

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO**

EDENILDO SOUZA COUTO

**O ATIVISMO JUDICIAL ESTRUTURAL DIALÓGICO PARA EFETIVIDADE DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS NO “ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL”**

**Salvador
2018**

EDENILDO SOUZA COUTO

O ATIVISMO JUDICIAL ESTRUTURAL DIALÓGICO PARA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO “ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL”

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia.

Orientador:
Professor Dr. Dirley da Cunha Júnior.

Área de concentração: Mestrado – Direito Público.

Linha de Pesquisa: Teoria do Processo e Tutela dos Direitos. Jurisdição Constitucional e Efetividade dos Direitos Fundamentais.

Salvador
2018

TERMO DE APROVAÇÃO

EDENILDO SOUZA COUTO

O ATIVISMO JUDICIAL ESTRUTURAL DIALÓGICO PARA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO “ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL”

Dissertação apresentada ao Curso de Doutorado em Direito da Faculdade de Direito Da Universidade Federal da Bahia, como um dos requisitos para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Direito Público. Linha de Pesquisa: Teoria do Processo e Tutela dos Direitos. Jurisdição Constitucional e Efetividade dos Direitos Fundamentais.

Defesa apresentada e aprovada em 10 de agosto de 2018.

Banca Examinadora

Prof. Doutor Dirley da Cunha Júnior (Orientador/UFBA)

Prof. Doutor Gabriel Dias Marques da Cruz (UFBA)

Prof. Doutor André Karam Trindade (UniFG)

À Roberta, Sofia, Hélio, Lando, Carminha e Ediane, o meu eterno amor e carinho. Sou eternamente grato a Jeová pela presença de vocês em minha vida.

AGRADECIMENTOS

Todas às vezes em que paro para refletir sobre a vida, em especial quando penso nas conquistas espirituais, morais e materiais, noto que, sempre por trás delas, fui agraciado com a ajuda de, ao menos, uma pessoa. Foram mãos de anjos que, muitas vezes, sem se darem conta da benesse que estavam promovendo, içaram-me para um patamar superior ao que me encontrava.

Aproveito a oportunidade para, expressamente, firmar o meu agradecimento a cada pessoa que, direta ou indiretamente, auxiliou-me a lograr os objetivos perseguidos, em especial, no desenvolvimento da presente pesquisa.

Pela limitação de tempo e espaço ínsita às parcas linhas que a lógica me confere, vejo-me impedido de citar o nome de todos aqueles que me ajudaram; faço-o no meu coração, no meu olhar de gratidão e em minhas orações para que recebam do Divino Criador a força que me concederam.

Aqui, destaco aqueles que, hodiernamente, encontram-se mais próximos de mim e que foram imprescindíveis para a conclusão deste trabalho.

Inicialmente, agradeço aos meus queridos pais que com muita sabedoria, impingiram em mim os valores mais nobres da vida.

Agradeço, também, a minha esposa Roberta pela paciência, pela dedicação e pela paz que me concede.

Agradeço à minha unigênita Sofia pela inspiração e por ter conseguido, no auge de seus cinco anos de vida, domar sua premente necessidade de explorar o mundo, abstendo-se das peraltices, todas as vezes em que percebia que eu estava compenetrado no desenvolvimento deste trabalho.

Estendo meus agradecimentos aos meus irmãos, aos meus sogros, aos meus cunhados, pois foi com vocês que realmente aprendi o significado da amizade

verdadeira e do reforço em relação à importância da família, célula social sem a qual o desenvolvimento pessoal torna-se trabalho bem mais árduo do que o é.

Estendo o meu agradecimento ao Professor Gabriel Marques, integrante da banca de qualificação desta monografia, que, com grande maestria e educação apontou correções fundamentais para a melhor abordagem do tema pesquisado.

Finalizo, registrando agradecimentos ao Professor Dirley da Cunha Júnior, o meu orientador, que muito contribuiu - com seus sempre esmerados ensinamentos - com o desenvolvimento e a conclusão de minha pesquisa.

Na oportunidade, quero deixar registrado o carinho e admiração que tenho pelo Professor Dirley, de quem, muito mais do que aluno, sou discípulo.

E o meu fascínio pelo meu Mestre não vem dos dias atuais; ele é, digamos, das antigas, desde 2007, quando iniciei a graduação em Direito e tive a felicidade de ler o seu livro de Direito Constitucional.

Tamanha, portanto, é minha felicidade em tê-lo como orientador no Mestrado em Direito Público! Trata-se de um verdadeiro presente de Deus!

“A espada sem a balança é força brutal; a balança sem a espada é a impotência do direito. Uma não pode avançar sem a outra, nem haverá ordem jurídica perfeita sem que a energia com que a justiça aplica a espada seja igual à habilidade com que maneja a balança”.

Ihering

RESUMO

O estado de coisas inconstitucional (ECI) é constatado quando ocorre lesão de diversos direitos fundamentais, pertencentes a uma gama de titulares, decorrente de falhas estruturais no Estado. Uma vez verificada a existência do ECI, cabe ao Judiciário imiscuir-se na função típica dos outros Poderes, o que é conhecido como ativismo judicial. Mas não deve ser uma intromissão pura e simples: ela deve ser estrutural, na medida em que deve ser voltada para corrigir as falhas que mantêm o ECI; e deve ser em diálogo com outros Poderes, já que, no ECI, o Judiciário deve traçar os vetores a serem seguidos pelos agentes estatais envolvidos, com o escopo precípuo de suprimir a omissão causadora das falhas estruturais. Nestes casos, o ativismo judicial estrutural dialógico, somente será legítimo e constitucional, se tiver o escopo de salvaguardar os direitos fundamentais violados; deverá ser limitado, notadamente, em respeito ao sistema de freios e contrapesos.

Palavras-chave: estado de coisas inconstitucional. Ativismo judicial estrutural dialógico. Direitos fundamentais.

ABSTRACT

The unconstitutional state of affairs (USA) is observed when there is damage of several fundamental rights, belonging to a range of holders, due to structural failures in the State. Once verified the existence of the USA, must the Judiciary interfere in the typical function of the other Powers, what is known as judicial activism. But it should not be a pure and simple intrusion: it must be structural, insofar as it must be directed to correct the failures that the USA maintains; and should be in dialogue with other Powers, because in the USA, the Judiciary should draw the vectors to be followed by the state agents involved, with the primary goal of suppressing the omission causing structural failures. In these cases, dialogical structural judicial activism will only be lawful and constitutional if it has the scope to safeguard fundamental rights violated; should be limited, in particular, to the system of checks and balances.

Word-Key: Unconstitutional state of affairs. Dialogical structural judicial activism. Fundamental rights.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Ação de descumprimento de preceito fundamental
Art.	Artigo
CCC	Corte Constitucional da Colômbia
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
DF	Distrito Federal
ECI	Estado de coisas inconstitucional
HC	Habeas Corpus
IF	Intervenção Federal
INPEC	Instituto Nacional Penitenciário e Carcerário da Colômbia
MS	Mandado de segurança
MT	Mato Grosso
RE	Recurso Extraordinário
Resp.	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SU	Sentença de Unificação
TCC	Tribunal Constitucional da Colômbia
TJ	Tribunal de Justiça
TSE	Tribunal Superior Eleitoral

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	12
2. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL (ECI)	17
2.1 CONCEITO E OBJETO	17
2.2 ANTECEDENTES DO ECI NO CONTEXTO INTERNACIONAL	21
2.3 BREVE ABORDAGEM SOBRE O ECI NO DIREITO COMPARADO	22
2.3.1 Colômbia	22
2.3.2 O ECI no Peru	42
2.4. O ECI NO BRASIL	44
2.5 PRESSUPOSTOS DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL	48
2.6 DOS EFEITOS DAS DECISÕES QUE RECONHECEM A EXISTÊNCIA DE ECI	53
2.7 POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE SANÇÃO AO AGENTE PÚBLICO QUE DESCUMPRIU A SENTENÇA	55
2.8 A CONSTATAÇÃO DA SUPERAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL	60
2.9 A DIFERENÇA DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ECI DAQUELAS CONFERIDAS NAS OUTRAS AÇÕES CONSTITUCIONAIS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	62
2.9.1 Ação direta de inconstitucionalidade por ação e Ação declaratória de constitucionalidade	62
2.9.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva	65
2.9.3 Da ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão	67
2.9.4 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental	69
2.9.5 A Diferença entre o ECI e as ações constitucionais de controle de constitucionalidade	72
2.10 A INSERÇÃO DA DECLARAÇÃO DO ECI E SUAS CONSEQUÊNCIAS COMO GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	74
2.11 OS LIMITES DO JUIZ CONSTITUCIONAL NA DECLARAÇÃO DE ECI	76
3. O ATIVISMO JUDICIAL ESTRUTURAL DIALÓGICO NO ECI	80
3.1 CONCEITO, NATUREZA E OBJETIVO	80

3.2 ESCORÇO HISTÓRICO DO ATIVISMO JUDICIAL	83
3.3 BREVE ABORDAGEM SOBRE ATIVISMO JUDICIAL ESTRUTURAL NO DIREITO COMPARADO	86
3.4 O ATIVISMO JUDICIAL ESTRUTURAL NO BRASIL	90
3.5. DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA QUANTO À CONSTITUCIONALIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL ESTRUTURAL DIALÓGICO NO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL	95
3.5.1 Críticas gerais	95
3.5.2. Crítica político-ideológica	97
3.5.3 Crítica quanto ao superpoder do judiciário no ativismo estrutural relativo ao estado de coisas inconstitucional	98
3.5.4 Crítica quanto à necessidade de respeito ao princípio da separação dos poderes	99
4. O SOPESAMENTO DOS VALORES COLIDENTES: EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL X PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES	101
4.1 DO CONFLITO ENTRE O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA NECESSIDADE DE PROTEÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL	101
4.2 O PROBLEMA DA INTROMISSÃO SUBJETIVA NO SOPESAMENTO	112
4.3 PROPOSTA PARA A SUPERAÇÃO DO CONFLITO – LIMITES AO ATIVISMO JUDICIAL E DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS	114
5. A EXISTÊNCIA DE ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL – UMA AGENDA PARA O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	118
5.1 ECI NO DIREITO À SAÚDE	118
5.2 ECI DECORRENTE DA VIOLÊNCIA URBANA DESCONTROLADA	127
6. CONCLUSÃO	134
7. REFERÊNCIA	138

1. INTRODUÇÃO

O estado de coisas inconstitucional (ECI) corresponde a um fenômeno formado por uma série de fatores agressivos a uma gama de titulares dos direitos fundamentais. Sua constatação, por sua vez, autoriza o ativismo judicial estrutural dialógico.

É dizer, em outras palavras, que o Poder Judiciário, ao constatar a existência de estado de coisas inconstitucional, decorrente de falhas estruturais causadas por omissão do Legislativo e do Executivo, tem o dever de agir, imiscuindo-se na função típica inerente a estes Poderes, com vistas a salvaguardar direitos fundamentais.

A espécie em apreço foi declarada, pela primeira vez, em 1997 pela Corte Constitucional Colombiana (CCC). No Brasil, no ano 2015, na apreciação de pedido de tutela de urgência na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, o Supremo Tribunal Federal traçou os vetores das políticas públicas que deveriam ser adotadas na destinação do Fundo Penitenciário Nacional, em interferência direta no papel típico do Poder Executivo.

Não tardou para que se verificasse, no bojo do assunto, o surgimento de correntes doutrinárias antagônicas.

De um lado, para os defensores do estado de coisas inconstitucional como legitimador do ativismo judicial estrutural dialógico, a espécie consubstancia-se em verdadeira arma de defesa dos direitos fundamentais.

De outro, a corrente formada por aqueles que sustentam que o ativismo no estado de coisas inconstitucional está maculado pela pecha de inconstitucionalidade, na medida em que o Judiciário se intromete nas funções típicas dos Poderes Executivo e Legislativo, ferindo o Princípio da Separação dos Poderes, consagrado no Artigo 2º da Constituição Federal de 1988.

A celeuma ora apresentada erige na doutrina um “racha” como poucas vezes se viu, bem como uma discussão que se encontra longe de ser findada.

A proeminência do presente estudo tem sustentáculo na inquietação da comunidade jurídica brasileira em relação ao ativismo judicial estrutural para garantia da efetividade dos direitos fundamentais, notadamente, quando constatado o estado de coisas inconstitucional.

Torna-se, pois, cogente um trabalho voltado para o amadurecimento de tema tão relevante.

A presente dissertação adequa-se à linha de pesquisa Teoria do Processo e Tutela dos Direitos, tendo em vista que o seu desenvolvimento não prescinde de considerá-lo sob o prisma da Jurisdição Constitucional e Efetividade dos direitos fundamentais.

Isto porque, com o ativismo judicial estrutural dialógico no estado de coisas inconstitucional, busca-se conferir garantia aos direitos fundamentais atingidos pela conduta omissiva dos agentes estatais, conferindo-lhes efetividade, por meio da Jurisdição Constitucional.

Além do mais, impossível enfrentar a controvérsia doutrinária que se instaurou sobre o tema em apreço, sem que se tivesse feita a análise minudenciada dos institutos a ele interligados à luz dos elementos compositores da linha de pesquisa supracitada.

Nesta senda, buscou-se responder a pergunta: com o escopo precípua de garantir a efetividade dos direitos fundamentais diante do “Estado de Coisas Inconstitucional”, pode-se admitir o ativismo judicial estrutural dialógico?

Com este desiderato, buscou-se demonstrar que o ativismo judicial estrutural dialógico é ferramenta legítima da Jurisdição Constitucional para garantia da efetividade dos direitos fundamentais no estado de coisas inconstitucional.

Objetivou-se, ainda, edificar, no âmbito dogmático e filosófico, afirmações jurídicas sobre a proteção aos direitos fundamentais.

Para tanto, utilizou-se o método analítico-jurídico, valendo-se de consulta das principais fontes jurídicas, quais sejam: a legislação, (vigente e revogada, nacional e

declarações internacionais no âmbito dos direitos humanos e direitos fundamentais, mais precisamente, no que tange aos direitos fundamentais); jurisprudência, bem como à pesquisa bibliográfica à doutrina nacional e estrangeira (sobretudo ao direito colombiano – pioneiro no reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional), sem olvidar de estudos de casos concretos.

Nesta senda, seguiu-se as lições de René Descartes , que em seu método parte do pressuposto de que tudo deve ser questionado – neste caso, os contrapostos erigidos pelos doutrinadores contrários à legitimidade do ativismo estrutural dialógico nas declarações de estado de coisas inconstitucional - que não há verdades suficientes em si mesmas e que o saber científico nunca está pronto, mas, sim, deve ser edificado sempre.

Recorreu-se, com este desiderato, a acervos públicos e particulares, publicações periódicas, artigos científicos, dicionários, bem como textos relativos ao assunto em sites da Internet, não se olvidando da coleta e análise de material jurisprudencial, obtido junto aos mais diversos órgãos jurisdicionais e administrativos.

Por fim, pretendeu-se, inobstante o sentimento de inviabilidade de alguns juristas, empreender uma pesquisa embasada no método empírico de Francis Bacon, de modo a buscar em visitas aos diversos órgãos prestadores da jurisdição brasileira alguns elementos que possam corroborar com o pensamento que ora se intenta demonstrar.

Voltou-se a explicitar que o estado de coisas inconstitucional, fruto de construção jurisprudencial colombiana, coaduna-se com a realidade jurídico-constitucional brasileira.

Com vistas a solucionar o problema posto, a presente obra foi dividida em cinco capítulos, além da introdução e conclusão.

O primeiro deles foi reservado ao estudo do estado de coisas inconstitucional. Nele, foram abordados o conceito e o objeto da espécie em apreço. Foram destacados, outrossim, os principais antecedentes internacionais do instituto. Além disto, foi feita

análise do estado de coisas inconstitucional, no direito comparado, iniciando sua aplicação na Colômbia, país que é considerado o berço do ECI.

Em seguida, apontaram-se julgados, no Peru, em que a espécie foi reconhecida. Viu-se que o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o pedido de tutela antecipada na ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), também já declarou a existência de estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário do Brasil, ocasião em que agiu em ativismo estrutural, com escopo precípua de afastar as falhas estruturais que o ocasionou.

Foram abordados, outrossim, os pressupostos para o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional.

De mais a mais, ainda neste capítulo, foi feito um estudo sobre os efeitos das decisões que reconhecem a existência de ECI, inclusive, com a possibilidade de aplicação de sanção ao agente público que descumpriu a sentença.

Já no capítulo seguinte, passou-se a analisar o próprio ativismo judicial estrutural. Viu-se o seu conceito, natureza e objetivo. Foi feito um breve estudo sobre a sua história, assim como perpassou-se sobre sua existência no direito comparado.

Estudou-se, outrossim, o ativismo judicial estrutural no Brasil. Destacaram-se a existência da divergência doutrinária sobre a sua constitucionalidade, assim como as críticas que o mesmo sofre, principalmente, de caráter político-ideológica.

O capítulo 4, a seu turno, foi reservado ao estudo da necessidade de sopesamento de princípios em colisão quando o judiciário, ao reconhecer a existência de estado de coisas inconstitucional, age em ativismo estrutural. De um lado, tem-se o princípio da separação dos poderes; de outro, tem-se o direito fundamental ferido com a omissão do Estado a que se busca proteger.

No capítulo 5, abordou-se uma série de direitos fundamentais que vêm sendo vilipendiados no Brasil em decorrência da omissão dos agentes estatais e que devem ser tutelados pelo Supremo Tribunal Federal, após reconhecer a existência de estado

de coisas inconstitucional em relação aos mesmos. Trata-se, portanto, de uma agenda para a própria Corte Suprema do Brasil.

No presente trabalho, destarte, logrou-se demonstrar que a crise de efetividade dos direitos fundamentais no Brasil - exacerbada pela atual crise econômica e política enfrentada pelo País - vem gerando diversas situações em que se exigirá que o Poder Judiciário atue em ativismo estrutural, dialogando com os outros Poderes, a fim de tutelar os direitos fundamentais violados no estado de coisas inconstitucional.

2. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL (ECI)

2.1 CONCEITO E OBJETO

Em uma acepção filosófica, o estado de coisas (*States of Affairs*) corresponde a uma situação. Trata-se de modo pelo qual o mundo tem de se ordenar, a fim de que uma referida proposição sobre ele seja verdadeira¹.

Sob o enfoque filosófico, é válido afirmar que o estado de coisas inconstitucional se lastreia na política liberal-igualitária, como citado por John Rawls, notadamente, perante a sua noção de mínimo social (*social minimum*). É que, para este escritor, de fato, as políticas sociais, em um Estado Democrático de Direito, devem ficar a cargo do próprio legislador. Todavia, caso seja negada, a uma sociedade, o mínimo social para a sobrevivência de um determinado grupo, estas políticas devem ser controladas pelos tribunais constitucionais, no âmbito da *judicial review*².

Na esteira do raciocínio ora apresentado, a denegação de condições sociais mínimas aos economicamente hipossuficientes implica tolher-lhes a possibilidade de construção de poderes de cunho moral, com nítida violação a direitos constitucional de essência. Em outras palavras, as necessidades básicas do homem, face ao que se entende por ideal, têm de ser tutelada pelo juiz constitucional³.

Ernest Sosa vaticina que o estado de coisas são condições situacionais⁴.

Por este prisma, infere-se que o estado de coisas inconstitucional corresponde a condições situacionais que desembocam na inconstitucionalidade em razão de violação a normas constitucionais.

Deve-se tomar o cuidado com a concordância nominal da nomenclatura atribuída ao objeto ora analisado. Note-se, por oportuno, que a expressão “inconstitucional” se

¹ Consoante delineado pela Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: < <https://plato.stanford.edu/entries/states-of-affairs/>>

² RAWLS, John. Political Liberalism. New York: Columbia University Press, 1993, p. 229-230.

³ RAWLS, John. Political Liberalism. New York: Columbia University Press, 1993, p. 236-237.

⁴ Ernest Sosa, 1999. "Condition". Cambridge Dictionary of Philosophy. R.Audi, Ed. Cambridge: Cambridge UP. p. 171.

encontra no singular; não no plural. Isto ocorre porque o termo em cotejo é elemento modificador da palavra “estado”; não do vocabulário “coisas”. Assim, por inferência das regras gramaticais, pode-se denotar que a inconstitucionalidade é atribuída ao próprio estado das coisas. É dizer, destarte, que a própria condição situacional verificada é inconstitucional. Não por menos, é equivocado dizer que, pela expressão em testilha, as coisas são inconstitucionais.

Sob o prisma do Direito, não há consenso, entre os doutrinadores quanto ao conceito e a natureza jurídica e objeto do ECI.

Para alguns, como Clara Inês Vargas Hernández, trata-se de uma técnica de julgamento⁵.

Para outros, por todos Bustamante Peña, o ECI é uma decisão judicial, por meio do qual uma corte constitucional declara que houve uma violação massiva, generalizada e estrutural dos direitos fundamentais⁶.

César Rodríguez Gravito, por sua vez, leciona que o estado de coisas inconstitucional é contemplado em ordens judiciais complexas dos tribunais constitucionais, no exercício de suas atividades típicas de proteção à própria Constituição, que têm o dever institucional de realizar audiências públicas de prestação de informações e de monitoramento das providências adotadas pelo Estado⁷.

Blanca Raquel Cárdenas, a seu turno, vaticina que, ao menos na Colômbia, o ECI foi inaugurado como uma simples decisão judicial, na sua primeira fase, conforme melhor explicado adiante. Todavia, passou a ser uma técnica, a partir da fase de

⁵ HERNÁNDEZ, Clara Inês Vargas. “La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano em sede de acción de tutela: el llamado ‘estado de cosas inconstitucional’”. Revista Centro de Estudios Constitucionales, año 1, Santiago de Chile, Universidad de Talca, 2003, p. 227.

⁶ PENÃ, Bustamante. Estado de cosas inconstitucional y políticas públicas. Tese de Mestrado (Estudos Políticos) . Bogotá: Pontifícia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales, 2011.

⁷ GRAVITO, César Rodríguez. Juicio a la Exclusión: el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales em el Sur Global. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2015, p. 33.

consolidação, notadamente, com o proferimento da *sentencia* T-025 de 2004, melhor analisada abaixo⁸.

Neste opúsculo, defende-se que o estado de coisas inconstitucional corresponde à violação massiva e permanente de direitos fundamentais, o que margeia a adoção de técnica jurídica⁹ fomentadora do ativismo judicial estrutural.

Trata-se, portanto, de um fenômeno social. E, ao percebê-lo, o Poder Judiciário, *ad hoc*, por provocação ou de ofício, tem o poder-dever de imiscuir-se na construção das políticas públicas, em ativismo estrutural, ao reconhecer a existência de falhas estruturais importantes, que causam violações generalizadas, contínuas e sistemáticas dos direitos fundamentais¹⁰.

O estado de coisas inconstitucional (ECI), portanto, corresponde a um fenômeno formado por uma série de fatores agressivos a uma gama de titulares dos direitos fundamentais.

Este conceito pode ser extraído dos vaticínios de Guilherme Peña de Moraes, para quem o ECI é fenômeno causado pelo fracasso generalizado de políticas públicas, advenientes de paralisia política ou institucional, resultando em violações massivas de direitos humanos¹¹.

Sua verificação, por sua vez, autoriza o ativismo judicial estrutural dialógico.

É bom, de logo, propugnar que se parte da premissa de que o estado de coisas inconstitucional não é uma ferramenta propriamente dita, mas uma situação fática,

⁸ BLANCA, Raquel Cárdenas. Del estado de cosas inconstitucional (ECI) a la formulación de una garantía transubjetiva. Bogotá: universidad externado de Colombia, 2016. p.48.

⁹ LYONS, Quintero Josefina; MONTERROZA, Angélica M. Navarro; MEZA, Malka Irina. La figura del Estado de Cosas Inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable em Colómbia. Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo, disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwi4iaCJ_4raAhWEf5AKHTlyAP8QFggzMAE&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F4767667.pdf&usg=AOvVaw3nfTaN3S8re9U2LPxjgqRL>. Acesso: 01 de agosto de 2016.

