade social suscita reformular o conceito de políticas públicas. Como quarto objetivo, aponta-se a investigação de quais os efeitos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais no papel do poder jurisdicional. O último, consiste-se na a propositura da viabilidade da reformulação da clássica divisão funcional dos poderes ante os novos arranjos institucionais.

Almejando-se organizar esta monografia em conformidade com os objetivos propostos, dividiu-se a sua estrutura em quatro capítulos, a fim de melhor expor os aspectos polêmicos que a compõem. No primeiro capítulo, realizar-se-á digressão histórica sobre o Estado de Coisa Inconstitucional na Colômbia, examinando quais são os seus pressupostos, conceito, bem como quais os efeitos do seu reconhecimento.

O segundo capítulo enfrenta as principais objeções a declaração do ECI, através da análise da sua inserção no fenômeno mundial da ascensão institucional do poder judiciário, explicando como a judicialização da política e das relações sociais fomenta a necessária reconstrução do princípio da separação dos poderes. O terceiro capítulo expõe a perspectiva objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais e suas implicações, principalmente, como a sua eficácia irradiante e os deveres de proteção impõe ao estado a sua contínua realização. Neste também discorre-se sobre o conteúdo, as características e a importância das sentenças estruturais para a superação do estado de coisa inconstitucional. No último capítulo se expõe o julgamento e os efeitos da propositura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347 perante o Supremo Tribunal Federal (STF).

Outrossim, a presente monografia será desenvolvida mediante a utilização dos métodos hermenêutico e o argumentativo, adotando-se a linha crítico-metodológica e os tipos genéricos de investigação intitulados de jurídico-exploratório, jurídico-projetivo e prospectivo. O tipo de pesquisa empreendida será escolhido de acordo com os objetivos pretendidos, os procedimentos técnicos utilizados, a natureza e a forma da abordagem.

Com relação aos objetivos projetados, será utilizada a pesquisa exploratória; quanto aos procedimentos técnicos, realizar-se-á a pesquisa bibliográfica e documental. O primeiro tipo de pesquisa terá como enfoque obras e artigos elaborados acerca da temática. A pesquisa documental refere-se à análise de decisões judiciais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e demais instrumentos jurídicos investigados. Do ponto de vista da natureza da abordagem, tratar-se-á de pesquisa aplicada e no que pertine à forma desta mesma abordagem, será manejada apenas a qualitativa.

No campo das técnicas, o trabalho sedimentar-se-á na documentação indireta, abrangendo a pesquisa bibliográfica e documental.

## 2 A TEORIA DO ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL

Pressupor o l dimo estado constitucional   adotar, como paradigma, um poder público constituído e, portanto, limitado e controlado pela política dos direitos fundamentais (HABERLE, 2007, p. 6).

Fruto do movimento de inova o das cortes do sul global na expansão da afirma o dos direitos elementares do homem, o estado de coisa inconstitucional, construído pela jurisprudência da corte constitucional da Colômbia, nada mais   do que a materializa o do denominado neoconstituiconalismo progressista, no qual o juiz passa a protagonizar as transforma es de institui es e práticas sociais violadoras de direitos humanos (FRANCO; GRAVITO, 2010, p. 42).

A teoria do estado de coisa inconstitucional para a realidade jurídica pátria pressupõe, primeiramente, a ado o de uma teoria geral que seja constitucionalmente adequada, portanto, que apresente bons métodos de interpreta o capazes de vincular normativamente as diferentes forças políticas e que seja atenta às singularidades do direito constitucional positivo brasileiro. Em face dessa constata o, a plasticidade, a capacidade de adapta o e o diálogo com a ordem jurídica interna são albergados como verdadeiros pressupostos para a constru o de categorias dogmáticas inspiradas em outros ambientes constitucionais (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 259).   através de tal intelec o que se opera a afinidade internacional da trajetória de afirma o dos direitos fundamentais.

Com tais desígnios objetivados, o presente capítulo visa apresentar a síntese dos preceitos centrais do ECI, insofismável para a sua devida compreensão e manejo pela jurisdi o constitucional nacional.

### 2.1 A PERSPECTIVA HISTÓRICA: O ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL E A EVOLU O JURISPRUDENCIAL DA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

A análise da g nese e evolu o do estado de coisa inconstitucional na corte constitucional colombiana   essencial para a compreensão da dialética da hermenêutica constitucional e do progressivo desenvolvimento de técnicas de reconhecimento e efetiva o dos direitos fundamentais.

Neste diapasão, Luis Ricardo Gómez Pinto (2012), sintetizando a evolução histórica do ECI na suprema corte colombiana, identifica três etapas na consagração da sua trajetória: a primeira, denominada de “iluminismo constitucional” que se substancia na materialização do sentido jurídico, dos fundamentos, pressupostos e impactos econômicos do estado de coisa inconstitucional e da legitimidade institucional da corte na intervenção em políticas públicas. Destaca-se, nesta fase, as decisões sobre os docentes dos municípios de María la Baja e Zambrano (COLOMBIA, 1997), a mora da Caixa Nacional da Previdência em responder petições de aposentados e pensionistas dirigidas a obtenção do recálculo e pagamentos de diferenças das verbas previdenciárias (COLOMBIA, 1997) e a decisão sobre o quadro de superlotação do sistema penitenciário (COLOMBIA, 1998).

A segunda fase, designada pelo mesmo autor de “tenebrismo constitucional”, emergiu o retrocesso jurisprudencial da corte, fruto de competições internas entre os magistrados e das duras críticas acerca da ilegitimidade institucional da mesma para intervir em setores de políticas públicas, que acarretaram a recusa do alcance do ECI como instrumento apto a ajustar a política constitucional econômica. É nesta etapa que ocorreram as decisões acerca da mora no pagamento das pensões (COLOMBIA, 2000) e a nova decisão sobre o sistema carcerário (COLOMBIA, 2000).

Por fim, o autor faz referência a terceira fase, alçada na sentença sobre o deslocamento forçado das pessoas (COLOMBIA, 2004) que firma o renascimento do ECI (PINTO, 2012 apud CAMPOS, 2016) e a sedimentação pela corte de um ativismo constitucional voltado a promoção dos direitos fundamentais.

Fixada tais premissas, passa-se à análise panorâmica dos precedentes da Suprema Corte Colombiana que ostentam o notável prestígio de contribuição à conformação e embasamento do ECI.

### **2.1.1 O caso dos docentes municipais**

A declaração do estado de coisa inconstitucional pela corte constitucional da Colômbia ocorreu, primeiramente, no ano de 1997, na sentença SU-559. A presente tutela fora interposta por 45 docentes do município de María La Baja e Zambrano que alegavam a violação ao direito fundamental a saúde e a seguridade social em decorrência da recusa a efetivação dos seus preceitos previdenciários pelas

autoridades municipais. Apesar de contribuírem com 5% de seus subsídios para o fundo previdenciário nominado Fundo de Prestación Social não recebiam os seus benefícios correspondentes em razão da negação pelas autoridades públicas à filiação ao supracitado fundo social, justificada pela escassez de recursos orçamentários.

Diante do exposto, a corte atenta a vulnerabilidade subjetiva dos direitos fundamentais dos impetrantes constatou ser a violação aos direitos fundantes dos docentes uma generalização nacional não originária de uma distribuição não equitativa dos recursos da política educacional.

Alerta ao papel do juiz constitucional de garantir a vigência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a Corte declarou o estado de coisa inconstitucional com arrimo no art. 113 da Carta Magna colombiana que impõe um dever de colaboração harmônica entre as diversas esferas dos poderes públicos, no sentido de que a mesma cria uma obrigação ao poder judiciário de notificar as autoridades responsáveis pelas falhas estruturais que acarretam a vulnerabilidade dos direitos fundamentais. Neste contexto, a declaração do ECI e a consequente determinação aos municípios, que encontravam-se em situação similar a corrigirem, em tempo hábil, a situação de inconstitucionalidade pelo tribunal constitucional, foi responsável por contextualizar o caso concreto dos demandantes a uma violação generalizada de direitos fundamentais de um número indeterminado de pessoas, sanando a falha estrutural das diversas autoridades e órgãos públicos, prevenindo, ao mesmo tempo, um futuro congestionamento de demandas judiciais similares (HERNÁNDEZ, 2003, p. 2012-1014).

É cediço que a grande benfeitoria desta decisão foi sedimentar um instituto de aprimoramento do modelo de proteção jurídica nas quais demandas de índole individuais passam a promover a guarda dos direitos coletivos (MARMELSTEIN, 2015, p. 245), cumprindo desta maneira, a primordial vocação do processo: a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos humanos (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2004, p. 19).

### **2.1.2 A ineficiência administrativa na efetivação do direito de petição dos aposentados**

A notória sentença T-068, do ano de 1998, foi o segundo momento de reconhecimento do estado de coisa inconstitucional pela corte colombiana. Neste precedente, os direitos fundamentais da igualdade, saúde e seguridade social dos acionantes eram violados pela Caixa Nacional de Previdência, em decorrência da sua profunda morosidade em responder às petições dos aposentados que pretendiam obter o recálculo e o pagamento das diferenças das verbas previdenciárias.

Tutelando a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, sem perder de vista a dimensão subjetiva, a Corte declara o ECI aportado na ineficiência administrativa geradora da falha crônica e estrutural, no qual, o juiz constitucional não poderá se quedar com indiferença.

Nestas circunstâncias, acresce que diferentemente da sentença SU-559 que determinou a resolução da inconstitucionalidade em prazo razoável, a presente decisão emitiu ordens mais concretas, determinando prazos fixados para sua implementação e impondo deveres materiais a diversas autoridades públicas, inclusive mediante a fiscalização pela corte da execução de suas medidas (HERNÁNDEZ, 2003, p. 2015-2017) buscando, neste sentido, o aperfeiçoamento do ECI.

### **2.1.3 O ECI dos centros de reclusão da Colômbia**

Não é exagero afirmar que a sentença T-153, de 1998, foi um dos precedentes mais emblemáticos vivenciados pela corte colombiana. Esta declarou o estado de coisa inconstitucional do sistema carcerário nacional após os demandantes denunciarem o quadro de superlotação e condições não humanas das penitenciárias nacionais de Bogotá e de Bellavista de Medellín.

A corte constitucional, alicerçadas em estudos empíricos, constatou que a vulnerabilidade dos direitos dos encarcerados era generalizada, alcançando as demais instituições de reclusão da Colômbia. Aclamou que a existência de um notório estado de coisa do sistema de reclusão, gerador da violação dos direitos mais elementares da existência humana, era a consequência do processo histórico de

marginalização de uma minoria sem acesso a organismos políticos que originava o descenso de políticas públicas em matéria carcerária.

Tutelando a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, sem se limitar a proteger a situação concreta dos acionantes, descreveu ordens peremptórias a diversas autoridades públicas na tentativa de solucionar a crise social do setor penitenciário.

Apesar de ser irrefutável que as ordens da corte realizaram um efeito positivo no funcionamento das entidades de encarceramento, a ausência do monitoramento pela mesma da efetivação das suas ordens, a carência da denominada jurisdição supervisória, bem como a falta de diálogo com os demais poderes públicos que gerou a inflexibilidade das suas determinações e sua não implementação no mundo fático, revelam o insucesso do Tribunal na tentativa de solucionar este quadro de inconstitucionalidade. Tal reflexão é apresentada por Carlos Alexandre Campos (2015) em artigo científico sobre o tema.

Atenta ao erro e buscando suprir as falhas do passado<sup>1</sup>, a corte veio novamente a declarar o ECI do setor dos egressos nas recentes: Sentencia T-388 de 2013 e Sentencia T-762 de 2015 em que ordenou que a Defensoría del Pueblo criasse um grupo de monitoramento do cumprimento das suas novas ordens estruturais, materializando, assim, a otimização pela jurisprudência da técnica do estado de coisa inconstitucional.

#### **2.1.4 O precedente do deslocamento forçado de pessoas**

Em 22 de janeiro de 2004, a Corte Constitucional colombiana proferiu a paradigmática sentencia T-025, de 2004, na qual declarou o estado de coisa inconstitucional da dramática situação dos mais de 3 milhões de pessoas que sofriam com o deslocamento forçado em razão da violência vivida na Colômbia.

O deslocamento forçado é uma tragédia antiga na Colômbia, dados empíricos indicam que entre os períodos de 1946 a 1966, migraram forçadamente 2 milhões de

---

<sup>1</sup> É importante trazer à baila a *Sentencia* SU-250, de 26/5/1998, que determinou a declaração do ECI ante a omissão do estado em não realizar o concurso público para notários. Neste ponto, é forçoso concluir que, neste caso, não houve o pressuposto da violação massiva e generalizada de direitos fundamentais, o que comprometeu a própria força do instituto que somente se justifica em situações excepcionais.

peessoas. Contudo, foi nos anos de 2000 a 2002, na qual houve a expansão dos grupos paramilitares e a ruptura dos diálogos de paz com as FARC e a consequente intensificação dos conflitos armados que se desencadearam verdadeiros êxodos no solo colombiano.

Apesar da existência da Lei nº 387 de 1997 que prevê a proteção, consolidação e estabilização econômica desta população, bem como dos princípios das Nações Unidas sobre as vítimas dos deslocamentos internos, os denominados princípios “DENG”<sup>2</sup>, que integram o bloco de constitucionalidade da Colômbia, o aparato estatal permanecia inerte, passivo na reversão dessa situação de violação massiva e reiterada de direitos fundamentais.

Atenta a esta situação, a Corte constatou que a inércia estatal decorria do labirinto burocrático e do bloqueio institucional responsáveis por descoordenar e dispersar a responsabilidade sobre o tema (GRAVITO; FRANCO, 2010). Neste contexto, ao examinar as 108 tutelas formuladas por 1.150 núcleos familiares, a corte proferiu a sentença da declaração do estado de coisa inconstitucional das pessoas deslocadas forçadamente na tentativa de proteger a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e sanar a falha estrutural originária da letargia do poder público.

Neste sentido, promoveu o aumento da dotação orçamentária sobre as políticas públicas de promoção da proteção da população deslocada, determinou a recuperação do órgão coordenador das políticas sobre o tema, o Conselho Nacional de Atenção Integral a População Deslocada (CNAIPD), criando, inclusive, programas emergenciais para solução da inconstitucionalidade.

O grande e benfazejo diferencial da sentença T-025, inexorável ao aperfeiçoamento do instituto do ECI, foi assentar intervenções que consistiam não em ordens rígidas, mas, sim, flexíveis e sinérgicas responsáveis por desbloquear o ciclo de formação das políticas públicas, sem se apoderar do poder de escrutiná-las.

Suscitou, outrossim, a participação de diversos atores da sociedade civil ao centro das discussões do processo deliberativo sobre as políticas de defesa dos

---

<sup>2</sup> Os Princípios DENG garantem direitos e garantias relacionadas à proteção interna dos deslocados em todas as fases do seu deslocamento. Eles os protegem contra o deslocamento arbitrário, lançando as bases para a sua proteção e assistência e estabelecem garantias para o seu regresso, reassentamento e reintegração. Estes Princípios refletem e são compatíveis com o direito internacional humanitário e humanitário os direitos humanos e a lei análoga relativa aos refugiados.



deslocados, inclusive mediante audiências públicas o que, conseqüentemente, fomentou a reflexão pela mídia e de toda a sociedade para essa crise humanitária.

É salutar salientar que a preocupação da corte na efetivação das suas ordens mediante a manutenção da jurisdição sobre a questão foi imprescindível para a supervisão e o impulsionamento do cumprimento e respostas das suas ordens pelos diversos atores políticos, o que contrapôs os seus erros do passado. É justamente neste sentido, que assume relevo o monitoramento como indispensável para promoção de eventuais correções das ordens originais e para a própria constatação da superação do estado de coisa (CAMPOS, 2016).

Por derradeiro, é evidente que a trajetória de conformação do ECI experimentou declínios e críticas em face de sua legitimidade do ponto de visto do estado social democrático, porém, em resposta a aqueles que formulam tais indagações, é igualmente incontroverso que Corte Constitucional da Colômbia revolucionou a proteção dos direitos humanos ao adequar o procedimento e permitir o diálogo institucional e a tutela de todo o grupo dos titulares dos direitos violados. É com esta premissa que se comprova que o ECI alçou o notório e legítimo devido processo dos direitos fundamentais tão sonhado por Korand Hesse (1991).

Tecidas essas considerações, passa-se ao escrutínio da delimitação conceitual do Estado de Coisa Inconstitucional.

## 2.2 O CONCEITO E OS PRESSUPOTOS TEÓRICOS PARA A FORMAÇÃO DO ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL

A conceituação do estado de coisa inconstitucional pressupõe, primeiramente, uma compreensão dos pressupostos para definição do ECI delineados pela trajetória evolutiva da jurisprudência da corte constitucional da Colômbia.

Neste sentido, é cediço, que a análise analítica da dimensão histórica do ECI revela as constantes transformações dos pressupostos para sua configuração, os quais alçaram seu refinamento na Sentencia T-025 de 2004 e foram os responsáveis pela sua redefinição, trazendo-lhe coesão argumentativa, e fortalecimento da sua legitimidade institucional.

A Corte Constitucional proferiu, nesta decisão, a harmonização dos seis elementos cruciais para a conformação do estado de coisa: Em primeiro lugar, a ocorrência de violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais que afetam um número significativo de pessoas. Posteriormente, a ocorrência de uma prolongada omissão das autoridades em cumprir as suas obrigações para a garantia desses direitos. Outrossim, a adoção de práticas inconstitucionais, a exemplo da imprescindibilidade da tutela judicial para respeito ao direito.

Neste contexto, pontuou a não adoção de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias necessárias a evitar a violação dos direitos. Saliou a existência de um problema social, cuja solução compreende a intervenção de várias entidades, que requer a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações e os quais exigem uma disponibilização orçamentária considerável. Sinalizou por fim, a possibilidade de um congestionamento judicial, caso as pessoas afetadas pelo problema procurem a tutela do poder judiciário<sup>3</sup>.

Em resumo, Cesar Rodríguez Gravito, identifica como condição a compreensão do ECI a existência de uma falha estrutural de políticas públicas que causa a violação constante e sistêmica de direitos fundamentais de uma população de pessoas na qual a resolução requer a intervenção coordenada de distintas entidades. Congregando, desta forma, o denominado ativismo dialógico, no qual o poder judiciário desbloqueia os entraves burocráticos e atua coordenadamente com os demais poderes na solução da violação dos preceitos constitucionais (GRAVITO; FRANCO, 2010).

Acrescendo, ao tratar do ECI, Bustamante discorre que este pode ser definido como um julgamento empírico da realidade que determina uma repetida e sistemática violação da norma constitucional de tal magnitude, que torna a Constituição ineficaz na prática. Por conseguinte, o Tribunal, como guardião da integridade e supremacia

---

<sup>3</sup> Na sentença T-025 de 2004, a Corte enumera os fatores: 1) A violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais que afetam um número significativo de pessoas. 2) A longa falha das autoridades em cumprir suas obrigações de garantir os direitos. 3) A adoção de práticas inconstitucionais, como a incorporação da ação de tutela como parte do procedimento para garantir o direito violado. 4) Falha em emitir medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias necessárias para evitar violação de direitos. 5) A existência de um problema social cuja solução compromete a intervenção de várias entidades, exige a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações, exigindo um nível de recursos que avulta um esforço orçamentário adicional importante. 6) O fato de que, se todas as pessoas afetadas pelo mesmo problema vieram à ação da tutela para obter a proteção de seus direitos, haveria o aumento do congestionamento judicial.

da Constituição, ordena para salvar a situação, ações progressivas imediatas e estruturais. O ECI seria, portanto, uma criação intelectual, ainda em construção, desenvolvido jurisprudencialmente em oito decisões do Tribunal Constitucional Colombiano, na qual as violações generalizadas e sistemáticas aos direitos humanos evidenciavam uma grave irregularidade institucional, cuja resolução só ocorreria por meio de políticas públicas estruturais (BUSTAMANTE, 2011, p. 7-8).

Nesta perspectiva, é preciso ter em mente que a árdua tarefa de tentar conceituar o estado de coisa inconstitucional para a realidade jurídica pátria impõe para a dogmática e hermenêutica jurídica uma construção que seja realizada em consonância com o contexto constitucional vigente.

Enfrentando este ponto, atento à compatibilidade dos pressupostos trazidos pela Corte Constitucional colombiana para definição do estado de coisa inconstitucional, as peculiaridades da ordem jurídica nacional, Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016) procurando sistematizar as pressuposições essenciais a moldura do ECI, propôs três desígnios.