¹⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 11ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 591.

¹¹ MORAES, Guilherme Peña de. Curso de direito constitucional. 9ª ed. reform., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. p. 655.

apurada de forma empírica, por meio de confrontos de situações sociais atinentes a um problema, exigindo uma solução dos Poderes Públicos.

Sua existência, portanto, independe de qualquer declaração judicial. Ele é fruto do mau uso das atribuições públicas. Advém do engessamento e das omissões dos Poderes Públicos frente ao perecimento dos direitos fundamentais.

Husserl apregoava que, para chegar-se ao verdadeiro objeto em análise, é preciso que se proceda à redução eidética, de sorte que seja possível que o pesquisador logre vislumbrar a essência do objeto; jamais ele próprio¹².

E assim o sendo, ao menos em relação à investigação da essência de um instituto jurídico, a redução eidética se faz necessária, de sorte que esta não se confunda com o próprio objeto estudado. Diz-se isto, para que, entre outras incorreções técnicas, não se confunda o conceito ontológico da espécie em estudo com o seu objeto.

Neste ponto, pode-se propugnar que o objeto do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional corresponde à efetiva proteção dos direitos fundamentais, como “garantia do possível”, sempre que estes estiverem ameaçados por falhas estruturais¹³.

Agora, uma vez percebido e declarado na esfera jurisdicional, o ECI legitima o uso do ativismo judicial estrutural dialógico¹⁴.

Com efeito, o Juiz Constitucional, no exercício das atividades judicantes, ao reconhecer a existência, em análise empírica, do ECI, busca afastá-lo, exarando decisão que exorbita os sujeitos parciais do processo e alcança todos os agentes

¹² Husserl, Edmund, 1859-1938. *Idéias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura / Edmund Husserl; [tradução Márcio Suzuki]. - Aparecida, SP: Idéias & Letras, 2006. p. 151.*

¹³ MENÉDEZ, Ignacio Villaverde. *La inconstitucionalidade por omisión*, 1ª ed., Madrid: McGraw-Hill, 1997, p. 21.

¹⁴ Raciocínio idêntico ao que é defendido por Azevedo Campos, no artigo *Estado de Coisas Inconstitucional*, disponível em: <<http://jota.info/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acesso: 01 de junho de 2017.

estatais, mesmo que pertencentes aos Poderes Executivo e Legislativo, dotados de atribuições institucionais suficientes para o cumprimento do desiderato perseguido.

2.2 ANTECEDENTES DO ECI NO CONTEXTO INTERNACIONAL

Como melhor será exposto, o ativismo estrutural decorrente de reconhecimento ECI, pela Corte Constitucional Colombiana (CCC), teve origem naquele país, no ano de 1997.

Contudo, a doutrina aponta que esta jurisprudência tem raiz em diversas sentenças estrangeiras, como aquela vergastada, em 1954, no caso *Brown vs. Board of Education*¹⁵.

Pode-se afirmar que este julgado foi um marco na superação da segregação racial nas escolas dos Estados Unidos, por meio de um conjunto de ordens que implicou a derrubada da doutrina dos “separados, mas iguais”. Este julgado serviu não apenas como revolucionário do ponto de vista de proteção judicial aos direitos fundamentais, mas é sinalizado como inaugurador de um período inteiro de pronunciamentos judiciais de natureza progressista ao ciclo de decisões produzidas durante a corte do juiz Earl Warren (1954 a 1973)¹⁶.

Deste julgado, emergiu controvérsia doutrinária e jurisprudencial. De um lado, os defensores da "doutrina da questão política" (*political question doctrine*); do outro, posicionaram-se os paracletos do que se chamou de "soluções estruturais" (*structural remedies*).

Segundo Edgar Fuentes, Beatriz Suárez e Adriana Rincón¹⁷, a doutrina da questão política, baseia-se vaticinar que o Judiciário não pode interferir nos assuntos que são

¹⁵ CARDENAS, Blanca Raquel. Contornos jurídicos-fáticos del Estado de cosas inconstitucional, 1ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 100.

¹⁶ Neste sentido, CARBONELL, Miguel. Teoría o ideología de la interpretación constitucional, 2ª ed. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Trotta, 2010, p. 23.

¹⁷ FUENTES, Edgar; SUÁREZ, Beatriz; RINCÓN, Adriana. Facticidad y Constitución: La Doctrina del Estado de Cosas Inconstitucional en América Latina. En Athenas, Volumen I, N° 2, Brasil, 2012, disponível em: <http://www.academia.edu/3533049/Facticidad_y_Constitucion>. Acesso: 01 de outubro de 2017.

da competência exclusiva dos poderes legislativo e executivo do poder público, valendo-se de interpretação estrita do princípio da separação de poderes. Por isso, O juiz constitucional está proibido de tomar decisões sobre assuntos dessa natureza e seu trabalho limita-se, nos termos da doutrina europeia continental, a formular proposições orientadoras, para a defesa da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais.

Noutro giro, Beatriz Ramírez Huaroto indica que essa inovação jurisprudencial está inserida no marco de uma corrente mais ampla de ativismo judicial que, em suas raízes americanas, foi chamada como um litígio de direito público, modelo que permite a transformação de falhas estruturais em entidades governamentais que eles tornaram resistentes a outra forma de controle político¹⁸.

Pelo lado europeu, aponta-se a decisão proferida na Alemanha, em 1958, no caso Lüth. Neste julgado, destacou-se a prevalência dos valores e princípios sobre os quais repousava o ordenamento jurídico alemão, opondo-se tanto no ambiente público quanto no privado.

Já na Ásia Meridional, antecedente registrado pela decisão prolatada pela Corte Suprema da Índia vituperou o vilipêndio aos direitos sociais, principalmente quando, em 1980, assegurou-se, por decisão judicial, o direito à água¹⁹.

2.3 BREVE ABORDAGEM SOBRE O ECI NO DIREITO COMPARADO

2.3.1 Colômbia

Como dito alhures, o ECI, na acepção exposta neste estudo, foi declarado, pela primeira vez, na Colômbia, no ano de 1997.

¹⁸ HUAROTO, Beatriz Ramírez. El “Estado de Cosas Inconstitucional” y sus posibilidades como herramienta para el litigio estratégico de Derecho Público. Una mirada a la jurisprudencia colombiana y peruana. Tesis, Escuela de Posgrado Maestría Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú. 2013.

¹⁹ LANGORD, Malcom. Justiciabilidad em el ámbito nacional y los derechos económicos, sociales y culturales: um análisis sociojurídico. Revista Internacional de Direitos Humanos, vol. 6, nº 11. São Paulo, dezembro de 2009. Disponível em: <[https:// www.scielo.br/scielo](https://www.scielo.br/scielo)>. Acesso: 01 de outubro de 2017.

A declaração ocorreu na *sentencia* SU-559/97²⁰, pela Corte Constitucional daquele Estado, em análise de várias ações ajuizadas por inúmeros professores que eram funcionários municipais.

Nelas, os docentes questionavam a falta de filiação a um fundo de prestação social, mesmo após terem descontados cinco por cento de seus rendimentos, que seriam destinados para este jaez.

No cerne da questão, discutiam-se direitos fundamentais previdenciários e à saúde dos professores municipais.

O Tribunal Constitucional da Colômbia (TCC) reconheceu, naquele julgamento, que os velhos mecanismos de tutela jurisdicional não solucionaram as falhas estruturais que ensejaram a propositura daquelas ações.

Os Ministros daquela Casa perceberam, outrossim, que mesmo existindo jurisprudência inveterada sobre a matéria, a tutela jurisdicional, até então proferida, foram insuficientes para impedirem o ajuizamento de novas ações, notadamente porque havia a manutenção da violação dos direitos fundamentais em questão.

Em vista de tal cenário, a Corte considerou conveniente declarar a existência do estado de coisas inconstitucional. Fê-lo, expondo as seguintes razões²¹:

1. O Tribunal Constitucional tem o dever de colaborar de forma harmoniosa com os órgãos remanescentes do Estado para a realização de seus propósitos (C.P. art. 113).
2. o dever de colaboração torna-se imperativo se o remédio administrativo apropriado puder evitar o uso excessivo da ação de tutela. Os recursos disponíveis para a administração da justiça são escassos. Se exortar o cumprimento diligente das

²⁰ Tribunal Constitucional da Colômbia. *Sentencia* SU-559/97. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso: 01 de fevereiro de 2018.

²¹ Tribunal Constitucional da Colômbia. *Sentencia* SU-559/97. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso: 01 de fevereiro de 2018.

obrigações constitucionais que pesam sobre uma determinada autoridade ajudam a reduzir o número de causas constitucionais, que de outra forma ocorreria inexoravelmente, tal ação também se constitui como um meio legítimo, por meio do qual o Tribunal exerce sua função de guardião da integridade da Constituição e da eficácia de seus mandatos.

Em resumo, três pontos-chaves podem ser destacados, pelos quais esse mecanismo foi adotado na Colômbia:

- I) evitar a ação excessiva da tutela, justificando com o princípio da economia processual;
- II) o dever de colaboração harmoniosa entre os órgãos do Estado, com o escopo precípua de proteção aos direitos fundamentais;
- III) o dever do Tribunal Constitucional de promover a efetiva proteção dos direitos fundamentais, face a falhas estruturais que levaram à sua violação massiva e generalizada;

Na ocasião, apenas dois requisitos foram destacados, pelos Ministros, como suficientes para o reconhecimento do ECI:

- 1) Existência de violação repetida de direitos fundamentais de uma plêiade de pessoas;
- 2) Quando a causa desta agressão aos direitos fundamentais for imputada, não às autoridades propriamente ditas, mas decorrentes de falhas estruturais.

Como resultado, na sentença SU-559/97, o Tribunal Colombiano declarou a existência de estado de coisas inconstitucional na matéria discutida. Agiu em ativismo estrutural, em razão disto, e determinaram aos outros Poderes que procedessem, dentro do tempo razoável, a correção das falhas estruturais que causavam a violação dos direitos fundamentais em testilha.

Pois bem.

Da decisão em cotejo, dois efeitos principais podem ser extraídos:

a) a emissão de ordens para instituições que são concatenados pela falha estrutural que gera a violação maciça dos direitos fundamentais para que implementem as medidas e políticas necessárias para cessar dita violação; e,

b) a expansão dos efeitos contraditórios da sentença, que implica que as pessoas fora do processo podem ir a ele para obter a tutela sem necessidade de um novo processo constitucional com o tempo e a despesa que implica.

Mauricio Plazas Vega²² sustenta que o Tribunal Constitucional da Colômbia, ao declarar o estado de coisas inconstitucional, exarou ordens mandamentais, em nítido ativismo estrutural dialógico, intervindo, imperativamente, na concepção e execução de políticas públicas.

Já na sentença T-289/9823, o TCC declarou a existência de estado de coisas inconstitucional no direito fundamental do trabalhador ao que foi chamado de mínimo vital²⁴.

No caso concreto, funcionários municipais insurgiram-se contra o que se denominou “pagamento oportuno”, em mora, pelo Município de Ciénaga.

²² PLAZAS, Mauricio. El Poder de la Corte Constitucional en Colombia y el llamado “Estado de cosas inconstitucional”. En Elementos de Juicio Revista de Temas Constitucionales. N° 10, México, Outubro – dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/juicio/cont/10/cnt/cnt13.pdf>>. Acesso: 05 de fevereiro de 2018.

²³ Corte Constitucional de Colômbia. *sentencia* T-289/98. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-289-98.htm>>. Acesso: 05 de fevereiro de 2018.

²⁴ Corte Constitucional de Colômbia. *sentencia* T-289/98. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-289-98.htm>>. Acesso: 05 de fevereiro de 2018.

Os ministros amparam-se na decisão proferida na *sentencia* SU-559/97, citada acima, e teceram as seguintes ponderações²⁵:

(1) o Tribunal Constitucional tem o dever de colaborar, de forma harmônica, com os outros órgãos do Estado para a realização de seus propósitos;

(2) vaticinaram, outrossim, que o dever de colaboração se torna imperativo, se o recurso administrativo apropriado puder evitar o uso excessivo do Judiciário. Os recursos disponíveis para a administração da justiça são escassos. Se instar ao cumprimento diligente das obrigações constitucionais que pesam sobre certa autoridade contribui para reduzir o número de causas constitucionais, que de outro modo inexoravelmente ocorreriam, esta ação também é erigida de maneira legítima através da qual o Tribunal desempenha sua função de guardião da integridade da Constituição e da eficácia dos seus mandatos;

(3) no entanto, se o estado de coisas, como tal, não apoia a Constituição, está diretamente relacionado com a violação dos direitos fundamentais, verificada em um processo de proteção pelo Tribunal Constitucional, a notificação da irregularidade existente pode ser acompanhada de uma exigência específica ou genérica dirigida às autoridades no sentido de executar uma ação ou de se abster de fazê-lo. Neste caso, entende-se que a notificação e o pedido formam o repertório de ordens que o Tribunal pode emitir, em lugar de revisão, a fim de restabelecer a ordem fundamental quebrada. A circunstância de que o estado de coisas não serve apenas como suporte causal da lesão fundamental examinada, mas também, em relação a situações semelhantes, não pode restringir o escopo da exigência formulada.

Alfim, Os Ministros do TCC reconheceram a existência do estado de coisas inconstitucional, quanto à violação repetitiva e massiva dos direitos dos trabalhadores ao mínimo existencial.

²⁵ Corte Constitucional de Colômbia. *sentencia* T-289/98. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-289-98.htm>>. Acesso: 05 de fevereiro de 2018.

Determinaram, em ativismo estrutural, que o Município de Ciénaga procedesse, no prazo de quarenta e oito horas, ao pagamento das verbas reclamadas nas ações.

Mandaram, outrossim, que o Poder Legislativo adotasse, até janeiro de 1999, as medidas necessárias para corrigir, dentro dos parâmetros constitucionais e legais, a falta de previsão orçamentária que estava afetando o cancelamento tempestivo dos salários dos funcionários do município correlato, conforme disposto na parte motivadora do julgamento.

Além do mais, alertaram ao município de Ciénaga que Magdalena para que se evitasse a omissão inconstitucional que originaram a ação em cotejo.

Note-se, por oportuno, que, conquanto similar a fundamentação desta sentença ao da SU-559/97, o TCC avançou no presente caso e fixou prazo para que as falhas estruturais fossem sanadas. Além do mais, o ativismo estrutural daquela Corte resultou em ordens que deveriam ser cumpridas tanto pelo Poder Executivo, quanto pelo Poder Legislativo.

Lado outro, além das ordens judiciais específicas e imperativas, o Tribunal Constitucional emanou ordem genérica em que conclamou o município a evitar omissões violadoras dos direitos fundamentais protegidos naquele processo.

Blanca Raquel Cárdenas²⁶ destaca, outrossim, a decisão do Tribunal Constitucional da Colômbia, na sentença T-068, em 1998. No caso julgado, a Caixa Nacional de Previdência não havia respondido às petições de aposentados e pensionistas que buscavam obter o recálculo e pagamento das diferenças de verbas previdenciárias.

Na ocasião, a autoridade administrativa disse que o atraso na resposta ocorria porque não tinha estrutura suficiente para responder, em curto espaço de tempo, as quarenta e cinco mil petições.

²⁶ BLANCA, Raquel Cárdenas. Contornos jurídico-fáticos del estado de cosas inconstitucional. Bogotá: universidad externado de Colombia, 2011. p.161-164.

O TCC, valendo das mesmas premissas já adotadas nos casos supracitados, declarou a existência de ECI²⁷, ante a constatação da existência de um cenário insuportável de ineficiência administrativa, com visível lesão aos direitos fundamentais envolvidos²⁸.

A Corte colombiana, na ocasião, fundamentou sua decisão em estatísticas da própria Caixa Nacional de Previdência Social, entre os anos de 1995 e 1997. Observou-se a existência de mais de quatorze mil ações judiciais, com vistas a tutelar os mesmos direitos fundamentais.

Além disto, a estatística mostrou que havia uma grande quantidade de trabalhadores que prestavam serviços, sob uma relação de subordinação, mas que, apesar disso, estavam ligados por contrato de prestação de serviços, em que não se conhecia a existência de relação empregatícia.

Os ministros daquela Casa perceberam que a Caixa Nacional de Previdência Social não lograva cumprir os objetivos mínimos que ensejaram a sua criação. Notaram a violação sucessiva e massiva de direitos fundamentais atinentes à previdência social.

Com este raciocínio, inicialmente, os ministros do TCC, no caso concreto, determinaram que a Caixa Nacional de Previdência Social, no prazo de 48h, resolvesse o direito de fundo dos demandantes.

Em seguida, de ofício, os ministros daquela Corte declararam a existência de ECI para, novamente, em ativismo estrutural dialógico, determinar que, dentro dos seis meses seguintes àquela decisão, fossem corrigidos, na prática, dentro dos parâmetros legais, falhas estruturais, organizacionais e processuais que afetavam a pronta resolução de pedidos de reconhecimento e reavaliação de aposentadorias e pensões.

²⁷ Corte Constitucional da Colômbia. Sentencia T-068.. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-068-98.htm#_ftnref5>. Acesso: 04 de fevereiro de 2018.

²⁸ GÓMEZ PINTO, Luiz Ricardo. El Juez de las Políticas Públicas. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2012. p. 49.

Giro outro, também na seara dos direitos previdenciários, pode-se citar o ativismo estrutural da Corte Constitucional colombiana na sentença T-525, no ano de 1999²⁹.

No caso apontado, a Corte Constitucional deparou-se com o fato de a administração pública - alegando déficit econômico decorrente de dívidas contraídas pelo governo anterior - deixar de pagar as pensões, nas datas devidas, aos funcionários do Departamento de Bolívar³⁰.

Perante esta situação, consideram a violação ao direito fundamental à vida e à segurança social. Verificaram lesão ao mínimo vital do pensionista, na medida em que o pagamento atrasado dos referidos subsídios tem inegável impacto na subsistência própria do pensionista e na da sua família.

Os ministros do CCC, na decisão em comento, ponderaram que a administração pública violou, seriamente, suas obrigações. Isto porque abandonou seus trabalhadores, privando-os de seus salários ou pensões e, com essa atitude, não apenas violam direitos individuais e coletivos muito claros, mas deixam princípios constitucionais não cumpridos de primeira ordem que deveriam ter presidido sua gestão³¹.

Decidiram, no caso em concreto, aos autores, tutelar o direito pleiteado à vida e à seguridade social. Ordenaram, com este propósito, ao Governador do Departamento de Bolívar que, no prazo de quarenta e oito horas após a notificação da decisão, que procedesse ao pagamento aos autores referente ao direito de fundo, desde que existisse a respectiva dotação orçamentária.

Ponderaram, outrossim, que se a dotação fosse insuficiente, a autoridade administrativa, dentro do prazo mencionado, deveria iniciar os esforços para obter os recursos necessários para o cumprimento da decisão, até 1º de novembro de mil

²⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-525/99. Disponível em <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/t-525-99.htm>>. Acesso em 05 de março de 2016.

³⁰ Na Colômbia o Departamento equivale aos Estados do Brasil. Todavia, sem a mesma autonomia política. Informação colhida em Encolombia, disponível em: <<https://encolombia.com/educacion-cultura/geografia/departamentos-colombianos/>>. Acesso: 03 de março de 2018.

³¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-525/99. Disponível em <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/t-525-99.htm>. Acesso: 03 de março de 2018.

novecientos e noventa e nove, sobre os quais deveriam informar aos juízes de primeira instância.

Mais uma vez, de ofício, reconheceram a existência de um estado de coisas inconstitucional para agirem em ativismo estrutural, baixando ordens judiciais de interferência direta nas políticas públicas, a saber:

Determinaram que o Poder Legislativo e o Governo local, nos limites das respectivas competências, adotassem, dentro do período das sessões ordinárias correspondentes ao segundo semestre de 1999, as medidas que fossem necessárias para corrigir, dentro dos parâmetros constitucionais e legais, a falta de previsão orçamentária que afetava o pagamento tempestivo da pensão dos ex-empregados do Departamento demandado, conforme disposto na parte motivadora do julgamento correlato³².

Na mesma linha do raciocínio adotado na sentença T-068/98, a Corte Constitucional da Colômbia, determinou que se notificasse o Governador de Bolívar, para que ele evitasse incorrer nas omissões inconstitucionais que originaram o ECI declarado, sob pena das correspondentes sanções legais³³.

No ano de 2000, também em relação à violação massiva dos direitos fundamentais previdenciários, a Corte Constitucional da Colômbia, novamente, valendo-se dos mesmos requisitos iniciais, reconheceu a existência de ECI e, de ofício, agiu em ativismo estrutural.

Trata-se de julgado registrado na sentença SU-090/00³⁴. Nela, os atores das quatorze ações distintas, pensionistas do departamento de Chocó e da empresa de bebidas do departamento cobravam o pagamento de suas pensões e cuidados de saúde a que faziam *jus*, direitos que lhes foram negados, na prática, por vários anos.

³² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-525/99. Disponível em <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/t-525-99.htm>. Acesso: 03 de março de 2018.

³³ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-525/99. Disponível em <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/t-525-99.htm>. Acesso: 03 de março de 2018.

³⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-090/00. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/SU090-00.htm>. Acesso: 15 de março de 2016.

De forma geral, o governador de Chocó, na Colômbia, respondeu às ações, com a manifestação de que os autores tinham escolhido a via judicial incorreta para buscar tutela de seus direitos. Da mesma forma, propugnou que o departamento estava passando por um período de grave déficit fiscal e que não possuía recursos para cumprir suas obrigações. Ele acrescenta que o governo fez elevados esforços para obter o dinheiro necessário para pagar suas dívidas previdenciárias.

Na maioria dos casos, os juízes singulares, de piso, concediam a proteção solicitada, embora em alguns casos considerassem que não havia uma ameaça real aos direitos à vida e à saúde dos autores e é, por isso, que iminente dano irreparável e, portanto, a ação de proteção, a via eleita pelos autores daquelas ações era inapropriada.

O Conselho de Estado colombiano confirmou os acórdãos de primeira instância em que o pedido de proteção havia sido negado e revogou as sentenças que haviam concedido o amparo rogado pelos autores.

Suas decisões baseavam-se no argumento de que os direitos, cuja proteção era reivindicada naqueles autos, eram de *status* legal e que, portanto, os atores tinham outros meios de defesa judicial para exigir sua garantia.

A Corte Constitucional, *in concreto*, reformou todas as decisões recorridas que negaram a tutela aos autores das ações. Determinou-se que, no prazo de 3 (três) meses a contar da notificação da sentença em apreço, a dívida cobrada pelos autores daquelas ações fosse paga.

Além disto, após o reconhecimento da existência de estado de coisas inconstitucional no arcabouço fenomenológico que originou aquelas ações, de ofício, além de determinar que fossem apuradas as responsabilidades administrativas e penais dos agentes envolvidos nas ações que ensejaram o déficit das contas do departamento, proferiu-se uma série de ordens de interferência nas políticas públicas, inclusive, determinando que a *Contraloría General de la República*, de acordo com suas competências, auxiliasse no monitoramento da gestão fiscal do departamento de

Chocó, pelo tempo que se fizesse necessário, para colocar em ordem as suas contas³⁵.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos destaca o emblemático caso do sistema carcerário colombiano³⁶.

Segundo o autor supra, a Corte Constitucional da Colômbia, em decisão histórica, declarou ECI em relação ao cenário de superlotação das penitenciárias do país, assim como as situações desumanas das Penitenciárias Nacionais de Bogotá, de Bellavista de Medellín.

Ela foi tomada na *Sentencia T-153* de 1998. Nela, com arrimo em estudos empíricos, os ministros do Tribunal Constitucional daquele país concluíram que havia uma situação de violação generalizado de direitos, não apenas nos casos apreciados; em toda a Colômbia³⁷.

Para aqueles magistrados, restavam presentes todos os elementos ensejadores da declaração do ECI³⁸.