Primeiramente, a apuração de uma transgressão massiva, sistemática e contínua de direitos fundamentais de um profuso número de pessoas. Nesta senda, salienta que a violação não é sobre qualquer norma constitucional, mas, sim à aquelas afetas a uma variedade de direitos humanos que alcança um irrestrito grupo, precipuamente as minorias estigmatizadas, comprometendo, desta forma, a própria força normativa da constituição.

No conceito proposto, abriga ainda o requisito da constatação de uma falha estrutural do poder público na reversão da inconstitucionalidade que resulta na ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias responsáveis por perpetuar o problema. E sob essa perspectiva, alude ser a falha a confluência de inações de diversas órgãos e autoridades das variadas esferas estatais, as quais inserissem desde a própria omissão legislativa a deficiência do ciclo das políticas públicas.

Por fim, como terceiro pressuposto, faz alusão à necessidade do poder judiciário intervir para a superação do quadro de inconstitucionalidade, mediante a expedição dos denominados remédios estruturais a uma pluralidade de órgãos. A título de esclarecimento, sinaliza esta discente que os remédios estruturais serão

abordados com maior profundidade em momento posterior neste trabalho monográfico ao adentrar na análise dos processos estruturais e sua inter-relação com ECI.

Noutro giro, contextualizando a singularidade pátria, que difere do amplo acesso do sistema colombiano, a existência dos profundos obstáculos para alcançar o supremo tribunal federal fez com que este autor não erigisse como fator determinante a potencialidade de congestionamento judicial, visto que comprometeria o próprio alcance do instituto do ECI à realidade brasileira (CAMPOS, 2016).

A luz do contexto do momento constitucional vigente, com base nas premissas expostas, alberga, esta discente, como conceito proposto ao estado de coisa inconstitucional, a afirmação de um modelo de técnica decisória de aprimoramento de controle de inconstitucionalidade aplicado, excepcionalmente, em situações de falhas estruturais do poder público as quais convergem em uma violação sistêmica, massiva e contínua de direitos fundamentais. Nesta senda, este modelo é caracterizado por implementar os programas constitucionais mediante um diálogo institucional, materializado em remédios flexíveis, no qual o poder judiciário desobstruí os canais de deliberação, coordenando a responsividade dos demais poderes públicos, inclusive em matéria de planejamento e execução de políticas públicas, promovendo, nesta toada, o próprio sentido prospectivo e objetivo dos direitos fundamentais.

Nesta linha de entendimento, tal conceituação agasalha a noção de processo cooperativo, defendida com pertinência por Daniel Mitidiero (2007), na qual pressupõe a permanente confluência intercomunicativa entre todos aqueles que participam do processo, o juiz, as partes e, inclusive, outros atores intervenientes para debaterem o aquilamento ótimo da controvérsia e da solução do litígio. Nesse prisma, a primeira medida a ser realizada pelo órgão judicial será a comunicação as autoridades responsáveis para elaborarem um plano de resolução, mediante a fixação de um prazo para a sua apresentação e conclusão e a fixação das entidades incumbidas de monitorar o implemento das ordens emanadas (SANTOS, VIEIRA, DAMASCENO, 2015).

A linha de ação seguirá este plano de atuação: (a) identificação e prova do quadro de violações sistemática de direitos, por meio de inspeções, relatórios, perícias, testemunhas, etc; (b) declaração do Estado de Coisas Inconstitucional; (c) comunicação do ECI aos órgãos relevantes, sobretudo os de cúpula e aos

responsáveis pela adoção de medidas administrativas e legislativas para a solução do problema; (d) estabelecimento de prazo para apresentação de um plano de solução a ser elaborado pelas instituições diretamente responsáveis ;(e) apresentação do plano de solução com prazos e metas a serem cumpridas; (f) execução do plano de solução pelas entidades envolvidas ; (g) monitoramento do cumprimento do plano por meio de entidades indicadas pelo Judiciário; (h) realização de audiências públicas e medidas auxiliares para avaliar o cumprimento do plano; (i) após o término do prazo concedido, análise do cumprimento das medidas e da superação do ECI; (i) em caso de não-superação do ECI, novo diagnóstico, com imputação de responsabilidades em relação ao que não foi feito; (j) nova declaração de ECI e repetição do esquema, desta vez com atuação judicial mais intensa e ordens mais detalhadas (GRAVITO; FRANCO, 2010).

Relevante, neste ponto, o reflexo da conceituação proposta que contempla o controle contramajoritário realizado a partir da jurisdição constitucional que assenta os pilares do novo paradigma do controle da constitucionalidade incidente na legitimidade sobre políticas públicas, o que pressupõe a sua consonância com a tábua axiológica da constituição, superando, deste modo, apadrinhamento de modelos de gestão alicerçadas em arbitrariedades e no decisionismo autoritário (FREITAS, 2015).

Tecida essas considerações, o crucial, não é quem dá a resposta correta, mas sim como esta assenhora os sentidos da constituição (STRECK, 2010), assim a afirmação do estado constitucional cooperativo conforma o assentamento de um modelo no qual o juiz constitucional controla e zela pelas prioridades cogentes da carta magna enunciadas nas diversas esferas estatais, inclusive nas políticas públicas, enquanto estas instrumentalizam a afirmação e efetivação de direitos fundamentais (MELLO, 1983).

Os axiomas constitucionais ao vincularem diretamente o escrutínio das políticas e gastos públicos os torna, como consectário lógico, passíveis ao controle jurisdicional (BARCELLOS, 2007). A luz de tais perspectivas, o ponto fulcral deste modelo é a mudança postural do poder jurisdicional, o qual contrapondo ao modelo clássico e ortodoxo de supremacia, realiza um diálogo com as demais entidades envolvidas para obtenção da melhor solução para o interesse público. Nesta senda, não usurpa competências, mas sim desbloqueia entraves burocráticos, passando a coordenar e

otimizar a eficiência dos demais poderes na tentativa de intermediar as promessas constitucionais a realidade fática.

Nesse diapasão, Thiago Sombra enuncia ser o estado de coisa inconstitucional uma decisão legal que permite ao tribunal Constitucional reconhecer o fracasso da ambos os poderes legislativos e executivo para aplicar políticas públicas causadora de violações generalizadas e sistemáticas de direitos fundamentais. Isto justifica intervenção do tribunal que atua na qualidade “de um coordenador institucional emitindo ordens para corrigir as deficiências de capacidade orçamentária e administrativa, estabelecendo os níveis mínimos obrigatórios de proteção dos direitos humanos (SOMBRA, 2015).

Do exposto, exsurge-se que o poder jurisdicional, ao utilizar remédios flexíveis para resolução do Estado de Coisa inconstitucional, não retira das instâncias majoritárias a avaliação sobre o conteúdo e escolhas das políticas públicas, mas sim envereda na sedimentação de um norte, um guia de direção a fim de estas realizem os seus deveres institucionais, definindo metas e caminhos de implementação por meio de prazos e acompanhamento do progresso das ordens proferidas, deixando as decisões mais importantes e detalhes das consequências para os órgãos governamentais (SANTOS et al, 2015).

É, neste sentido, que o ECI emerge a inserção da justiça constitucional em seu papel ínsito de emancipação e transformação social do abissal liame da realidade fática e dos desígnios constitucionais.

### 2.3 A MULTIFUNCIONALIDADE DO ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL E SUA INSERÇÃO AO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A Constituição de 1988 exsurge, em seu artigo 1º, a República Federativa do Brasil como um estado democrático de direito. Essa designação vem para reorganizar todas as funções e competência estatais na medida em que incorpora nestas um novo paradigma revolucionário de transformação do *status quo* (SILVA, 2005, p. 116) para alçar o desiderato da justiça social e garantia de uma sociedade pluralista, na qual se realiza a plenitude da dignidade da pessoa humana (CUNHA JÚNIOR, 2017, p. 542).

O estado democrático de direito reverbera não na mera junção das premissas do estado social, assento nos enunciados da submissão ao império da lei, do princípio da divisão dos poderes e da garantia dos direitos fundamentais, e do estado democrático que proclama o poder da emanção do povo, mas, sim, é responsável por instaurar um novo componente, inexistente em ambos os modelos: o da Transformação social (SILVA, 2005, p. 116).

Não é por outra razão que Lenio Streck enuncia o estado democrático de direito como um novo paradigma que engendra uma “nova legitimidade no campo do direito constitucional e da ciência política, no interior da qual o Direito assume a tarefa de transformação”. Este novo modelo sedimenta-se diante da crise do estado social que não conseguiu alcançar a realização dos direitos fundamentais. Por isso, há a necessária reconfiguração da legitimação do processo político, “a legitimidade, agora, advém da própria Constituição, que exsurge de um processo de re-fundação da sociedade” (SILVA, 2005, p. 116).

É neste sentido, no qual a legitimidade do exercício do poder político é assentada na própria soberania e na vontade popular que a constituição de 1988 impõe uma nova reformulação da relação entre os três poderes e o papel da justiça constitucional na efetivação dos desígnios constitucionais de modo a permitir a ativa participação democrática dos cidadãos na resolução e equacionamento dos problemas da nação para materializar os direitos fundamentais (CANOTILHO, 1999 p. 33).

É com pertinência que Canotilho assevera que o Estado de Direito Democrático-constitucional tornou-se um paradigma de organização e legitimação de uma ordem política plasmado na constituição de um modelo fundador e organizatório da comunidade política segundo dois cânones centrais: o Estado limitado pelo direito e o poder político estatal legitimado pelo povo (CANOTILHO, 1999 p. 36).

Apesar da previsão constitucional do assentamento de um estado democrático de direito, vivencia-se, na contemporaneidade, “uma democracia bloqueada, uma democracia mutilada, uma democracia sem povo” (BONAVIDES, 2001, p. 61), no qual engendra seu efeito mais lesivo: o bloqueio do executivo e do legislativo que destroem os axiomas constitucionais, e para o qual concorre o bloqueio do judiciário em realizar

a sua missão constitucional de guardião da Carta Magna enquanto inerte frente às políticas governistas que afrontam o interesse da soberania popular.

Nessa cadeira de reflexões, a efígie da vontade popular reverbera na construção de um efetivo controle de constitucionalidade das políticas estatais transgressoras do interesse público e nas quais possa o povo participar ativamente e diretamente no processo decisório de resolução do problema constitucional (BONAVIDES, 2001, p. 62).

Neste diapasão, como nunca, o estado de coisa inconstitucional vem para transformar a realidade social, reivindicando a legitimidade do poder político e construindo um ambiente institucional instaurador de um diálogo constante entre governantes e governados para constituir uma efetiva democracia participativa e pluralista e, neste sentido, materializar a concretude do poder popular e da realização moral do princípio da dignidade da pessoa humana (BONAVIDES, 2001, p. 61-62).

Primeiramente, é salutar salientar que a declaração do ECI pela corte constitucional cria um importante efeito simbólico de transformar a percepção da opinião pública em relação à minoria social marginalizada, que passa a ser consensualmente compreendido enquanto uma transgressão contumaz de índole dos direitos humanos o que atesta uma grave crise humanitária responsável por ferir os direitos mais inerentes do homem (GRAVITO; FRANCO, 2010).

A notória visibilidade ao tema trazido pela corte constitucional ao declarar o estado de coisa, acarreta um novo paradigma responsável por gerar transparência e publicidade à inconstitucionalidade e a instigação de debates midiáticos e acadêmicos sobre o mesmo; o que corrobora para a efetivação da comoção pública sobre a urgência e a resolução do problema, de tal sorte que o poder público é compelido a alçá-lo à prioridade dos programas e desígnios estatais.

A declaração do ECI, além de proporcionar a criação de entidades tanto de índole estatal voltadas a atender a população vulnerável, é também responsável pela consubstanciação de grupos organizacionais privados, tanto da comunidade nacional quanto internacional, que somam forças e contribuem ativamente para a superação do estado de coisa, seja mediante o auxílio na colheita de informações utilizadas pela corte para solucionar o problema, seja participando energeticamente das audiências públicas realizadas na tentativa de promoção dos diálogos institucionais, ou mesmo,



inclusive, implementando ações materiais para melhoria de vida dessas populações (GRAVITO; FRANCO, 2010).

Ao se analisar a dimensão histórico evolutiva do ECI conclui-se que a intervenção da Corte Constitucional da Colômbia não usurpou as competências institucionais das instancias majoritárias, mas, sim, promoveu a participação direta dos atores civis, e principalmente, de minorias estigmatizadas, na deliberação e equacionamento da inconstitucionalidade ao substanciar o diálogo e o debate entre os cidadãos e o estado, mediante as audiências públicas, que foram realizadas para tentar solucionar o entrave burocrático que impedia a efetivação de direitos fundamentais.

É no Estado Democrático de Direito que os direitos fundamentais assumem a posição do seu coração, a sua própria razão de existir (CANOTILHO, 1999, p. 42), nesta perspectiva, urge ao tribunal constitucional a corresponsabilidade pela transformação social e democrática da sociedade, engendrada pelo escrutínio do conteúdo material da constituição, alçando, nesta oportunidade, a um lúdimo direito constitucional de liberdade e resistência (BONAVIDES, 2001, p. 61-62).

O ECI, mediante o ativismo dialógico, vem para transformar a opinião pública sobre a situação daqueles em vulnerabilidade e propiciar a participação dos diversos atores sociais nos diálogos entre os poderes institucionais, afirmando, assim, imperativamente e categoricamente, a soberania popular enquanto concretização da vontade dos membros da sociedade civil na formação e implementação dos programas e política públicas voltadas a suprir a omissão inconstitucional do estado.

Esses importantes impactos do ECI são retomados por Santos, Vieira, Damasceno e Chagas ao afirmarem que a declaração do estado de coisa inconstitucional “proporciona o uso de mecanismos mais participativos, como audiências públicas, discussões entre sociedade e governo, sociedade e tribunal, que fomentam o diálogo democrático sobre direitos socioeconômicos” e principalmente, o papel de cada um na sua salvaguarda. O impacto direto simbólico se materializa quando o problema é definido e percebido como uma violação de direitos, já os impactos simbólicos indiretos, sinalizam a “transformação da opinião pública sobre os problemas calamitosos existentes” (SANTOS et al, 2015, p. 2606).

Consoante esse prisma, César Rodríguez Gravito e Diana Rodríguez Franco (2010, p. 173), pertinentemente, asseveram que o principal instrumento para a participação e deliberação a ser realizado pelo Tribunal são audiências públicas. Os juízes do Tribunal, devem intervir juntamente com delegados governamentais, representantes de ONGs e organizações internacionais, e líderes de organizações de população deslocada. Assim, há o funcionamento dos mecanismos de comunicação entre Governo e a sociedade, no qual há discussão dos resultados e obstáculos políticos sobre os deslocados.

A declaração do estado de coisa pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 347 engendrou o interesse e a mobilização nacional sobre a situação, em decorrência da aproximação gerada pela corte entre a comunidade civil e o poder público e a grave situação daqueles que vivem nos cárceres brasileiros, despertando, assim, intensos debates no interior do seu seio, alçando a reversão o ECI do sistema carcerário pátrio a prioridade cogente da nação brasileira.

A luz dessas considerações, a declaração do estado de coisa é a constatação pelo tribunal constitucional da existência de uma realidade inconstitucional decorrente de um bloqueio institucional gerador de uma violação de direitos fundamentais de tal magnitude que acarreta o principal efeito de implementação pela corte da função de desestabilizar o labirinto burocrático da falta de capacidade, orçamento e vontade para promover a racionalização dos demais poderes do aparato estatal (ARIZA, 2013, p. 129).

O efeito imediato da intervenção da corte ao declarar o ECI não é se assenhorar das funções de outras instancias mas sim proporcionar o “engajamento destas, reforçando o papel de cada um dos poderes e exigindo, ativamente, a realização de ações concretas para a solução do problema” (MARMELSTEIN, 2015, p. 250-251). Neste sentido, que o poder judiciário busca desbloquear a formulação e implementação de políticas públicas voltadas a efetivação de direitos humanos sem se apoderar da competência de defini-las, pois quem irá estabelecer o “como agir” será o poder institucional legitimado pela própria constituição.

Observadas essas premissas, o ECI, em verdade, proporciona o impulso oficial das políticas públicas preliminares para a resolução da inconstitucionalidade, na medida em que pressiona enfaticamente os demais poderes públicos a cumprirem as suas funções institucionais. Em reforço ao efeito desbloqueador, a atuação do tribunal

constitucional vem para promover a coordenação e a racionalização da gestão da administração pública e do legislativo em decorrência da dispersão da responsabilidade e desarticulação das próprias instituições que solapam o substrato material da carta magna (GRAVITO; FRANCO, 2010, p. 140-143).

A corte realiza a comunicação aos órgãos responsáveis para que estes, juntamente com o tribunal, elaborem um plano de ação na tentativa de solucionarem conjuntamente a falha estrutural, materialização. Nesta perspectiva, uma gestão interinstitucional, no qual o “poder legislativo, executivo e judiciário funcionam em uma colaboração recíproca para ensejar a promoção de um efetivo equilíbrio e limitação do poder e concretize a plena realização do influxo cogente da constituição” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 279).

Decerto, o ECI veio para revolucionar a o estado democrático de direito. É incontroverso que o mecanismo proposto pelo tribunal constitucional capitaneia um espaço participativo e dialógico da população civil, inclusive de grupos sociais anulados, na cena de formulação e implementação de políticas públicas, criando-se, por conseguinte, um palpável controle de constitucionalidade de atos e omissões públicas que depravam a soberania popular e transgridem a dignidade da pessoa humana.

O ECI flagra quem “governa com grandes omissões inconstitucionais que menosprezam os direitos fundamentais e os interpreta em favor dos fortes contra os fracos” (BONAVIDES, 2001, p. 132). Com tal premissa em análise, a declaração do estado de coisa pelo tribunal constitucional e suas “ordens” aos demais poderes não ferem o regime democrático; em verdade, elas são dotadas de legitimidade pois transcendem a justiça social e solapa as omissões públicas atentatórias a dignidade e a soberania popular.

É com esse entendimento hermenêutico, que o ECI proporcionará uma democracia mais protegida, uma constituição efetiva e respeitada e o lídimo estado democrático de direito.

## 2.4 LIMITES À DECLARAÇÃO DO ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL

A declaração do estado de coisa inconstitucional é uma situação excepcional, pois desafia o desenho das competências institucionais sob a perspectiva da clássica separação dos poderes imposta pela própria carta magna. Nesse panorama a intervenção da corte enquanto coordenador político poderá gerar uma grave tensão entre o Executivo, o Congresso nacional e o poder jurisdicional ao revés de promover o desenvolvimento institucional (SOMBRA, 2015).

Seguindo esta linha de raciocínio, a atuação jurisdicional de controle e solução de políticas públicas deve promover um modelo de responsabilidade compartilhada que, portanto, exige uma hermenêutica compatível com valores culturais da pátria brasileira, na forma que materialize um ativismo estrutural pautado em melhorar o diálogo institucional e as deliberações democráticas.

Por outro lado, remanesce a problemática da indispensabilidade da fixação de rígidos pressupostos para a sua configuração e seus respectivos limites a sua declaração, necessários para auferir a legitimidade da atuação do tribunal, e em verdade, prevenir a própria criação de uma supremacia ou mesmo ditadura do poder judiciário. Por isso, o segundo capítulo deste trabalho monográfico enfrentará as oposições doutrinárias à firmação do estado de coisa inconstitucional como um modelo de “juristocracia constitucional”, as contrapondo mediante a fixação de limites a declaração do ECI.

### **3 O ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL: UMA PROPOSTA PARA O APERFEIÇOAMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

É notória no constitucionalismo da contemporaneidade a profusa transformação da missão do poder jurisdicional. O seu protagonismo nas relações econômicas, políticas e sociais é a inauguração de um novo paradigma: o neoconstitucionalismo, responsável pela retomada do comprometimento com a validade substantiva do direito, que assume o seu assentamento na centralidade da supremacia da constituição (SARMENTO, 2009).

A vertiginosa ascensão do poder judiciário é um fenômeno global que encontra profundas e diversas respostas, mas que reverbera, precipuamente, na crise de representatividade e funcionalidade do poder legislativo e do executivo em cumprir as suas competências e funções institucionais delineadas pela carta magna (BARROSO, 2011, p. 230).