Sobre o assunto, Clara Inés Vargas Hernández identificou, na decisão em estudo, causas estruturais para o reconhecimento do ECI neste caso específico, no que tange à superlotação dos presídios. Segundo a autora, pode-se indicar, inicialmente, como causa da superlotação dos presídios, a rigidez das normas penais colombianas. Além disto, instituiu-se, na Colômbia, a “justiça regional”, é dizer, uma jurisdição especial destinada a combater delitos contra a ordem pública, em que era possível a segregação do investigado, como única medida de segurança, a qual não era suscetível de suspensão ou de conversão em prisão domiciliar³⁹.

³⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-090 de 2000. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/SU090-00.htm>>. Acesso: 15 de março de 2016.

³⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de coisas inconstitucional. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 128-135.

³⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-153 de 1998. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acesso: 04 de abril de 2018.

³⁸ Na ocasião, os requisitos de declaração de ECI foram traçados na Sentencia SU-559 de 1997, que foram modificados no julgamento da Sentencia T-025 de 2004, consoante melhor será abordado adiante.

³⁹ HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. La Garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano em sede de acción de tutela: el llamado

No caso em testilha, os magistrados colombianos concluíram que havia importante falha estrutural, evidenciada na ausência de políticas públicas destinadas, ao menos, a minorar a situação desumana à qual o preso estava submetido.

Segundo ficou consignado na decisão apresentada⁴⁰, o Estado permanecia omissivo em relação à crise penitenciária evidenciada, mesmo restando claro que se estava violando tratados internacionais em relação à ressocialização dos segregados.

Restou sublinhado, na fundamentação da decisão em destaque, que o magistrado constitucional tinha o dever de assumir o clamor das minorias esquecidas, assim considerados os grupos sem acesso aos organismos políticos.

Em decorrência da declaração do ECI, a Corte Constitucional Colombiana intrometeu-se nas funções típicas dos outros poderes e determinou que fossem notificadas diversas autoridades do Executivo e do Legislativo sobre a existência do estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário colombiano, a saber⁴¹:

Ordenaram ao INPEC e ao Ministério da Justiça e do Direito e do Departamento Nacional de Planejamento que desenvolvessem, em três meses, a contar da notificação daquele acórdão, um plano para a construção de presídios e reforma destinada a garantir presos condições de vida decentes nos cárceres.

Mandaram que a Ouvidoria e a Procuradoria Geral da República exercessem elevada vigilância sobre o cumprimento da determinação citada no parágrafo acima.

Além disso, a fim de financiar integralmente as despesas incorridas na implementação do plano de construção de presídios e reforma, impôs-se, ao Governo, a imediata adoção das medidas necessárias para o orçamento do ano fiscal atual e

“estado de cosas inconstitucional”. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Año 1, Nº 1. Chile: Universidad de Talca, 2003. P. 217.

⁴⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-153 de 1998. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acesso: 04 de abril de 2018.

⁴¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-153 de 1998. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acesso: 04 de abril de 2018.

subsequentes, imprescindíveis para o cumprimento da ordem judicial exarada naquele acórdão.

Da mesma forma, os ministros da Corte Constitucional da Colômbia determinaram que Governo adiantasse os procedimentos necessários para que o referido plano de construção e reforma das prisões e as despesas demandadas por sua execução fossem incorporadas ao Plano Nacional de Desenvolvimento e Investimento.

Ordenou-se que o Ministério da Justiça e do Direito, o INPEC e o Departamento Nacional de Planejamento desenvolvessem planos e ações, de sorte que, em quatro anos, houvesse a segregação dos presos provisórios dos presos condenados.

Foi determinado que o INPEC e o Ministério da Justiça e do Direito procedessem à imediata suspensão da assinatura do contrato de reforma das celas da Penitenciária do Distrito Modelo de Santafé de Bogotá.

Mandaram, ainda, que o INPEC, no prazo de três meses, adotasse as medidas cabíveis para que os agentes de segurança pública, quando presos, fossem segregados da população carcerária geral.

Ordenaram que a *Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura* investigasse a razão pela qual os juízes de execução das penas e das medidas de segurança de Bogotá não deram a assistência devida aos presídios envolvidos nas ações.

Foi ordenado que o INPEC e o *Ministerio de Justicia y del Derecho y al Ministerio de Hacienda* que tomassem as medidas necessárias, para solucionar a carência de pessoas especializadas nas prisões e nas guardas penitenciárias.

Exararam a ordem aos governadores, prefeitos e presidentes das assembleias departamentais e dos Conselhos Distritais e Municipais para que cumprissem a obrigação de criar e manter centros de reclusões próprios.

Alfim, determinaram que o Presidente da República, como autoridade administrativa suprema, e o Ministério da Justiça e do Direito que, enquanto se executassem as obras carcerárias no país, em cumprimento à sentença em análise, que tomassem as devidas cautelas, com vistas a garantir a ordem pública e o respeito aos direitos fundamentais dos internos em todos os estabelecimentos de reclusão na Colômbia.

Não se pode deixar de comentar, dada a sua importância histórica, conforme destacado por Blanca Raquel Cárdenas, o caso da não convocação de concurso público para notários⁴², em 1998.

Fato é que, desde a vigência da Constituição, no ano de 1991, a Colômbia não havia realizado concurso público para notários, mesmo com previsão constitucional para tanto, nos termos do inciso 2º do artigo 131 daquela Carta Política⁴³.

Pois bem.

Extrai-se da Sentencia SU- 250 de 1998⁴⁴ que não existia explicação razoável para que não se convocasse o concurso público para designação de notários.

O Tribunal Constitucional considerou que, por força do artigo 113 da Constituição, os diferentes órgãos do Estado possuem funções separadas, mas trabalham em harmonia para alcançar os seus fins.

E, nesse contexto, consideraram que a qualificação judicial da existência de um estado de coisas inconstitucional adquire importância, já que isso implica a necessidade de dar ordem no sentido de cessá-lo.

Ao fim e ao cabo, os ministros da Corte da Colômbia declararam, além da resolução do mérito do direito concreto discutido nos autos, também de ofício, que existia um

⁴² BLANCA, Raquel Cárdenas. Contornos jurídico-fáticos del estado de cosas inconstitucional. Bogotá: universidad externado de Colombia, 2011. p.171-174.

⁴³ Preceitua o Inciso II do Artigo 2º da Constituição da Colômbia: “El nombramiento de los notarios en propiedad se hará mediante concurso”.

⁴⁴ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia SU – 250 de 1998. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/SU250-98.htm>>.

estado de coisas inconstitucional decorrente da não realização de concurso público para notários. Em decorrência disto, ordenou-se a abertura do certamente para o cargo em questão, no prazo de seis meses, a contar da intimação daquela sentença⁴⁵.

Ainda no ano de 1998, o Tribunal Constitucional Colombiano voltou a reconhecer a existência de estado de coisas inconstitucional. Desta vez, as circunstâncias fenomenológicas ensejadores do ECI gravitavam sobre a violação dos direitos fundamentais dos defensores dos direitos humanos⁴⁶.

No caso concreto discutido, que culminou na prolação da Sentencia T-590 no ano de 1998⁴⁷, tinha-se como pano de fundo a prisão de Esteban Cancelado, ativista e defensor dos direitos humanos, que se encontrava preso, ante a acusação de ter cometido o crime de incitação à rebelião.

Assim como o autor da ação, a Corte Constitucional da Colômbia constatou que várias outras encontravam-se detidas por acusações similares.

Na ocasião, discutia-se se estas pessoas se encontravam encarceradas em decorrência de terem denunciado violações de direitos humanos pela Colômbia, notadamente, nas regiões de Cauca e Trujillo.

Ocorre que, enquanto aguardavam o julgamento da ação que culminou na segregação, estas pessoas passaram a receber ameaças de morte. Não por menos, estes ativistas, em ações individuais, rogaram proteção do Estado, para que lhes colocassem ou em uma prisão de segurança máxima, ou em prisão domiciliar.

Todos os respectivos pedidos, formulados individualmente, foram negados, inclusive, pelo judiciário, nas instâncias iniciais.

⁴⁵ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia SU – 250 de 1998. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/SU250-98.htm>>. Acesso: 12 de abril de 2017.

⁴⁶ BLANCA, Raquel Cárdenas. Contornos jurídico-fáticos del estado de cosas inconstitucional. Bogotá: universidad externado de Colombia, 2011. p.179-182.

⁴⁷ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-590 de 1998. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-590-98.htm>>. Acesso: 12 de abril de 2017.

Os Ministros da CCC concluíram que os fatos delineados demonstraram nítido desprezo à vida e à vida com dignidade pelo Estado.

Restou consignado, no *consilium studere*, que existia um clima de intolerância e violência que prevalecia naquele país. Ponderou-se que poucas pessoas se dedicavam à defesa dos direitos humanos espontaneamente, como o fazia o autor daquela ação; E que, algumas autoridades, somente, fazem-no porque a mesma Constituição obriga especificamente a tanto⁴⁸.

Decidiram revogar a decisão recorrida e, em seu lugar, promanaram tutela à vida e ao tratamento igualitário à Esteban Cancelado.

Lado outro, reconheceram a existência de ECI, ante a falta de políticas públicas voltadas à proteção dos defensores dos direitos humanos. Em decorrência deste reconhecimento, decidiram: a. conclamar todas autoridades colombianas a adotarem medidas para fazer cessar aquele estado de coisas inconstitucional observado; b. fazer um chamado à todas as pessoas que habitavam na Colômbia para que cumprissem a norma consubstanciada no artigo 95 da Constituição colombiana⁴⁹, que determina a defesa e a difusão dos direitos humanos, como fundamento de uma convivência harmônica; c. solicitar ao Procurador Geral da Nação e ao Defensor do Povo que, nos limites de suas atribuições constitucionais, guardassem, protegessem

⁴⁸ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-590 de 1998. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-590-98.htm>>. Acesso: 12 de abril de 2017.

⁴⁹ Artículo 95 - Artículo 95. La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios; 2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas; 3. Respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituídas para mantener la independencia y la integridad nacionales. 4. Defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica; 5. Participar en la vida política, cívica y comunitaria del país; 6. Propender al logro y mantenimiento de la paz; 7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia; 8. Proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano; 9. Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad. Fonte: Constitución Política de Colombia. Disponível em: <<http://www.constitucioncolombia.com/titulo-2/capitulo-5/articulo-95>>. Acesso: 12 de agosto de 2017.

e promovessem os direitos humanos, conferindo especial atenção à proteção à vida e à vida com dignidade dos ativistas defensores dos direitos humanos⁵⁰.

Blanca Raquel Cárdenas aponta, ainda, o ativismo do judiciário colombiano, ao declarar ECI na *Sentencia* T-025 de 1999⁵¹.

Nela, proferiu-se decisão de suma importância, porquanto os ministros da Corte Constitucional da Colômbia ampliaram os requisitos necessários para a declaração do ECI, consoante melhor será abordado adiante.

Discutia-se, nos autos, uma das maiores e avassaladoras violações massivas de direitos fundamentais da história da Colômbia em decorrência de falhas estruturais daquele país⁵².

In casu, os magistrados declararam a existência de estado de coisas inconstitucional, no deslocamento forçado de mais de três milhões de pessoas na Colômbia em razão de violência.

Clara Inés Vargas aponta que, ao concluírem desta maneira, os ministros da CCC reconheceram a existência de violação massiva e reiterada dos direitos fundamentais da população deslocada em razão de falhas estruturais do próprio Estado⁵³.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos destaca que o deslocamento interno forçado de pessoas é um fenômeno típico de países com elevado índice de violência. Segundo o autor supra, as pessoas são obrigadas a abandonarem sua região em que desenvolviam suas atividades cotidianas, em decorrência de ameaças por grupos paramilitares, o que as forçava a buscar lugares mais seguros para sua sobrevivência.

⁵⁰ Corte Constitucional Colombiana. *Sentencia* T-590 de 1998. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-590-98.htm>>. Acesso: 12 de agosto de 2017.

⁵¹ BLANCA, Raquel Cárdenas. *Contornos jurídico-fáticos del estado de cosas inconstitucional*. Bogotá: universidad externado de Colombia, 2011. 187-189.

⁵² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de cosas inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 142.

⁵³ HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. “La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano em sede de acción de tutela: el llamado ‘estado de cosas inconstitucional’”. *Revista Centro de Estudios Constitucionales*, año 1, Santiago de Chile, Universidad de Talca, 2003, p. 225.

Acrescenta o escritor, outrossim, que conquanto a sociedade civil padecesse da violência desenfreada, as autoridades colombianas, por longos anos, ignoraram aquele fenômeno deletério que causavam a migração forçada⁵⁴.

Ao fazer a análise do caso, os ministros ampliaram os requisitos necessários para o reconhecimento da existência de estado de coisas inconstitucional.

Consoante dito alhures, desde a primeira decisão da CCC que o declarou, qual seja a Sentencia SU-559 de 1997, para o reconhecimento de ECI, a CCC levavam-se em consideração, apenas, dois requisitos: a. 1) Existência de violação repetida de direitos fundamentais de uma gama de titulares; 2) Que a causa desta agressão aos direitos fundamentais fosse imputada, não às autoridades propriamente ditas, mas decorrentes de falhas estruturais.

Com a mudança, novos elementos passaram a ser exigidos para que o ECI fosse declarado:

- i) a violação maciça e generalizada de vários direitos constitucionais que afetam um número significativo de pessoas;
- ii) a omissão prolongada das autoridades no cumprimento de suas obrigações de garantia dos direitos;
- iii) a adoção de práticas inconstitucionais, como a incorporação da ação tutelar como parte do procedimento para garantir o direito violado;
- iv) a não emissão de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias necessárias para evitar a violação de direitos;
- v) a existência de um problema social cuja solução comprometa a intervenção de diversas entidades, requer a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações

⁵⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de coisas inconstitucional. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 143.

e requer um nível de recursos que demanda um esforço orçamentário adicional importante;

vi) se todas as pessoas afetadas pelo mesmo problema se dirigirem à ação tutela para obter a proteção de seus direitos, haverá um maior congestionamento judicial⁵⁵.

Os ministros entenderam que vários elementos confirmam a existência de um estado de coisas inconstitucional em relação à situação da população deslocada internamente.

Primeiro, a gravidade da situação de violação dos direitos de frente para a população deslocada foi expressamente reconhecida pelo legislador para definir o estatuto das pessoas deslocadas, e destacar a violação maciça dos direitos múltiplos⁵⁶.

Em segundo lugar, outro elemento que confirma a existência de um estado de coisas inconstitucional, em relação ao deslocamento forçado, foi o elevado volume de tutela movida por inúmeras pessoas afetadas, com potencial real do ajuizamento de uma plêiade de ações, que poderiam causar caos insuperável no Judiciário⁵⁷.

Em terceiro lugar, constataram os ministros que os processos acumulados confirmam a existência do estado de coisas inconstitucional e apontam que a violação dos direitos afeta grande parte da população deslocada em muitas partes do país, ao passo que autoridades foram omissas e falharam na adoção das medidas necessárias para a correção da falha estrutural que desencadeava o fenômeno⁵⁸.

⁵⁵ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-025 de 2004, disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso: 12 de agosto de 2017.

⁵⁶ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-025 de 2004, disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso: 12 de agosto de 2017.

⁵⁷ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-025 de 2004, disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso: 12 de agosto de 2017.

⁵⁸ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-025 de 2004, disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso: 12 de agosto de 2017.

Quarto, a continuação da violação de tais direitos não é atribuível a uma única entidade; a falha estrutural percebida era causada por omissão de vários órgãos estatais, incluindo os Poderes Executivo e Legislativo⁵⁹.

Em quinto lugar, os magistrados da CCC fundamentaram que a violação dos direitos dos deslocados repousa sobre declarações de fatores estruturais decorrentes de omissão no dever imposto, pela Constituição, aos Poderes do Estado.

Em conclusão, a Corte declarou, formalmente, a existência de uma situação inconstitucional, em decorrência das condições de vida da população deslocada internamente, causado pelo acirramento da violência da Colômbia.

Em decorrência disto, os ministros, de ofício, em ativismo estrutural, impuseram uma série de medidas corretivas que deveriam ser observadas por várias autoridades colombianas, no âmbito das suas competências, para solucionar a fonte causadora do deslocamento forçado.

César Rodríguez Garavito e Diana Rodríguez sublinharam que a decisão em testilha deve ser vista como uma “macro sentença”, na medida em que beneficiou milhões de interessados; porque tutelou direitos fundamentais ultrajados por fenômenos sociais graves: a violência; em decorrência da elevada quantidade dos sujeitos envolvidos, inclusive, as altas autoridades da Colômbia; pela ambição dos ministros da CCC, que agiram em ativismo estrutural, imiscuindo-se nas políticas públicas, função que, nos limites da Constituição, pertence às atividades típicas do Executivo e do Legislativo; é macro, outrossim, porque os ministros foram ambiciosos o suficientes e impuseram prazo para que as autoridades envolvidas cumprissem a decisão vergastada⁶⁰.

Em análise do ECI na Colômbia, Branca Raquel aponta a existência, naquele país, de três fases da espécie estudada: a fase inicial que compreende o grupo de sentenças proferidas entre 1997 a 2004, antes da *sentencia* T-025 daquele ano, estudada acima;

⁵⁹ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-025 de 2004, disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso: 12 de agosto de 2017.

⁶⁰ RODRÍGUEZ César Garavito; RODRÍGUEZ, Diana Franco. Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado em Colombia. Bogotá: De justicia, 2010. P. 14.

a fase de consolidação que se logrou aprimorar a técnica de verificação de existência de ECI, assim como pelo desenvolvimento do tipo de ordens judiciais em que se agia em ativismo; uma fase de reiteração que se estende de 2004, após o proferimento da *sentencia* T-025/2014, até os dias atuais⁶¹.

2.3.2 O ECI no Peru

O Tribunal Constitucional peruano declarou estado de coisas inconstitucional para agir em ativismo estrutural. Tomou-se como base a decisão da fase inicial do ECI na Colômbia, qual seja, a *sentencia* SU-559/97.

Apointa, todavia, José Wong que aquele Tribunal não desenvolveu um conceito específico próprio do ECI, conquanto tenha erigido técnica própria para a decisão que o declarasse. Possuía, outrossim, requisitos próprios para que se declarasse o estado de coisas inconstitucional⁶².

A ação que ensejou a declaração do ECI no Peru foi ajuizada pela magistrada Julia Arellano Serquén. Ela impetrou *habeas data*, em face de *Consejo Nacional de la Magistratura*, ante a alegação de que aquele órgão lhe negava entregar documentos comprobatórios de sua evolução na carreira da magistratura⁶³.

Aquele remédio utilizado implicou a construção da *sentencia* 2579-2003-HD/TC, inaugurando a declaração de ECI naquele país.

Naquele julgamento, ministros da Corte peruana perceberam que, pelo tramite normal, aquela decisão de tutelar o direito de acesso à informação, somente atingira os sujeitos parciais daquele feito, já que, naturalmente, teria eficácia *inter partes*.

⁶¹ BLANCA, Raquel Cárdenas. Del estado de cosas inconstitucional (ECI) a la formulación de una garantía transubjetiva. Bogotá: universidad externado de Colombia, 2016. p.46.

⁶² WONG, José Naupari. El acogimiento del “estado de cosas inconstitucional” por el Tribunal Constitucional Peruano. En compendio de instituciones procesales creadas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Gaceta jurídica, Lima, 2009, p. 350.

⁶³ Tribunal Constitucional de Peru. *sentencia* 2579-2003-HD/TC, disponível em: < <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02579-2003-HD.html>>. Acesso: 05 de março de 2018.

De outra banda, ponderaram que todos os órgãos públicos têm o dever especial de proteger os direitos fundamentais, na medida em que a força de irradiação destes direitos impõe aos agentes estatais a realização de funções voltadas a otimizar o exercício dos mesmos⁶⁴.

Reconheceram, alfim, a insuficiência das técnicas processuais, naquele país, para a proteção dos direitos fundamentais violados, o que redundaria no acúmulo de processos e de reiteração jurisprudencial, face a visível violação do direito coletivo ao acesso à informação pública⁶⁵.

Não por menos, reconheceu-se a necessidade de declaração de existência de estado de coisas inconstitucional, com vista à proteção dos direitos fundamentais feridos, ante a negativa de acesso à informação pública.

Restou sublinhado, na sentença em análise, alguns requisitos para a declaração de ECI no Peru, a saber:

- 1) Violação generalizada dos direitos fundamentais;
- 2) que esta violação decorra de ato estatal;
- 3) que exista vulnerabilidade ou ameaças de direitos de pessoas fora do processo (ampliação dos efeitos da sentença); e que - se o ato do poder público combatido for único, o estado de coisas inconstitucional somente poderá ser declarado se lastreado em uma interpretação inconstitucional de uma lei ou disposição parlamentar de uma instituição pública⁶⁶.

Além de tutelarem o direito individual em discussão naqueles autos, os Magistrados da Corte Máxima do Peru decidiram declarar a existência de estado de coisas

⁶⁴ Tribunal Constitucional de Peru. sentencia 2579-2003-HD/TC, disponível em: < <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02579-2003-HD.html>>. Acesso: 12 de agosto de 2017.

⁶⁵ Tribunal Constitucional de Peru. sentencia 2579-2003-HD/TC, disponível em: < <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02579-2003-HD.html>>. Acesso: 12 de agosto de 2017.

⁶⁶ Tribunal Constitucional de Peru. sentencia 2579-2003-HD/TC, disponível em: < <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02579-2003-HD.html>>. Acesso: 04 de abril de 2018.

inconstitucional, para determinar ao *Consejo Nacional de la Magistratura* que, no prazo de 90 dias úteis, a contar da intimação daquela decisão, fossem adotadas as medidas necessárias e adequadas para corrigir, dentro dos parâmetros constitucionais, os pedidos de prestação de informações pessoais solicitadas pelos magistrados correlativas ao exercício de suas funções⁶⁷.

2.4. O ECI NO BRASIL

No ano de 2015, pela primeira vez, o Brasil declarou a existência de estado de coisas inconstitucional, para agir em ativismo estrutural.

Na origem, a ação foi ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade - Psol. Pleiteou-se, especificamente, que o Supremo Tribunal Federal declarasse a existência de estado de coisas inconstitucional em relação à violação massiva de direitos fundamentais das pessoas albergadas nos presídios brasileiros⁶⁸.

Apontou-se, na ocasião, as condições degradantes do sistema prisional do Brasil, cenário fático contrário à Constituição Federal deste país, em visível lesão a preceitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, vedação da tortura e de tratamento desumano, o direito de acesso à justiça e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos⁶⁹.

Assentou-se, outrossim, que estas lesões são decorrentes de falhas estruturais provenientes de várias omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, incluídos os de natureza normativa, administrativa e judicial. Sublinhou-se que os órgãos administrativos desprezaram preceitos constitucionais e legais, ao não criarem o número de vagas prisionais suficiente, ao tamanho da população carcerária, de modo a viabilizar condições adequadas “ao encarceramento,

⁶⁷ Tribunal Constitucional de Peru. sentencia 2579-2003-HD/TC, disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02579-2003-HD.html>>. Acesso: 04 de abril de 2018.

⁶⁸ Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 347/DF. Relator. Ministro Marco Aurélio de Melo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560#>>. Acesso: 04 de abril de 2018.

⁶⁹ Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 347/DF. Relator. Ministro Marco Aurélio de Melo. Pode ser conferida em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560#>.

à integridade física dos presos, à saúde, à alimentação, à educação, ao trabalho, à assistência social, ao acesso à jurisdição”⁷⁰.

E mais: destacaram-se: a existência de celas superlotadas, imundas e insalubres; a proliferação de doenças infectocontagiosas; que aos presos era fornecida comida intragável; que eles eram expostos às temperaturas extremas; sofriam com a falta de água potável e de produtos higiênicos básicos; muitos deles tiveram a vida ceifada, ante os homicídios frequentes; muitos outros eram vítimas, frequentes, de espancamentos, tortura e violência sexual, praticadas tanto por outros detentos quanto por agentes do Estado; que inexistia assistência judiciária adequada, tampouco acesso à educação, à saúde e ao trabalho; denunciaram que as instituições prisionais estavam dominadas por facções criminosas; salientou-se que inúmeros presos, que já cumpriram a pena, deveriam estar soltos há anos⁷¹.