Com tais premissas em análise, o presente capítulo propõe a teoria do estado de coisa inconstitucional como aporte ao aperfeiçoamento racional da jurisdição constitucional nacional, sob o paradigma do neoconstitucionalismo. Para isto, será necessário definir os respectivos limites a atuação legítima do poder judiciário à luz do modelo dos diálogos institucionais, enfrentando as principais críticas aos riscos da sua expansão para a autonomia pública e privada do cidadão. Ademais, discorrerá sobre a absoluta incompatibilidade da concepção ortodoxa da teoria clássica da separação dos poderes, ante a nova dogmática constitucional.

Para melhor compreensão, primeiramente, é imprescindível a análise, de forma sintética e panorâmica, do processo histórico que ensejou o fenômeno da expansão global do poder jurisdicional.

#### **3.1 A ASCENSÃO INSTITUCIONAL DO PODER JURISDICIONAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLITICA**

O movimento de afirmação da supremacia da constituição é localizado em “horizontes temporais diacrônicos e em espaços históricos, geográficos e culturais diferenciados, mas com momentos de aproximação entre si que fornecem uma

complexa tessitura histórico-cultural” (CANOTILHO, 2000, p. 51), fruto da correlação da otimização do ideário democrático.

As constituições eram vistas como meras proclamações políticas desprovidas de força jurídica e incapazes de gerar direitos aos cidadãos passíveis de proteção. Neste momento, vigorava o estado legislativo de direito, no qual a carta política era visualizada como uma mera “inspiração” ao parlamento, único poder legitimado e soberano para a criação do direito, monopolizando através dos códigos, a regulamentação das relações jurídicas dos indivíduos (NETO; SARMENTO, 2012).

Como é cediço, o modelo do estado legislativo de direito descurava a jurisdição constitucional. Esta visão hegemônica, principalmente na Europa continental, era assenta na supremacia do parlamento que afirmava o princípio da legalidade como critério exclusivo para a identificação válida do direito, não acolhendo qualquer forma de controle externo ao legislador soberano, o que sucedia a sua imunidade frente ao poder judiciário (FERRAJOLI, 2003, p. 14-17).

Neste liame, a norma era válida não por realizar a justiça, mas por ter sido posta por uma autoridade dotada de competência normativa (FERRAJOLI, 2003, p. 14-17). Era o parlamento o protagonista do processo constitucional, o que reduzia a função judicial à condição de mero aplicador da lei, realizador da mera subsunção da norma sancionada pelo poder legislativo (NETO; SARMENTO, 2012).

Tal concepção, essencialmente eurocêntrica, entretanto, sofreu uma profunda revolução quando os Estados Unidos da América, em 1803, no paradigmático caso *Marbury v. Madison*, a Suprema Corte, sob a presidência do juiz John Marshall, fulminou a inconstitucionalidade de lei federal incompatível com a carta magna, alicerçando o controle de constitucionalidade no sistema estadunidense de atos públicos atentatórios à esfera subjetiva dos cidadãos (CAMPOS, 2014, p. 51-52).

Apesar do silêncio da constituição sob essa perspectiva, a suprema corte com arrimo na seção 13 do Judiciary act de 1789, de maneira proativa e criativa, cristalizou a competência do poder jurisdicional para invalidar atos estatais ofensivos a lei maior. Ao promover o resguardo das liberdades públicas ao agravo dos poderes políticos, albergou a insurgência da superioridade normativa da constituição, instrumento limítrofe ao exercício arbitrário dos poderes constituídos (CAMPOS, 2014, p. 51-52).

Essa inspiração significou a gênese da jurisdição constitucional na Europa continental que emergiu, historicamente, “para resguardar da erosão política e ideológica os valores e princípios verberados pelas cartas constitucionais” (SILVA, 2016, p. 557-558) após as barbaridades aos direitos humanos perpetradas pelos estados fascistas na 2<sup>o</sup> guerra mundial.

Países como a Alemanha, a Itália, a França após libertarem-se dos regimes autoritários, “aprenderam a importância da criação de mecanismos de garantia de direitos que fossem subtraídos do alcance das maiorias de ocasião” (SARMENTO; NETO, 2013, p. 120-121). Nestes, a supremacia normativa da constituição foi captada através da consolidação das cortes constitucionais que passaram a fiscalizar e controlar os atos exarados das instâncias majoritárias que desafiavam os seus valores fundamentais.

Tal quadro de incorporação a justiça constitucional instaurou-se no sul global, após a independência das antigas colônias da Ásia e da África e na América latina após as transições dos regimes ditatoriais militares para as democracias constitucionais (NETO; SARMENTO, 2012).

Mas o que levou a jurisdição constitucional de mero legislador negativo do viés de Hans Kelsen (1998, p. 300-308) a participante ativo na formulação de políticas públicas a ponto de se identificar um processo global de judicialização da política?

Apesar da falta de consenso sobre a conceituação da expressão jurisdição constitucional, geradora de diversas divergências doutrinárias, Canotilho (2000, p. 892) a apresenta como um complexo de atividades jurídicas realizada pelo poder judiciário destinado a fiscalização e cumprimento das normas e princípios constitucionais em vigência.

A justiça constitucional, é concebida como a preservação pelos órgãos jurisdicionais, em sua plenitude, da constituição, mediante a sua aplicação e interpretação (BARROSO, 2011, p. 227). A título de esclarecimento, reporta-se que esta discente não visa propor uma conceituação universal e muito menos acrônica de jurisdição constitucional, visto a sua inviabilidade<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Toma-se, neste trabalho monográfico, as expressões justiça constitucional e jurisdição constitucional como sinônimos.

A justiça constitucional de cada país apresenta características destoantes fruto das diferenças socioideológicas, orientadoras das pautas axiológicas de cada Carta Magna, assim a postura do poder judiciário na defesa da carta política em um estado liberal jamais se assemelhará ao papel das cortes em um estado social democrático de direito.

Diferentemente, é o complexo fenômeno da judicialização da política que contempla, notoriamente, o processo hodierno de empoderamento do poder judiciário de definir, em caráter final, questões políticas, sociais e morais em detrimento do monopólio destas pelas instâncias majoritárias. Nesse sentido, conota um processo de macro condições que convergem para a transferência do poder legislativo e executivo de tomada de decisão de questões historicamente políticas para o âmbito do poder jurisdicional (BARROSO, 2011, p. 227).

Suas dimensões são sistematizadas em cinco vieses, por Ran Hirschl (2008), o qual primeiramente alberga a “transferência de prerrogativas tradicionais do poderes legislativos e executivos ao judiciário”. Outrossim, assenta a coparticipação judicial em processos de mudanças de regime, com destaque a corte de Fiji que restabeleceu a constituição após sofrer um golpe de estado (HIRSCHL, 2008).

Neste contexto, compõe, como terceiro viés, a postura fiscalizatória do poder jurisdicional que encampa o projeto de proteção da lisura processo eleitoral, contrapartida indispensável do seu afeiçoamento ao modelo democrático. Destacando, por fim, o aparato jurisdicional na promoção efetiva da justiça restaurativa e sua intervenção na resolução de “questões de conflitos étnicos, linguísticos e religiosos em sociedades profundamente divididas” (HIRSCHL, 2008).

É apriorístico, primeiramente, para compreensão dessa tendência insopitável, a explicitação sintética das causas conjunturais que presidem o fenômeno da judicialização da política, insofismáveis para o convencimento do leitor da sua adequação como consectário da opção social-democrática assumida pela carta magna de 1988.

Inicialmente, reverbera na crescente relevância política do poder judiciário, o processo de positivação de um extenso elenco de direitos fundamentais nas constituições modernas, reflexo da retomada da reaproximação do direito e da moral



que perpassa o seu compromisso com a sua validade substantiva de suprir as aspirações sociais (SARMENTO, 2009).

A proeminência da constituição, precipuamente do seu núcleo de direitos fundamentais, alberga uma alteração substancial na articulação estrutural do direito, pois opera a sua supremacia como fonte de disciplina e legitimidade de todos os atos estatais, evidência natural da ruptura do modelo da onipotência discricionária dos poderes legislativo e executivo que degeneraram atrocidades à dignidade humana, constatação inequívoca das experiências traumáticas dos regimes totalitários.

É inequívoco que a constituição federal brasileira de 1988 filia-se a este modelo de renascimento do direito constitucional, responsável por suscitar uma constitucionalização abrangente e compromissória, com amplíssima gama de direitos fundamentais, que vinculam e limitam, rigidamente, as instâncias políticas (CAMPOS, 2016). A partir desse enfoque, “não há um espaço vazio de Constituição, isto é, não há questão controvertida para a qual o texto constitucional não possa oferecer uma diretriz valorativa ou principiológica” (VIEIRA; CAMARGO; SILVA, 2009, p. 40).

A constitucionalização abrangente reputa uma liberdade conformadora limitada aos poderes públicos, imbricação da firmação das prioridades cogentes da carta magna que irradiam seu efeito expansivo nos múltiplos vieses da vida, incidindo diretamente na solução dos entraves sociais e políticos que impõe a sua resolução mediante a sua própria interpretação e aplicação (CAMPOS, 2016).

O seu caráter dirigente e compromissório exige do poder público um interventor ativo para a concretização das necessidades sociais, ostentado a posição, denominada por Dirley da Cunha Jr (2012, p. 122), de devedor social, agente apto e capacitado a atender a solução das demandas da sociedade e abrigar, harmonicamente, a sua pluralidade de direitos e interesses.

Tal é a sorte, que o modelo alcunhado na Constituição de 88 celebrou o surgimento do sentimento constitucional<sup>5</sup>, afeto este capaz de incorporar e insuflar

---

<sup>5</sup> “Sentir supõe a implicação com o ordenamento jurídico e com a idéia da justiça que o inspira e ilumina. Sentir juridicamente é implicar-se com o Direito vigente, com o todo ou com parte dele, dando-lhe apoio o sentimento jurídico supõe a implicação com o ordenamento jurídico e com a idéia da justiça que o inspira e ilumina. Sentir juridicamente é implicar com o Direito vigente, com o todo ou com parte dele, dando-lhe apoio. Às vezes, a não-implicação indica que se prefere um Direito distinto, o Direito anterior ou outro melhor e/ou mais justo. Desse modo, o sentimento jurídico aparece como afeto mais ou menos

nas instituições públicas e perante a sociedade o ideário de transformação do *status quo*, expungindo a torpe discricionariedade e o irracionalismo político (BARROSO, 2005, p. 4).

Nesse viés, é lugar decisivo para a ascendência do poder judiciário a desconfiança e desilusão dos cidadãos para com as instâncias majoritárias. Este declínio é desnudado pela desfuncionalidade dos poderes políticos em atender as demandas sociais e, principalmente, da ausência da sua representatividade, que mutilam a vontade das minorais para perpetuar os privilégios da elite dominante (BARROSO, 2011, p. 230).

Isto se torna especialmente observável em países, como o Brasil, de bloqueios institucionais dos poderes políticos em cumprir as prioridades cogentes do texto constitucional. Este é um traço característico do processo histórico de vassalagem do sistema representativo nacional à aristocracia capitalista, fonte inegável da corrupção sistêmica e do patrimonialismo das instituições governamentais que oxigenam a fragmentação social, as desigualdades econômicas e culturais e depravam o processo democrático (BONAVIDES, 2008, p. 132).

O protagonismo do poder jurisdicional da pátria, nesse prisma, foi fortalecido pela constituição de 1988 mediante a instituição de um cabal sistema de controle de constitucionalidade, que associando a matriz difusa e concentrada e prevendo um amplo elenco de ações e atores legitimados para provocação do exercício, permitiu o efetivo controle dos diversos atos e omissões da esfera pública e privada que contrastam com a vontade popular. Estes encontraram no poder judiciário a voz para atender aos anseios sociais daqueles que digladiavam nos obstáculos da efígie política (SARMENTO; NETO, 2013, p. 128).

A procura da prestação judicial é fadada aos estados sociais que não cumpriram suas promessas transformadoras. A expansão da justiça constitucional nacional só foi possível, graças a sua postura tolerante e pluralista no atendimento das postulações sociais reprimidas. Esta foi responsável por perfilhar uma intensa mobilização e pressão política da sociedade que assentou no Supremo Tribunal Federal o guardião dos seus direitos, diante da perda de dignidade e acesso aos

---

intenso pelo justo e equitativo na convivência. Quando tal afeto versa sobre a ordem fundamental daquela convivência, temos o sentimento constitucional” (VERDÚ, 2004, p. 53).

poderes executivo e legislativo, o que fomentou a dinâmica da interpretação e construção constitucional pelos tribunais (CAMPOS, 2016).

A exemplo da afirmação do compromisso constitucional pelo Supremo Tribunal Federal em resposta aos anseios sociais, ilustram os julgados da ADPF 54/DF na qual se institui a possibilidade de interrupção da gestação de fetos anencefálicos; a ADC 12/DF e súmula vinculante nº 13 que vedou o nepotismo; a ADI 3510/DF que permitiu a pesquisa com células tronco embrionárias para fins terapêuticos, reflexos do protagonismo do tribunal na defesa dos direitos fundamentais (BARROSO, 2011, p. 230-231).

O sentimento constitucional, sob essa perspectiva, fortaleceu e afirmou uma consciência de direitos aos cidadãos que diante do recrudescimento das arenas políticas, passou a demandar a esfera judicial para suprir déficit funcional dos poderes majoritários.

Outrossim, outro fator consentâneo para a ascensão institucional do poder jurisdicional é o processo de disjunção do poder político inerente a conformação dos regimes democráticos. Apesar do modelo alcunhado na magna federal, em verdade, a democracia no Brasil ainda é uma lenda incipiente. O que se assiste é uma parcimônia clientelista do congresso nacional frente a barganha do poder executivo, ainda o maior legislador nacional, que mediante medidas provisórias, muitas vezes inconstitucionais, implementa o seu plano de poder (BONAVIDES, 2008, p. 85).

Contudo, é também incontroverso que o processo de redemocratização de 1988 resultou na criação de um desenho institucional favorável ao pluripartidarismo (CAMPOS, 2014). A presença de vários grupos disputando a arena eleitoral obstou a supremacia hegemônica de uma determinada instância política, o que resultou, para o vencedor do jogo eleitoral, uma dependência de uma sistemática coalizão partidária e, muitas vezes, no próprio apoio da oposição, a chave para o sucesso da implementação do seu projeto político.

O elemento fundamental, neste contexto, que expressa a ampliação e articulação do poder jurisdicional é em sistemas, como o Brasil, é “de incertezas políticas futuras” (BRANDÃO, 2013), no qual há vários grupos competindo pelo espaço eleitoral. Isto incentiva aos perdedores da arena legislativa correrem ao

socorro do judiciário e da supremacia da constituição para reverter as derrotas sofridas nas batalhas eleitorais.

Não é difícil perceber, portanto, que a expansão da justiça constitucional anda em sinergia com os avanços dos regimes “democráticos”. Este é reflexo das posturas coordenadas das elites políticas, que se alternam no poder, para manutenção da sua hegemonia. Isto, conforme sinaliza Tom Ginsburg (2003 apud BRANDÃO, 2013), em sua teoria do seguro eleitoral, é uma reação da elite política perdedora, que fomentando a constitucionalização, impõe barreiras materiais ao poder do ganhador, impedindo, assim, que o “vencedor leve tudo”.

Neste prisma, a inércia deliberada dos poderes legislativo e executivo em questões moralmente controvertidas, sem consenso na sociedade, é outro fator essencial ao guarnecimento da litigiosidade judicial das relações políticas. A passividade é assumida por estas instâncias por conveniência, para que as questões socialmente polêmicas sejam solucionadas pelos tribunais que não arcam com o desgaste dos custos políticos da decisão (VEIRA; CAMARGO; SILVA, 2009, p. 44-45).

Se este raciocínio estiver correto, comprova-se, inequivocamente, que a judicialização das relações sociais é uma circunstância que decorre do próprio desenho institucional, consubstanciado, muitas vezes, em uma própria tática estratégica dos grupos políticos que aferem múltiplos benefícios com o fenômeno.

Não se pode olvidar, outrossim, que a judicialização das relações sociais é condicionada a própria aceitação pelo poder jurisdicional desta tarefa de participar do processo decisório político. Não é por outra razão, que Carlos Alexandre Azevedo consolida que a judicialização da política é alimentada pelo próprio ativismo judicial, que desenvolve e renova o espaço quantitativo e qualitativo do poder judiciário (CAMPOS, 2011, p. 543-544).

### **3.1.1 O ativismo judicial**

Apesar das proximidades denotativas e de suas correlatas imbricações, o fenômeno da judicialização da política não se confunde com o ativismo judicial das cortes constitucionais. A compreensão do seu conceito é imensurável para

compreensão do leitor da inserção do estado de coisa inconstitucional no consentâneo aperfeiçoamento do protagonismo dos tribunais na contemporaneidade.

A delimitação conceitual do termo ativismo judicial é um desafio a ser lançado aos intérpretes do direito. São poucos os autores que se encorajam em defini-lo. A análise da doutrina da sua conotação e delimitação transparece como o termo padece de indeterminação semântica, o que justifica suas múltiplas acepções e dimensões, para não dizer confusões conceituais. Não é à toa a sua caracterização doutrinária como um conceito fugidio (BRANCO, 2011).

A expressão ativismo judicial foi alcunhada pela primeira vez em 1947 pelo historiador e político Arthur Schlesinger Jr. para designar a atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos, liderada pelos juízes Murphy, Black, Douglas e Rutledge, no período do New Deal, que concebiam o seu poder para afirmação do bem-estar social mediante políticas públicas. Esta concepção contrastava com a postura engendrada pelos membros Jackson e Frankfurter que defendiam a auto-contenção da corte frente aos entraves da arena política (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 460).

No debate americano, a perspectiva ativista introduzida por Schlesinger chancelou um preconceito enraizado e superficial que sob o enfoque de “definições emocionais que utilizam-se do termo para desqualificar decisões contrárias a certas posições políticas” (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 460). As decisões ativistas eram retomadas como uma ingerência ilegítima e arbitrária dos magistrados que impunham seus valores pessoais em detrimento da própria constituição e do sentimento da vontade popular (CAMPOS, 2011; MARSHALL, 2002)<sup>6</sup>.

Quanto ao debate brasileiro, em abono a acepção pejorativa do ativismo judicial, sinalizando o seu caráter negativo, Elival da Silva Ramos, qualifica a perspectiva ativista como desnaturação da atividade típica do poder jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico, mediante uma “incursão

---

<sup>6</sup> Importante trazer a contribuição de William Marshall sobre as 7 faces do ativismo judicial: 01) ativismo contramajoritário: não deferência em relação as decisões dos poderes políticos; 02) ativismo não-originalista: caracterizado por decisões desvinculadas a concepção da intenção do constituinte e da literalidade do texto normativo da constituição; 03) ativismo de precedentes: a corte não se vincula aos próprios precedentes anteriormente estabelecidos. 4) ativismo formal (ou jurisdicional): a expansão pelo poder judiciário dos limites da competência da sua jurisdição. 5) ativismo material (ou criativo): criação de novas teorias e direitos na doutrina constitucional. 6) ativismo correcional: imposição pelo poder jurisdicional de atuações positivas ou negativas aos poderes majoritários, mediante um controle corretivo e supervisor. 7) ativismo partidário: consiste no uso do poder judicial para atingir objetivos partidários (MARSHALL, 2002).

insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes” (RAMOS, 2010, p. 129).

É inequívoco, entretanto, que a busca por uma definição do seu significado acura, seja para aqueles que o censuram ou o laureiam, o exercício entusiástico, audaz e revolucionário da jurisdição, que se afasta das suas funções usuais. Enquanto para os críticos, o ativismo judicial destoa da perspectiva clássica da separação dos poderes que concebe a deferência servil do poder jurisdicional frente aos poderes majoritários, os defensores o avultam como a correção dos arbítrios da maioria democrática (BRANCO, 2011, p. 392-394).

A pesquisa sobre o seu significado respalda que não parece acertada a visão de Cass Sunstein, meramente perfunctória, mensurada apenas quantitativamente, através da frequência das intervenções das cortes constitucionais na invalidação dos atos das instâncias majoritárias. Estas fraquejam por universalizar as condutas dos julgadores, desconsiderando o seu papel qualitativo na efetivação dos direitos fundamentais frente as posturas ilegítimas da jurisdição (SUNSTEIN, 2005, p. 41-44 apud DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 461).

Nesse enfoque, enriquecida é a proposta qualitativa de concepção do ativismo judicial quando associada a uma cooperação mais incisiva do Judiciário na concretização dos valores e finalidades constitucionais, colmatando os espaços da inércia e emanações ilegítimas dos poderes legislativo e executivo.

Saudando o neoconstitucionalismo, Luís Roberto Barroso respalda o ativismo como uma atuação judicial que redefine os limites da sua própria competência jurisdicional mediante uma interpretação proativa da constituição. Numa síntese, sopesa as posturas ativistas como manifestações que contemplam a aplicação direta da legislação constitucional a situações não expressas no corpo do seu texto de maneira independente da prévia exteriorização do poder legislativo. Sob esse viés, faz alusão as decisões declaratórias de inconstitucionalidade dos atos normativos dos poderes públicos, com fulcro em critérios “menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição”, bem como as decisões emanadas que ordenam ações ou de abstenções às instâncias majoritárias, principalmente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2009, p. 6).

Em reforço, enaltecendo o protagonismo judicial, Fredie Didier Jr. desvela severas críticas aos opositores do ativismo judicial enquanto consentâneo do próprio arranjo constitucional de 1988. Este afirma que ao poder judiciário foi “conferida uma nova tarefa: a de órgão colocado à disposição da sociedade como instancia organizadora de solução de conflitos metaindividuais. Tal tarefa vem sendo denegrida, como “politização da justiça”, compreendido como ativismo judicial em sentido negativo. A atuação ativista, é neste sentido, o império da lei e da constituição que exigem “um trabalho de coordenação com as atividades das partes e o respeito à constituição na realização de políticas-públicas”(DIDIER JÚNIOR; ZENETE JÚNIOR, 2016, p. 45).

Vale o reparo, que a diversidade contextual histórica das condições que ensejam o ativismo judicial em consonância com a multiplicidade das estruturas normativas constitucionais, culturais e socioideológicas de um determinado povo ensejam o caráter dinâmico e temporal do *judicial review*. Assim, os limites da competência legítima, instituída por uma constituição sintética, de uma corte constitucional na interferência em uma esfera tradicionalmente política se contrapõe, rigidamente, a atuação judicial na defesa de uma constituição analítica impositiva de limites rígidos aos poderes políticos na efetivação dos direitos fundamentais (CAMPOS, 2014, p. 161-163).

Nesse prisma, o posicionamento ativista não pode ser considerado “aprioristicamente legítimo ou ilegítimo” (CAMPOS, 2011, p. 552), as experiências demonstram que as decisões ativistas podem reverberar em posições progressistas ou mesmo em conservadoras, é na afirmação deste raciocínio que comprova-se o viés multidimensional do ativismo judicial.

A proposta epistêmica multidimensional do ativismo é enriquecida, pois contempla as diferentes manifestações e faces das práticas expansivas, o que é responsável por facilitar o seu processo de identificação, conceituação e das suas implicações valorativas (CAMPOS, 2014, p. 200-204).

Firmada essa premissa, é imperioso trazer o esforço analítico de Carlos Alexandre Azevedo ao sistematizar as cinco dimensões do ativismo do Supremo Tribunal Federal (CAMPOS, 2014, p. 275).

A dimensão metodológica firma a manifestação comportamental progressiva do Supremo ao interpretar dispositivos constitucionais e legais para além do sentido literal nos enunciados normativos. O afinamento das técnicas hermenêuticas permitiram a transcendência da competência legiferante dos ministros que passaram a participar ativamente na criação e inovação da ordem jurídica.

A dimensão processual enfatiza o viés ampliativo da jurisdição do tribunal no campo da aplicação, utilidade e eficácia dos processos da sua competência, a exemplo das manipulações nos efeitos das suas decisões e da extensão dos efeitos vinculantes da sua eficácia para os seus motivos determinantes.

A dimensão estrutural reverbera no assentamento de uma imposição rígida das suas decisões aos poderes políticos, o que manifesta a carência de deferência da corte ao executivo e ao legislativo, bem como a crescente interferência em aspectos clássicos reservados apenas as instâncias majoritárias, ao qual destaca-se o controle sobre o orçamento público.

A dimensão de direitos consubstancia o poder expansivo do Supremo Tribunal Federal na proteção e efetivação dos direitos fundamentais, mediante ações incisivas na regulação, fiscalização e punição do estado ao não cumprir com as finalidades cogentes impostas pela carta magna, revelando-se na interferência de políticas públicas para promoção da dignidade da pessoa humana.

Por fim, traz à baila a dimensão antidialógica, viés promotor da supremacia do STF na interpretação da constituição, mediante o seu assenhramento, o que consolida a exclusividade da sua interpretação, postura ilegítima, amplamente refutada pelo mesmo.

Sob este enfoque, delimita-se o ativismo judicial como o exercício expansivo e proativo dos poderes políticos e normativos do judiciário para patrocínio de direitos previstos ou dedutíveis da tábua axiológica constitucional face as inércias e omissões do legislativo e do executivo.

Essa percepção avulta a intrínseca conexão entre o ativismo e o fenômeno da judicialização das relações sociais. Isto significa que a transcendência e consolidação da judicialização da política só é possível através do ativismo judicial. É a perspectiva ativista o promotor necessário das condições jurídicas, políticas, institucionais e culturais que convergem para a transferência decisória de questões tradicionais das



instancias majoritárias para o poder da jurisdição na tentativa salvaguardar os direitos fundamentais (VIEIRA; CAMARGO; SILVA, 2009, p. 45).

Urge, assim, o caráter revolucionário da proposta do estado de coisa inconstitucional como um instituto promovedor do aprimoramento da justiça constitucional do Supremo Tribunal federal, mediante uma manifestação expansiva legítima denominada: ativismo judicial estrutural dialógico (CAMPOS, 2016, p. 226).

Naturalmente a proposta ampliativa do controle e intervenção do Supremo, mediante o ECI, não ocorreu sem oposições, principalmente as de índole de déficit democrático frente o princípio da separação dos poderes. É necessário enfrenta-las à luz dos limites impostos a sua declaração legítima pelos diálogos institucionais.

### 3.2 SUPERANDO AS OBJEÇÕES AO ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL: O ATIVISMO JUDICIAL ESTRUTURAL DIALÓGICO

Uma reflexão crítica do estado de coisa inconstitucional não pode prescindir da análise dos pressupostos teóricos que apontam a superação dos obstáculos e desacordos democráticos a sua declaração. Na era das constituições compromissórias e sociais, o ECI vem para robustecer a intermediação entre a promessas do texto constitucional e a realidade fática, ao desobstruir as inações e desfuncionalidade das instâncias majoritárias quando usurpadoras dos direitos fundamentais do povo.

Se a democracia é concebida como o modelo ideal para o regime constitucional como se justifica aos opositores do estado de coisa que magistrados não eleitos pelo sufrágio universal se sobreponham à vontade das instancias legitimamente escolhidas pela maioria popular. Como superar a dificuldade contramajoritária imposta pelo dogma da separação dos poderes?

O ideário da separação dos poderes foi concebido para aliviar um sistema de freios e contrapesos ao exercício do poder estatal, evitando a sua concentração e o despotismo, consequências nefastas de governos absolutos que violaram as liberdades públicas. Esta disposição assenta uma independência entre os poderes e, ao mesmo, tempo uma limitação ao seu exercício, na medida em que nenhum poder pode sobrepujar o outro, exorbitando das suas competências e usurpando funções institucionais (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 274).

A sua centralidade ocorreu no constitucionalismo, em 1789, quando a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, cujo artigo XVI, firmou a sua imprescindibilidade no discurso constitucional ao afirmar: “toda sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes, não tem constituição” (MIRANDA, 2004, p. 383).

Neste esteio, a teoria clássica, por muito tempo, orientou modelos constitucionais que refletiam uma distribuição estanque e estática das funções do poder estatal (MONTESQUIEU, 1962, p. 181)<sup>7</sup>. Entretanto, ao alocá-la ao contexto de sociedades pluralista e complexas, a exemplo da brasileira, regidas por Constituições compromissórias e sociais, comprova-se a defasagem desta concepção não introspectiva das imposições dos influxos cogentes do texto constitucional.

É evidente para a caracterização da independência e harmonia entre os poderes a existência de controle mútuo que não enseje uma usurpação, e sim uma colaboração para efetivação dos compromissos impostos pela carta magna, predominantemente, a cada esfera estatal. A história demonstra que uma separação rígida e absoluta das funções do poder político não logrará, a implementação dos direitos fundamentais, mas sim o isolamento, o desequilíbrio e uma disputa antagônica entre os poderes públicos (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 279-280).

O poder político, no regime democrático, é uno e indivisível. Há apenas um único poder soberano: a vontade popular. O que ocorre, em verdade, é irradiação de competências desse mesmo poder para instâncias funcionalmente distintas para que uma imponha limites a outra e possam permitir a realização da soberania da nação. Assim, não pode haver um acirramento antagônico pela supremacia no processo de efetivação dos direitos fundamentais, ao contrário, “os poderes” devem trabalhar

---

<sup>7</sup> “A liberdade política, num cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um possui de sua segurança; e, para que se tenha essa liberdade, cumpre que o governo seja de tal modo que o cidadão não possa temer outro cidadão. Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam lei tirânicas para executá-las tiranicamente. Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do poder executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou no mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções políticas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos” (MONTESQUIEU, 1962, p. 181).

harmonicamente e em cooperação para promoção dos fins constitucionais. É nesta inteligência que se opera, verdadeiramente, a democracia (LACERDA, 2013).

Resta inequívoco, portanto, que o cotejo da releitura da teórica clássica da separação dos poderes é um imperativo do sentido promocional prospectivo dos direitos fundamentais, responsável pela reconstrução do papel a ser exercido pelos magistrados. O princípio universal, idealizado por Montesquiel, não mais se coaduna as peculiaridades apostas pela nova dogmática constitucional que alterou profundamente o desenho das competências institucionais dos poderes públicos ao assumir a feição do estado constitucional democrático de direito.

O processo de declínio e a incompetência dos poderes legislativos e executivo, consentâneo da sua desfuncionalidade, ausência de representatividade e inações ilegítimas, foram responsáveis por conferir uma legítima função suplementar, normativa e política ao poder jurisdicional. É nesse viés, que se comprova a necessidade de atribuir uma reformulação ao princípio da separação dos poderes que albergue uma flexibilidade capaz de permitir a atuação harmônica e eficiente das instâncias estatais e ensejando a otimização e impulso dos arranjos institucionais (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 286-287).

O ECI, então, vem para propor o ajustamento constitucional da situação irregular do poder, suprimindo omissões e ações na gestão do interesse público constitucionalmente protegido, mas sem subtrair a liberdade conformadora da CF atribuídas aos poderes majoritários. Neste contexto, o resgate da normatividade dos preceitos fulminados da carta magna será mediante um diálogo institucional mediador para formulação e implementação de políticas públicas necessárias a efetivação de direitos fundamentais, exigência da corresponsabilidade do poder jurisdicional na construção da sociedade do bem-estar social (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 286-287).

Portanto é falacioso a dificuldade contramajoritária do ECI. O discurso contramajoritário aponta a ilegitimidade institucional da justiça constitucional quanto esta invalida um ato ou impõe um dever aos poderes legislativo e executivo, pois atuaria na contramão da vontade da maioria popular (BARROSO, 2011, p. 235).

Urge trazer a vertente sedimentada por Bickel (1986, p. 16), “Quando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato legislativo ou uma ação do Governo, ela distorce a verdadeira vontade dos representantes do povo naquele momento”

portanto quando esta exerce o controle, não está a favor da maioria, mas contra ela. “Por isso se afirma que o controle judicial é antidemocrático” (BICKEL, 1986, p. 16-17).

O discurso contramajoritário tenta evitar a construção de uma juristocracia constitucional. Esta é concebida como uma coerção criada pelo direito, mediante um controle político a ser realizado pelos tribunais constitucionais, sobretudo por estes não sofrerem os riscos da sanção popular no processo eleitoral. A crítica a juristocracia é a transformação do poder da jurisdição em um controle com claras tendências políticas, o que tornaria a prática jurisdicional incontrolável diante da insuficiência de regulação e do déficit de capacidade prescritiva que sofre a Constituição, obstando a conformação da democracia representativa (PULIDO, 2015).

Este argumento refratário, entretanto, sucumbe frente as virtuosidades e justificativas teóricas do estado de coisa inconstitucional. Primeiramente, a proposta do estado de coisa cumpre os pressupostos procedimentais e materiais exigidos pela constituição. Isto porque, o ECI não visa propor o esvaziamento ou a expropriação de funções materiais especialmente atribuídas as instâncias majoritária (CANOTILHO, 2033, p. 559). Este é o risco das posturas ativistas onipotentes que comprometem a legitimidade da justiça constitucional, o ECI, ao contrário, visa a transcendência da alta performance do desempenho da esfera de gestão pública, pondo fim ao passivismo institucional do estado governamental mediante um ativismo judicial dialógico (CAMPOS, 2016, p. 226).

O ativismo estrutural dialógico é ampliação expansiva do controle judicial de constitucionalidade das omissões dos poderes públicos, denominadas falhas estruturais, comprometedoras da supremacia constitucional, na qual os órgãos jurisdicionais são a força propulsora e catalizadora do espaço de deliberação sobre a superação desta descoordenação estatal ofensora a direitos fundamentais, sem, realizar, entretanto, a supressão do espaço decisório dos poderes majoritários.

Neste sentido, é enriquecida a manifestação ativista dialógica, em verdade, por reconhecer no processo interativo decisório a melhor solução para o desentrelaçamento da falência dos poderes políticos que culminaram no falso estado constitucional e na falsa democracia representativa nacional (BONAVIDES, 2008, p. 218). O diálogo judicial ao promover a interação institucional combate os monopólios da interpretação e

conformação da constituição e atenua o risco da falta de efetividade e respeito as suas decisões pelas instâncias majoritárias (SOUZA, 2011).

Por conseguinte, o viés dialógico supera, em potencial, o discurso da ilegitimidade democrática e da incapacidade institucional, em razão déficit de expertise, do poder jurisdicional para intervenção em políticas públicas, pelo diferencial de compartilhar a responsabilidade na efetivação da constituição e por congregar a contribuição dos diferentes conhecimentos técnicos dos poderes na resolução da inconstitucionalidade, o que potencializa a promoção do sentido constitucional debatido e evita os impactos sistêmicos imprevisíveis na própria organização administrativa (CLÈVE; LORENZETTO, 2015; BARROSO, 2008).

Não se pode olvidar, como os diálogos institucionais superam a lógica da supremacia do parlamento ou da do tribunal constitucional, pois compreendem a ideia de que não existe última palavra em controle de constitucionalidade, o que possibilita a interação cooperativa e harmônica entre os poderes e o fomento da interpretação constitucional extrajudicial, circular e consensual.

É curial, portanto, a declaração legítima do ECI e a sua manifestação sempre em uma perspectiva ativista estrutural e dialógica. Esta embasa a rejeição ao elitismo epistêmico na teoria metodológica do estado de coisa, aviltando o poder jurisdicional como detentor da resposta final aos pandemônios sociais e políticos da sociedade (PAULA, 2011).

Em verdade, a tábua axiológica constitucional legitima a função contramajoritária exercida na declaração do ECI quando visa a superação das omissões e ações deletérias, responsáveis por alijar as minorias sociais estigmatizadas. Não obstante a autoridade interpretativa de qualquer tribunal repousar na sintonia dos anseios sociais do domínio público, a legitimidade da sua decisão não deve ser aferida apenas pela sua mera correspondência à opinião pública, pois, uma das funções dos direitos fundamentais é exatamente proteger o insulamento das minorias do processo político democrático dos arbítrios das multidões (BINENBOJM, 2010, p. 103).

Outrossim, como já anteriormente debatido, o estado de coisas preconiza a abertura procedimental da democratização dos mecanismos de controle de constitucionalidade, ao empreender as audiências públicas no processo de

deliberação, o que oportuniza a participação decisória da sociedade civil no âmbito da gestão da esfera pública e acrescenta legitimidade, estabilidade e respeito a ingerência judicial.

Apesar de aparente verossimilhança das críticas argumentativas a sedimentação da Teoria do Estado de coisa, é facilmente perceptível como estas pecam por desconsiderar a ênfase ao diálogo institucional no árduo processo de concretização constitucional e sua proposta ao aperfeiçoamento do controle de constitucionalidade brasileiro.

Após toda a exposição, indagar-se se o modelo constitucional pátrio comportará a logística da dialogicidade? (BARROSO, 2014). Esta resposta perpassa pela análise do molde de deliberação judicial da corte que deverá impulsionar os diálogos institucionais. A operação da instituição da dialogicidade entre os poderes não pode prescindir de uma unidade institucional e decisória do tribunal constitucional. Este, portanto, será o maior desafio a ser enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal para a progressão do processo de deliberação externo cooperativo: a adequação da interação entre os seus membros.

Esta é a posição de Virgílio Afonso da Silva (2006) ao afirmar que os membros do Supremo “não interagem entre si. Nesse ponto, é preciso tonar o STF uma instituição que tenha voz própria, que não seja a soma de 11 vozes dissociadas”. No seu modelo atual, não existe deliberação, consenso ou clareza, não há concessões mútuas entre os ministros. Quando legitimidade repousa na qualidade da decisão, é necessário repensar o processo deliberativo do Supremo Tribunal Federal. “Além disso parece-me claro que uma unidade institucional é pré-requisito para o diálogo, já que o dialogo constitucional não ocorre entre pessoas, mas entre instituições” (SILVA, 2006).

Com tais premissas em análise, apesar de ser inequívoco que justiça constitucional pátria contribuía, significativamente, para a promoção da efetividade dos valores jusfundamentais do regime democrático, resta igualmente incontroverso que não há solução para os problemas da república que não perpassasse pelo resgate dos alvedrios políticos.

É neste sentido que o estado de coisa redesenha, em promissoras linhas, a reaproximação do ideário político e as utopias constitucionais, pois conclama a

responsabilidade de toda a esfera política estatal na curadoria da constituição. Assim, quando o ativismo judicial dialógico do estado de coisa rechaça o culto à hierarquia da “última palavra” no processo de interpretação constitucional, desperta a vontade de constituição não só na mente dos dirigentes e autoridades públicas, como perante a sociedade civil (TAVARES, 2005, p. 42).

## 4 O ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL E SUA PROPOSTA À MÁXIMA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É incontroverso, que a autêntica dignidade do estado social democrático de direito repousa na centralidade dos direitos fundamentais. É esta a própria razão de existência do estado constitucional e da legitimidade dos poderes republicanos que subsistem para realização da justiça dos seus valores substanciais (SARLET, 1998, p. 58).

### 4.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O traço intrínseco da constituição pátria, sem sombra de dúvidas, é a positivação de um extenso e plural catálogo de direitos existenciais<sup>8</sup>. O seu notável caráter analítico, compromissório e dirigente acura a promessa da redemocratização trazida pelo constituinte de 88, na tentativa de salvaguardar as reivindicações e conquistas sociais de uma possível supressão das instâncias políticas. Reflexo, este, inequívoco, das desconfianças dos longos anos de sofrimento perpetrados pela opressão da ditadura militar (SARLET, 1998, p. 64-65).

A expressão direitos fundamentais denota as proclamações que correspondem aos axiomas consensualmente reconhecidos por uma determinada comunidade como reivindicações indeclináveis a liberdade, igualdade e a vida digna (SILVA, 2016, p. 180). São direitos inerentes a condição humana, de tal essencialidade a sua dignidade, que não encontram-se na esfera da liberdade de disposição dos poderes públicos (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 575-576).

Com esteio na breve linha esposada, os direitos existenciais, conceitualmente, são concebidos como as complexas e lídimas posições jurídicas concernentes a pessoa humana, de significado impar a sua realização e sobrevivência e integradas, expressamente ou implicitamente, a constituição formal e material e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade do poderio estatal (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2013, p. 281)<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Registra-se que neste trabalho monográfico as expressões “direitos fundamentais”, “direitos existenciais” e “direitos humanos” serão utilizadas como sinônimas.

<sup>9</sup> Tal conceituação é inspirada na doutrina de Robert Alexy, que realiza uma distinção entre direito fundamental em sentido formal e em sentido material. A fundamentalidade formal relaciona-se ao direito



A superioridade normativa destas disposições é desnudada, em especial, pela relevância protetiva impetrada pela carta magna. Primeiramente, destaca-se a guindada perfilhada pelo 60, § 4º da CF, ao alçar os direitos fundamentais a cláusulas pétreas. Essa constatação, além de plasmar um limite intransponível as investidas erosivas do poder de reforma derivado (SARLET, 1998, p. 427), avulta a sua essencialidade a identidade e a própria continuidade da Constituição (MENDES, 1999).