Na apreciação de tutela antecipada nesta ação, que foi feita pelo Plenário daquela Casa, os ministros do Supremo Tribunal Federal fundamentaram que havia omissão legislativas, administrativas e orçamentárias, quanto à adoção de medidas eficazes, o que denotava a existência de falha estrutural, dotada de força suficiente para causar ofensa reiterada dos direitos, quanto à perpetuação e ao agravamento da situação deduzida em juízo⁷².

Eles ponderaram que Poder Judiciário também era responsável por aquela situação, pelo uso excessivo das segregações cautelares, mormente porque estudo empírico revelou que, aproximadamente, 41% dos presos estariam sob custódia provisória, conquanto muitos deles seriam absolvidos nos julgamentos. Notaram, ainda, a existência de permanência de presos, nos presídios, mesmo após eles terem cumprido suas penas, configurando inadequada assistência judiciária⁷³.

⁷⁰ Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 347/DF. Relator. Ministro Marco Aurélio de Melo. Pode ser conferida em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560#>

⁷¹ Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 347/DF. Relator. Ministro Marco Aurélio de Melo. Pode ser conferida em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560#>.

⁷² Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 347/DF. Relator. Ministro Marco Aurélio de Melo. Pode ser conferida em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560#>

⁷³ Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 347/DF. Relator. Ministro Marco Aurélio de Melo. Pode ser conferida em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560#>

Os magistrados do Supremo Tribunal Federal anotaram que a violação de direitos fundamentais atingia a própria lesão à dignidade da pessoa humana e ao mínimo existencial, o que justificou a atuação daquela Casa em ativismo estrutural⁷⁴.

Assim, caberia à Corte Constitucional o dever de afastar a inércia dos outros Poderes. As decisões dos ministros deveriam, portanto, servir de catalisadores para a discursão sobre novas políticas públicas. Com este jaez, resolveram coordenar as ações e monitorar os resultados obtidos com a decisão proferida⁷⁵.

Os ministros do Pretório Excelso entenderam, ainda, que a incapacidade demonstrada pelas instituições legislativas e administrativas não autoriza o STF a substituir-se ao Legislativo e ao Executivo na consecução de suas funções típicas.

Portanto, o Tribunal deveria transpor bloqueios políticos e institucionais, sem afastar esses Poderes dos processos de formulação e implementação das políticas públicas, com vistas a destituir o estado de coisas inconstitucionais observado. Não por menos, entenderam agir em ativismo estrutural, mas dialogando com os outros poderes e com a sociedade⁷⁶.

O Pleno da Suprema Corte do Brasil, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347/DF⁷⁷, após reconhecer o estado de coisas Inconstitucional (ECI) no Sistema Prisional Brasileiro, deferiu, em parte, medida cautelar⁷⁸:

1. para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento

⁷⁴ Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 347/DF. Relator. Ministro Marco Aurélio de Melo. Pode ser conferida em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560#>

⁷⁵ Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 347/DF. Relator. Ministro Marco Aurélio de Melo. Pode ser conferida em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560#>

⁷⁶ Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 347/DF. Relator. Ministro Marco Aurélio de Melo. Pode ser conferida em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560#>

⁷⁷ Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 347/DF. Relator. Ministro Marco Aurélio de Melo. Disponível: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560#>>. Acesso: 15 de março de 2016.

⁷⁸ Decisão disponibilizada no DJe em 14.09.2015.

do preso perante a autoridade judiciária, no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão;

2. para determinar que a União procedesse ao desbloqueio do saldo acumulado no Fundo Penitenciário Nacional;

3. para impedir novos contingenciamentos, pelo Executivo, do Fundo supracitado.

Note-se que, ao contrário do que ocorreu na Colômbia e no Peru – em que os ministros das Cortes Constitucionais impuseram ordens judiciais de implementação de políticas públicas, inclusive, com prazo para o efetivo cumprimento, ao declarar a existência de ECI e de agir em ativismo, o STF desencadeou uma série de ordens voltadas a quebrar a inércia dos outros Poderes em relação às falhas estruturais causadoras do ECI.

É dizer, em outras palavras, que o STF não tomou para si a responsabilidade de criar e executar tais políticas, deixando esta tarefa para os outros Poderes, nos limites de suas atribuições.

É bem verdade que, consoante dito alhures, a decisão em testilha foi exarada, pelo Plenário da Suprema Corte Brasileira, na análise de pedido de urgência na ADPF 347. E como tal, a decisão foi tomada com base em juízo de cognição sumária, fundado em mero receio de lesão ao direito tutelado, ante sua possível impossibilidade de reparação futura, um dos motivos que a torna precária: é dizer, pode, a qualquer tempo, ser alterada ou, até mesmo, revogada, notadamente, quando o STF voltar a debruçar-se sobre a ação em cotejo.

Ao contrário do que ocorreu no Peru e na Colômbia, em que várias declarações de existência de estado de coisas inconstitucional foram tomadas na apreciação do mérito de ações em julgamento, repita-se, no Brasil, a única decisão do STF sobre a espécie tem lastro em deferimento de tutela de urgência em pedido de medida cautelar em ação de descumprimento de preceito fundamental.

A decisão em comento, além de inovadora, no Brasil, ante o uso de instituto genuinamente colombiano, abre precedentes para novas correções, pelo Judiciário, de distorções causadas pela paralisia dos Poderes Executivo e Legislativo em vilipêndio aos Direitos Fundamentais.

E tanto o que se afirma é verdade que, nas lições de Dirley da Cunha Jr. Júnior, foi a partir da declaração de estado de coisas inconstitucional, pelo STF, em relação ao sistema carcerário nacional, que a comunidade jurídica e política começaram a debater acerca das melhores providências para vencer o grave quadro de violações a direitos dos presos⁷⁹.

2.5 PRESSUPOSTOS DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Conquanto já apontados os requisitos de declaração de ECI utilizados, especificamente, pela Corte Colombiana, almeja-se chegar à delimitação doutrinária sobre a matéria, de sorte que se possa apontar, em linhas gerais, quais são os elementos que autorizam o reconhecimento da espécie.

As doutrinas nacional e internacional divergem sobre os pressupostos para que se possa reconhecer a existência de estado de coisas inconstitucional.

Caicedo aponta a necessidade de que se vislumbre seis elementos essenciais, a saber:

- a) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas;
- b) la prologada omisión de las autoridades em el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos;
- c) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado;
- d) la expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos;
- e) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones que exige un nivel de

⁷⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 11ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 593.

- recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante;
- f) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial⁸⁰.

Lado outro, a maioria da doutrina brasileira, por todos Dirley da Cunha Júnior aponta, ao todo, quatro requisitos que, se presentes, impõem ao magistrado constitucional reconhecer a existência de ECI, *verbis*:

- (a) grave, permanente e generalizada a violação de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo e indeterminado de pessoas (na hipótese, não basta uma proteção insuficiente);
- (b) há comprovada omissão reiterada de diversos e diferentes órgãos estatais no cumprimento de sua obrigação de proteção dos direitos fundamentais, que deixam de adotar as medidas legislativas, administrativas e orçamentárias necessárias para evitar e superar essa violação, consubstanciando uma falha estrutural das instâncias políticas e administrativas (isto é, não está, para caracterizar ECI, a omissão de apenas um órgão ou uma autoridade);
- (c) existe um número elevado e indeterminado de pessoas afetadas pela violação; e
- (d) há a necessidade de a solução ser construída pactuada (solução dialógica) pela atuação conjunta e coordenada de todos os órgãos envolvidos e responsáveis de modo que a decisão do Tribunal – que se reveste de natureza estrutural, na medida em que envolve uma pluralidade de providências – é dirigida não apenas a um órgão ou autoridade, mas sim a uma pluralidade de órgãos e autoridades, visando à adoção de mudanças estruturais (como, por exemplo, a elaboração de novas políticas públicas, a alocação ou remanejamento de recursos públicos, obrigações de fazer ou de não fazer, etc.)⁸¹.

Vejamô-los.

O primeiro pressuposto diz respeito à existência de violação massiva e contínua de direitos fundamentais de elevadíssima quantidade de titulares. Isto porque, esta lesão – além de se referir ao direito de diminuto grupo de pessoas – necessariamente, deve ser generalizada, sistemática, grave e que vem se protraindo no tempo e no espaço social⁸².

⁸⁰ CAICEDO. Ausência de estado, hecho que legitima a la Corte Constitucional a falar fuera de su competencia. Trabajo de grado. USTA.

⁸¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 11ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 591-592.

⁸² Neste sentido, CARDENAS, Blanca Raquel. Contornos jurídicos-fáticos del Estado de cosas inconstitucional, 1ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 100.

Sobre este ponto, Raquel Cárdenas Blanca aponta para a necessidade de o magistrado observar este pressuposto com objetividade, devendo, sempre, perscrutar, para análise deste primeiro elemento: a. que a violação esteja afetando, necessariamente, direitos fundamentais; b. não basta qualquer violação, mas que esta seja massiva, sistemática e contínua; c. a lesão deve afetar vários direitos fundamentais, como, *verbis gratia*, ao direito à vida, direito à vida com dignidade e ao mínimo existencial; d. a violação deve ter alcance amplo de pessoas e grupos, em especial as minorias e os grupos vulneráveis⁸³.

Já em relação ao segundo pressuposto, qual seja, a omissão reiterada dos Poderes Estatais, cabe lembrar que a própria Corte Colombiana já havia assentado que a lesão sistemática e massiva dos direitos fundamentais, para que pudesse ensejar a declaração de ECI, não poderia ser imputada a qualquer outro fator que não fosse a falha estrutural na sociedade em decorrência de omissão das autoridades.

Sobre este aspecto, Caicedo propugna que, no ECI, a omissão dos Poderes constituídos se erige em insuficiência de recursos destinados para a atenção dos diferentes elementos da política e na incapacidade institucional, de vários órgãos do Estado, anomalias que afetam o desenvolvimento, a implementação e o seguimento da política estatal. E assim, as autoridades deixam de adotar as ações políticas e sociais necessárias para suprimirem a violação dos direitos fundamentais⁸⁴.

Não por menos, o ativismo judicial estrutural somente logrará efeito se, com ele, for possível conseguir mobilizar os agentes públicos, de maneira que procedam à implementação de atos orquestrados, com vistas a solucionar o problema por completo⁸⁵.

⁸³ CARDENAS, Blanca Raquel. Contornos jurídicos-fáticos del Estado de cosas inconstitucional, 1ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 56-61.

⁸⁴ CAICEDO. Ausência de estado, hecho que legitima a la Corte Constitucional a falar fuera de su competencia. Trabajo de grado. USTA.

⁸⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de coisas inconstitucional. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 183.

O terceiro pressuposto citado, qual seja, de que deve existir grande quantidade de pessoas afetadas, em nosso sentir, já se encontra inserido no primeiro pressuposto encampado acima. Ora, se o ECI exige a violação massiva e sucessiva de direitos fundamentais de inúmeros titulares destes direitos, este terceiro pressuposto colocado pela doutrina brasileira afigura-se inserido naqueloutro.

É bom que se diga, inclusive, que os magistrados da Corte Colombiana, nos seus julgados, demonstraram preocupação com a possibilidade do abarrotamento do judiciário, caso cada titular do direito ferido ajuizasse, individualmente, ações para protegerem seus direitos.

Ocorre que, no Brasil, esta preocupação perde força, em decorrência da existência de diversos instrumentos de proteção aos direitos coletivos, a exemplo do mandado de segurança coletivo, previsto no Artigo 5º, LXX da Constituição Federal⁸⁶; como aqueles previstos na Lei nº 7.347/1985.⁸⁷

Não por menos, se, de fato, se exige, na declaração de ECI, que a violação dos direitos fundamentais atinja uma gama de pessoas, notadamente, pertencentes a grupos vulneráveis, este pressuposto, inegavelmente, tem relação muito mais estrita aos fundamentos de mitigação do Princípio da Separação dos Poderes, consoante melhor será abordado adiante, do que com a possibilidade real de que eventuais ações individuais venham aumentar a sobrecarga do judiciário.

Sobre este terceiro pressuposto, melhor considerá-lo como a necessidade de que a omissão causadora das falhas estruturais decorra de grande número de autoridade estatais envolvidas, notadamente, envolvendo mais de um Poder⁸⁸.

⁸⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 15 de maio de 2016.

⁸⁷ BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 01/06/2018.

⁸⁸ CÁRDENAS, Blanca Raquel. Contornos jurídicos-fáticos del Estado de cosas inconstitucional, 1ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 67.

Isto porque, não se pode considerar omissão importante causadora de falhas estruturais a omissão de órgãos isolados, notadamente, quando concentrados no mesmo Poder.

Vale dizer, assim, que não se terá omissão causadora do ECI, por omissão, exclusiva, de um determinado órgão do Executivo, por exemplo, se o Legislativo cumprir sua função em legislar acerca de políticas públicas voltadas a colmatar esta determinada omissão; e o judiciário, a seu turno, cumprir o seu dever de aplicar a norma criada, garantindo sua efetividade.

Nas decisões judiciais apresentadas neste trabalho, inclusive a brasileira, empiricamente pode-se observar que, em todos os casos de reconhecimento de ECI, viu-se omissão envolvendo órgãos dos Poderes Executivo e do Legislativo e, em alguns casos, até mesmo, do Judiciário.

Não é por menos que, nas palavras de Libardo Ariza, a falha estrutural do Estado demanda adoção de remédios de tal envergadura que sejam dotados de alcance suficiente para combatê-la⁸⁹.

Assim, a superação de um ECI demanda, necessariamente, a adoção de novas políticas públicas ou correção da distribuição, anômala, de recursos⁹⁰.

Já no que se refere ao quarto pressuposto, verifica-se que a correção da falha estrutural apresentada, para configurar ECI, exige um conjunto de ações coordenadas e harmônicas entre várias autoridades, envolvendo todos os Poderes do Estado.

Isto ocorre porque, para configurar o ECI, a lesão ao direito fundamental é de tal monta, que um único órgão estatal não possui atribuições constitucionais suficientes para, sozinho, sobrestá-la.

⁸⁹ ARIZA, Libardo José. The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 142.

⁹⁰ GÓMEZ PINTO, Luís Ricardo. El Juez de las Políticas Públicas. Bogotá: Ibáñez, 2012, p. 31.

2.6 DOS EFEITOS DAS DECISÕES QUE RECONHECEM A EXISTÊNCIA DE ECI

Carlos Alexandre de Azevedo Campos destaca a existência de dois efeitos de uma decisão em que se declara ECI: os efeitos diretos e os efeitos indiretos.⁹¹

Os primeiros são consequência das ordens voltadas aos próprios litigantes e todos os que, diretamente, sejam afetados por elas⁹².

Eles podem ser divididos em instrumentais, que, segundo César Rodríguez Franco e Diana Rodríguez Franco, correspondem à determinação e implementação das novas políticas públicas pelas autoridades, às quais são dirigidas as ordens da decisão; efeitos cujo desiderato é suprir a falha estrutural do Estado⁹³.

E podem ser simbólicos, que vêm a ser o próprio delineamento do problema decorrente do reconhecimento de existência de estado de coisas inconstitucional⁹⁴.

Já os efeitos indiretos são aqueles que, conquanto não tenham sido vislumbrados pelos magistrados constitucionais, derivam do próprio ativismo judicial. Estes efeitos, ao seu turno, transcendem o âmbito *inter partes* e deságua, *erga omnes*, sobre todas as pessoas de uma dada sociedade⁹⁵.

Da mesma forma que os efeitos diretos, eles são divididos em indiretos instrumentais e indiretos simbólicos. Aqueles correspondem à formação e organização da sociedade para participarem da implementação da decisão que reconheceu o ECI⁹⁶.

⁹¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de coisas inconstitucional. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 206.

⁹² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de coisas inconstitucional. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 206.

⁹³ RODRÍGUEZ César Garavito; RODRÍGUEZ, Diana Franco. Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado em Colombia. Bogotá: Dejusticia, 2010, p. 14.

⁹³ BLANCA, Raquel Cárdenas. Del estado de cosas inconstitucional (ECI) a la formulación de una garantía transubjetiva. Bogotá: universidad externado de Colombia, 2016, p.24.

⁹⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de coisas inconstitucional. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 206.

⁹⁵ RODRÍGUEZ César Garavito; RODRÍGUEZ, Diana Franco. Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado em Colombia. Bogotá: Dejusticia, 2010, p. 14.

⁹⁵ BLANCA, Raquel Cárdenas. Del estado de cosas inconstitucional (ECI) a la formulación de una garantía transubjetiva. Bogotá: universidad externado de Colombia, 2016, p.25.

⁹⁶ RODRÍGUEZ César Garavito; RODRÍGUEZ, Diana Franco. Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado em Colombia. Bogotá: Dejusticia, 2010, p. 25.

Já os efeitos indiretos simbólicos nada mais são do que a mudança de opinião pública sobre o problema da violação dos direitos fundamentais⁹⁷, fazendo com que a própria sociedade se debruce sobre a falha estrutural em cotejo, servindo como coerção para as autoridades, não apenas cumprirem a decisão estrutural imposta pelo Judiciário, como a otimização das ações a serem implementadas para o desfazimento do ECI.

Sob a perspectiva apresentada, é correto afirmar que os efeitos indiretos simbólicos são mais importantes do que os efeitos indiretos instrumentais.

Isto porque, conforme se defende neste opúsculo, o ativismo judicial estrutural deverá ocorrer por meio do diálogo entre os Poderes, de sorte que o Judiciário exarará ordem, que devem ser enxergadas como linhas matrizes a serem seguidas pelos outros Poderes.

Ora, com o efeito simbólico indireto, notadamente pelo fomento da opinião pública sobre o tema, os agentes políticos, notadamente aqueles que dependem do voto da população, estarão muito mais receptivos ao ativismo judicial.

Além disto, a própria discussão na comunidade jurídica sobre a falha estrutural terá inegável impacto na adoção de medidas estatais voltadas a suprirem a omissão causadora do estado de coisas inconstitucional.

Este efeito simbólico indireto não passou despercebido por Dirley da Cunha Júnior para quem não vê o ECI como “um remédio milagroso a estimular ilusões”, mas que pode servir, pedagogicamente, para “estimular a doção de medidas reais e efetivas” e para proporcionar a construção dialogadas e concertada entre os Poderes do Estado⁹⁸. E completa:

E tanto isso é verdade, que bastou o tema ser enfrentado abertamente pelo STF, ao haver reconhecido o Estado de Coisas Inconstitucional em relação especificamente ao sistema penitenciário nacional, que as comunidades jurídica e política começaram a dialogar e discutir a

⁹⁷ RODRÍGUEZ César Garavito; RODRÍGUEZ, Diana Franco. Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado em Colombia. Bogotá: Dejusticia, 2010, p. 25.

⁹⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 11ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 593.

respeito das melhores providências para superar o grave quadro de violações a direitos dos presos. E isso é um importante começo.

Não é por menos que se pode ressaltar a elevada importância do efeito indireto simbólico da decisão que reconhece o ECI, pois se verte em ganho democrático, na medida em que tem o condão de “lançar novas luzes sobre o questionamento acerca da legitimidade democrática do papel do juiz constitucional em intervir sobre falhas estruturais”⁹⁹.

2.7 POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE SANÇÃO AO AGENTE PÚBLICO QUE DESCUMPRIU A SENTENÇA

Blanca Raquel Cárdenas apregoa que o magistrado constitucional, ao emanar ordens de ativismo, após o reconhecimento de ECI tem o dever inerente ao seu ofício de impor sanções aos agentes públicos, caso descumpram a ordem estrutural emanada pelo Judiciário.¹⁰⁰

Trata-se, na verdade, do dever do magistrado de conferir eficácia às ordens por ele emanadas, decorrente do princípio da efetividade das decisões judiciais.

É bem verdade que, consoante já dito, no caso de estado de coisas inconstitucionais, o Judiciário traçará, por meio de imposição de condutas, as linhas mestras, voltadas a superar o estado de coisas inconstitucional.

Daí, a sentença deve ser cumprida, por todos os órgãos envolvidos, por meio de diálogo entre os Poderes.

Todavia, não se quer dizer, com isto, que a necessidade de diálogo entre os poderes impede que o Judiciário imponha, aos sujeitos envolvidos, medidas coercitivas para que cumpram a decisão vergastada.

⁹⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de coisas inconstitucional. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 207.

¹⁰⁰ BLANCA, Raquel Cárdenas. Del estado de cosas inconstitucional (ECI) a la formulación de una garantía transubjetiva. Bogotá: universidad externado de Colombia, 2016, p. 451.

O vilipêndio às ordens emanadas pelo Poder Judiciário implica afronta direta ao Estado Democrático de Direito. Em outras palavras, a efetividade da decisão judicial é base estrutural da própria democracia, na medida em que as pessoas esperam do Estado proteção inerente à sua própria constituição.

O arcabouço jurídico possui diversos instrumentos desestimuladores da recalcitrância.

Basta pensar, *verbis gratia*, na sujeição do renitente à pena prevista no preceito secundário do artigo 330 do Código Penal (CP) Brasileiro, diante de sua incursão no crime de desobediência¹⁰¹.

Na própria seara cível, há inúmeras ferramentas à disposição do Magistrado, a fim de que ele imponha o cumprimento de uma tutela específica, a exemplo das regras estatuídas no §5º do artigo 461 do Código de Processo Civil (CPC)¹⁰² e no artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor¹⁰³.

Por outro lado, as *astreintes* são, na prática, as mais utilizadas para dissuadir o recalcitrante da senda da desobediência.

O seu uso correto é indispensável para a manutenção da Ordem Jurídica esperada em uma democracia.

Com efeito, antes da previsão em nosso ordenamento jurídico do instituto em apreço, o Estado enfrentava grande dificuldade em garantir a efetividade do cumprimento de uma tutela relativa às obrigações de fazer, não fazer ou entregar coisa diferente de dinheiro.

¹⁰¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 01 de abril de 2016.

¹⁰² BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 01 de abril de 2016.

¹⁰³ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8078.htm>. Acesso em: 01 de abril de 2016.

Certo é que com o próprio desenvolvimento da sociedade, passou-se a verificar a necessidade de que a intangibilidade da vontade individual fosse mitigada. As regras anteriores que propugnavam a conversão das obrigações de fazer, não fazer e de entregar coisas mostravam-se incompatíveis com os anseios nacionais e incondizentes com o próprio arcabouço constitucional, ora sob a égide da Carta Magna de 1988.

O Ordenamento Jurídico, pois, mudou em relação ao tratamento conferido à intervenção do Estado nas vontades individuais. Passou-se, pois, a galgar o cumprimento de uma ordem emanada pelo Juiz, mesmo que, para tanto, houvesse interferência nos desígnios de quem quer que seja.

Após uma série de modificações em diversas leis, a partir do ano de 1994, os brasileiros conquistaram a primazia da tutela específica.

Neste ponto, as *astreintes* surgem como meio coercitivo, a fim de lastrear a efetividade da decisão judicial envolvendo tutela específica referente a uma prestação de fazer, de não fazer e a de entregar coisa (para esta última com previsão de culminação da multa periódica, em nosso ordenamento, somente a partir de 2002, conforme será detalhado no momento oportuno).

Deve-se esclarecer, de logo, que, ao se referir em coerção, busca-se peremptoriamente propugnar que a multa periódica (maneira como as *astreintes* podem ser chamadas) atua diretamente no campo da vontade.

Isto porque, ela exerce naquele que deverá cumprir a ordem judicial pressão psicológica, já que a recalcitrância implicará sua cominação, cujos efeitos poderá recair diretamente sobre o seu patrimônio.

É bem verdade que, mesmo com sua presença no ordenamento jurídico brasileiro, é possível, como sói acontecer, que ela não surta o efeito coercitivo esperado e não seja suficiente para desestimular a desídia.

Neste ponto, a forma como o magistrado tratará o instituto poderá ser o divisor de águas entre o resgate da dignidade da justiça, desde que o aplique corretamente, e a derrocada das bases democráticas, com as nefastas implicações decorrentes da má aplicação do instituto em testilha.

É certo, e já se encontra pacificado, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, que a multa cominatória pode ser aplicada contra a Fazenda Pública.

Resta saber se, sob o pálio do discurso de proteção aos direitos fundamentais, é possível aplicá-las em desfavor do agente estatal dotado de poderes para cumprir a ordem emanada pelo Judiciário.

Defende-se, nesta dissertação, que a resposta positiva se impõe, conquanto não seja esta a posição da doutrina majoritária, ora encabeçada por Eduardo Talamini, segundo o qual, *in verbis*:

Admite-se o emprego da multa coercitiva no mandado de segurança, surge a necessidade de definir sobre quem o encargo recairá: o agente posto na condição de “autoridade coatora” ou a pessoa jurídica exercitadora da função pública, à qual ele está vinculado? A resposta passa pela consideração da legitimidade passiva no mandado de segurança. Reconhecendo-se que o pólo passivo da demanda é ocupado pela pessoa de direito público ou de direito privado no exercício de função pública de quem o agente funciona apenas como especial “representante” (*rectius*: presentante), há de concluir-se que o custo da coerção patrimonial, em princípio, recai sobre aquela – como de resto, recairão as demais decorrências patrimoniais da concessão da segurança¹⁰⁴.

Confirma a tese esposada acima o importante julgado do Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE FAZER. DESCUMPRIMENTO. ASTREINTES. APLICAÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. CABIMENTO. EXTENSÃO DA MULTA DIÁRIA AOS REPRESENTANTES DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Conforme jurisprudência firmada no âmbito desta Corte, a previsão de multa cominatória ao devedor na execução imediata destina-se, de igual modo, à Fazenda Pública. Precedentes. 2. A extensão ao agente político de sanção coercitiva aplicada à Fazenda Pública, ainda que revestida do motivado escopo

¹⁰⁴ TALAMINI, Eduardo. Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: CPC, ART. 461; CDC, art. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 453.

de dar efetivo cumprimento à ordem mandamental, está despida de juridicidade. 3. As autoridades coatoras que atuaram no mandado de segurança como substitutos processuais não são parte na execução, a qual dirige-se à pessoa jurídica de direito público interno. 4. A norma que prevê a adoção da multa como medida necessária à efetividade do título judicial restringe-se ao réu, como se observa do § 4º do art. 461 do Códex Instrumental. 5. Recurso especial provido.¹⁰⁵

Todavia, no estado de coisas inconstitucional, cabe ao magistrado – caso opte pela aplicação de multa diária para dissuasão de possível descumprimento de decisão judicial – impô-la ao próprio agente que é responsável pela recalcitrância.

Em relação ao cumprimento de ordens judiciais para a correção de falhas estruturais, a aplicação de multa contra o próprio Estado não deve ocorrer, porquanto, não surte o efeito coercitivo sobre os agentes que devem cumprir a obrigação, já que o valor pago não sairá, diretamente e imediatamente, do patrimônio deles. Além disto, servirá, apenas, para esvaziar verbas públicas que deveriam, inclusive, ser canalizadas para a superação do estado de coisas inconstitucional.

É preciso ter em mente que, não pode ficar imune o servidor público que fez com que a Fazenda Pública suportasse o pagamento das *astreintes*. Isto porque, nos píncaros da norma extraída no artigo 37, § 6º da Constituição Federal do Brasil, as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos têm assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa¹⁰⁶.

Ora, ante a urgência que emerge da própria existência do estado de coisas inconstitucional não se pode admitir que – inicialmente, a fazenda sofra com a multa imposta, para, após, em nova ação, esta cobre do funcionário responsável pela teimosia, o valor desprendido em função da desobediência.

Além disto, o servidor público que desrespeitou os ditames judiciais poderá sofrer as sanções previstas na Lei nº 8.429/1992 (Lei da improbidade administrativa), já que ao

¹⁰⁵ Superior Tribunal de Justiça. REsp 747371 / DF, julgado em 06/04/2010, publicado em 26/04/2010 no DJe. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500736827&dt_publicacao=26/04/2010>. Acesso: 04 de abril de 2018.

¹⁰⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 15 de maio de 2016.

descumprir um comando jurisdicional, o agente, quando age com dolo, viola a regra impressa no artigo 11, inciso II deste texto legal¹⁰⁷.

Do mais, não se pode olvidar que na esfera penal, o servidor, assim como qualquer pessoa física, que deixa de cumprir uma ordem judicial poderá responder pelo crime tipificado no artigo 330 do Código Penal, cuja pena base permeia entre quinze dias e seis meses, e multa.

É de se concluir, neste ponto, destarte, que o escopo precípua da fixação das medidas coercitivas para compelir o obrigado a cumprir ordem judicial destinada a conferir efetividade aos direitos fundamentais, não pode sofrer imitação de índole subjetiva.

Desta maneira, para forçar o cumprimento das medidas necessárias para o afastamento do estado de coisas inconstitucional, a Corte Constitucional deve impor medidas coercitivas, diretamente, aos agentes responsáveis pelo comando da máquina estatal, com possibilidade, inclusive de afastá-lo da administração pública, em intervenção judicial pelo tempo necessário para garantir o cumprimento da ordem exarada.

2.8 A CONSTATAÇÃO DA SUPERAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Obviamente, partindo do pressuposto que o estado de coisas inconstitucional é um fenômeno social, o mesmo deixa de existir quando cessada a violação sistemática e massiva dos direitos fundamentais.

Todavia, Leonardo Garcia Jaramillo reconhece a necessidade de amadurecimento acadêmico e jurisprudencial sobre o tema¹⁰⁸.

¹⁰⁷ BRASIL. Lei nº 8.429 de 2 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8429.htm>. Acesso em: 02 de março de 2016.

¹⁰⁸ JARAMILLO, Leonardo Garcia. Constitucionalismo Deliberativo. Estudio sobre el ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario. Cidade de México: UNAM, 2015, p. 90.

César Rodríguez Gravito aponta que os mesmos critérios utilizados, pela Corte Constitucional, para a declaração de ECI, também devem ser utilizados para fins de verificação de sua superação¹⁰⁹.

Em outras palavras, para o autor citado, a superação do estado de coisas inconstitucionais ocorrerá quando, em criteriosa análise, for verificado que já não se encontram presentes as condições fáticas e jurídicas que ensejaram a sua declaração.

O autor em apreço, na verdade, buscou objetivar a análise de superação do ECI, de sorte que, nas hipóteses em que existe a violação de direitos menos massivos ou urgentes, torna-se possível a fixação de limiar menor, menos exigente de uma análise, periódica e constante, de superação de ECI¹¹⁰.

Blanca Raquel Cárdenas defende, ainda, que é possível a declaração parcial de superação de ECI¹¹¹.

Destaca-se, contudo, que a utilização – pelos Tribunais Constitucionais – dos mesmos critérios encampados para a declaração de existência de ECI – como parâmetros de reconhecimento de superação ECI pode trazer equívocos intransponíveis.

Pode-se chegar à equivocada conclusão - partindo da afirmação feita acima - de que a superação de, apenas, um dos pressupostos para o reconhecimento de estado de coisas inconstitucional seja suficiente para afastá-lo.

¹⁰⁹ GARAVITO, César Rodríguez. ¿Cuándo cesa el estado de cosas inconstitucional de deslucamento? Más allá del desplazamiento, o como superar um estado de cosas inconstitucional. In: _____. (Coord.). Más allá del desplazamiento. Políticas, Derechos y Superación del desplazamiento forzado em Colombia, Bogotá: Universidade de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2009, p. 434-492.

¹¹⁰ GARAVITO, César Rodríguez. ¿Cuándo cesa el estado de cosas inconstitucional de deslucamento? Más allá del desplazamiento, o como superar um estado de cosas inconstitucional. In: _____. (Coord.). Más allá del desplazamiento. Políticas, Derechos y Superación del desplazamiento forzado em Colombia, Bogotá: Universidade de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2009, p. 434-492.

¹¹¹ BLANCA, Raquel Cárdenas. Del estado de cosas inconstitucional (ECI) a la formulación de una garantía transubjetiva. Bogotá: universidad externado de Colombia, 2016. p.48.

Todavia, defende-se, neste trabalho que, a superação do ECI somente poderá ser declarada, após a constatação de que houve o integral restabelecimento da efetividade dos direitos fundamentais comprometidos no ECI.

2.9 A DIFERENÇA DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ECI DAQUELAS CONFERIDAS NAS OUTRAS AÇÕES CONSTITUCIONAIS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Consoante dito acima, diversas ações constitucionais são voltadas à garantia dos direitos fundamentais. De igual sorte, viu-se que, no estado de coisas inconstitucional, o judiciário, igualmente, deve agir, com vistas a tutelar direito fundamental violado, de uma gama, indefinida, de titulares, frente a omissão dos órgãos estatais.

Calha, então, responder à seguinte pergunta: qual é a diferença entre a proteção conferida, aos direitos fundamentais, no estado de coisas inconstitucional, daquelas tutelas, também de proteção a estes direitos, no estado de coisas inconstitucional?

Para melhor abordagem do tema, e, alfim, responder à pergunta, mister se faz proceder a uma breve análise sobre as principais características das ações constitucionais de controle de constitucionalidade, sem qualquer pretensão de esgotar o estudo sobre as mesmas; mas, apenas, tocar nas questões relevantes para fins de comparação com o estado de coisas inconstitucional. Vejamô-las:

2.9.1 Ação direta de inconstitucionalidade por ação e Ação declaratória de constitucionalidade

A Constituição brasileira de 1988 trouxe quatro tipo de ações de controle concentrado de constitucionalidade: a Ação Direita de Inconstitucionalidade (artigo 102, I, a da CF); A Ação Declaratória de Constitucionalidade (Artigo 102, I, a da CF), a ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (Artigo 102, I, §1º da CF) e a Ação de Controle de Inconstitucionalidade por Omissão (Artigo 103, §2º da CF).

As duas primeiras estão regulamentadas na Lei nº 9868/1999¹¹²; já a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é regulamentada pela Lei nº 9882/1999¹¹³.

Elas são espécies de processo objetivo, na medida em que não existe um conflito de interesses específicos a ser resolvido pelo órgão jurisdicional¹¹⁴. Trata-se de característica extensível às outras ações de controle de constitucionalidade.

São ações de controle concentrado-principal de constitucionalidade, voltadas à defesa genérica de todas as normas constitucionais, sempre que violadas por alguma lei ou ato do poder público¹¹⁵.

Ambas as ações em testilha são regulamentadas pela Lei nº 9868/1999¹¹⁶.

Pois bem:

Elas, nos termos do artigo 103 da Constituição Federal¹¹⁷ e do artigo 2º de sua lei de regência, somente, podem ser propostas, no âmbito de controle de ato e normas no âmbito federal pelo(a): Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados; Mesa da Assembleia Legislativa ou Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou Governador do Distrito Federação; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; do partido político com representação no Congresso Nacional¹¹⁸.

¹¹² BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1999/lei-9868-10-novembro-1999-369587-normaatualizada-pl.html>>. Acesso em: 15 de abril de 2018.

¹¹³ BRASIL. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9882.htm>. Acesso em: 15 de abril de 2018.

¹¹⁴ NEVES, Daniel Amorin Assumpção. Ações Constitucionais. 2. ed. São Paulo: Métodos, 2013. p. 1.

¹¹⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 11ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 307.

¹¹⁶ BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1999/lei-9868-10-novembro-1999-369587-normaatualizada-pl.html>>. Acesso em: 15 de abril de 2018.

¹¹⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 15 de fevereiro de 2017.

¹¹⁸ BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1999/lei-9868-10-novembro-1999-369587-normaatualizada-pl.html>>. Acesso em: 15 de abril de 2018.

Uma vez propostas, instaura-se no STF, uma fiscalização abstrata, por meio da qual aquele Colegiado decidirá se determinado ato normativo federal ou estadual impugnado contraria ou não uma norma constitucional¹¹⁹.

A competência, portanto, de fazê-la, de forma concentrada, em abstrato, é do Supremo Tribunal Federal, quando o ato violado for a Constituição Federal e os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, quanto o que se busca é proteger as Constituições dos respectivos Estados.

O parâmetro destas ações, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, são todas as normas da Constituição Federal. E o seu objeto é restrito aos atos normativos e as leis emanadas pelo poder público.

É dizer que, qualquer dos legitimados supracitados poderá ajuizar ação declaratória de inconstitucionalidade por ação, em face de ato ou lei, em âmbito federal, que fira qualquer um dos dispositivos da Carta Política.

Nestas ações, a decisão final sobre a constitucionalidade do ato ou da lei, somente poderá ser tomada, caso estejam presentes, na sessão, pelo menos, oito ministros. A inconstitucionalidade (ou a constitucionalidade) do ato, somente será declarada, por meio de maioria absoluta, no caso do Supremo, alcançados seis votos.

A decisão nestas ações tem eficácia contra todos (*erga omnes*).

Uma vez reconhecida a violação da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal agirá em ativismo judicial; não, necessariamente, para proteção de direito fundamental específico, mas para a proteção da própria Carta Política, independentemente, da norma violada.

¹¹⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 11ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 307

2.9.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva

É uma ação preconizada no artigo 34 da Constituição Federal, que excepciona a regra da não intervenção, na medida em que os entes federativos, notadamente, os Estados da Federação gozam de autonomia¹²⁰.

Nos termos do artigo supracitado, a intervenção somente pode ocorrer:

- a. para manter a integridade nacional;
- b. para repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação;
- c. por fim a grave comprometimento da ordem pública;
- d. garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nos entes federados;
- e. reorganizar as finanças das unidades da Federação que: I. suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior; II. Deixar de entregar, aos Municípios, receitas tributárias fixadas na própria Constituição, dentro do prazo fixado em lei;
- f. prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial;
- g. assegurar a observância dos princípios constitucionais sensíveis.

Ela está regulamentada pela Lei nº 12.562/2011¹²¹.

¹²⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 15 de maio de 2018.

¹²¹ BRASIL. Lei nº 12.562, de 23 de dezembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/L12562.htm>. Acesso em: 15 de abril de 2018.

A legitimidade *ad causam* para propô-la é do Procurador-Geral da República, que goza de discricionariedade quanto o seu manejo. Ao fazê-lo, age em nome próprio; na defesa da coletividade¹²².

A competência para processá-la e julgá-la é do Supremo Tribunal Federal. Esta Corte, a seu turno, no Julgamento do IF 5179/DF¹²³, assentou o entendimento de que, dada a gravidade deste tipo de ação, a intervenção somente tem vez, quando houver manutenção dos atos violadores a que se pretende combater; reconhecendo sua impossibilidade, principalmente, quando as autoridades, ainda que pelas vias administrativas, já tiverem adotado as medidas necessárias para a retomada da ordem esperada.

A decisão neste tipo de ação, igualmente como ocorre com as outras ações de controle de constitucionalidade, somente pode ser tomada, se na sessão de julgamento estiverem presentes, ao menos, oito dos onze ministros daquela Corte.

Do mais, a decretação da intervenção somente é possível se o pedido formulado pelo Procurador-Geral tiver sido julgado procedente, no mínimo, por seis magistrados daquela Casa. Em outras palavras, depende de aprovação da maioria absoluta do Supremo Tribunal Federal.

Uma vez julgado procedente o pedido, o Presidente do STF comunicará a decisão ao Presidente da República, requisitando-lhe a intervenção, nos limites do quanto decidido.

Dispõe o artigo 12 da Lei nº 1.079/1950 que o não cumprimento, pelo Presidente da República, de tal requisição, o mesmo cometerá crime de responsabilidade¹²⁴.

¹²² Neste sentido, BUZAID, Alfredo. Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 107.

¹²³ Supremo Tribunal Federal. IF 5179/DF. Relator: Cesar Peluso (Presidente). Publicação: 08/10/2010.

¹²⁴ BRASIL. Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1950-1959/lei-1079-10-abril-1950-363423-norma-actualizada-pl.html>>. Acesso em em 15 de abril de 2018.

Malgrado leve o nome de crime, na verdade, as condutas punidas à luz da lei citada no parágrafo acima não passam de ilícitos políticos, sem qualquer previsão de preceito incriminador, propriamente dito, com cominação de pena; lado outro, aquele que comente “crime” de responsabilidade, ficará suscetível de sofrer o *Impeachment*.

Ao decretar a intervenção na unidade da Federação, o Presidente da República deverá delimitá-la, especificando as condições de execução da medida interventiva e nomeará um interventor. Ela pode recair sobre qualquer dos Poderes, em qualquer dos entes federados; verificada, em maior frequência, em relação ao Executivo¹²⁵.

2.9.3 Da ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

Trata-se de ação de controle abstrato de constitucionalidade, frente à omissão de medida necessária para efetivar uma norma constitucional, independentemente, de sua natureza, mesmo que não tenha, portanto, caráter de direito fundamental¹²⁶.

Sua regulamentação é feita pela Lei nº 9868/1999, com as alterações encartadas pela Lei nº 12.063/2009¹²⁷.

Sua finalidade, da mesma forma como ocorre com as ações estudadas acima, é a proteção objetiva da Constituição Federal, voltada a preservar sua integridade normativo-constitucional; não tem o desiderato, desta maneira, de proteger um direito subjetivo, mas o de tutelar o próprio ordenamento constitucional¹²⁸.

O seu procedimento é análogo àquele das ações já estudadas, com ressalvas aos atos que lhe são próprios, por incompatibilidade em relação àquelas.

A legitimidade para a sua propositura em nada se altera em relação àquela conferida, pela Constituição, para propor a ação de constitucionalidade por ação.

¹²⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 11ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 370.

¹²⁶ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 302.

¹²⁷ BRASIL. Lei nº 12.063, de 27 de outubro de 2009. Disponível em: <

¹²⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 11ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 340.

Seu parâmetro é toda norma constitucional, cuja efetividade dependa de alguma medida de qualquer dos Poderes. Neste sentido, pela classificação de Jose Afonso da Silva, apenas as normas de eficácia limitada podem ser parâmetros para uma ação de inconstitucionalidade por omissão¹²⁹.

Dirley da Cunha Júnior esclarece que a inconstitucionalidade por omissão opera no campo da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, notadamente, em relação àquelas que demandam integração legislativa ou material dos órgãos de direção política, entre as quais figuram as normas programáticas definidoras de direitos sociais, “comuns nas Constituições Dirigentes”¹³⁰.

Pelo escólio de Jorge Miranda, pode-se classificar a omissão constitucional em face de quaisquer funções do Estado, sendo correto admitir:

1. Inconstitucionalidade por omissão de medidas administrativas;
2. Inconstitucionalidade por omissão de decisão judicial, o que corresponde à própria negativa de jurisdição;
3. Inconstitucionalidade por omissão de atos normativos, decorrente da própria omissão do legislador em não erigir os atos legislativos imperiosos à exequibilidade das normas constitucionais não exequíveis de per si;
4. inconstitucionalidade por omissão de atos políticos ou de governo;
5. inconstitucionalidade por omissão de revisão ou reforma da Carta Política, quando a mesma demanda modificação de algum dos seus preceitos ou dos seus institutos¹³¹.

¹²⁹ SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. 9. Ed. Atualizada até a Emenda Constitucional 83, de 5 de agosto de 2014. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 58.

¹³⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 11ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 344.

¹³¹ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 508.

Uma vez declarada a inconstitucionalidade por omissão, o Poder Judiciário dará ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias, nos termos do artigo 103, §2º da Constituição Federal, bem como do artigo 12-H da Lei nº 9.868/1999¹³².

Da mesma forma como ocorre na ação declaratória de inconstitucionalidade ou na ação declaratória de constitucionalidade, a sessão de julgamento deverá conter, no mínimo, 8 ministros e a decisão é tomada, por meio de maioria absoluta.

Em caso de omissão imputada aos órgãos administrativos, a mesma deverá ser suprida no prazo de 30 dias, ou outro, razoavelmente estipulada pelo órgão julgador.

Após diversas discussões doutrinárias e jurisprudencial quanto aos efeitos da decisão judicial que reconhece a inconstitucionalidade por omissão, em 2007, no julgamento do ADI 3682/MT¹³³, os Ministros do Supremo Tribunal Federal decidiram, após reconhecerem a omissão quanto a regulamentação do artigo 18, §4º da Constituição Federal, que o Congresso Nacional tinha o dever de legislar. Assentaram que aquela decisão constitui sentença mandamental, com imposição ao legislador que, no prazo de 18 meses, editasse a lei complementar federal, com vistas a solver o problema dos Municípios já criados.

Assim, ao reconhecer, ainda que parcialmente, a inconstitucionalidade por omissão, o judiciário age em ativismo judicial: nem sempre estrutural; nem sempre dialógico, nos mesmos moldes das ações, até então, estudadas.

2.9.4 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Trata-se de ação voltada evitar ou reparar lesão, a preceito fundamental, decorrente de atos do Poder Público ou, até mesmo, de suas omissões.

¹³² BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1999/lei-9868-10-novembro-1999-369587-norma-actualizada-pl.html>>. Acesso em: 15 de abril de 2018.

¹³³ Supremo Tribunal Federal. ADI 3682/MT. Relator: Gilmar Mendes. Acórdão Publicado em 06/09/2007.

Ela é disciplinada pela Lei nº 9882/1999¹³⁴. Para fins de sua propositura, Dirley da Cunha Júnior aponta como preceitos fundamentais:

- a. Os princípios fundamentais do título I da Constituição Federal, que fixam as estruturas básicas de configuração política do Estado (Arts. 1º ao 4º);
- b. os direitos e garantias fundamentais, que limitam a atuação dos poderes em favor da dignidade da pessoa humana (sejam os declarados no catálogo expressado no título II ou não, ante a abertura material proporcionada pelo § 2º do art. 5º e, agora, pelo §3º do mesmo artigo);
- c. os princípios constitucionais sensíveis, cuja inobservância pelos Estados autoriza até a intervenção federal (art. 34, VII) e
- d. as cláusulas pétreas, que funcionam como limitações materiais ou substanciais ao poder de reforma constitucional, compreendendo as explícitas (art. 60, §4º, incisos I a IV) e as implícitas (ou inerentes, que são aquelas limitações não previstas expressamente no texto constitucional, mas que, sem embargo, são inerentes ao sistema consagrado na Constituição, como, por exemplo, a vedação de modificar o próprio titular do Poder Constituinte Originário e do Poder Reformador, bem assim a impossibilidade alterar o processo constitucional de emenda)¹³⁵.

Esta ação somente pode ser proposta pelas mesmas entidades autorizadas, pela Constituição Federal, a manejarem a ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 2º de sua lei de regência.

Seu caráter é subsidiário, na medida em que não se admite seu manejo, quando outro meio for apto para sanar a lesividade a que se pretende combater, nos termos do artigo 4º, §1º da lei supracitada.

Admite-se que a mesma ocorra de forma incidental, em uma ação judicial de controle concreto de constitucionalidade, aplicando-se à esta todas as disciplinas, quanto a legitimidade e procedibilidade em relação à sua forma em abstrato.

A competência para processar e julgar este tipo de ação é do Supremo Tribunal Federal, quando o preceito fundamental apontado como violado advier da própria Constituição Federal; será dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal,

¹³⁴ BRASIL. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9882.htm>. Acesso em: 03 de abril de 2018.

¹³⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 11ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 384.

quando o preceito fundamental imputado como violado emanar das Constituições Federais.

O objeto desta ação, nos termos do artigo 1º, são os atos do poder público federal, estadual ou municipal, inclusive, aqueles vergastados antes da Constituição de 1988, que estejam ferindo preceito fundamental.

Sem adentrar na controvérsia doutrinária sobre a matéria, registra-se que Ingor Wolfgang Sarlet aponta que a decisão vergastada na ação de descumprimento de preceito fundamental tem efeito vinculante e, além disto, com grau de amplitude maior do que a que ocorre nas decisões proferidas nas ações de inconstitucionalidade, porquanto, nestas, a decisão somente tem seus efeitos em relação aos órgãos do Poder Judiciário e os da administração pública; enquanto que nas ações por descumprimento de preceito fundamental, a decisão atinge a todos, inclusive, o legislativo¹³⁶.

Em regra, seus efeitos são genéricos e retroativos, podendo ser restringidos ou modulados, por aprovação de dois terços dos membros do STF, com vistas a garantir a segurança jurídica ou por excepcional interesse social, nos termos do artigo 11 da Lei nº 9.882/99¹³⁷.