Outrossim, alia-se ao seu rigor normativo, a amplitude do seu elenco na geográfica constitucional, que, notoriamente, ao destacá-los topograficamente em seu texto, posto após o preâmbulo e aos princípios fundamentais, outorgou a sua superioridade axiológica (SARLET, 1998, p. 66).

Todavia, seja, talvez, a mais significativa inovação a sintomática intangibilidade dos direitos fundantes, a previsão do art. 5º, §1º, da carta federal, ao dispor sobre a aplicabilidade imediata das normas dos direitos e garantias fundamentais. Esta previsão arrima a sua força vinculante aos poderes constituídos que passam a ser investidos no dever e compromisso constitucional de torná-los reais e efetivos a sociedade (SARLET, 1998, p. 234).

Neste contexto, a tessitura constitucional, ao tracejar a fundamentalidade destes direitos na sedimentação da responsabilidade dos poderes da república de otimizar a sua máxima eficácia e efetividade possível, formulou a sua transcendência de meras exortações subjetivas a sua consagração como elementos normativos integrantes da ordem jurídica objetiva, pilar do fundamento material do ordenamento pátrio (MEDES; BRANCO, 2013, p. 167).

#### 4.2 JUSTIFICATIVA TEÓRICA DO ECI: A REVOLUÇÃO DA DIMENSÃO OBJETIVA E A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O estado democrático de direito fredimensionou a perspectiva dos direitos fundamentais para além do seu caráter subjetivo e individual. O albergue a sua

---

positivo, referindo-se àqueles direitos fundamentais que como tais foram reconhecidos e assentados na Constituição formal. A fundamentalidade material, por sua vez, tem por cerne a observância do significado e conteúdo do direito, a partir da análise e da avaliação da pertinência deste com as decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2013, p. 281).

dimensão objetiva repousa no viés enfático a sua força expansiva enquanto valores básicos da sociedade política (MENDES; BRANCO, 2013 p. 168).

Com efeito, a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais ao conformar “as bases da ordem jurídica da coletividade” (HESSE, 1998, p. 239) capitaneia o norte e o sentido da orientação da atuação das instâncias estatais. Esta concepção advém da superação do culto ao caráter insulado dos direitos humanos como meros limites ao exercício do poder político e garantias negativas de interesses individuais, para o descobrimento de um conjunto de valores e fins diretivos a atuação positiva dos poderes públicos como elemento propulsor dos valores existenciais em sua plenitude (LUÑO, 1995, p. 21).

É neste sentido, que o nascimento da ordem objetiva dos axiomas elementares operou uma nova imposição de unidade e congruência aos atos das instâncias públicas, isto porque, esta nova perspectiva projeta novas demandas normativas e concretas aos poderes institucionais que se tornam corresponsáveis na tarefa de criar os pressupostos necessários para a concretização dos direitos fundamentais (BONAVIDES, 2005, p. 562-569).

Outrora, importa consignar que o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos existenciais não esvazia o significado da perspectiva subjetiva, em verdade, conforme lição de Vieira de Andrade, outorga-lhe mais valia-jurídica, responsável esta por agregar juridicidade normativa e função autônoma a estrutura dos direitos subjetivos (ANDRADE, 1998, p. 165).

Nesse diapasão, a dimensão objetiva encontra sintonia na perspectiva subjetiva, visto que os seus efeitos inerentes ensejam o alargamento da possibilidade de invocação da tutela do poder jurisdicional.

A noção de uma perspectiva subjetiva de direitos fundamentais engloba a possibilidade de o titular do direito fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão, ainda que tal exigibilidade seja muito variável e careça de uma apreciação à luz de cada direito fundamental em causa (...) (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2013, p. 307).

Sem sombra de dúvidas, o enraizamento da ordem objetiva dos direitos fundamentais insurgiu importantes consequências aos impulsos estatais. Nesta toada,

como primeiro desdobramento da perspectiva objetiva revela-se o reconhecimento da sua eficácia irradiante e dirigente, efeito promocional da humanização da ordem plasmada. É através da eficácia irradiante que a tábua axiológica dos direitos fundamentais se interpenetra por todo o ordenamento jurídico, condicionando as diretrizes do poder judiciário, do executivo e do legislativo a atuar no ensejo da dignidade da pessoa humana (SARMENTO, 2003, p. 279).

Outrossim, corolário estreito da perspectiva objetiva dos direitos nucleares da ordem jurídica é a sua função de ingerência na estrutura procedimental e organizacional das instituições. A formatação de um procedimento adequado é condição *sine qua non* a plena realização dos direitos fundamentais. Nesse viés, esta nova dimensão assegura ao “indivíduo a execução de procedimentos ou organizações em geral, ou mesmo a possibilidade de participar em procedimentos ou estruturas organizacionais já existentes” (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2013, p. 310).

Por fim, como último, desdobramento a dimensão objetiva, associa-se ao intitulado dever geral de efetivação e proteção dos direitos fundamentais pelo manto estatal. Este dever de proteção vincula-se ao almejo desses direitos de criação e manutenção dos pressupostos elementares a uma vida digna e livre (MENDES; BRANCO, 2013, p. 167).

A peculiaridade dos deveres de proteção é insurgir o estado como uma “instituição necessária a própria garantia desses direitos na sociedade civil” (BONAVIDES, 1005, p. 560), o que, por sua vez, irá agregar um dever de zelar pela proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos não somente contra o árbitro dos poderes constituídos como também perante os particulares (SARLET, 1998, p. 148-149).

É, neste enfoque, que se demonstra como é possível extrair obrigações positivas para o poder público das mais diversas naturezas quando em jogo a proteção efetiva do exercício dos direitos existenciais. Portanto, é com este arrimo que se revela, de maneira inequívoca, que os deveres de proteção consubstanciam “direitos prestacionais lato sensu” (SARMENTO, 2003, p. 294-295), já que estes pressupõem uma atuação ativa da instância política e não um mero dever de abstenção de violação a tais direitos.

O reconhecimento dos deveres de proteção outorga ao titular do direito fundamental o poder de exigir prestações normativas, administrativas e materiais a salvaguarda dos seus direitos existenciais, é através de tal inteligência que os deveres de proteção correspondem a direitos subjetivos *prima facie* de proteção (CAMPOS, 2016, p. 79-80).

Por derradeiro, a dedução de posições jurídicas subjetivas a ações positivas protetivas do estado, resulta da função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela, consequência inarredável do “monopólio pelo poder estatal do exercício da força e da sua vedação a auto-tutela” (SARLET, 1998, p. 148-149), o que emerge deveres vinculantes aos poderes públicos, e, portanto, juridicamente exigíveis.

Esse processo de valorização dos direitos humanos na própria condição de matriz justificadora e legitimadora dos poderes públicos enquadra-se na conscientização social da sua identidade quando consonante a efetivar e promover a dignidade da pessoa humana. Tal constatação firma o posicionamento de Dirley da Cunha ao enaltecer o “direito fundamental à efetivação da constituição, com a emanção de atos legislativos, administrativos e judiciais de concretização constitucional” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 575-576).

Consoante esse raciocínio, reformula-se, impreterivelmente, o escrutínio das escolhas públicas pelos poderes políticos. Estas, portanto, deverão enunciar a implementação dos compromissos prioritários do texto constitucional, expungindo o torpe arbitrário ilegítimo por ação ou omissão. Nesse contexto, é inequívoco, no estado democrático de direito a consolidação da não admissão da discricionariedade cega as prioridades cogentes da carta constitucional (FREITAS, 2015).

É evidente o redesenho do conceito de políticas públicas pelos direitos fundamentais. “O Estado-Administração não desfruta mais da completa liberdade para fazer ou não fazer, estas devem observar, com diligência e seriedade, as pautas constitucionais de ofício” (FREITAS, 2015). Assim, as políticas públicas são reconceituadas como programas de ação governamental que visam a máxima coordenação dos recursos à disposição do Estado e as atividades privadas para a

plena realização dos imperativos prioritários da constituição, sob pena de omissão específica lesiva (BUCCI, 2006, p. 241)<sup>10</sup>.

As políticas públicas, enquanto “metas coletivas conscientes” (BUCCI, 2006, p. 241), são assimiladas como autênticos programas de Estado que intentam, através de cooperação entre atores governamentais e sociais, cumprir as prioridades vinculantes da Carta de maneira eficiente, “de ordem a assegurar, com hierarquizações fundamentadas, a efetividade do plexo de direitos fundamentais das gerações presentes e futuras” (FREITAS, 2015).

Diante destas exposições, resta incontroverso que o processo de formulação e execução de políticas públicas não é afeto a reserva da deliberação dos poderes políticos. Ao contrário, estas são os meios para os quais os “fins constitucionais possam ser realizados de forma sistemática e abrangente” (BARCELLOS, 2005, p. 90-91). Assim, a incidência de normas jurídico-constitucionais na escolha em matérias de políticas públicas e dispêndio de recursos público emerge, sem sombra de dúvidas, a legitimidade do controle judicial sobre os programas públicos governamentais.

#### 4.3 A RACIONALIDADE DO ECI E SEU POTENCIAL DE UNIVERSALIZAÇÃO À INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS PÚBLICAS

O estado social democrático de direito, ao submeter o exercício do poder político a rígida supremacia constitucional, especialmente dos direitos fundamentais conforma, imperativamente, a definição do conteúdo dos gastos públicos.

A descoberta de inovadores conteúdos no âmbito normativo dos direitos fundamentais aporta “novos caminhos e potencialidades para proteção e promoção dos ideais humanitários que os alicerçam” (SARMENTO, 2003, p. 254-255). Sob esta perspectiva, parece indiscutível a proposta do estado de coisa inconstitucional a plena e adequada resolução do dilema enfrentado na justiciabilidade dos direitos fundamentais e da conseqüente justiciabilidade de políticas públicas.

---

<sup>10</sup> Esta conceituação foi formulada à luz do conceito proposto por Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 241), que conceitua políticas públicas como “programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização dos objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.

A concretização dos direitos humanos pressupõe um complexo emaranhado de atos dos poderes públicos que inserem-se na formulação e execução de política públicas, na criação de procedimentos, na alocação de recursos econômicos e de pessoas, atividades que, obviamente, não são afetas singularidade da função jurisdicional.

Insurge, todavia, um cenário de dilaceração dos direitos fundamentais pelas instâncias representativas, o qual, no Brasil, assume um agravamento em potencial. A apatia política de transpor o imperativo normativo para a realidade fática, insuflada pela escassez dos recursos orçamentários, vem transformando os direitos humanos em uma mera “lírica constitucional” (SILVA, 2008).

A nefasta influência do poderio econômico no processo eleitoral, associada ao distanciamento do cidadão em relação a *res* pública, consequência da impossibilidade da maioria da população pátria poder usufruir de direitos básicos e poder participar conscientemente e livremente da deliberação da esfera pública, criaram as condições da patogenia do processo político nacional, na qual a presença de representante eleitos sem qualquer compromisso com a moralidade e os valores éticos tem se tornou a regra. Estes se tornaram, em verdade, os grandes obstáculos do povo na fruição dos seus direitos fundamentais (SARMENTO, 2008, p. 560).

Diante desta problemática, o poder judiciário, sensível a este cenário de violações sistemáticas aos direitos existenciais, não tem fugido do imperativo do art. 5º, XXXV da CF, e em muito avançou na efetivação dos direitos humanos (BRASIL, 1988). Urge, portanto, a plena justiciabilidade dos direitos fundamentais e das políticas públicas, fruto, inequívoca, da conscientização e do reconhecimento da plena sindicabilidade da dimensão subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais.

Sem embargo, apesar da materialização dos direitos fundamentais se tratar de prerrogativas indisponíveis ao poder jurisdicional, não se pode olvidar das deficiências de capacidade institucional deste mesmo poder para tutelar estes direitos mediante a formulação de políticas públicas.

Em um quadro de limitações de recursos públicos, as decisões judiciais que concedem prestações de índole materiais retiram recursos de outros segmentos igualmente fundamentais, podendo comprometer “políticas públicas importantes e criando privilégios não universalizáveis” (SARMENTO, 2008, p. 556). Não é à toa que

cada “decisão explicitamente alocativa de recursos, envolve também, necessariamente, uma dimensão implicitamente desalocativa” (SARMENTO, 2008, p. 556).

Adiciona-se a esta constatação, o restrito acesso à justiça na comunidade pátria. As classes menos favorecidas, em regra, não demandam o judiciário para proteger os seus direitos. Neste viés, o poder jurisdicional, ao realizar a micro-justiça, beneficiando aqueles que detém o monopólio das informações sobre os seus direitos, fatalmente, poderia comprometer necessidades, até mesmo mais importantes, inclusive de grupos minoritários, trazendo distorções para as políticas públicas, desorganização administrativa e inviabilidade de governança (BARCELLOS, 2008, p. 127).

Diante desta problemática, a proposta do estado de coisa inconstitucional, materializada mediante o ativismo judicial dialógico, é enriquecida, pois vem viabilizar a legitimidade do controle jurídico de políticas públicas através da criação de parâmetros racionais para a atuação jurisdicional, com vistas a possibilitar os marginalizados do processo político fruïrem, efetivamente, dos seus direitos fundamentais.

Primeiramente, o ECI identifica os parâmetros de controle legítimo de políticas públicas. A decisão que reconhece o estado de coisa é excepcional. Conforme já exposto no primeiro capítulo deste monográfico, a declaração do ECI é quando poder jurisdicional reconhece uma violação massiva e sistêmica de vários direitos fundamentais decorrentes de falhas estruturais e de bloqueios institucionais.

Desta forma, a decisão declaratória do estado de coisa conclui que determinada meta prioritária da constituição está sendo lesada de maneira massiva e contínua pelas instâncias políticas, seja quando o próprio texto constitucional diz respeito ao resultado esperado da atuação estatal, seja quando há um consenso técnico-jurídico da inexistência de uma eficiência mínima na reversão da inconstitucionalidade violadora da dignidade da pessoa humana, a exemplo do vexaminoso sistema nacional de saúde, o SUS, e o sistema carcerário pátrio (BARCELLOS, 2005, p. 90-91).

Portanto, não se trata, simplesmente, de uma mera proteção deficiente, mas de violações sistemáticas e contínua de vastos direitos fundamentais, que alcança

populações amplas e elevadas, principalmente minorias e grupos estigmatizados (CAMPOS, 2016, p. 180).

As falhas estruturais revelam-se como deficiência dos ciclos de formulação e execução de políticas públicas. As omissões reiteradas e persistentes, deliberadas ou mesmo por falta de consenso, entre as autoridades públicas acarretam “falhas no desenho, implementação, avaliação e financiamento de políticas públicas” (CAMPOS, 2016, p. 91), afetas a ausência de medidas administrativas, legislativas ou orçamentárias aptas a solucionar a violação dos direitos.

Nesta perspectiva, a falha estrutural se configura como uma rede de falhas e violações por vários órgãos e autoridades do poder público, que são “interdependentes, relacionadas ente si, que se influenciam e se condicionam reciprocamente” (CAMPOS, 2016, p. 181-182). Existe, portanto, um mau funcionamento histórico de estado que perpetua e agrava a lesão aos direitos fundamentais.

Sob esse viés, ao traçar os parâmetros da atuação judicial no controle e supervisão jurídica sobre as políticas públicas, o ativismo do ECI deverá observar, primeiramente, a fixação de metas e prioridades ao poder público, traçando dialeticamente o resultado final esperado das políticas públicas. Consoante esse prima, é inarredável ao pleno êxito da ação do judiciário permitir a deliberação dialógica, permitindo margens de escolha as instâncias representativas sobre a quantidade de recursos a serem investidos nos programas políticos à realização de direitos fundamentais, o que não obsta a supervisão do “atingimento ou não das metas fixadas pelo próprio Poder Público e a eficiência mínima, na aplicação dos recursos públicos destinados a determinada finalidade” (BARCELLOS, 2008, p. 146).

Neste contexto, ao promover o diálogo institucional, o ECI traz racionalidade e universalidade à intervenção judicial. A deliberação cooperativa entre os poderes permite ao poder jurisdicional o acesso a informações valiosas sobre a disponibilidade de recursos públicos disponíveis, de previsão orçamentária, conferindo uma junção de conhecimentos técnicos, econômicos, políticos de todos as instâncias estatais na formulação e execução de políticas públicas.

A plena justiciabilidade dos direitos fundamentais e dos programas governamentais depende, portanto, de uma interlocução permanente entre



magistrados, administradores, técnicos e sociedade civil. É através do diálogo constitucional que o poder jurisdicional promoverá o resgate do compromisso das instâncias políticas e não mediante uma supremacia insulada. Os direitos fundamentais são o fruto de uma luta política, são as elas, as instâncias representativas imprescindíveis a efetivação dos direitos existências, sem as quais o texto constitucional assume uma função meramente simbólica (NETO, 2008, p. 546).

A proposta dialógica promove um processo de “elaboração compartilhada entre o judiciário e outros atores constitucionais” (CAMPOS, 2016, p. 241) que resulta em uma decisão construída coordenadamente. Neste contexto, o ativismo dialógico do estado de coisa reequilibra a tensão entre a democracia e o constitucionalismo ao negar a última palavra sobre a interpretação constitucional, permitindo deliberação e correções recíprocas. Portanto, “em vez de atuar contra as capacidades de outras instituições, o ativismo estrutural procura articular ou arrumar essas capacidades” (CAMPOS, 2016, p. 241-253).

O resgate das estruturas políticas depende da superação dos bloqueios institucionais pelo poder jurisdicional que revela-se como um poder de fomentação a ação diante da inoperância do aparelho estatal decorrentes dos mais variados fatores, desde a desacordos políticos, ou própria falta de vontade, a pontos cegos legislativos, a temores do custo político da decisão ou mesmo da falta de interesse na representação de grupos marginalizados (CAMPOS, 2016, p. 246).

O sentido do ativismo estrutural é materializar o desbloqueio e o equilíbrio institucional, este não substitui as instâncias representativas, mas sim cria e supervisiona os aportes e incentivos necessários a coordenação das capacidades institucionais dos demais poderes (CAMPOS, 2016, p. 248).

Demais disso, outro importante parâmetro ético-jurídico à intervenção judicial, será quando o ativismo estrutural do estado de coisa possibilitar a ampliação da participação de atores sociais na deliberação da resolução da inconstitucionalidade violadora de direitos humanos. Em verdade, o mais eficiente amparo a correção dos desvios do processo político é o maior envolvimento e integração do próprio cidadão na defesa da esfera pública (SARMENTO, 2008, p. 563).

Ao permitir a mudança da opinião pública sobre a urgência e gravidade do problema, o ECI influencia positivamente na superação da letargia das instâncias

majoritárias que mobilizam-se juntamente com a sociedade civil e o poder judicial em favor grupos minoritários marginalizados (CAMPOS, 2016, p. 249-250).

Este efeito, portanto, de sobremaneira, contribui para o aquecimento da atuação coautora da sociedade civil na gestão pública e ao socorro dos grupos marginalizados do processo decisório político. Aclamando aos cidadãos a atuarem em sinergia com as instâncias estatais, agregando novas soluções e ganhos democráticos e permitindo a sua participação “na construção da vontade coletiva da sua comunidade política” (SARMENTO, 2008, p. 558-562).

Através dos delineamentos acima esposados, resta evidenciado o traço distintivo da proposta do estado de coisa inconstitucional a máxima efetividade dos direitos fundamentais. Este ao traçar os parâmetros éticos-jurídicos as intervenções judiciais na seara das políticas públicas inerentes a sua efetivação, “exerce um papel essencial de emancipação dos segmentos excluídos” da sociedade (SARMENTO, 2008, p. 586).

A partir desta premissa ser constata a plena legitimidade do estado de coisa. A proposta de dialogo constitucional ao permitir a racionalização da justiciabilidade dos direitos fundamentais possibilita uma maior deliberação democrática e universalização da tutela dos direitos fundamentais. É através dessa sistemática que todos os poderes atuam cooperadamente para o reconhecimento da identidade humana ao grupo marginalizado, não só pela sociedade como perante a si mesmo, e como tal, cidadão dotado do direito a uma vida digna.