Deve-se lembrar, por oportuno, que a única vez em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, ainda que em cognição sumária, em análise de pedido de tutela de urgência, a existência de ECI, a mesma se deu no bojo de uma ação de descumprimento de preceito fundamental.

Novamente, ao buscar proteger um preceito constitucional, o Judiciário age em ativismo judicial.

¹³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Arguição de descumprimento de preceito fundamental:alguns aspectos controversos. In Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99. André Ramos Tavares e Walter Cláudius Rothenburg, organizadores. São Paulo: Atlas, 2001.

¹³⁷ BRASIL. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9882.htm>. Acesso em: 03 de abril de 2018.

2.9.5 A Diferença entre o ECI e as ações constitucionais de controle de constitucionalidade

Inicialmente, é preciso enfatizar que o estado de coisas Inconstitucional é um fenômeno, em que se constata a violação massiva de direitos fundamentais de uma gama de titulares destes direitos. Esta é a aceção adotada neste trabalho, consoante dito alhures.

Este fenômeno, a seu turno, pode ser reconhecido, não apenas nas ações estudadas, mas em qualquer outra, inclusive em sede recursal. Quando o mesmo for observado pelo Supremo Tribunal Federal, o mesmo deve agir em ativismo estrutural dialógico, adotando decisões cujo objetivo central é, por meio do diálogo com os órgãos estatais envolvidos, suprir as lacunas que estão causando a lesão aos direitos fundamentais.

É bem verdade que, da mesma forma como ocorre nos casos de procedência, ainda que em parte, das ações de controle de constitucionalidade, no ECI, o Supremo age em ativismo judicial.

Ocorre que, naquelas ações, nem sempre este ativismo será estrutural. Basta pensar, por exemplo, na declaração de inconstitucionalidade de uma determinada lei que instituiu um determinado tributo; no reconhecimento de estado de coisas inconstitucional, por outro lado, o ativismo do Judiciário, necessariamente, deverá ser estrutural, na medida em que se objetiva, com a decisão correlata, corrigir falhas existentes na estrutura do Estado que são as criadoras do estado de coisas inconstitucional.

Da mesma forma, no ativismo judicial proveniente destas ações, como sói ocorrer, não há diálogo entre os Poderes envolvidos. Geralmente, tem-se uma decisão do STF que, necessariamente, tem de ser seguida pelo Poder afetado, cabendo, quando muito, apenas, embargos de declaração, a serem apreciados pela própria corte.

Por outro lado, no ECI, como melhor será abordado em diante, o Supremo deverá traçar, em linhas gerais, vetores a serem observados pelos agentes estatais envolvidos; sendo possível – e desejável – que estes sejam modificados, para melhor

amoldar-se à realidade do caso concreto, sem que esta alteração constitua violação à coisa julgada.

De mais a mais, como se viu, todas as ações estudadas acima somente podem ser manejadas pelos legitimados; vedado ao STF agir de ofício, que deverá atentar-se ao pedido, sob pena de violação dos princípios da inércia ou, até mesmo, da adstrição, consoante o caso.

Por outro lado, a Corte Suprema pode reconhecer a existência do ECI em qualquer espécie que esteja em julgamento: sejam nas ações originárias, seja na apreciação de um recurso, independentemente, de serem individuais ou coletivas; irrelevante se em ações objetivas ou subjetivas.

Em outras palavras, sem que exista qualquer pedido neste sentido, uma vez constatada a existência do estado de coisas inconstitucional, o STF tem o dever de agir em ativismo judicial estrutural, em qualquer julgamento realizado.

Como se viu, o STF declarou a existência de estado de coisas inconstitucional, em pedido de tutela de urgência, formulado na ação de descumprimento de preceito fundamental. No caso específico, o autor da ação, um partido político, incluiu no pedido que o ECI fosse reconhecido.

Além do mais, outra diferença, é que as outras ações estudadas possuem previsão expressa na própria Constituição Federal. Além disto, são regulamentadas por leis federais específicas.

O ativismo judicial estrutural dialógico, no ECI, por outro lado, não tem qualquer previsão constitucional ou infraconstitucional.

Sua origem, como se viu, ocorreu na Colômbia, como instrumento criado pelo Judiciário, para salvaguardar os direitos fundamentais violados pela omissão injustificada das autoridades estatais.

Se a fundamentação dogmática das ações de controle de constitucionalidade está no próprio texto constitucional e nas leis que as regulamentam; a fundamentação do reconhecimento do ECI recai no dever do Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, de ter o dever institucional que lhe foi, inclusive, imposto pela Constituição Federal, de proteger os direitos fundamentais.

2.10 A INSERÇÃO DA DECLARAÇÃO DO ECI E SUAS CONSEQUÊNCIAS COMO GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como dito alhures, o estado de coisas inconstitucional é um fenômeno social. Quando ele é constatado, deve o magistrado constitucional agir em ativismo estrutural, observando-se o diálogo com os outros Poderes, com vistas a superá-lo.

Sob este pálio, o conjunto formado entre a declaração de estado de coisas inconstitucional com o próprio ativismo estrutural do Judiciário pode ser classificado como verdadeira garantia dos direitos fundamentais.

E ao admitir tal classificação, obviamente, afirma-se que as garantias aos direitos fundamentais, elencadas na Carta Política do Brasil estão em *numerus apertus*, ou seja, de forma exemplificativa.

Sobre esta questão, preceitua o §2º do artigo 5º da Constituição Federal que os direitos e garantias nela expressos não “excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Não poderia ser diferente, tendo em vista que a sociedade se encontra em constante modificação, exigindo, do direito, a mutação necessária para acompanhar as variações dos fenômenos a ela inerente.

Existe um brocardo latino, atribuído a Ulpiano, segundo o qual “*ubi homo, ibi societa, ubi societa, ibi jus*”. É dizer: “onde está o Homem, há sociedade; onde há sociedade há direito”.

Pela interpretação lógica desta afirmação, pode apregoar que onde há modificação da sociedade, também existe a modificação do direito que, neste ponto, influencia a sociedade e dela recebe influência, em verdadeiro ciclo virtuoso.

É destas variações recíprocas, constantes e cíclicas do direito e da sociedade que se pode constatar o fenômeno da mutação constitucional. Para Luís Barroso:

(...) a mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação do seu texto. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo¹³⁸.

Blanca Raquel Cárneas acrescenta que a dinâmica implícita no exercício de direitos no âmbito de um Estado constitucional está associada a certas complexidades que exigem ajustes nessas garantias¹³⁹.

É dizer, com isto, que, conquanto não previsto, expressamente, em nossa Constituição Federal resta agasalhada, pela mesma, a possibilidade de o Judiciário agir em ativismo estrutural no caso de estado de coisas inconstitucional. Com efeito, deve-se entender que as modificações sociais havidas, após a entrada em vigor da Constituição Federal, autorizam a própria mutação constitucional, no sentido de se aceitar a interferência legítima do Judiciário nas atividades típicas dos outros Poderes, quando declarado o estado de coisas inconstitucional.

Gergoes Burdeau apregoa que a mutação constitucional corresponde a um poder constituinte difuso, cuja titularidade é do povo, conquanto seu exercício ocorra, por via representativa, pelos órgãos estatais, que devem agir em sintonia com os anseios legítimos da população.¹⁴⁰

¹³⁸ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, 2ª Edição, Ed. Saraiva, 2010, p. 225.

¹³⁹ BLANCA, Raquel Cárdenas. Del estado de cosas inconstitucional (ECI) a la formulación de una garantía transubjetiva. Bogotá: universidad externado de Colombia, 2016. p.63.

¹⁴⁰ BURDEAU, Georges. Traité de Science politique. Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1969, v. 4, p. 246-247.

É bem verdade que, nas palavras de Ingo Sarlet, Marinoni e Mitidiero, esta mutação constitucional deve ser limitada, porquanto não pode implicar a própria quebra da ordem constitucional, já que não é dado ao interprete se colocar acima da própria constituição¹⁴¹.

No caso em tela, como melhor será abordado posteriormente, na existência do estado de coisas inconstitucional, quando o judiciário age em ativismo estrutural, entrará em choque com o Princípio da separação dos Poderes.

Estes conflitos de valores deverão ser solucionados por meio da ponderação dos princípios envolvidos, na forma preconizada por Robert Alexy, melhor explicado adiante.

Fato é que há de prevalecer, com o respeito ao núcleo imanente do Princípio da Separação dos Poderes, a possibilidade de o Judiciário agir em ativismo, com vistas a corrigir as falhas estruturais do Estado, frente a existência de um estado de coisas inconstitucional, que evidencia lesão sistemática e constante de vários direitos fundamentais.

É de se concluir, portanto, que a declaração do estado de coisas inconstitucional, juntamente com o ativismo judicial estrutural dela decorrente, constituem instrumento de proteção dos direitos fundamentais, ou seja, são garantias destes direitos.

2.11 OS LIMITES DO JUIZ CONSTITUCIONAL NA DECLARAÇÃO DE ECI

Blanca Raquel Cárdenas defende que a fixação dos limites do juiz constitucional na declaração de estado de coisas inconstitucional equivale a traçar os seus próprios limites à interpretação da Constituição¹⁴². Ela depende, em grande medida, do modelo

¹⁴¹ SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. Curso de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 164.

¹⁴² BLANCA, Raquel Cárdenas. Del estado de cosas inconstitucional (ECI) a la formulación de una garantía transubjetiva. Bogotá: universidad externado de Colombia, 2016, p. 70.

teórico a ser adotado sobre o que Riccardo Guastini denominou de “estatuto lógico da interpretação”¹⁴³.

Este, a seu turno, nos ensinamentos de Guastini, tem lastro em três elementos: i) a estrutura da Constituição; ii) a garantia jurisdicional da Constituição e iii) a concepção que se tenha de uma Constituição¹⁴⁴.

Todas estas variáveis sofrem influência do modelo de Estado e sobre ele exerce influência.

Os problemas quanto à interpretação da Constituição e, no caso concreto, em relação aos limites do magistrado constitucional, têm origem pelo desprezo ao modelo de Estado como uma variável interdependente àquelas outras citadas, no momento da operação da hermenêutica¹⁴⁵.

Outro problema na interpretação da Constituição advém da subjetividade exacerbada do exegeta no exercício do seu mister.

Gerardo Erro Cruz diz que, comumente, a interpretação da Constituição não “*es solo ratio, sino también emotion*”.¹⁴⁶

É bem verdade que, segundo Gadamer, a interpretação não é uma questão de método, mas, algo que está intrinsecamente relacionado à concepção de mundo do intérprete. Trata-se de sua pré-compreensão¹⁴⁷.

Contudo, a subjetividade, em demasia, na atividade de interpretar a Constituição tanto pode afetar a esmerada aplicação dos institutos constitucionais, deixando-o ao bel

¹⁴³ GUASTINI, Riccardo. Teoría o ideología de la interpretación constitucional (Miguel Carbonell y Pedro Salazar, trads.), 2ª ed. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM-TROTТА, 2010, p. 39.

¹⁴⁴ GUASTINI, Riccardo. Teoría o ideología de la interpretación constitucional (Miguel Carbonell y Pedro Salazar, trads.), 2ª ed. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM-TROTТА, 2010, p. 43.

¹⁴⁵ BLANCA, Raquel Cárdenas. Del estado de cosas inconstitucional (ECI) a la formulación de una garantía transubjetiva. Bogotá: universidad externado de Colombia, 2016, p. 71.

¹⁴⁶ CURZ, Gerardo Ero. El derecho procesal constitucional: su desarrollo jurisprudencial, Domingo García Belaúnde (epílogo), 3ª ed., Bogotá: Temis, 2011, p. 53.

¹⁴⁷ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de F. P. Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 28.

prazer do hermeneuta, quanto pode ser fator de instabilidade da Carta Política, na medida em que, com grande frequência, os operadores do direito, inclusive por predileções de caráter ideológico, modificam seus valores em relação aos elementos do texto interpretado.

Como melhor será exposto abaixo, o ativismo judicial estrutural adveniente da declaração de ECI, necessariamente, entrará em choque com o Princípio da Separação dos Poderes.

E, em se tratando de colisão entre princípios, o juiz terá de valer-se da técnica do sopesamento, para decidir quais princípios em choque deverão prevalecer, sem que afete o núcleo imanente daquele que foi mitigado.

Um dos limites do magistrado constitucional, na declaração de ECI recai sobre o impedimento de que se valha de subjetividade excessiva na ponderação que fará em razão do choque entres os princípios envolvidos.

Outro limite do juiz constitucional é que este deve respeitar a forma do Estado, a proteção jurisdicional à constituição e manutenção de percepção de existência de uma Constituição.

Além disto, mesmo diante de lesão massiva e sucessiva de direitos fundamentais, reconhecida no ECI, não pode o magistrado desprezar o núcleo mínimo de existência do Princípio da Separação dos Poderes.

De mais a mais, não poderá avançar na seara reservada ao poder constituinte, sob pena de lesão à própria soberania popular.

Sob este prisma, o exegeta encontra os mesmos limites da mutação constitucional, que, nos ensinamentos de Luís Roberto Barroso¹⁴⁸, são:

¹⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 64.

Primeiro, os próprios sentidos dos textos que estão sendo interpretados. É dizer, se o sentido novo que se quer dar à interpretação não couber no texto, mister se faz a convocação do poder constituinte.

Segundo, a própria preservação dos princípios fundamentais que conferem identidade à constituição.

Se avançar estes limites, resta inegável que o Poder Judiciário usurpará, indevidamente, as competências dos outros poderes, tornando sua atuação ilegítima; ato de negação à Constituição vigente.

3. O ATIVISMO JUDICIAL ESTRUTURAL DIALÓGICO NO ECI

3.1 CONCEITO, NATUREZA E OBJETIVO

Viu-se, no capítulo anterior, que a doutrina não é pacífica quanto à natureza jurídica do estado de coisas inconstitucional. Há quem defenda que a mesma seja técnica de julgamento. Outros apregoam que se trata de decisão judicial. Há afirmação – defendida neste trabalho – que o mesmo corresponde a um fenômeno social.

Todavia, existe voz uníssona entre os doutrinadores que, ao reconhecê-lo, o juiz constitucional exarará vários comandos mandamentais a serem obedecidos pelos órgãos dos outros Poderes, com vistas a corrigir as falhas estruturais do Estados, para que seja afastada a violação massiva e sistemática dos direitos fundamentais. E assim o fazendo, o magistrado estará agindo em ativismo estrutural.

Segundo o dicionário Michaelis, a semântica da palavra ativismo releva que a mesma corresponde à “doutrina de vontade criativa que prega a prática efetiva para transformar a realidade em lugar da atividade puramente especulativa”¹⁴⁹.

Já a expressão “ativismo judicial” foi preconizada, pela primeira vez, nos Estados, em manifestação da doutrina, sobre a Suprema Corte americana, no período do New Deal¹⁵⁰.

Sob o arquétipo jurídico, da mesma forma como ocorre em relação ao estado de coisas inconstitucional, a doutrina diverge quanto ao seu conceito, natureza e objeto.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos conceitua o ativismo judicial como exercício expansivo, nem sempre legítimo, de poder político-normativo, pelos magistrados e tribunais, em face dos atores políticos¹⁵¹.

¹⁴⁹ MICHAELIS, Dicionário da língua portuguesa. Disponível em: < <http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/ativismo/>>. Acesso: 04 de fevereiro de 2016.

¹⁵⁰ SCHLESINGER JR., Arthur M. The Supreme Court: 1947, Fortune, janeiro de 1947, p. 208.

¹⁵¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de coisas inconstitucional. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 220.

Propugna Elival Ramos da Silva, em noção preliminar, que o ativismo “reporta-se a uma disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento, notadamente, da função legislativa”¹⁵².

Já para Luís Roberto Barroso, o ativismo judicial corresponde a “uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”.¹⁵³

Já Vanice Regina Lírio do Valle vaticina que o ativismo judicial corresponde à prática de desafio aos atos de outros poderes, ainda que os mesmos sejam constitucionais.

Diz, outrossim, que corresponde à atividade dos juízes de legislarem nos julgamentos, com o efetivo afastamento dos cânones de interpretação jurídica¹⁵⁴.

O Ativismo judicial corresponde, assim, a verdadeira intromissão do Judiciário, no exercício de suas atividades típicas, nas funções típicas inerentes aos outros Poderes.

Será legítima, consoante melhor será abordado adiante, apenas, se, efetuado o sopesamento de princípios colidentes, restar assente que é preciso proteger o direito fundamental, cuja lesão, eventualmente, estiver colidindo com o princípio da separação dos poderes; do contrário estará eivado da pecha da inconstitucionalidade.

Acrescenta-se, ao termo em estudo, a palavra “estrutural”, porquanto as ações do Judiciário, ao imiscuir-se das típicas funções dos outros Poderes, na defesa dos direitos fundamentais e outros valores aos quais se pretende defender, têm o escopo precípua de corrigir falhas na estrutura social, decorrentes da ineficiência das políticas públicas, até então aplicadas ou, até mesmo, por conta de sua inexistência.

¹⁵² RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 65.

¹⁵³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. P, 150.

¹⁵⁴ VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). *Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal*. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá. 2009, p. 78.

Sob este enfoque, portanto, é amplamente possível admitir-se ativismo do judiciário que não seja estrutural, o que ocorre todas as vezes em que a intromissão do Judiciário nas atividades típicas dos outros Poderes não tenha o escopo de corrigir falhas estruturais decorrentes da omissão dos agentes estatais. Basta pensar, por exemplo, nas decisões tomadas, nas ações individuais ou coletivas, em que se tutela direito fundamental específico, em que o Judiciário cria aos outros Poderes um dever de fazer condizente com sua atividade típica, sem almejar qualquer alteração na própria estrutura da sociedade.

Nestes casos, em regra, conquanto o Judiciário atue em ativismo, o mesmo não pode ser classificado como estrutural, porquanto não é voltado a corrigir falhas estruturais da sociedade, mas, apenas, tutelar direito específico em ações individuais ou, até mesmo, coletivas.

Defende-se, outrossim, que o ativismo – no caso de declaração de ECI – deve ter natureza dialógica, pois, caberá ao juiz constitucional traçar os vetores das políticas públicas a serem aplicadas, fixar prazos para o seu cumprimento, fiscalizar a obediência às ordens exaradas. Tudo sem descuidar da necessidade de diálogo institucional, com os outros Poderes, de sorte que cada órgão exerça seu mister, nos limites constitucionais de suas atribuições.

Tem-se, portanto - sem desmerecer os conceitos expostos acima, tampouco a intenção de impor uma panaceia para a divergência doutrinária – que o ativismo estrutural dialógico decorrente de declaração de estado de coisas inconstitucional corresponde à interferência legítima do Poder do Judiciário, em atividades inerentes aos outros Poderes, exorbitando suas funções típicas, constitucionalmente, traçadas, por meio de ordens mandamentais que devem ser cumpridas, pelos sujeitos envolvidos, por meio do diálogo institucional com os órgãos dos Poderes afetados.

O objetivo do ativismo estrutural dialógico, no ECI, é a correção de falhas na estrutura social, notadamente, pela ausência de políticas públicas ou decorrente de sua aplicação deficiente, a fim de que sejam resguardados os direitos fundamentais afetados pelo estado de coisas inconstitucional.

Neste enfoque, pode-se afirmar que a natureza jurídica do ativismo judicial estrutural dialógico é de instrumento de garantia aos direitos fundamentais, pelos motivos expostos no capítulo 2 deste trabalho.

3.2 ESCORÇO HISTÓRICO DO ATIVISMO JUDICIAL

Schlesinger ensina que o ativismo judicial se aproxima muito mais das antigas divergências quanto aos limites da Suprema Corte americana, do que pode fazer entender sua origem terminológica¹⁵⁵.

Neste contexto, Carlos Alexandre Azevedo Campos assenta que as decisões tomadas pela Suprema Corte nos casos *Marbury v. Madison*; *Dred Scott v. Sandford* e *Lochner v New York* são consideradas decisões clássicas e complexas do ativismo judicial¹⁵⁶.

David O'Brien relata que foi John Marshall que, ao ocupar o cargo de *Chief Justice*, em 1801, que logrou conferir à Suprema Corte estadunidense posição de elevada importância na vida política daquele país, conferindo-lhe identidade institucional.¹⁵⁷

Foi, por meio de suas ações, que os outros Poderes e, até mesmo, a população passaram, aos poucos, a aceitar a autoridade da Corte e sua legitimidade em exarar ordens com impacto nas políticas públicas¹⁵⁸.

É neste contexto histórico que, em 1803, que aquela Casa se debruçou sobre o caso *Marbury v. Madison*, geralmente, citado pela doutrina, como aquele que deu origem ao controle difuso de constitucionalidade, bem como ao *judicial review*.

¹⁵⁵ SCHLESINGER JR., Arthur M. The Supreme Court: 1947, Fortune, janeiro de 1947, p. 208 e 2012.

¹⁵⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de. Dimensões do Ativismo Judicial do STF. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014, p. 49.

¹⁵⁷ O'BRIEN, David M. Storm Center. The Supreme Court in American Politics. 8ª ed. New York: WW.Norton & Company, 2008, p. 112.

¹⁵⁸ BAUM, Lawrence. The Supreme Court. 10ª ed. Washington: CQ Press, 2010, p. 20-21.

William Marbury impetrou, diretamente na Suprema Corte dos Estados Unidos, *writ of mandamus*, espécie com a qual se assemelha o mandado de segurança brasileiro, em face de ato praticado pelo Secretário de Estado James Madison.

Alegou que, conquanto houvera sido nomeado por John Adams, presidente dos Estados Unidos, pelo Partido Federalista, que se encontrava no final de seu mandato, como Juiz de Paz do Distrito de Columbia, Madison negava-lhe investir no cargo, por ordem de Thomas Jefferson, novo presidente estadunidense, pelo Partido Republicano.

Fato é que a Suprema Corte, presidida por Marshall, reconheceu que Marbury era detentor do direito por ele perseguido. Todavia, incidentalmente, de forma difusa, por meio do voto de John Marshall, decidiu pela inconstitucionalidade da Seção 13 de *Judiciary Act* de 1789, ato que pelo qual o Congresso norte-americano conferia à Suprema Corte competência originária para processar e julgar ações em face de ato promanado por Secretário de Estado.

Prevaleceu, assim, o entendimento de que a competência da Tribunal Maior dos Estados Unidos estava, exaustivamente, delineada no próprio texto constitucional. Em decorrência disto, dada a incompetência daquela Casa para processar e julgar o feito, a Suprema Corte denegou a ordem pleiteada.

Carlos de Alexandre de Azevedo Campos defende que, neste caso específico, a Corte presidida por Marshall inaugurou o *judicial review*, que em apertada síntese pode ser vista como a autoafirmação de poder pela Corte Americana; espécie que, no seu nascedouro, encetou ativismo judicial em dupla dimensão: a primeira por recusar-lhe competência normativa, mesmo sem existir na Constituição, qualquer previsão expressa que a afastasse. A segunda porque se logrou firmar o poder espetacular para a Corte, o de declarar a inconstitucionalidade *incidenter tantum*, mesmo sem que existisse qualquer norma, na Constituição estadunidense, que lho conferisse¹⁵⁹.

¹⁵⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014, p. 52.

O segundo caso ontológico de ativismo judicial diz respeito à doutrina do “*once free, alway free*” (uma vez livre, sempre livre).

Dred Scott foi escravo do major do Exército dos Estados Unidos, John Emerson. Este residiu em diversos Estados americanos, no cumprimento de seu mister. Ao mudar de residência, levava Dred Scott consigo¹⁶⁰.

Fato é que, em algumas ocasiões, Emerson residiu em Estados onde a escravidão era proibida, a exemplo de quando morou em Rock Island, Estado de Illinois, entre os anos de 1834 e 1836¹⁶¹.

Em 1843, Emerson faleceu, e sua viúva recusou-se a conferir a liberdade que Dred Scott havia alcançado, quando morou nos Estados em que a escravidão já era proibida.

Scott, inicialmente, obteve provimento judicial favorável. Contudo, a decisão foi reformada pela Corte do Missouri.