#### 4.4 O CARÁTER ESTRUTURAL DA DECISÕES DECLARATÓRIAS DO ECI E SUA SINTONIA AO NEOPROCESSUALISMO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

As premissas do neoconstitucionalismo não promoveram somente uma nova forma de compreensão do direito material. A submissão do direito positivo aos valores substanciais da Constituição e aos direitos fundamentais trouxeram uma nova face ao direito processual denominada neoprocessoalimento (VIOLIN, 2013, p. 65-66).

O neoprocessoalimento reformula o papel da jurisdição deslocando o foco de resolução de controvérsias privadas para uma tarefa reformadora das mazelas

sociais, com o objetivo de concretizar os direitos fundamentais e a justiça distributiva. " Eis a gênese do processo estrutural" (VIOLIN, 2013, p. 65-66).

No processo estrutural o autor será um agrupamento, cujos titulares poderão ser identificáveis, ou não. O réu, por sua vez, não será aquele que simplesmente cometeu o ato ilícito, mas sim o destinatário da emanção jurisdicional (VIOLIN, 2013, p. 147). Conceitualmente se define como os litígios que põem em rota a colisão de múltiplos interesses sociais, todos eles dignos de tutela. Neste contexto, os litígios apresentam um elevado grau de complexidade e conflitualidade decorrentes dos interesses divergentes e, até mesmo, antagônicos representados no bojo do processo. "Estas situações dão ensejo a conflitos mutáveis, multipolares, opondo o grupo titular do direito não apenas ao réu, mas a si próprio" (LIMA, 2015, p. 97-98).

À luz de tais exposições, o poder jurisdicional, em processos estruturais, reconhece, para necessária tutela direitos fundamentais, a imperiosidade de realizar uma reforma estrutural em organizações burocráticas que ameaçam os valores constitucionais em jogo. Esta reestruturação promete readaptar as operações tradicionais à nova realidade social, extirpando a torpe burocracia que compromete a qualidade da vida social (FISS, 2003).

Nesse enfoque, o processo estrutural se reconhece quando a pretensão coletiva não se restringe a imposição de um comportamento a entidade violadora de direitos fundamentais, "mas sim a realização de uma alteração estrutural na organização pública, com o objetivo de potencializar o comportamento desejado no futuro" (LIMA, 2015, p. 566). Portanto, quando para realizar a proteção de direitos fundamentais é necessário reformar instituições por inteiro, as ordens emanadas são reconhecidas como "*structural injunctions*" (FISS, 2007, p. 763)<sup>11</sup>.

As decisões estruturais foram concebidas pela doutrina norte-americana, entre os anos de 1950 a 1970, mediante uma postura ativista da suprema corte na reformulação de estruturas burocráticas que lesionavam os mandamentos constitucionais (DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, 2017, p. 47-48)<sup>12</sup>. As *structural*

---

<sup>11</sup> As "*structural injunctions*" se contrapunham ao que Owen Fiss identificava como "*dispute resolution*", estas eram soluções judiciais enviesadas a manutenção do status quo, enquanto aquelas almejavam a realização da reestruturação das instituições burocráticas para superação das injustiças do status quo (FISS, 2007, p. 763).

<sup>12</sup> "O litígio estruturante inicial ocorreu em 1954, com o caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*. A Suprema Corte norte-americana entendeu que era inconstitucional a admissão de estudantes em

*injunctions* eram decisões sobre questões coletivas que exigiam “soluções que vão além de decisões simples a respeito de relações lineares entre as partes” (DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, 2017, p. 47-48). Estas postulavam “respostas difusas, com várias imposições ou medidas que se imponham gradativamente” (DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, 2017, p. 47-48). Neste contexto, as ordens emanadas se projetavam para uma perspectiva futura, com o objetivo de coadunar a melhor solução da controvérsia como um todo, e assim evitar que “a decisão judicial se converta em problema maior do que o litígio examinado” (ARENHART, 2013).

A decisão estrutural será aquela que busca efetivar uma reforma estrutural em um ente, organização ou instituição, para materializar um direito fundamental, implementar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos. Sob esse viés, há um consenso técnico-jurídico que pressupõe 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” (DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, 2017, p. 48-49).

Sob esse viés, as decisões estruturais apresentam, em regra, uma dupla estrutura. Primeiramente, surge a estrutura deontica de uma norma-princípio, uma vez que prescreve uma norma jurídica de conteúdo aberto, indicando uma meta, “um objetivo de promover um determinado estado de coisa” (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2016, p. 381). A outra face revela a estrutura deontica de uma norma-regra, na qual determina quais condutas precisam ser evitadas ou realizadas para o pleno alcance do objetivo pretendido, delineando o modo para o alcance do resultado proposto.

Marcadamente, outra característica intrínseca as decisões estruturais é sua implementação de forma gradual. Em razão da elevada complexidade da demanda, há uma sucessão em cadeia de decisões de forma a permitir uma tutela judicial efetiva. O provimento em cascata é enriquecido, pois permite a adaptação e eventuais correções das emanações judiciais diante das novas necessidades do problema estrutural (ARENHART, 2013).

---

escolas públicas americanas com base num sistema de segregação racial. Ao determinar a aceitação da matrícula de estudantes negros numa escola pública até então dedicada à educação de pessoas brancas, a Suprema Corte deu início a um processo amplo de mudança do sistema público de educação naquele país, fazendo surgir o que se se chamou de *structural reform*” (DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, 2017, p. 47-48).

A primeira decisão prolatada insurge as diretrizes para a resolução da lesão aos direitos de maneira abrangente e genérica. A partir da decisão-núcleo ocorrerá inúmeras outras que têm por objetivo solucionar os problemas decorrentes da implementação das decisões anteriores “de modo a permitir a efetiva concretização do resultado visado pela decisão principal. ” Isto revela a independência das emanações, pois a decisão da atualidade dependerá do “resultado e das informações decorrentes do cumprimento da decisão anterior” (DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, 2017, p. 51).

Diante dessa constatação, é fundamental para o êxito das decisões estruturais, o constante monitoramento e acompanhamento do cumprimento das linhas gerais traçadas pelo Poder Judiciário. As providências fiscalizatórias, inclusive, poderão ser delegadas a outros órgãos. O ganho dessa flexibilização é permitir ao poder jurisdicional se concentrar nos pontos mais importantes e gerais do problema, permitindo que os aspectos meramente pontuais e ocasionais sejam deixados à atividade de outras entidades igualmente comprometidas com o direito tutelado (ARENHART, 2013).

Sob essa perspectiva, a lógica finalística das sentenças estruturais exige a necessária flexibilização da regra da congruência objetiva, de forma a permitir uma certa discricionariedade na tutela do direito lesado. Esta premissa se opõe a imposição da adstrição da decisão judicial aos termos e limites dos pedidos formulados na exordial. Conquanto, esta flexibilidade é imprescindível para a adequação da decisão judicial às peculiaridades do caso concreto, uma vez que nem sempre será possível antever todas as condutas necessárias para alcance do plano pretendido (DIDIER JR.; ZANETI JR, 2016, p. 386).

A flexibilização da congruência objetiva resulta da interpretação dos art. 489, § 3º, CPC que exige na interpretação do pedido a conjugação de todos os seus elementos em conformidade com o princípio da boa-fé e do art. 493 também do CPC que autoriza ao magistrado adequar a decisão judicial a atualidade dos fatos. O caráter dinâmico do cenário fático dos processos estruturais constata que o art. 493 do CPC é “uma ferramenta fundamental para que o juiz, na etapa de efetivação das decisões estruturais, corrija os rumos da tutela executiva de modo a contemplar as necessidades atuais dos interessados” (DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, 2017, p. 56-57).

A construção teórica das sentenças estruturais no ordenamento jurídico pátrio é realizada a partir das disposições dos artigos 467 a 501 do CPC, que dispõe sobre as obrigações de fazer, e em especial, da inteligência dos artigos 139, IV, e 536, § 1º, ambos também do CPC. Estas postulações conferem o suporte normativo necessário ao poder jurisdicional para realizar técnicas inovadoras e atípicas dentro do direito processual, permitindo ao magistrado expedir remédios estruturantes para execução de suas decisões (JOBIM, 2016, p 230-232).

As decisões declaratórias do estado de coisa inconstitucional assumem o caráter, notadamente, de remédios estruturais. A atuação do poder jurisdicional é assentada na promoção da superação de bloqueios institucionais, mediante a reestruturação de instituições burocráticas para alterar as interações sociais travadas que violam massivamente direitos existenciais, e, permitir, neste ensejo, a sua salvaguarda.

A forma estrutural da tutela é a única adequada a alterar a falha estrutural do ECI e proporcionar a reformulação das instituições as postulações axiológicas constitucionais (CAMPOS, 2016, p. 191). Para que o desbloqueio burocrático ocorra, é necessário que a implementação da sentença estrutural seja dialética, com a concordância e cooperação das partes, uma vez que suas participações, na formação das decisões emanadas, são imprescindíveis para a plenitude do resultado traçado. Por isso é fundamental a realização de audiências públicas e a permanente manutenção do diálogo entre os interessados no litígio, de forma a permitir o estímulo ao debate e a conciliação (ARENHART, 2013).

Por fim, a singularidade das sentenças estruturais, assentas na complexidade das matérias debatidas e da elevada potencialidade dos seus efeitos a um número significativo de pessoas enseja a necessidade de pensar “novas formas de participação de sujeitos no processo, como a admissão de *amicus curiae* e a designação de audiências públicas e outras formas atípicas de participação da sociedade civil” (DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, 2017, p. 58).

Com efeito, a legitimidade das sentenças estruturais é intrínseca à redefinição da função jurisdicional como ferramenta do estado democrático de direito de transformação do status quo. O acesso à justiça foi construído para reformular as grandes estruturas que falharam em seus papéis institucionais e permitir a extirpação da torpe discricionariedade e da sistemática corrupção. Nesta toada, a sentença

estrutural não é a mera descoberta de violação constitucional, mas a chave para o sucesso da falência das instâncias políticas e para o alcance da paz social e da efetivação dos direitos fundamentais tão sonhados pela constituição de 1988 (CAMPOS, 2016, p. 204).

## **5 O ECI NO BRASIL: O ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA CARCERÁRIO NACIONAL E A ADPF Nº 34**

O estado de Coisa Inconstitucional alçou a notoriedade nacional, em maio de 2015, quando o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou a arguição de descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, de relatoria do ministro Marco Aurélio Mello.

### **5.1 A DESUMANIDADE DO SISTEMA CARCERÁRIO NACIONAL**

A exordial, formulada pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), foi subscrita por Daniel Sarmiento e instruída com parecer do Professor Titular de Direito Penal da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Juarez Tavares, objetivava o reconhecimento e a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro (BRASIL, 2015).

Neste derradeiro, o instrumento determinava a imprescindibilidade da adoção imediata de providências tendentes a sanar gravíssimas lesões a preceitos fundamentais da Constituição que decorriam de condutas comissivas e omissivas dos poderes públicos da União, Estados e Distrito Federal e que acarretavam um quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais no tratamento prisional (BRASIL, 2015).

A ADPF nº 347 viu-se lastreada em diversos dados, máxime os do relatório da CPI do Sistema Carcerário da Câmara dos Deputados do ano de 2009, no Informe sobre “los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas”, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos do ano de 2011 e do relatório sobre o Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil, do Conselho Nacional de Justiça de 2014, bem como a clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (BRASIL, 2014).

Tais documentos demonstravam, o cenário desumano e caótico daqueles que vivem no encarceramento: superlotação das celas, agravada pelo uso abusivo da prisão provisória, sempre imundas e insalubres, com intensa proliferação de doenças



infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos (BRASIL, 2015).

Com prática frequente de homicídios, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos, praticadas não somente por outros detentos como também agentes do próprio Estado. Imperadas pela corrupção e inúmeros abusos de autoridade, as prisões foram qualificadas como verdadeiras escolas do crime, dominadas por facções criminosas que criam um ambiente de terror e violência. Ressaltando-se, que a carência de todo o tipo de assistência material como educação, saúde, trabalho, assistência judiciária impossibilita qualquer ressocialização para retorno à convivência em sociedade, o que incrementa a criminalidade e a violência urbana (BRASIL, 2015).

É neste panorama de superlotação e condições degradantes do sistema penitenciário nacional que levam a um cenário fático incompatível com a Constituição. A exordial prova a todo tempo como o sistema carcerário pátrio ofende o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a proibição da tortura e do tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), a vedação as sanções cruéis (art. 5º, XLVII, “e”), a imposição o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (art. 5º, XLVIII) e garantia ao respeito à integridade física e moral dos presos (art. 5º, XLIX), a presunção de inocência (art. 5º, LVII). Além destes, inúmeros outros direitos fundamentais – como saúde, educação, alimentação adequada e acesso à justiça – são gravemente afrontados pela vexaminosa realidade dos cárceres brasileiros (BRASIL, 2015).

Neste contexto, o sistema penitenciário além de ofender a ordem constitucional nacional viola diversos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo país, como o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, e à Lei de Execução Penal (BRASIL, 1969, 1984, 1992).

A luz dessas constatações, de verdadeira falência do sistema prisional brasileiro, a ADPF nº 347 vem firmar que a transgressão aos direitos fundamentais dos egressos não decorre de uma fragilidade do direito interno, uma vez que a constituição e a legislação infraconstitucional descrevem de forma pormenorizada os direitos destes no contexto do seu encarceramento, nem muito menos a carência de

recursos para a implementação destes, uma vez estar-se diante da preservação do mínimo existencial (SARLET, 2013)<sup>13</sup>, que não se submete a limitação da reserva do possível (CANOTILHO, 2008, p. 108)<sup>14</sup>.

Em verdade, como evidencia Ana Paula de Barcellos (2010), a violação sistêmica aos direitos fundamentais dos egressos decorre de um fenômeno que envolve a formação moral e social da sociedade brasileira, que não incorporou – a despeito do discurso e do que dispõe a legislação – as noções de igualdade e dignidade essenciais dos indivíduos. Esta trabalha, diversamente, com uma concepção de dignidade que se vincula não ao ser humano em si, mas àquilo que ele faz ou deixa de fazer. Nesta lógica, identifica-se o criminoso como um inimigo e um não titular de direitos e até mesmo uma não pessoa, “o que repercute na vontade política de transpor do papel para a realidade a promessa constitucional de garantia da dignidade humana ao preso” (BRASIL, 2015).

## 5.2 O ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL NA ADPF Nº 347

Diante da certificação desta problemática, de inoperância da máquina pública em reverter as deficiências crônicas do sistema prisional que acarretam a violabilidade dos direitos fundamentais dos encarcerados, a argüição visava corroborar a legitimidade do papel contramajoritário do Poder Judiciário quando em jogo a efetividade dos desígnios centrais da constituição.

Sob esse enfoque, trouxe, à baila, o instituto do Estado de Coisa Inconstitucional, técnica originária da Corte Suprema da Colômbia que, diante da presença de uma violação massiva de direitos fundamentais de um sobejo número de

---

<sup>13</sup> “o mínimo existencial – compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna (portanto, saudável) – tem sido identificado – por alguns – como o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade” (SARLET, 2013).

<sup>14</sup> Reserva do possível são argumentos de escassez dos recursos econômicos a efetivação dos direitos fundamentais ante a limitação de existência tanto de recursos econômicos, como jurídicos, de previsão orçamentara, e a necessária razoabilidade da prestação. Para Jose Joaquim Gomes Cantilho, a reserva do possível significa para a realização dos direitos fundamentais sociais “(1) pela gradualidade da sua realização; (2) pela dependência financeira relativamente ao orçamento do estado; (3) pela tendencial liberdade de conformação do legislador quanto às políticas de realização deste direitos; (4) pela insustentabilidade de controle jurisdicional dos programas político-legislativos a não ser quando se manifestam em clara contradição com as normas constitucional ou transportem dimensões manifestamente desarrazoáveis” (CANOTILHO, 2008, p. 108).

peças e cuja superação dependa de um conjunto complexo e coordenado de medidas a serem adotados por diversas autoridades e órgãos públicos, legitima a intervenção do poder jurisdicional no que concerne ao saneamento de falhas estruturais de políticas públicas quando voltadas à promoção desses direitos, inclusive, com o supervisionamento das medidas impostas para assegurar sua efetivação (ARIZA, 2013, p. 129). Salientando, que esta técnica além de ser perfeitamente aplicável a jurisdição constitucional brasileira, será responsável por garantir a força normativa da constituição (BRASIL, 2015).

Em sua argumentação, o PSOL ratificou que o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional pelo Supremo só poderia ser manejado em hipóteses excepcionais, nas quais a mediação da corte seja indispensável para a resolução da sistêmica e grave afronta aos direitos fundamentais. São casos em que a não atuação do judiciário levará a um agravamento da violação destes direitos em decorrência dos “bloqueios institucionais” para sua efetividade. Diante deste quadro, asseverou que enquanto órgão máximo de guardião da constituição, é clara a legitimidade e capacidade democrática da atuação do STF a intervir em políticas públicas quando voltadas à proteção dos direitos fundamentais de minorias estigmatizadas, especialmente, de indivíduos sem representatividade política, como é o caso da população carcerária (ARIZA, 2013, p. 129).

No que diz respeito à efetiva superação do Estado de Coisa inconstitucional, ressaltou a necessidade da adoção de decisões mais flexíveis, maximizadas pelo diálogo e cooperação entre os poderes, atribuindo à União e aos Estados a incumbência na elaboração e implementação de planos de ação, mediante a criação de metas objetivas e prazos para sua realização, a fim de que seja superado o quadro de inconstitucionalidade. Ressaltou-se, ainda, a imprescindibilidade da manutenção da jurisdição sobre a questão, sob a forma de monitoramento judicial, para a garantia do pleno cumprimento das soluções adotadas (BRASIL, 2015).

Após todo o exposto, requereu, cautelarmente, à determinação a todos os juízes e tribunais que, em cada caso de decretação ou manutenção de prisão provisória, é imperativo, que motivem expressamente as razões que impossibilitaram a aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. Outrossim, pugnou pelo reconhecimento da aplicabilidade imediata dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da

Convenção Interamericana de Direitos Humanos, determinando a todos os juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão (BRASIL, 2015).

Demais disso, assentou o pedido da determinação aos juízes e tribunais brasileiros que passem a considerar fundamentadamente o dramático quadro fático do sistema penitenciário local no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal. No mesmo sentido, requereu o reconhecimento de que como a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica, a preservação, na medida do possível, da proporcionalidade e humanidade da sanção impõe que os juízes brasileiros apliquem, sempre que for viável, punições alternativas à prisão. De igual forma, que fosse afirmado que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos do preso, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, visando assim a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção (BRASIL, 2015).

Em sintonia, realizou o pedido de reconhecimento ao juízo da execução penal o poder-dever de abater tempo de prisão a ser cumprida, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória. Sobressaltando a situação do hipercarceramento das penitenciárias, requereu a determinação ao Conselho Nacional de Justiça que coordene um ou mais mutirões carcerários, de modo a viabilizar a pronta revisão de todos os processos de execução penal em curso no País que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade (BRASIL, 2015).

Por fim, asseverou, enfaticamente, que o excesso de rigidez e entraves burocráticos da União impede que o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN concretize os desideratos para o qual foi criado: de realização de programas de modernização e humanização do sistema prisional, apontando um contingenciamento de R\$ 2,2 bilhões de reais e o uso, em 2013, de apenas 20% dos recursos. Assim,

pugnou pela imposição imediata descontingenciamento das verbas existentes no FUNPEN, e a vedação à União Federal da realização de novos contingenciamentos, até que se reconheça a superação do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro (BRASIL, 2015).

No mérito, além da confirmação das medidas cautelares, requereu a imediata a declaração do “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro (BRASIL, 2015).

Pediu, outrossim, que fossem determinadas ao Governo Federal a elaboração e o encaminhamento ao Supremo, no prazo máximo de três meses, de um plano nacional visando à superação, dentro de três anos, do quadro. Assentou-se que o aludido plano contenha propostas e metas voltadas, especialmente, à (I) redução da superlotação dos presídios; (II) contenção e reversão do processo de hiperencarceramento existente no país; (III) diminuição do número de presos provisórios; (IV) adequação das instalações e alojamentos dos estabelecimentos prisionais aos parâmetros normativos vigentes, no tocante a aspectos como espaço mínimo, lotação máxima, salubridade e condições de higiene, conforto e segurança; (V) efetiva separação dos detentos de acordo com critérios como gênero, idade, situação processual e natureza do delito; (VI) garantia de assistência material, de segurança, de alimentação adequada, de acesso à justiça, à educação, à assistência médica integral e ao trabalho digno e remunerado para os presos; (VII) contratação e capacitação de pessoal para as instituições prisionais; (VIII) eliminação de tortura, maus-tratos e aplicação de penalidades sem o devido processo legal nos estabelecimentos prisionais; (IX) adoção de providências visando a propiciar o tratamento adequado para grupos vulneráveis nas prisões, como mulheres e população LGBT (BRASIL, 2015).