A questão foi parar na Suprema Corte. Lá, declarou-se a inconstitucionalidade do “Compromisso do Missouri”, por meio do voto do *Chief Justice* Taney, que Robert McCloskey reputou ser o mais desastroso voto já emitido por aquele Tribunal¹⁶², diante de sua carga preconceituosa, racista e de coisificação do negro.

Restou decidido que que Dred Scott não poderia adquirir a liberdade em razão de sua permanência no Território de Wisconsin, pois a Corte declarou a inconstitucionalidade da lei federal, por meio da qual – há vários anos, proibiu-se a escravidão naquela cercania¹⁶³.

¹⁶⁰ Justia US Supreme Court. 60 U.S. 393 (1856). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/60/393/case.html>>. Acesso: 13 de maio de 2017.

¹⁶¹ Justia US Supreme Court. 60 U.S. 393 (1856). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/60/393/case.html>>. Acesso: 13 de maio de 2017.

¹⁶² McCLOSKEY, Robert M. *The American Supreme Court*. 5ª ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2010. p. 62.

¹⁶³ Justia US Supreme Court. 60 U.S. 393 (1856). Disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/60/393/case.html>>. Acesso: 13 de maio de 2017.

O ativismo judicial, naquele caso, foi evidenciado pelo fato de a Corte estadunidense imiscuir-se nas questões políticas, negando ao congresso o próprio poder de controlar os conflitos existentes nos Estados¹⁶⁴.

Por fim, em relação ao caso *Lochner v. New York*, a Suprema Corte dos Estados Unidos foi conclamada a decidir sobre a constitucionalidade de lei nova-iorquina que criminalizava a exigência – ou permissão – da jornada de trabalho de 10 horas para padeiro.

Em outras palavras, a Corte teve de decidir se o legislativo tinha a legitimidade e atribuição para interferir nos contratos de trabalho¹⁶⁵.

Foi declarada a inconstitucionalidade daquela lei, porquanto a mesma, para a maioria dos julgadores, afrontava a liberdade individual, direito albergado pela XIV Emenda da Constituição Federal¹⁶⁶.

Wendell Holmes Jr. destaca duas dimensões do ativismo judicial neste caso. A primeira foi a de que a Suprema Corte afirmou a existência de um direito absoluto de *pacta sunt servanda* nos contratos de trabalho. A segunda dimensão reside na intromissão da Suprema Corte nas políticas públicas, atribuição típica do legislativo e do executivo¹⁶⁷.

3.3 BREVE ABORDAGEM SOBRE ATIVISMO JUDICIAL ESTRUTURAL NO DIREITO COMPARADO

César Saldanha Souza Júnior ensina que, nos sistemas de *common law*, a exemplo do que ocorre com os ordenamentos jurídicos dos Estados Unidos e na Inglaterra, a

¹⁶⁴ McCLOSKEY, Robert M. *The American Supreme Court*. 5ª ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2010. p. 63.

¹⁶⁵ Justia US Supreme Court. 198 u.s. 45, 53 (1905), Disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/>>. Acesso: 13 de maio de 2017.

¹⁶⁶ Justia US Supreme Court. 198 u.s. 45, 53 (1905), Disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/>>. Acesso: 13 de maio de 2017.

¹⁶⁷ HOLMES, Oliver Wendell Jr. *The Path of Law*. Harvard Law Review Vol. 10 (8), 1897, p. 457-478.

jurisprudência ocupa posição de fonte principal do direito¹⁶⁸. E assim o sendo, segundo vaticina Elival Ramos da Silva, uma decisão judicial desempenha dupla função: primeira delas é a definição de controvérsia, ou seja, impede que as partes renovem o debate sobre as questões que foram decididas. A outra, diz respeito ao seu valor como precedentes¹⁶⁹.

Segundo Guido Soares, o precedente corresponde a única ou várias decisões de um *apellate court*, que é um órgão coletivo, de segundo grau, que força que o mesmo tribunal ou juízes que lhe são subordinados a seguirem a mesma tese definida pelo colegiado¹⁷⁰.

Diante de um precedente, completa Elival Ramos da Silva, os órgãos responsáveis pelo exercício da função jurisdicional se comportam de igual forma como os juízes nos sistemas romano-germânicos diante da Constituição ou de norma infraconstitucional: inicialmente, checa se há pertinência entre o julgado frente ao caso em julgamento, a fim de verificar se, em razão de possível diferença entre um e outro, trata-se de hipótese de não aplicação do precedente, técnica conhecida como *distinguishing*; em seguida, observam se o precedente em testilha, por algum motivo, notadamente, pela dinâmica da vida social, já se encontra superado, técnica que é conhecida como *overruling*. Alfim, ao se observar que não se trata de hipótese de *distinguishing* ou de *overruling*, o juiz ou o tribunal aplicam a norma de decisão com arrimo nos princípios gerais do common law, em procedimento que se assemelha à interpretação por analogia, forma de preenchimento de lacuna no civil law¹⁷¹.

Quanto ao ativismo judicial, na obra “Juízes legisladores?”, Cappelletti assenta que a inevitável criatividade da função judiciária, a crescente e aumentada necessidade e a

¹⁶⁸ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. A supremacia do direito no Estado democrático e seus modelos básicos. Porto Alegre, 2002. Tese apresentada em concurso para Professor Titular junto ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. p. 115-119.

¹⁶⁹ RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 70.

¹⁷⁰ SOARES, Guido Fernando Silva. Common law: introdução ao direitos dos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 197.

¹⁷¹ RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 73.

intensificação de tal criatividade em nossa época são aplicadas em ambas as famílias jurídicas: tanto na *common law*, quanto na *civil law*¹⁷².

Para Elival da Silva Ramos, nos sistemas de *common law* existe uma conceituação mais ampla de ativismo judicial, que abarca “o uso da interpretação teleológica, de sentido evolutivo, ou da integração de lacunas, em que o Poder Judiciário atua de forma juridicamente irrepreensível”¹⁷³.

Neste sentido, continua o autor, não há um sentido negativo na expressão “ativismo”, mas um verdadeiro elogio por ser possível adaptar o direito às novas exigências e mudanças sociais¹⁷⁴.

Ora, sendo assim, não é despiciendo concluir que nos sistemas de *common law*, o ativismo tende a ser melhor recepcionado do que na família de sistema de *civil law*, notadamente, quando a atuação do Judiciário é voltada a preencher lacunas do próprio direito.

Segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos, o Tribunal Constitucional da Alemanha exerce inegável influência na construção do ordenamento jurídico, ao imprimir interpretação à Constituição daquele país. Lá, esta influência sobre o legislativo ocorre tanto de forma direta, com a vinculação político-normativa das decisões da Corte Constitucional alemã, quando da forma indireta sobre os Outros Poderes, na medida em que os membros do Parlamento vêm ajustando os projetos de lei à jurisprudência da Corte Maior daquele País¹⁷⁵.

Edward Eberle cita, como marco no ativismo judicial alemão, o caso Lüth¹⁷⁶. O autor *supra*, conta que Eric Lüth, alemão e judeu, foi processado, em 1958, por ter boicotado

¹⁷² CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1993. p. 111-120.

¹⁷³ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 80.

¹⁷⁴ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 80.

¹⁷⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014, p. 141.

¹⁷⁶ EBERLE, Edward J. *Dignity and Liberty. Constitutional Visions in Germany and the United States*. Westport: Praeger, 2002. P. 20-40.

os filmes não nazistas de Veit Harlan, cineasta alemão, que divulgava os ideários nazistas. O Tribunal de Hamburgo decidiu que o réu havia cometido ato ilícito e que deveria indenizar o cineasta. Ocorre que o Tribunal Constitucional reverteu o julgado, considerando que a decisão do Tribunal de Hamburgo tinha caráter limitador da liberdade de expressão.

Segundo Juliano Zaiden, ao decidir desta maneira, a Corte Maior da Alemanha valeu-se de método diverso. Até então, vinha adotando a mera subsunção das normas; neste caso, valeu-se da ponderação de valores, o que favoreceu o ativismo judicial.¹⁷⁷

Na Colômbia, berço do estado de coisas inconstitucional, consoante visto no capítulo anterior, o Judiciário vem agindo em ativismo estrutural para assegurar direitos fundamentais violados por omissão do próprio Estado.

O ativismo judicial na Colômbia não fica restrito ao estado de coisas inconstitucional. Existe inegável judicialização da política em torno da proteção dos direitos sociais, com visível proteção pessoal em casos individuais; proteção coletivas; e revisão abstratas de políticas econômicas¹⁷⁸. Em muitas destas decisões, o governo teve de assumir gastos orçamentários importantes, além de impactar a economia privada, interferência no mercado e na construção de leis sobre economia¹⁷⁹.

Na Colômbia, existe uma técnica que deságua em ativismo judicial, não encontrada na Alemanha e que somente é vista em poucas Cortes Constitucionais no mundo: trata-se do controle de validade material de reforma da Constituição, com possibilidade de o Judiciário impor limites materiais ao Poder Reformador da Constituição¹⁸⁰.

¹⁷⁷ BENVINDO, Juliano Zaiden. On the Limits of Constitutional Adjudication. Deconstructing Balancing and Judicial Activism. Dordrecht: Springer, 2010. P. 31 e seguintes.

¹⁷⁸ YEPES, Rodrigo Uprimny. The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court. Washington Univ. Global Studies Law Review, Vol 3, 2004, p. 535.

¹⁷⁹ YEPES, Rodrigo Uprimny. The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court. Washington Univ. Global Studies Law Review, Vol 3, 2004, p. 542.

¹⁸⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de. Dimensões do Ativismo Judicial do STF. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014, p. 127.

A Corte Constitucional da Costa Rica é outra que se destaca com uma das que mais age em ativismo judicial na América Latina. Tão grande é sua intromissão nas funções típicas de outros Poderes que aquela Corte acrescentou, em 1989, uma Câmara específica para tratar sobre as questões constitucionais e defender os direitos fundamentais¹⁸¹.

Na Costa Rica, a reforma constitucional ocorrida em 1949 não ampliou, sobremaneira, o rol dos direitos fundamentais, à luz do que ocorreu na Colômbia. E mesmo assim, muitos deles, conquanto reconhecidos na Carta Política, não tinham sua efetividade conferida pelos Poderes Legislativo e Executivo. Justamente esta omissão e a falta de efetividade dos direitos fundamentais foram dois fatores importantes que foram responsáveis pela transformação da Corte da Costa Rica como uma das mais poderosas do Continente Latino Americano¹⁸².

3.4 O ATIVISMO JUDICIAL ESTRUTURAL NO BRASIL

No Brasil, existem diversos precedentes em que o Supremo Tribunal Federal agiu em ativismo. Além da decisão, já citada, na concessão de medida liminar na ADPF 347, destacam-se as seguintes circunstâncias em que a Corte Maior brasileira já se imiscuiu nas funções típicas dos outros Poderes¹⁸³:

1. Aplicação das normas Constitucionais às hipóteses que não estavam diretamente contempladas na Carta Política, sem qualquer anuência do legislativo, a exemplo do que ocorreu nos casos de imposição de fidelidade partidária aos candidatos aos cargos do legislativo, bem como em relação à vedação ao nepotismo.

¹⁸¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de. Dimensões do Ativismo Judicial do STF. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014, p. 131.

¹⁸² WILSON, Bruce M. Claiming individual rights through a constitutional court: The example of gays in Costa Rica. *International Journal of Constitutional Law* Vol 5, p. 242.

¹⁸³ Neste sentido, BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 90-110.

A primeira decisão supracitada foi vergastada, em outubro de 2007, no mandado de segurança nº 26.603-1¹⁸⁴. Os ministros do STF entenderam que a infidelidade partidária poderia implicar perda do mandato aos parlamentares.

Para o relator, o Ministro Celso de Mello, em voto que foi seguido pela maioria da Corte, a troca de partido, sem uma razão que a legitime, viola o sistema proporcional das eleições, previsto no artigo 45 da Constituição Federal.

A alteração de partido, pelos parlamentares, nestes casos, entenderam os ministros, desfalca a sua representação e implica fraude à vontade do eleitor.

Restou, igualmente, decidida, por maioria sobre a modulação dos efeitos da decisão, que corresponde à limitação temporal da mesma. Na ocasião, sobre o assunto, três correntes foram formadas: A corrente vencedora limitou a decisão, a partir da data em que o próprio TSE se pronunciou sobre o assunto, o que ocorreu em 27 de março daquele ano.

Outras duas vertentes foram debatidas pelos ministros: a. que a decisão passaria a valer da data em que o plenário procedeu àquele julgamento; b. que deveria ser aplicada desde o início da legislatura em curso.

O Supremo assentou, ainda, que aquela decisão afetava os membros do Poder Legislativo, nas esferas federais, estaduais e municipais. Não teve o condão de afetar aqueles cargos cujo mandato era escolhido pelos cidadãos, por meio do voto majoritário.

Em relação à vedação ao nepotismo, o precedente resta, atualmente, assentado na súmula vinculante nº 13, pela qual, há violação da constituição federal, quando ocorre a nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança em qualquer dos Poderes de

¹⁸⁴ Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 26.603-1/DF. Relator: Celso de Mello. Publicado em 19 de dezembro de 2008.

qualquer dos entes da Federação. Esta violação se estende, outrossim, aos cargos de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios¹⁸⁵.

A propósito, como o próprio nome faz inferir, a súmula vinculante deve ser obedecida, obrigatoriamente, por todas as autoridades, administrativas, legislativas e judiciária, nos termos do artigo 103-A da Constituição Federal e da Lei nº 11.417/2006¹⁸⁶.

Deu-se, com a possibilidade de edição de súmula vinculante, inegável força aos precedentes no Brasil, aproximando-o dos países cujo sistema é o *common law*, cujo ápice de prestígios aos precedentes ocorreu, recentemente, com a edição do novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015¹⁸⁷.

Hodiernamente, no Brasil, os precedentes, com maior ou menor força, possuem efeitos vinculantes, mormente quando firmados pelos Tribunais Superiores e pelo Supremo Tribunal Federal: em qualquer caso, contribui significativamente, para o desenvolvimento do ativismo judicial, a exemplo do que vem ocorrendo nos países cujo sistema é de *common law*.

O *stare decisis*, por exemplo, é precedente de respeito obrigatório, já existente no Brasil. Equivale à norma erigida por uma decisão judicial e que, em razão do *status* do órgão que a criou, deve ser necessariamente seguida pelos órgãos que lhe são subordinados. Sua existência, em um só tempo, contribui par a atividade criativa do Judiciário, bem como vincula outros julgadores que devem seguir tal precedente¹⁸⁸.

Fato é que a violação da súmula vinculante confere margem à propositura de reclamação, diretamente, ao Supremo Tribunal Federal, a fim de que este adote as

¹⁸⁵ Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante nº 13. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1227>>. Acesso em 10 de junho de 2018.

¹⁸⁶ BRASIL. Lei nº 11.417 de 19 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11417.htm>. Acesso em: 03/04/2016.

¹⁸⁷ BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 03/04/2016.

¹⁸⁸ DONIZETTI, Elpídio. Curso Didático de Direito Processual Civil. De acordo com o Novo Código de Processo Civil e a Lei 13.465 de 11.07.2017. 21. ed. São Paulo: Gen, 2018. p. 289.

medidas necessárias para conferir efetividade às decisões emanadas por aquela Corte, em preservação de sua autoridade.

Nesta linha de raciocínio, é de conclusão lógica que a própria súmula vinculante corresponde a legítimo instrumento que possibilita, ao Supremo Tribunal Federal do Brasil agir em ativismo judicial.

Sua edição, modificação ou cancelamento, nos termos do artigo 3º da lei supracitada, poderá ocorrer por proposta: do Presidente da República; da Mesa do Senado Federal; da Mesa da Câmara dos Deputados Federais; do Procurador-Geral da República; do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; do Defensor-Público Geral da União; de partido político com representação no Congresso Nacional; de confederação sindical ou entidade de classe com representação nacional; a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; do Governador de Estado ou do Distrito Federal; dos Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares. E, incidentalmente, no curso do processo, sem suspendê-lo, os Municípios.

Em regra, a súmula vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros poderá restringir os efeitos vinculantes.

O próprio STF, de ofício ou por provocação, poderá apreciar a possibilidade de cancelamento ou revogação da súmula, caso o ato normativo que a originou for alterado ou revogado.

2. controle de constitucionalidade de atos legislativos, valendo-se de critérios menos rígidos do que os de patente e extensiva violação ao do texto constitucional, a exemplo das decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira.

No julgamento do ADI 3685¹⁸⁹, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que as normas novas, contidas na Emenda Constitucional 52/06, que põs termo à verticalização nas coligações partidárias, não poderiam ser aplicadas às eleições daquele ano.

Por maioria, os membros do STF entenderam que, no caso, deve ser obedecido o princípio da anterioridade eleitoral, consignado no artigo 16 da Constituição Federal.

Nesta esteira argumentativa, o Plenário julgou procedente o pedido formulado pelo Conselho Federal da OAB, agindo em ativismo judicial.

Nos termos do voto da ministra Ellen Gracie, relatora, entendeu-se que o ato impugnado violou a Constituição Federal. Julgou-se procedente o pedido formulado para declarar a inconstitucionalidade da expressão “aplicando-se às eleições que ocorrerão no ano de 2002”, contida no artigo 2º da emenda atacada.

Já a cláusula de Barreira corresponde a uma norma que impede ou restringe o funcionamento parlamentar ao partido que não alcançar determinado percentual de votos.

O dispositivo legal foi aprovado pelo Congresso Nacional, no ano em 1995, para ter validade nas eleições de 2006.

Ocorre que, no julgamento das ADIs 1351 e 1354¹⁹⁰, os Ministros do STF entenderam que ela é inconstitucional. Restou fundamentado que a norma em testilha prejudicaria os pequenos partidos.

Isto porque a regra impunha que os partidos, com menos de 5% dos votos nacionais, não teriam direito à representação partidária. Além disto, não poderiam indicar titulares para as comissões nas respectivas casas e no Congresso, incluindo CPIs, além de vedação de outros direitos, como participação do fundo partidário.

¹⁸⁹ Supremo Tribunal Federal. ADI 3685. Relatora: Ellen Gracie. Acórdão publicado em 26/09/2008.

¹⁹⁰ Supremo Tribunal Federal. ADI 1351 e 1354. Relator: Marco Aurélio de Mello. Acórdão publicado em 29 de junho de 2007.

3. Imposição de dever ou de não fazer a membros de outros Poderes públicos, como ocorreu no julgamento sobre greve dos agentes públicos, bem como no reconhecimento de existência de política pública insuficientes, impondo aos agentes envolvidos a adoção de medidas em correção às falhas estruturais do Estado¹⁹¹.

3.5. DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA QUANTO À CONSTITUCIONALIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL ESTRUTURAL DIALÓGICO NO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

3.5.1 Críticas gerais

Como visto neste trabalho, o ativismo estrutural dialógico adveniente do ECI, nos moldes atuais, teve seu nascedouro na Corte Constitucional Colombiana.

Da mesma forma como ocorreu no Peru, a Suprema Corte Judiciária do Brasil adotou a possibilidade de declarar-se a existência do estado de coisas inconstitucional, para que pudesse agir em ativismo estrutural.

Bruce Ackerman, por sua vez, adverte para os perigos da importação, sem a devida crítica, de doutrinas e práticas constitucionais do direito comparado¹⁹².

A procuração de Ackerman é agasalhada no fato de que a eficácia das normas jurídicas e, até mesmo, da jurisprudência depende de questões históricas e culturais. E assim o sendo, normas e jurisprudência de elevada eficácia em um dado país podem se revelar esvaziada da mesma em outro Estado.

Significa dizer que o acerto ou o desacerto do ativismo judicial estrutural decorrente de declaração de ECI na Colômbia não implica a obtenção do mesmo resultado na aplicação da espécie no Brasil ou em outro país.

¹⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 90-110.

¹⁹² ACKERMAN, Bruce. The Rise of World Constitutionalism. Virginia Law Review vol. 83, 1997, p. 771-797.

Na Colômbia, em que as decisões de declaração do estado de coisas inconstitucional já existem desde 1997, já há subsistentes discussões doutrinárias sobre a matéria.

Lado outro, no Brasil, até então, somente em no julgamento da ADPF 347, no ano de 2015, em ocasião única, o Supremo Tribunal Federal agiu em ativismo judicial em decorrência de declaração do ECI.

Aqui, são poucos os doutrinadores que avançaram sobre o tema, o que o torna, do ponto de vista epistemológico, carente dos debates necessários para a investigação científica de suas legalidade e eficácia.

Mesmo assim, após a decisão suprarrelatada, não tardou para que se verificasse, no bojo do assunto, o surgimento de correntes doutrinárias antagônicas.

De um lado, para os defensores do estado de coisas inconstitucional como legitimador do ativismo judicial estrutural dialógico, por todos o professor Dirley da Cunha Júnior¹⁹³, a espécie consubstancia-se em verdadeira arma de defesa dos Direitos Fundamentais.

De outro lado, encabeçada por Raffaele Giorgi e Celso Campilongo¹⁹⁴, tem-se a corrente formada por aqueles que sustentam, em apertada síntese, que o ativismo judicial na declaração de ECI leva o Judiciário a se intrometer na consecução das políticas públicas, ferindo o Princípio da Separação dos Poderes, consagrado no Artigo 2º da Constituição Federal de 1988.

Além do mais – alegam - que longe de ser uma solução, o ativismo judicial seria justamente o oposto, ao criar uma ilusão de que as decisões dos Tribunais estariam aptas a sanar problemas estruturais que acompanham o nosso País desde sua origem.

¹⁹³ CUNHA, Dirley da. Estado de Coisas Inconstitucional. Disponível em: <<http://brasiljuridico.com.br/artigos/estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acessado em 20 de dezembro de 2015.

¹⁹⁴ GIORGI, Raffaele De; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. Estado de Coisas Inconstitucional. Disponível em: <<http://opinio.estado.com.br/noticias/geral%2cestado-de-coisas-inconstitucional%2c1000000043>>. Acesso em: 10 de novembro de 2016.

Sustentam, ainda, que a declaração de estado de coisas inconstitucional não foi capaz de resolver os problemas do sistema prisional colombiano.

A celeuma ora apresentada erige na doutrina uma divergência como poucas vezes se viu, bem como uma discussão que se encontra longe de ser findada.

Em uma análise perfunctória pelos largos corredores da internet, por exemplo, logo se vê textos de diversos autores - alguns conhecidos; outros anônimos que muitas vezes sem embasamento técnico adequado - aderem a primeira ou a segunda corrente.

Consoante melhor explanado adiante, somente será possível aferir se o ativismo judicial é constitucional e legítimo, no caso concreto, notadamente, valendo-se da técnica de sopesamento dos valores em conflito: de um lado, o princípio da separação dos poderes; do outro o direito fundamental a que se pretende tutelar com a decisão vergastada, notadamente, no reconhecimento da existência de estado de coisas inconstitucional.

3.5.2. Crítica político-ideológica

Alexander Bickel leciona que a questão mais profunda no ativismo judicial é que o mesmo corresponde a uma força contramajoritária. Quando uma Corte Suprema, por exemplo, declara a inconstitucionalidade de um ato legislativo ou de um ato de um membro do executivo que possui o mandato que lhe foi outorgado pelos cidadãos, sua atuação viola à própria vontade popular.

Neste sentido, o Judiciário estará atuando, não em nome da maioria dominante, mas contra a mesma, o que a doutrina constitucional passou a denominar de dificuldade contramajoritária¹⁹⁵.

¹⁹⁵ BICKEL, Alexandre. *The least dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2 ed. New Haven: Yale University, 1986. p. 16-20.

Para um dos maiores representantes desta corrente, Jeremy Waldron, as divergências sobre os direitos devem ser resolvidas no âmbito de um processo legislativo; não no Judiciário¹⁹⁶.

Ran Hirschl, após fazer estudo empírico sobre o assunto no Canadá, na Nova Zelândia, em Israel e na África do Sul, concluiu que o crescimento do Judiciário, por via da constitucionalização advém, em regra, de um pacto entre as elites políticas hegemônicas, cujo escopo é proteger suas preferências políticas contra as variações típicas da democracia; as elites econômicas que são adeptas do livre mercado e da antipatia em relação ao governo; e as cortes supremas que tem uma natural tendência de fortalecer seu Poder¹⁹⁷.