Em consonância, firma, nos pedidos, a necessidade de que o plano preveja os recursos necessários à implementação das propostas e o cronograma para a efetivação das medidas, bem como a sua submissão à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, da Defensoria-Geral da União, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, do Conselho Nacional do Ministério Público e de outros órgãos e instituições que desejem se manifestar, vindo a ser ouvida a sociedade civil, por meio da realização de uma ou mais audiências públicas. No entanto, sobressaltando a necessidade de manutenção da jurisdição do

supremo sobre a questão, peticionou para que o Tribunal delibere sobre o plano, para homologá-lo ou impor providências alternativas ou complementares, podendo valer-se do auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2015).

No mesmo sentido, requereu que uma vez homologado o plano, fosse determinado, seja determinado aos Governos dos estados e do Distrito Federal que formulem e apresentem ao Supremo, em três meses, planos próprios em harmonia com o nacional, contendo metas e propostas específicas para a superação do “estado de coisas inconstitucional” na respectiva unidade federativa, no prazo máximo de dois anos. Os planos estaduais e distrital deverão abordar os mesmos aspectos do nacional e conter previsão dos recursos necessários e cronograma (BRASIL, 2015).

Harmonicamente, inseriu nos requerimentos, a determinação da submissão dos planos estaduais e distrital à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, do Ministério Público da respectiva unidade federativa, da Defensoria-Geral da União, da Defensoria Pública do ente federativo, do Conselho Seccional da OAB da unidade federativa, de outros órgãos e instituições que desejem se manifestar e da sociedade civil, por meio de audiências públicas a ocorrerem nas capitais dos respectivos entes federativos, podendo ser delegada a realização das diligências a juízes auxiliares, ou mesmo a magistrados da localidade, nos termos do artigo 22, inciso II, do Regimento Interno do Supremo (BRASIL, 2015). Por fim, realizou o pedido para que Tribunal delibere sobre cada plano estadual e distrital, para homologá-los ou impor providências alternativas ou complementares, podendo valer-se do auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça e que o Supremo monitore a implementação dos planos nacional, estaduais e distrital, com o auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça, em processo público e transparente, aberto à participação colaborativa da sociedade civil (BRASIL, 2015).

### 5.3 A RESPOSTA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em 09 de setembro de 2015, após vencida a questão processual de reconhecimento da adequação da via eleita, o Supremo Tribunal Federal concedeu parcialmente a medida liminar requerida, determinando que os juízes e tribunais reconheçam a aplicabilidade imediata dos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, e passassem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão e à União que liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização na finalidade para a qual foi criado, e a sua abstenção de realizar novos contingenciamentos. No presente acórdão fora também deferida a proposta do ministro Luís Roberto Barroso de concessão de cautelar de ofício, de determinação à União e aos Estados, e especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem ao STF diagnóstico sobre a situação do sistema prisional. Não obstante, em relação aos demais pedidos estes foram indeferidos em face serem considerados pelo plenário determinações que, a rigor, decorriam do próprio sistema normativo (BRASIL, 2015).

Neste contexto, malgrado a suprema corte tenha reconhecido a vigência do Estado de Coisa Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, traçando as diretrizes das características e pressupostos para sua configuração, a análise da liminar proferida observa a sua timidez e a não recepção da dimensão dialógica do instituto, em frontal contraste à proposta da jurisprudência colombiana (BRASIL, 2015).

Primeiramente, os pedidos realizados na exordial foram demasiadamente exaustivos, principalmente na delimitação do conteúdo dos planos a serem elaborados pelo poder público, o que restringiu, consideravelmente, a construção cooperativa e compactuada das políticas públicas a serem desenvolvidas nessas esferas de poder. Do mesmo modo, a principal causa ao caos do sistema penitenciário não foi objeto de concessão pelo supremo, o requerimento constante da alínea a – de que os juízes fundamentassem as determinações de prisões provisórias na impossibilidade de adoção de outras medidas cautelares alternativas à privação de liberdade previstas no art. 319 do Código de Processo Penal foi indeferido pelos

ministros pela simples justificação de ser um imperativo decorrente da própria Constituição (GUIMARÃES, 2017, p. 96).

Outrossim, a cautelar de ofício concedida pelo Supremo Tribunal Federal para que a União e os estados, especificamente o Estado de São Paulo, encaminhem informações sobre as respectivas situações prisionais, além de não abarcar outros setores sociais para a completude e complemento dessas informações, não materializou uma supervisão para o sucesso das medidas (GUIMARÃES, 2017, p. 97).

A não adoção de qualquer tipo de monitoramento relacionado a essa ordem preliminar desvia gravemente da experiência da Colômbia, que incorporou a fiscalização como uma característica crucial ao sucesso da injunção estrutural, especialmente após a decisão sobre deslocamentos interno de pessoas. Esse desvio pode revelar-se crucial para um caso como esse que afeta todo o território nacional e envolve pelo menos dois níveis federativos.

A incorporação de novos experimentos jurídicos “necessita de todo um suporte social e institucional preliminar para verem asseguradas a sua operabilidade e efetividade”. O estudo da decisão do Supremo, constata que não houver qualquer esforço nesse sentido. Este manteve a “contumaz perspectiva deliberativa, mandatória e monológica” (VIEIRA; BEZERRA, 2015), refletindo um profundo distanciamento da proposta colombiana de construção de uma jurisdição supervisória e dialógica.

Com relação as defesas até então postas ao Supremo Tribunal Federal, observa-se a alegação a não omissão dolosa na inobservância dos direitos fundamentais referentes à comunidade carcerária. Esta afirmação foi justificada diante das limitações orçamentárias para a realização de políticas públicas aptas a solucionar a superlotação do sistema carcerário, argumentos indefensáveis diante da violação sistemática “aos direitos constitucionais mínimos (mínimo existencial), quanto pela posição de garante do Estado em relação aos presos” (GUIMARÃES, 2017, p. 97-98).

Ao privar o detento da sua liberdade, o poder público o submete a uma relação de sujeição especial, e como tal, torna-se garantista dos direitos fundamentais da população carcerária (GUIMARÃES, 2017, p. 97-98).



Nesta perspectiva, os argumentos da reserva do possível não são legítimos a justificar os descumprimentos das obrigações estatais impostos pela constituição. A luz da vedação da proteção insuficiente do princípio da proporcionalidade dos direitos fundamentais, é cediço, que o poder público não poderá frustrar a proteção destes preceitos aquém dos níveis mínimos constitucionalmente exigíveis (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2013).

É, por tal razão, que a ausência de políticas públicas que impliquem em omissões ou atuações insuficientes do estado no adimplemento dos seus deveres de proteção com os direitos humanos serão omissões inconstitucionais passíveis de controle pelo poder jurisdicional (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2013).

Inovar pode ser difícil, especialmente para o poder judiciário, que muitas vezes é uma instituição fundamentalmente conservadora. Apesar disso, algum nível de experimentalismo pode ser necessário para cumprir ideais da constituição brasileira. O principal risco nesse caminho é não permitir a mudança no sistema de deliberação, reduzindo a declaração do ECI a uma decisão meramente retórica para tentar tornar sedutível o seu protagonismo no cenário das políticas públicas. É na construção dialógica, mediante o monitoramento, o caminho procurado pelo Corte para superação do estado de coisa.

#### 5.4 A REAÇÃO ADVERSARIAL DO PODER EXECUTIVO: A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 781

Apesar dos esforços do supremo, a ADPF nº347 gerou enormes tensões entre os poderes. Foi em 23 de maio de 2017 que o presidente da república editou a medida provisória nº 781, nas qual, entre outras medidas, alterou aspectos significativos do FUNPEN relativamente a sua destinação de recursos.

Apesar de invocar como fundamento da relevância e urgência da medida o estado de coisa inconstitucional declarado pelo STF, e ter trazido boas contribuições, como a simplificação do seu repasse de recursos para fundos penitenciários de outros entes da federação, de maneira curiosa, ampliou as deficiências do sistema carcerário, agravando o seu estado de coisa (BRASIL, 2017).

O Fundo Penitenciário Nacional foi instituído pela Lei Complementar Nº 79, de 7/1/1994, com o fim exclusivo de proporcionar recursos e meios para 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 também destinados a outras finalidades ligadas à “segurança pública, como políticas de redução da criminalidade e inteligência policial, atividades que não possuem vinculação direta com o sistema carcerário (art. 3º, incisos XVII e XVIII da Lei Complementar nº 74/94)” (PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE, 2017, p. 3).

A análise do cenário afere a desnaturação do FUNPEN pela MP ao permitir a destinação dos seus recursos para outras finalidades. Este foi o motivo para o STF ter concedido a cautelar de vedação ao descontigenciamento, “exatamente por constatar que o uso desses recursos, sem desvios de finalidade, se afigurava indispensável para remediar o estado de coisa inconstitucional” (PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE, 2017, p. 4).

A relevância das de atividades ligadas à segurança pública e à polícia não podem ser utilizadas como argumentos para desrespeitar a decisão do supremo e para esvaziar o propósito do FUNPEN e das medidas mínimas voltadas a proteção dos direitos fundamentais da população penitenciária (PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE, 2017, p. 15).

A medida provisória nº 781 revela o agravamento do Estado de coisa quando o poder judiciário não realiza uma deliberação compactuada e cooperativa. É decisão monológica que gera tensão adversarial entre os poderes e a consequente ofensa a autoridade da decisão jurisdicional e da própria efetivação dos direitos fundamentais.

## 5.5 A PROPOSTA DIALÓGICA: O PROJETO DE LEI Nº 736 DE 2015

As repercussões da decisão do Supremo e dos possíveis efeitos imprevisíveis à adoção da técnica do estado de coisa na jurisprudência da corte, ocasionaram a apresentação ao Senado Federal, por iniciativa do senador Antônio Carlos Valadares (PSB-SE), do projeto de lei nº 736, de 2015, que visa propor a alteração das leis nº9882/99 (a Lei da ADPF) e 13.105/2015 (Lei instituidora do novo Código de

Processo Civil), para estabelecer os termos e os limites ao exercício do controle concentrado e difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal e dispor sobre o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional e o compromisso significativo (BRASIL, 2015b).

O supracitado projeto propõe o acréscimo ao art. 2<sup>a</sup> à lei da ADPF, do artigo 9<sup>a</sup>-A, o qual prevê expressamente a possibilidade do STF reconhecer o ECI como fundamento para o deferimento de pedido de medida liminar ou para a decisão definitiva de mérito na arguição de descumprimento de preceito fundamental, desde que verificados, cumulativamente, os 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; e III- a perpetuação ou o agravamento dessa situação e previsão expressa, no texto constitucional, de políticas públicas que necessitem de concretização (BRASIL, 2015b).

Outrossim, ao acrescentar os Art. 9<sup>o</sup>-B, Art. 9<sup>o</sup>-C e Art. 9<sup>o</sup>-D à lei 9882/99 estabeleceu, como efeito a declaração ao estado de coisa, a celebração do denominado Compromisso Significativo entre o poder público e os segmentos populacionais afetados pela ação ou omissão estatal, trazendo os necessários requisitos e diretrizes para a sua plena validade e eficácia (BRASIL, 2015b).

O Compromisso Significativo<sup>15</sup> é um instrumento de inspiração da experiência desenvolvida pela corte constitucional da África do Sul que afirma uma resolução dialógica, compactuada e cooperativa entre o estado e os setores sociais de direitos fundamentais vulneráveis e violados, perante o manto supervisório do poder jurisdicional. Permitindo, nesse esteio, o constante intercâmbio entre estes segmentos populacionais e o poder público, com vistas a tornar efetivo o preceito fundamental violado através da celebração de acordos para a formulação e implementação de

---

<sup>15</sup> “O compromisso significativo é uma construção da Corte Constitucional sul-africana, não sendo disciplinada formalmente por norma legal. É um processo determinado pelo Poder Judiciário, de constante intercâmbio entre cidadãos e comunidades, de um lado, e o Estado, de outro, em que as partes tentam, a partir da compreensão das perspectivas do outro, um acordo na formulação e implementação de programas socioeconômicos que afetam comunidades ou grupos de pessoas” (VIEIRA JUNIOR, 2015).

programas socioeconômicos que ensejem a sua promoção (CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 46).

Entre as diretrizes fixadas como condição à firmação do compromisso significativo, destaca-se a previsão expressa a observância do princípio da independência e harmonia entre os poderes e das balizas e vinculações orçamentarias estabelecidas pela própria constituição. Na mesma perspectiva, alude a necessidade da averiguação da disponibilidade financeira do ente federado envolvido e do respeito a legitimidade do chefe do executivo de definir as prioridades das ações governamentais e da elaboração e implementação de políticas públicas que visam concretizar direitos fundamentais.

O art. “Art. 9º-C, § 1º, ressalva, entretanto, que a inexistência de disponibilidade financeira, deverá 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. Ressalta, contudo, que comprovada a manipulação da situação financeira ou político-administrativa, pela autoridade pública competente, com o objetivo de criar obstáculo artificial à efetivação de preceitos fundamentais em favor dos segmentos populacionais envolvidos, será caracterizada como ato de improbidade administrativa e não impedirá a concretização dos direitos fundamentais pleiteados, conforme o Art. 9º-C, § 2º da PL 736/2015.

Como os requisitos necessários à celebração do compromisso significativo (CS), apesar do projeto de lei prever a fixação de diretrizes específicas pelo Supremo Tribunal Federal a serem observadas pelo Poder Público responsável e os segmentos sociais afetados, o art. 9º-D, V, observa que a solução para o concretização do preceito fundamental será construída de maneira compartilhada e autônomas pelo estado e pela população afetada, o que flexibiliza, consideravelmente, a intervenção jurisdicional, que só terá o poder arbitramento da questão na hipótese do insucesso na efetivação do compromisso significativo.

O “Art. 9º-D, IV reflete a importância da função supervisória do poder judiciário para o sucesso da superação do estado de coisa ao prevê como pressuposto a afirmação do CS a designação de um representante do Supremo Tribunal Federal para fiscalizar, a cada etapa, a evolução das tratativas com vistas ao êxito do compromisso significativo.

Em relação ao código de processo civil, em seu art. 3º, o PL propõe o acréscimo do art. 1.041- para estabelecer que 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, deve também observar os novos artigos (art. 9º-A, art. 9º-B, art. 9º-C e art. 9º-D) propostos pelo projeto à Lei da ADPF (Lei nº 9.882) (BRASIL, 2015b).

À luz desse contexto, emerge o esforço da PL 736/2015 para fornecer parâmetros operativos e racionais a fim de tornar o estado de coisa normativamente desejável para a democracia, fixando as balizas essenciais ao STF no “desempenho de sua missão precípua de promover a guarda da Constituição, ao tempo em que preservam e homenageiam o princípio da independência e harmonia dos Poderes e o princípio da soberania popular” (BRASIL, 2015b).

Apesar de limitar o instituto, ao prever como pressuposto a existência de políticas públicas, expressamente previstas no texto constitucional, que necessitem de concretização, o referido projeto ao prescreve critérios objetivos ao reconhecimento do ECI, acrescer determinação conceitual ao instituto, trazendo-lhe segurança jurídica e operabilidade. Ademais, empresta-lhe a capacidade de maximizar a democracia de produzir as melhores soluções aos direitos fundamentais, mediante a deliberação interinstitucional.

Sob esse enfoque, o referido projeto ao obstar uma rivalidade ou competição pela última palavra, possibilita uma dialética “permanente e cooperativa entre as instituições, que por meio de suas singulares expertises e contextos decisórios” (MENDES, 2008, p. 15) se tornam parceiros no “melhor significado constitucional” (MENDES, 2008, p. 15). O foco da Separações dos poderes passa a significar circularidade e compartilhamento na responsabilidade da interpretação e concretização da constituição.

O Projeto de Lei do Senado Federal (PLS) nº 736, de 2015, ao objetivar, de forma inédita, regulamentar o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional e o compromisso significativo, avança, de sobremaneira, “para o estabelecimento de um novo patamar na relação entre os Poderes no Brasil, com vistas à efetivação de sua desejada harmonia” (VIEIRA JÚNIOR, 2015).

Este visa propor a superação do modelo conflitivo e adversarial, na qual os poderes desafiam-se reciprocamente quanto aquele que detém a melhor resposta, implementa um novo paradigma, no qual estes firmam um compromisso de auto aperfeiçoamento a sua capacidade epistêmica, mediante a deliberação interinstitucional (MENDES, 2008, p. 212-213).

Nesse sentido, torna plausível o poder judiciário não como um mero obstáculo a atos flagrantemente inconstitucionais, mas sim como um elemento catalisador de melhores deliberações que simbolizam um esforço democrático das maiorias e também das minorais. A preocupação deixa de ser quem detém a última palavra, para se tornar se os poderes públicos são capazes de discernir e implementar as melhores soluções aos direitos fundamentais e firmar a “cultura da justificação” (MENDES, 2008, p. 213-214).

Para o estado de coisa poder se cristalizar como um instituto a favor da democracia deliberativa, o Supremo Tribunal Federal precisará amadurecer a sua forma de interação. Para ocorrer deliberação entre instituições de poder, é necessário haver no STF uma unidade institucional e uma voz coesa, que realize dentro da própria organização a deliberação, no sentido próprio da palavra, no qual os 11 ministros falem, mas também escutem, e sejam capazes de construir uma resposta que reflita o seu consenso e união (SILVA, 2009).

Neste caminho, este deve abandonar o exercício da supremacia judicial e da condição como o único titular sobre o significado e sentido da constituição. Tal postura ignora qualquer legitimidade na interpretação como um diálogo, não só entre as instituições como perante o povo (CAMPOS, 2014, p. 332-334). É na inserção das “forças pluralistas públicas” (HÄBERLE, 1997, p. 41) que socorre legitimidade ao processo hermenêutico constitucional.

Outrossim, o principal risco nessa caminhada, é Supremo realizar o experimento sem a necessária supervisão, “prejudicando o possível processo de aprendizagem institucional que deve ser associado a essa proposta”, ameaçando o resultado concreto almejado. A experiência da Colômbia comprova que a introdução ao monitoramento é uma característica obrigatória para o sucesso da superação do estado de coisa. Esta fiscalização deve transparente e aberta, envolvendo não apenas

os departamentos governamentais, como também a sociedade civil organizada (VALLE, 2015).

Ademais, a constituição pátria outorga pelo menos duas instituições independentes e autônomas, o Ministério Público e a Defensoria Pública, destinadas, a um papel inestimável, de promover o interesse público, a defesa dos bens da coletividade e a proteção de direitos inalienáveis. Investidos com a necessária liberdade, são agentes institucionais criados, precisamente, para promover a efetividade da constituição. Essas duas instituições também operam em ambos os níveis de governos envolvidos no cumprimento das decisões do Tribunal, oferecendo, portanto, um grande potencial para desempenhar o monitoramento dos resultados (VALLE, 2015).

A mudança da opinião pública é outro elemento congenial para superação do estado de coisa. Para isso, é necessário que o Tribunal Constitucional leve a sério a inclusão de novos agentes sociais no debate sobre o problema dos direitos fundamentais, através das audiências públicas. A inserção de novos atores civis, como associações e grupos de defesas a segmentos minoritários contribui para reações e mobilizações da sociedade em favor dos destinatários dos preceitos fundamentais, influenciando, diretamente, no comportamento das instâncias políticas a solucionarem o problema (CAMPOS, 2016, p. 250).

Sob essas perspectivas, é que o ECI no Brasil incorporará ao controle de constitucionalidade a “participação da sociedade civil na regulação da vida coletiva”, tornando possível a autodeterminação da cidadania e o caráter transformador e pedagógico da participação política” (GUIMARÃES, 2017, p. 105).

Portanto, o estado de coisa inconstitucional pode se tornar a grande ferramenta para solucionar a tensão entre o constitucionalismo e a democracia. Ao propiciar um modelo deliberativo dialógico e cooperativo entre os poderes públicos e a sociedade, revela os pressupostos e as justificações ao processo de decisão coletiva, emprestando-lhe qualificação e legitimidade. É este o caminho para a real implementação dos direitos fundamentais na pátria brasileira.

## 6 CONCLUSÕES

Desenvolvida a presente monografia através de quatro capítulos, conforme proposto na introdução, constatou-se que o problema inerente à efetividade dos direitos fundamentais decorrente da letargia dolosa dos poderes constituídos em implementá-los, mediante políticas públicas, realmente, existe no plano fático. Apesar da sua supremacia na ordem jurídica, há uma complexidade de obstáculos a sua realização, reflexos inerentes à desfuncionalidade política e de sua apatia moral em realizar os programas constitucionais. Outrossim, a limitação da disponibilidade de recursos econômicos, aliada a miserabilidade e carência de grande percentual da população pátria, que mina o envolvimento do cidadão na esfera pública, auxiliam nesta barreira à vocalização dos anseios dos direitos fundamentais.

A partir desse pano de fundo, apesar de, consensualmente, ser impossível, faticamente, realizar a plenitude de todos os direitos fundamentais, ocorre violações que comprometem a própria legitimidade da ordem constitucional. São as lesões sistemáticas, massivas e generalizadas que aniquilam o valor intrínseco da dignidade humana.

Neste cenário ocorre a disseminação da cultura do poder jurisdicional como o guardião das promessas constitucionais. Este se torna o ator principal no palco da luta das reivindicações sociais contra os arbítrios políticos. O papel do juiz é colocado a prova, o direito a inafastabilidade da jurisdição, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e o próprio estado democrático de direito suscitam um enorme desafio aos operadores jurídicos que se tornam corresponsáveis na transformação do *status quo*, não podendo ignorar as lesões aos direitos humanos, inclusive quando para sua tutela sejam necessárias à implementação de políticas públicas.

Ocorre que a supremacia judicial na materialização de prestações positivas pelos poderes políticos a realização dos direitos fundamentais tem acarretado deslocamentos orçamentários irracionais e individualistas, comprometendo a organização administrativa e a própria proteção aos direitos humanos. Ademais, a ausência do diálogo nas deliberações tem trazido reações reacionárias das outras instâncias públicas, que encontram no poder judiciário o seu maior rival a realização dos seus programas de poder, gerando um ciclo de grande descaso e desrespeito a autoridade da decisão jurisdicional. Outrossim, essa intervenção vem suscitado fortes



oposições, principalmente de índole de déficit de legitimidade democrática e de capacidade institucional.

A hipótese basilar da investigação restou confirmada de modo a demonstrar que o instituto denominado estado de coisa inconstitucional é um instrumento apto a solucionar a efetividade dos direitos fundamentais através da atuação cooperativa e dialógica dos poderes públicos e dos cidadãos.

Este instituto torna operativa e racional a atuação do poder jurisdicional para intervir em falhas estruturais. Estas ao acarretarem um insuportável quadro de violação massiva de direitos fundamentais, decorrente de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas de prolongada inércia, ocasionam as transformações supervisionadas pelo poder judiciário a única alternativa para modificar a situação inconstitucional, principalmente as dos grupos minoritários.

A perspicácia deste instituto é promover a superação da tensão entre a democracia e o constitucionalismo, pois este preconiza a intervenção judicial mediante o ativismo estrutural, suporte do diálogo constitucional. Este é responsável por catalisar a atuação das instâncias políticas, criando ambiente institucional amigável, coordenado e com redução dos entraves burocráticos, no qual o poder judiciário atua como um coordenador de maneira harmoniosa com os demais órgãos estatais para a realização dos seus fins.

A declaração do ECI, sob esse enfoque, é totalmente legítima do ponto de vista democrático. Isto porque, a sua resolução, mediante remédios estruturais é responsável não por usurpar competências, mas sim por reforçar a responsividade dos demais órgãos estatais, potencializando, de sobremaneira, a separação dos poderes em favor da democracia, sustentando, assim, as suas próprias legitimidades.

As sentenças estruturais ao ditarem ordens mais abertas, propondo metas e caminhos, proporciona que os detalhes mais importantes sejam definidos pelas instâncias majoritárias, permitindo o processo dialógico na discussão das alternativas de políticas públicas viáveis a solucionar a inconstitucionalidade. Para o sucesso dessa empreitada, o poder jurisdicional realiza a jurisdição supervisória, acompanhando periodicamente o progresso do plano traçado em conjunto. Ademais, as cortes ao manterem sua competência sobre a questão, podem emanar novas

decisões diante dos avanços ou retrocessos do processo, orientando constantemente o plano de solução.

Neste contexto, quando o ECI permite a inserção de novos atores sociais no processo de deliberação sobre os programas governamentais, através das audiências públicas, atua em sinergia com a democracia participativa que busca assegurar e promover os pressupostos para as interações dos cidadãos na gestão das *res pública*. Encampando a importante tarefa de conduzir e guiar o desgastante processo deliberativo entre a sociedade civil e os poderes majoritários na escolha das políticas públicas necessárias aos direitos fundamentais. É através desse diálogo, entre governantes e governados, que concretiza-se a democracia participativa pluralista e a efetiva concretude do poder popular e da realização moral do princípio da dignidade da pessoa humana.

O objetivo geral da presente monografia foi alcançado. Os deveres de proteção, inerentes à dimensão objetiva dos direitos fundamentais da ordem jurídica pátria, fornecem o suporte normativo a justiça constitucional exercer o controle de constitucionalidade da ausência de políticas públicas, que afrontam sistematicamente os direitos fundamentais dos grupos minoritários. O ECI torna-se não só viável, como necessário, para o STF cumprir o mandado de garante dos deveres de proteção que alicerçam a capacidade criativa do interprete para transformar a realidade social

Outrossim, o estado democrático de direito redesenha o conceito de políticas públicas. Estas passam a ser concebidas como autênticos programas constitucionais, que enunciam e implementam os seus imperativos prioritários, para as presentes e futuras gerações. Desta forma, o texto constitucional outorga ao poder jurisdicional uma função de seu efetivo controle quando falhas ou omissas.

O ECI, além cumprir os pressupostos materiais da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, coaduna-se ao substrato normativo do novo CPC. Este assegura ao poder jurisdicional técnicas inovadoras e atípicas dentro do direito processual, permitindo ao magistrado expedir remédios estruturantes para execução de suas decisões. Sob esse enfoque, o ortodoxo modelo de separação estaque dos poderes revela-se absolutamente incompatível com o novo desenho constitucional. O ideal do ECI reformula este princípio, que passa a apostar na dialética cooperativa e coordenada e no compartilhamento de informações, conhecimentos e responsabilidades, a melhor dinâmica à efetividade dos direitos fundamentais.

Assim, comprovou-se a proposta do ECI para o aperfeiçoamento do exercício da jurisdição constitucional nacional. No atual cenário da judicialização da política, o ECI reestrutura o modelo de empoderamento do poder judiciário de definir, em caráter final, questões políticas, sociais e morais em detrimento do monopólio destas pelas instâncias majoritárias. O diálogo institucional ao superar o culto a última palavra e o monopólio da interpretação do significado constitucional, reaproxima o ideário político das insígnias constitucionais e maximiza o desempenho das capacidades institucionais dos poderes, estimulando a saudável competição pelo melhor argumento.

Neste sentido, para o estado de coisa se tornar real no contexto nacional, e legítimo, o Supremo Tribunal Federal precisará de amadurecimento e energia para coordenar o diálogo entre as instituições. É necessário a unidade institucional, realidade ainda distante para corte. Na ADPF nº 347 os ministros não conseguiram abandonar a logística mandatária e monológica, deixando de implementar os pressupostos essenciais para o sucesso do instituto na Colômbia: o monitoramento e a inserção de atores sociais no processo de deliberação e na fiscalização das ordens emanadas.

O Estado Social impõe ao STF a coautoria no processo de construção da sociedade do bem-estar. Este dever o torna corresponsável, igualmente, pelo insucesso político dos demais poderes. Portanto, para que a declaração do ECI possa realizar os direitos fundamentais, deve-se superar o modelo adversarial, e implementar um debate deliberativo que leve em consideração todos os argumentos esposados, permitindo aos poderes desafiarem-se reciprocamente para alcançar a melhor solução.

O diálogo institucional não exclui a possibilidade do erro, mas com certeza aumenta a probabilidade do acerto. Os direitos fundamentais não se realizarão sem o resgate das instâncias políticas. Este é o grande ganho do ECI, ao rechaçar o culto à hierarquia da “última palavra” propicia a inserção dos demais poderes públicos e a sociedade no processo de interpretação constitucional. Isto revela os pressupostos e as justificações da decisão coletiva, emprestando-lhe qualificação e legitimidade. É este o caminho da sinergia entre o constitucionalismo e a democracia das maiorias e minorais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, J. C. V. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998.

ARENHART, S. C. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 225, n. 38, 2013.

ARIZA, L. J. The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia. In: MALDONADO, D. B. **Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 129-162.

BARCELLOS, A. P. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Orgs). **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 111-147.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-103, abr./jun. 2005.

\_\_\_\_\_. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 254, mai./ago. 2010, p. 39-65.

BARROSO, L. R. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: FELLET, A. L. F.; DE PAULA, D. G.; NOVELINO, M. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011.

\_\_\_\_\_. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: NETO, C. P. de S.; SARMENTO, D. (Coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Eletrônica de Direito de Estado (REDE)**, n. 18, Abr/Jun, 2009.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

BICKEL, A. **The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics**. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BINENBOJM, G. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRANCO, P. G. G. Em busca de um conceito fugidio: o ativismo judicial. In FELLET, A. L. F.; DE PAULA, D. G. NOVELINO, M. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011.

BRANCO, P. G. G.; MENDES, G. F. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRANDÃO, R. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 263, p. 175-220, mai./ago. 2013.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991. Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 18 fev. 1991. Seção 1, p. 3012. Disponível em: <[http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw\\_Identificacao/DEC%2040-1991?OpenDocument](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEC%2040-1991?OpenDocument)>. Acesso em: 20 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 7 jul. 1992. Seção 1, p. 8716. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas. **Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil**. Brasília: CNJ, 2014.

\_\_\_\_\_. Ministério Público Federal. Representação para pedido de inconstitucionalidade da Medida Provisória 755/16. **Ministério Público Federal**, Brasília, DF, 10 jan. 2017. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/temas-de-atuacao/sistema-prisional/representacao-adpf-funpen>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Projeto de lei nº 736, de 2015. 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. **Senado**, Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=574912&disposition=inline>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Petição Inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347. Garantias Constitucionais, Prisão Preventiva, Prisão em flagrante, Prisão Decorrente de Sentença Condenatória. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 27 mai. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

BUCCI, M. P. D. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUSTAMANTE, G. P. **Estado de cosas inconstitucional y políticas públicas**. 2011. 100 f. Tese (Mestrado em Estudos Políticos) - Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2011. Disponível em: <<https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/1617/BustamantePenaGabriel2011.pdf?sequence=1>> Acesso em: 20 ago. 2017.

CAMPOS, C. A. A. Moreira Alves v Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do STF. In: FELLET, A. L. F. et al (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JusPodium, 2011.

\_\_\_\_\_. **As dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

\_\_\_\_\_. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: Juspidivm, 2016.

\_\_\_\_\_. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. **Consultor Jurídico**, São Paulo, set. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>> Acesso em: 20 ago. 2017.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

\_\_\_\_\_. **Estado de direito**. Lisboa: Gradiva, 1999.

\_\_\_\_\_. Metodologia fuzzy' e 'camaleões normativos' na problemática atual dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: \_\_\_\_\_. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria geral do processo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CLÈVE, C. M.; LORENZETTO, B. M. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015.

COLOMBIA. Sentencia nº SU-250/98. DERECHO AL TRABAJO-No es absoluto. Bogotá: **Corte Constitucional de República de Colombia**, 1998.

\_\_\_\_\_. Sentencia nº SU-559, de 6 de noviembre de 1997. SITUADO FISCAL EN MATERIA EDUCATIVA-Inequitativa distribución entre los departamentos y para con sus municipios. Bogotá: **Corte Constitucional de República de Colombia**, 1997.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas**. Madrid: OEA, 2011.

\_\_\_\_\_. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. Costa Rica: OEA, 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2017.

CUNHA JÚNIOR, D. A separação dos poderes ante uma nova dogmática constitucional, a necessidade de uma revisão teórica clássica da separação dos poderes. In: TAVARES, A. R.; SARTEL, I. W.; LEITE, G. S. **Estado constitucional e organização do poder**. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. A separação das funções estatais ante uma nova dogmática constitucional: a necessidade de uma revisão da teoria clássica da separação de poderes. In: LEITE, G. S.; SARLET, I. W.; TAVARES, A. R. (Org.). **Estado Constitucional e organização do poder**. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

DIDIER JÚNIOR, F.; ZENETI JÚNIOR, H. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. 10. ed. Salvador,: Editora Juspodivm, 2016.

DIMOULIS, D.; LUNARDI, S. G. Ativismo e autocontenção Judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLET, A. L. F. et al (Org.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JusPodium, 2011.

FERRAJOLI, L. Pasado y futuro del Estado de derecho. In: CARBONELLI, M. (O rg). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Frotta, 2003.

FISS, O. M. **The Law as it Could Be**. New York: New York University Press, 2003.

\_\_\_\_\_. Two model of adjudication. In: DIDIER JÚNIOR, F.; JORDÃO, E. F. (Orgs.). **Teoria do Processo – Panorama Doutrinário Mundial**. Salvador: Jus Podivm, 2007.

FRANCO, D. R.; GRAVITO, C. R. **Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Dejusticia, 2010.

FREITAS, J. As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 35, 2015, p. 195-217. Disponível em: <[http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/21688/1/2015\\_art\\_ifreitas.pdf](http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/21688/1/2015_art_ifreitas.pdf)> Acesso em: 20 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Políticas públicas, avaliação de impactos e o direito fundamental à boa administração. **Revista Sequência**, Porto Alegre, v. 36, n. 70, 2015, p. 115-133. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2015v36n70p115/29443>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Prefácio. In: SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.



GINSBURG, T. **Judicial review in new democracies**: constitutional courts in Asian cases. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

GUIMARÃES, M. R. O estado de coisa inconstitucional: a perspectiva de atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da experiência da Corte Constitucional colombiana. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, v. 16, n. 49, p. 79-111, jan./jun. 2017.

HÄBERLE, P. **Estado constitucional cooperativo**. Tradução Marcos Augusto Maliska, Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica constitucional** – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HERNÁNDEZ, C. I. V. 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”. **Estudios constitucionales**, Santiago, v. 1, n. 1, 2003, p. 203-228. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82010111>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

HESSE, K. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

\_\_\_\_\_. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. 20. ed. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HIRSCHL, R. The judicialization of politics. In: WHITTINGTON, K.; KELEMEN, R. D.; CALDEIRA, G. A. **The Oxford handbook of law and politics**. Nova York: Oxford University Press, 2008.

JOBIM, M. F. A previsão das medidas estruturantes no artigo 139, IV, do novo Código de Processo Civil brasileiro. In: ZANETI JÚNIOR, H (Coord.). **Repercussões do novo CPC** – processo coletivo. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LACERDA, A. R. **Separação dinâmica das funções estatais: análise de um ativismo judicial moderado na perspectiva de uma leitura dialógica da Constituição Brasileira de 1988** – impediante de configuração de instâncias

hegemônicas. 2013. 64 f. Tese (Mestrado em Direito Constitucional) - Faculdade Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2013.

LIMA, E. V. D. **O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade jurisdicional.** 2015. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

LUÑO, A. E. P. **Los derechos fundamentales.** 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

MARMELSTEIN, G. Estado de coisas inconstitucional: uma análise panorâmica. In: OLIVEIRA, P. A. de; LEAL, G. P. (Orgs.). **Diálogos jurídicos luso-brasileiros.** Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2015. 1 v.

MARSHALL, W. Conservatism and the Seven Signs of Judicial Activism. **University of Colorado Law Review**, North Carolina, v. 73, nov. 2002. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=330266](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=330266)>. Acesso em: 20 ago. 2017.

MENDES, C. H. **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.

MENDES, G. F. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 10, p. 1-12, jan. 2002. Disponível em: <<http://staticsp.atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/04/Direitos-fundamentaisMúltiplos-significados-GILMAR-MENDES.pdf>>. Acesso em: 02/09/2017.

MIRANDA, J. **Manual de Direito Constitucional.** 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

MITIDIERO, D. F. **Bases para construção de um processo civil cooperativo: o Direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo.** 2007. 147 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/13221>> Acesso em: 20 ago. 2017.

MONTESQUIEU, C. L. **Do Espírito das Leis.** São Paulo: Difusão Europeia do livro, 1962. 1 v.

NETO, C. P. S. A justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: NETO, C. P. S.; SARMENTO, D. **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

NETO, C. P. S.; SARMENTO, D. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Editorial Fórum, 2012.

OLIVEIRA, R. A. Notas sobre as decisões estruturantes. **Civil Procedure Review**, München, v. 8, n.1, p. 46-64, jan./apr. 2017.

PAULA, D. G. de. Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. In: FELLET, A. L. F.; DE PAULA, D. G.; NOVELINO, M. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011.

PINTO, L. R. G. El juez de las políticas públicas. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2012. In: CAMPOS, C. A. de A. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016.

PULIDO, C. L. B. Direitos fundamentais, juristocracia constitucional e hiperpresidencialismo na América Latina. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília v. 17 n. 111 fev./mai. 2015 p. 15-34.

RAMOS, E. da S. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, H. M. P. et al. Estado de coisas inconstitucional: um estudo sobre os casos colombiano e brasileiro. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, 2015, p. 2596-2612. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/20941/15320> Acesso em: 20 ago. 2017.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

\_\_\_\_\_. Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios. **Revista do CEJUR/TJSC**, Florianópolis, v. 1, n. 1, p. 29-44, dez. 2013.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais em espécie. In: SARLET, I. W.; MARINONI, L.G.; MITIDIERO, D. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SARMENTO, D. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: NETO, C. P. S.; SARMENTO, D. **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, J. A. L. (Coord.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

\_\_\_\_\_. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, G. S.; SARLET, I. W. (Orgs). **Direitos fundamentais e Estado constitucional**. Estudos em homenagem a J.J Gomes Canotilho. São Paulo: RT, 2009.

SARMENTO, D.; NETO, C. P. S. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da "última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 120-121. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/issue/view/814>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

\_\_\_\_\_. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: NETO, C. P. S.; SARMENTO, D. **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, V. A. da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 250. Rio de Janeiro, 2006. p. 197-227.

SOMBRA, T. L. S. The “Unconstitutional State of Affairs” in Brazil’s Prison System: The Enchantment of Legal Transplantation. **Blog of the International Journal of Constitutional Law and ConstitutionMaking.org**, Sept. 30, 2015, Disponível em: <<http://www.iconnectblog.com/2015/09/the-unconstitutional-state-of-affairs-in-brazils-prison-system-the-enchantment-of-legal-transplantation/>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

SOUZA, J. M. de. Diálogo Institucional: em algum lugar entre as teorias da supremacia. In: FELLET, A. L. F.; DE PAULA, D. G.; NOVELINO, M. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011.

STRECK, L. L. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades e concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 8, n. 2, p. 257-301, mai/ago 2003. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/10953869/jurisdiacao-constitucional-e-hermeneutica-perspectivas-e-possibilidades-de-concre>> Acesso em: 20 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Os modelos de juiz diante da democracia e da divisão de poderes no Estado democrático de direito. In: AVARES, A. R.; LEITE, G. S.; SARLET, I. W. (Orgs.). **Estado Constitucional e organização do Poder**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SUNSTEIN, C. **Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America**. New York: Basic Books, 2005.

TAVARES, A. R. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

VALLE, V. R. L. An Unconstitutional State of Affairs in the Brazilian Prison System. **Blog of the International Journal of Constitutional Law and ConstitutionMaking.org**, Sept. 25, 2015. Disponível em: <<http://www.iconnectblog.com/2015/09/an-unconstitutional-state-of-affairs-in-the-brazilian-prison-system/>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

VERDÚ, P. L. **O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VIEIRA JÚNIOR, 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, 2015.

VIEIRA JÚNIOR, R. J. A.; BEZERRA, R. Estado de coisas fora do lugar(?). **Jota**, Brasília, 5 out. 2015.

VIEIRA JÚNIOR, R. J. A.; CAMARGO, M. M. L; SILVA, A. G. da. O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial. In: I FÓRUM DE GRUPOS DE PESQUISA EM DIREITO CONSTITUCIONAL E TEORIA DO DIREITO, 1., 2009, Rio de Janeiro. **Anais...** Rio de Janeiro: UFRJ, 2009.

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