Nesta senda crítica, nos Estados Unidos, Mark Tushnet reverbera que os liberais progressistas atuais temem o processo eleitoral. E em decorrência deste medo fomentam o controle judicial não se justifica diante das experiências recentes naquele país. Este medo, para o autor, decorre do próprio medo que se tem com o que o povo pode fazer¹⁹⁸.

3.5.3 Crítica quanto ao superpoder do judiciário no ativismo estrutural relativo ao estado de coisas inconstitucional

Para Luís Roberto Barroso, cabe aos três Poderes procederem à interpretação da Constituição; em caso de divergência, entre Eles, a palavra final é do Judiciário. Todavia, o Judiciário não é uma instância hegemônica, motivo pelo qual mister se faz evitar que todo o conflito envolvendo a Constituição seja resolvido pelo Judiciário¹⁹⁹.

Esta delimitação da atuação do Judiciário é necessária em decorrência da própria limitação de sua capacidade institucional. Significa dizer, com isto, que Ele pode ser, dos Poderes, o mais limitado para decidir sobre a matéria. Neste ponto, os temas que

¹⁹⁶ WALDRON, Jeremy. Law and disagreement. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 179.

¹⁹⁷ HIRSCHL, Ran. Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism. Cambridge: Harvard University, 2004, p. 100-134.

¹⁹⁸ TUSHNET, Mark. Taking the constitution away from the courts. Princeton: Princeton University, 2000. p. 177.

¹⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 112.

dizem respeito a aspecto técnico ou, até mesmo, científico pode não encontrar, no Judiciário, o melhor julgador em decorrência de seus limites de conhecimento²⁰⁰.

O autor supracitado aponta, ainda, o risco de feitos sistêmicos imprevisíveis e indesejáveis. Isto porque o magistrado, no caso concreto, pode estar preparado para realizar a “microjustiça”; sem condições “de avaliar o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público”²⁰¹.

3.5.4 Crítica quanto à necessidade de respeito ao princípio da separação dos poderes

Elival da Silva Ramos preceitua que o princípio da separação dos Poderes tem como norte a divisão das principais funções que devem ser desenvolvidas pelo Estado, para a realização de seus fins²⁰².

O ativismo judicial ultrapassa as linhas demarcatórias das funções de cada Poder, traçadas pela própria Constituição Federal, o que pode implicar o esvaziamento do núcleo essencial das mesmas.

Corre-se o risco, além disto, de o Judiciário exarar decisões que possam resultar em interpretações demasiadamente literal às regras jurídicas, expedindo ordens que é perfeitamente exequível, do ponto de vista metodológico ou científico; mas que é impossível de ser executado, na prática, por outros Poderes²⁰³.

O ativismo judicial implica falta de deferência dos magistrados à própria autoridade política, legal e empírica dos diversos órgãos dos outros Poderes. Neste sentido, Carlos Alexandre de Azevedo Campos preleciona que o juiz ativista permite pouca

²⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 113.

²⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 114.

²⁰² RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 87.

²⁰³ Neste sentido, BARNES, Jeb; MILLER, Mark. Putting the Pieces Together. Amercina Lawmarking from an Interbranch Perspective. Mark C. Miller and Jeb Barnes Editors, 2004. p. 17.

deferência aos outros Poderes e, por conta disto, não sente dificuldade, do ponto de vista institucional, para afastar as decisões de outros poderes e as substituí-las pelas suas próprias²⁰⁴.

²⁰⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014, p. 167.

4. O SOPESAMENTO DOS VALORES COLIDENTES: EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL X PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

4.1 DO CONFLITO ENTRE O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA NECESSIDADE DE PROTEÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL

No livro “A origem da tragédia”, Nietzsche chama a atenção para a existência, na sociedade grega, pré-socrática, do equilíbrio entre os espíritos apolíneos e dionisíacos²⁰⁵.

Com efeito, o apolíneo é entendido como o símbolo da resistência ao pessimismo, por meio de uma ilusão criada pela própria arte. Por outro lado, o dionisíaco é a afirmação excelsa da realidade e das suas contingências²⁰⁶.

Era justamente o choque entre estes “dois princípios” que era visto como o fato de harmonia e equilíbrio na Grécia. Dito de outra forma, percebe-se a possibilidade de limitação de valores em uma sociedade, inclusive, dos direitos fundamentais²⁰⁷.

Estes princípios – o apolíneo e o dionisíaco – eram considerados verdadeiros sustentáculos para a aplicação comedida de inúmeros institutos existentes na Grécia Antiga, de sorte que era a sua aplicação primordial, para aproximar o direito da justiça; para, enfim, uma sociedade equilibrada, mormente porque podiam ser utilizados em diversas searas daquela sociedade, como na administração pública, na política, na relação com os vizinhos, amigos, filhos, etc.

É dizer, com isto, que – nos moldes da Grécia Antiga, as sociedades contemporâneas restam estruturadas e mantidas pelos constantes choques de natureza axiológica.

²⁰⁵ NIETZSCHE, Friedrich. A origem da tragédia proveniente do espírito da música. Tradução de Erwin Theodor. Ed. Cupolo: São Paulo, 1948. p. 30.

²⁰⁶ NIETZSCHE, Friedrich. A origem da tragédia proveniente do espírito da música. Tradução de Erwin Theodor. Ed. Cupolo: São Paulo, 1948. p. 90 e 91.

²⁰⁷ NIETZSCHE, Friedrich. A origem da tragédia proveniente do espírito da música. Tradução de Erwin Theodor. Ed. Cupolo: São Paulo, 1948. p. 30.

Todo o tempo é possível vislumbrar conflitos entre princípios jurídicos, os quais são harmonizados por meio de ponderação. É dizer, em outras palavras, que a depender do direito envolvido, haverá a minoração da força de um princípio, para que seja possível a aplicação de outro que com aquele colide.

Assim, pode-se dizer que não existe direito absoluto. Todo e qualquer direito pode ser limitado, notadamente, para a manutenção da harmonia social.

Pois bem.

Basicamente, existem duas grandes correntes que buscam explicar as limitações aos direitos fundamentais.

Para os defensores da teoria externa, reconhecer a possibilidade de restrição aos direitos fundamentais pressupõe reconhecer: a. a existência de um direito fundamental; b. que este direito existe de forma irrestrita; c. que o direito constitua existindo, de forma restrita, após a restrição. É dizer: existe um direito fundamental, a exemplo à liberdade, que pode ser restringido em um caso concreto²⁰⁸.

Pela teoria interna, não existe uma restrição ao direito, mas um limite até onde este direito alcança. Neste ponto, a própria norma já possui sua própria restrição. Sustenta-se que o conteúdo de um direito somente pode ser definido, após confrontado com os demais²⁰⁹.

A doutrina apregoa que o Supremo Tribunal Federal tende a adotar a teoria externa, seguindo, neste ponto, a linha defendida por Alexy.

Assim, conflitos entre Direitos Fundamentais entre si e com outros princípios devem ser resolvidos por meio da harmonização.

²⁰⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2a.ed. 4a. Tiragem. Malheiros: São Paulo, 2015. p. 277.

²⁰⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2a.ed. 4a. Tiragem. Malheiros: São Paulo, 2015. p. 277.

Segundo Alexy, uma norma somente pode restringir um direito fundamental se ela for compatível com a Constituição²¹⁰.

Em linhas gerais, como funciona?

1. Colisão entre normas constitucionais e infraconstitucionais, prevalece a norma constitucional;
2. colisão entre normas constitucionais e princípios constitucionais, prevalece os princípios constitucionais;
3. colisão entre princípios constitucionais é preciso fazer a ponderação, a fim de que prevaleça o princípio mais importante no caso específico

São espécies de restrições:

1. As restrições diretamente constitucionais: a restrição advém da própria constituição. Exemplo: o Direito fundamental à vida sofre restrição na admissibilidade da pena de morte em casos de guerra, nos termos do artigo 5º, LXVI combinado com o Art. 84 da CF;
2. Restrições indiretamente constitucionais: são aquelas que a própria Constituição autoriza alguém estabelecer. Aqui, temos as reservas. Elas podem ser simples (a restrição pode advir de lei formal geral) ou podem ser qualificadas (as restrições devem advir de lei específica, e a própria CF limita o conteúdo da restrição);
3. A liberdade de conformação: não está na teoria de Alexy, mas se refere aos direitos fundamentais traçados de forma extremamente genérica, conferindo ao legislador a liberdade de sua definição. É o caso da garantia de propriedade, prevista no artigo 5º, XXII da CF.

²¹⁰ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2a.ed. 4a. Tiragem. Malheiros: São Paulo, 2015. p. 279.

Ruy Barbosa afirma que é imprescindível fazer a distinção, no texto da Constituição Federal, as “disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder”²¹¹.

Aquelas instituem o próprio direito, na medida em que estas, as garantias. Com relativa frequência, estas e aquelas podem ser encontrados no mesmo dispositivo constitucional, ou legal²¹².

É inegável, todavia, que as garantias são direitos ou, nas palavras de Dirley da Cunha Júnior, “direitos-garantia”²¹³.

É possível classificar as garantias aos direitos fundamentais em três grandes grupos²¹⁴:

1. As defesas aos direitos especiais. Estas manifestam-se, por meio de vedações voltadas a prevenirem as suas violações, a exemplo de proibição da censura, voltada a proteger o direito de liberdade de expressão;

2. sistema de proteção voltado para a defesa e efetivação dos direitos. São as garantias-institucionais: no Brasil, o sistema judiciário; as defensorias públicas e todas as instituições organizadas para a proteção dos direitos;

3. corresponde ao liame entre a primeira e a segunda. Reúne a defesa dos direitos específicos e seu sistema voltado a protegê-lo. É o que ocorre, por exemplo, com as ações constitucionais, que são garantias de defesa de direitos, perante o judiciário. São as próprias garantias instrumentais. Sob este enfoque, o ativismo judicial

²¹¹ BARBOSA, Ruy. República: teoria e prática (textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira Constituição da República. Petrópolis/Brasília, Vozes/Câmara dos Deputados, 1978, p. 121.

²¹² BARBOSA, Ruy. República: teoria e prática (textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira Constituição da República. Petrópolis/Brasília, Vozes/Câmara dos Deputados, 1978, p. 121

²¹³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 11ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 555.

²¹⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1998, p. 33.

estrutural dialógico, no reconhecimento de existência de estado de coisas inconstitucional, encontra-se neste grupo.

Ao restringir um direito fundamental, os agentes estatais, notadamente o legislador não podem deixá-lo inócuo ou vazio.

Exemplo: O texto constitucional permite que a Constituição Federal edite leis regulamentando o exercício de algumas profissões, de sorte que se passe a exigir algumas qualificações para que a exerça. Temos, desta sorte, que para ser médico, mister se faz ser bacharel em medicina e a devida inscrição no conselho profissional.

Para ser advogado, além disto, o indivíduo deve ser aprovado em um exame. Mas a lei poderia exigir para ser advogado seria necessário o título de Phd em Direito? Por quê?

Porque esta restrição restringiria tanto o direito à liberdade profissional que o tornaria vazio, violando seu próprio núcleo essencial deste Direito²¹⁵.

A limitação das restrições pode ser compreendida por meio de duas teorias: a absoluta, pela qual o núcleo essencial não pode ser esvaziado em nenhuma hipótese;

²¹⁵ Sobre a questão, o STF decidiu: Ementa: “ÂMBITO DE PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE EXERCÍCIO PROFISSIONAL (ART. 5º, INCISO XIII, DA CONSTITUIÇÃO). IDENTIFICAÇÃO DAS RESTRIÇÕES E CONFORMAÇÕES LEGAIS CONSTITUCIONALMENTE PERMITIDAS. RESERVA LEGAL QUALIFICADA. PROPORCIONALIDADE. A Constituição de 1988, ao assegurar a liberdade profissional (art. 5º, XIII), segue um modelo de reserva legal qualificada presente nas Constituições anteriores, as quais prescreviam à lei a definição das "condições de capacidade" como condicionantes para o exercício profissional. No âmbito do modelo de reserva legal qualificada presente na formulação do art. 5º, XIII, da Constituição de 1988, paira uma imanente questão constitucional quanto à razoabilidade e proporcionalidade das leis restritivas, especificamente, das leis que disciplinam as qualificações profissionais como condicionantes do livre exercício das profissões. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Representação n.º 930, Redator p/ o acórdão Ministro Rodrigues Alckmin, DJ, 2-9-1977. A reserva legal estabelecida pelo art. 5º, XIII, não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade profissional a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial”.

e a relativa, segundo a qual este esvaziamento pode ocorrer em alguns casos concretos.

Outra restrição ao limite é a proporcionalidade. A restrição de um direito fundamental deve ser proporcional, de sorte a evitar erros na ponderação.

Com efeito, existem algumas regras para verificarmos se a restrição ao direito fundamental é proporcional, nos termos apregoados por Robert Alexy²¹⁶:

1. Deve-se perguntar se a restrição é adequada para garantir o direito a que se pretende assegurar.

Se a resposta for não, tem-se a desproporcionalidade da restrição, o que viola o princípio da adequação. Se a resposta for positiva, passa-se a pergunta seguinte;

2. A restrição é o meio estritamente necessário? Trata-se do meio menos gravoso para restringir o direito preterido e assegurar o direito garantido?

Se negativo, a restrição é desproporcional; se positivo, deve-se passar para pergunta seguinte.

3. O direito restringido foi mitigado numa medida compatível com a garantia dada ao direito assegurado? Há um equilíbrio entre a vantagem obtida e a restrição aplicada? Se negativo, a restrição é desproporcional; se positivo, é proporcional e admissível²¹⁷.

Todos os direitos fundamentais estão suscetíveis a um campo de proteção que corresponde ao seu suporte fático.

²¹⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2a.ed. 4a. Tiragem. Malheiros: São Paulo, 2015. p. 277.

²¹⁷ Nesta linha de raciocínio, o STF assim já se manifestou: A EXIGÊNCIA DE RAZOABILIDADE QUALIFICA-SE COMO PARÂMETRO DE AFERIÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DOS ATOS ESTATAIS. - A exigência de razoabilidade – que visa a inibir e a neutralizar eventuais abusos do Poder Público, notadamente no desempenho de suas funções normativas – atua, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais. (Pleno, ADIn-MC nº 2.667/DF, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 12.03.2004, p. 36).

Sobre o assunto, duas teorias foram desenvolvidas: a dos suportes fáticos amplos e a dos suportes fáticos restritos.

Nos restritos, não há garantias a algumas ações, posições jurídicas que poderiam subsumidas, em abstrato à proteção dos Direitos Fundamentais. Por esta, apregoa-se que é possível definir o cerne dos direitos fundamentais por meio da interpretação histórica, sistemática, negando-se qualquer possibilidade de colisão destes direitos. Alexy chama atenção para a teoria desenvolvida por Friedrich Müller, a teoria de extensão, pertencente a teoria restrita.

Müller, com base na Constituição da Alemanha, apregoa que a norma que garante a liberdade artística, não garante ações como pinturas em uma via extremamente movimentada ou que o show de uma banda cause poluição sonora. Assim, para Müller, não se trata de colisão entre direitos fundamentais, mas de não proteção de algumas ações.

Muito embora seja uma teoria rechaçada por Alexy²¹⁸, o STF tem precedentes aplicando-a:

Neste sentido, o Ministro Celso de Mello declara no HC 70.814²¹⁹, que “a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas”, e o Ministro Maurício Corrêa vaticina no HC 82.424²²⁰, que “um direito individual não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas, tal como ocorre, por exemplo, com os delitos contra a honra”. De certo, essas são enfáticas exclusões de condutas que em princípio aparentavam estar protegidas respectivamente pelas normas encartadas nos incisos XII (sigilo de correspondência) e IV (liberdade de expressão), do art. 5º da Constituição Federal.

²¹⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2a.ed. 4a. Tiragem. Malheiros: São Paulo, 2015. p. 153.

²¹⁹ Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 70814. Relator: Min. Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 01/03/1994, DJ 24-06-1994 PP-16649 EMENT VOL-01750-02 PP-00317 RTJ VOL-0176-PP-01136.

²²⁰ Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82424. Relator: Min. Moreira Alves, Relator p/ Acórdão: Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524.

De outra banda, a teoria do suporte amplo apregoa que é preciso, apenas, preocupar-se em definir o que é resguardado com a norma, sem isolar o seu conteúdo, pois sua demarcação exata ocorrerá quando se estiver diante de uma norma definitiva.

Tomando como exemplo o art. 5º, IV da Constituição Federal, poder-se-ia perguntar “O que é protegido pelo direito à livre manifestação do pensamento?”. A resposta lastreada no pressuposto teórico do suporte fático amplo, é que é protegida “toda e qualquer manifestação de pensamento, não importa o conteúdo (ofensivo ou não), não importa a forma, não importa o local, não importa o dia e o horário”.

Neste ponto, exsurge o pensamento de que se estaria a defender que os direitos são absolutos. Todavia, tal assertiva não passa de ledó engano, porque, em verdade, o que se está delimitando, nesse primeiro plano, é o âmbito de proteção *prima facie*, e que, portanto, poderá sofrer restrições futuramente, quando da conclusão daquilo que é protegido definitivamente.

Para entender o pensamento de Robert Alexy sobre princípios, mister se faz compreender a espécie por meio das lições de Dworkin.

O escritor paradigma entende que os princípios são diferentes das regras pela própria estrutura lógica. Estas são aplicadas de forma disjuntiva, suscetível à ideia de que ou é aplicada integralmente ou não é aplicada (*all-or-nothing*)²²¹.

Desta maneira, um choque entre regras é solucionado por meio da hermenêutica clássica: hierarquia, cronologia e especialidade.

Por outro lado, o princípio possui dimensão axiológica, cuja carga pode ser aquinhoadada, de maneira que um choque entre princípio é solucionado por meio da valoração a ser conferida a cada princípio conflitante.

Pois bem.

²²¹ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. 9. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 48.

Alexy parte da premissa apregoada por Dworkin reconhece que os princípios são mandados de otimização e que podem ser apreciados, de forma casuística, *in concretum*, permitindo um sopesamento caso exista um choque entre eles.

Todavia, Alexy distancia-se das lições de Dworkin, porquanto entende que a diferença entre regras e princípios queda-se, inexoravelmente, em dois pontos: a colisão e as obrigações estabelecidas.

Na colisão, os princípios são ajustados entre si, o que permite ao exegeta resolver o conflito por meio da ponderação ou sopesamento.

Já no choque entre regras, ou haverá a invalidação de uma delas, ou haverá uma hipótese de exceção que tenha o condão de afastar a antinomia evidenciada.

Por outro lado, no que se refere às obrigações estabelecidas, segundo Alexy, os princípios erigem obrigações passíveis de superação por meio de outro princípio aplicável ao caso específico. Contudo, as regras tecem obrigações de cunho absoluto.

É interessante sublinhar que para Robert Alexy, os princípios não possuem natureza de definitividade, consoante ocorre com as regras. Seu mandamento não é definitivo, mas *prima facie*.

Neste diapasão, Alexy apregoa que o que torna os princípios diferentes das regras é o fato de que aqueles sempre serão razões *prima facie*, ao passo que estas assim o afiguram, se não existir cláusula de exceção ou razões definitivas²²².

Humberto Ávila, contudo, diferencia texto legal (que nada mais é do que o conteúdo publicado ou impresso,) da norma, que é edificada pela atividade interpretativa. Desta forma, qualquer atributo conferido ao texto de lei terá caráter provisório, amplamente modificável em decorrência da norma a ser extraída na atividade hermenêutica.

Neste sentido, reverbera que, *in verbis*:

²²² ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2a.ed. 4a. Tiragem. Malheiros: São Paulo, 2015. p. 277.

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção²²³.

Assim, peremptoriamente, apregoa que uma norma pode ensejar a construção de mais de uma regra ou a mais de um princípio, isoladamente ou cumulativamente.

Humberto Ávila, outrossim, defende que a diferença entre regras e princípio pode ser destacada por meio de três critérios: em relação à natureza do comportamento prescrito; em razão da medida da contribuição para a decisão; e em decorrência da natureza da justificação exigida.

Quanto a natureza do comportamento prescrito, as regras estabelecem uma conduta, na medida em que fomentam obrigações, proibições ou permissões. Os princípios, ao revés, balizam uma finalidade relevante, sem ditar quais comportamentos devem ser realizados.

Já em relação à medida da contribuição para a decisão, as regras almejam apresentar solução para um conflito instaurado. Já os princípios não galgam apresentar uma resposta imediata para um conflito, mas tende a fomentar a tomada de decisões, apresentando, ao operador do direito, os elementos relevantes.

Por fim, no que se refere à natureza da justificação exigida, as regras têm interpretação vinculada a uma avaliação da correspondência entre construção dos conceitos dos fatos e das normas e da finalidade que as fomenta. Já os princípios, por outro lado, exigem uma avaliação e diálogo entre o estado de coisas e os efeitos da conduta considerada necessária.

²²³ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13ª ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 85.

No caso de constatação de estado de coisas inconstitucional, haverá colisão de normas axiológicas. De um lado, o princípio da separação dos poderes, do outro os diversos direitos fundamentais que estão sendo violados, face às falhas estruturais oriundas das omissões do Estado, além do próprio princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

O Princípio da Separação dos Poderes, a seu turno, sempre foi fundamental no Ordenamento Jurídico Pátrio e se encontra expresso no Artigo 2º da Carta Magna.

Além disto, todo o arcabouço constitucional foi pensado e erigido na lógica de preservação de tal princípio.

É importante notar que a própria Separação dos Poderes, na maneira como foi pensada por Montesquieu²²⁴ tem sua *ratio essendi* calcada na limitação do arbítrio: o Poder foi tripartido, justamente, para que os seus detentores, dentro do Sistema de Freios e Contrapesos²²⁵, pudessem criar mecanismo de se conterem. Se é assim, legitimado encontra-se o Poder Judiciário para impedir a violação dos direitos fundamentais pelos demais Poderes, notadamente, quando restar afastada a possibilidade de limitação aceitável aos mesmos, consoante visto.

A solução para o conflito entre o princípio da separação dos poderes e o ativismo judicial, na proteção do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais e da própria proteção aos direitos fundamentais violados, pode ocorrer por meio da ponderação (ou sopesamento), tal qual o defendeu Robert Alexy. E como tal, a avaliação precisa depende da análise do caso concreto.

Ocorre que, conquanto seja possível admitir a limitação aos direitos fundamentais, esta limitação somente será legítima se o objetivo da mesma for proteger valores constitucionais tão caros quanto ao do direito limitado, após análise objetiva, por meio do sopesamento; mesmo assim, é imperioso preservar seu núcleo essencial do princípio mitigado, de sorte que não o esvazie completamente.

²²⁴ MONTESQUEIU, Charles Louis de. O Espírito das Leis. São Paulo: Martins Editora, 2005.

²²⁵ MONTESQUEIU, Charles Louis de. O Espírito das Leis. São Paulo: Martins Editora, 2005.

Do contrário, após o sopesamento, restando decidido que o princípio da separação dos poderes deverá ser minorado para a adoção das medidas necessárias para salvaguardar os direitos fundamentais atingidos, garantindo-lhe a máxima eficácia possível, cabe ao Judiciário agir em ativismo judicial estrutural.

Nestes casos, uma omissão qualificada, pelos agentes públicos, notadamente, causando falha estrutural típica do estado de coisas inconstitucional, autoriza o Judiciário agir em ativismo, em garantia instrumental à efetividade dos direitos fundamentais, ainda que, para tanto, seja necessário mitigar o princípio da separação dos poderes.

E, como melhor solução para o não esvaziamento do núcleo essencial do princípio da separação dos poderes, é delimitar o ativismo judicial, inclusive, por meio do diálogo entre os Poderes envolvidos, consoante melhor será abordado adiante.

4.2 O PROBLEMA DA INTROMISSÃO SUBJETIVA NO SOPESAMENTO

É de conhecimento geral que Robert Alexy formulou a “teoria dos princípios”.

Por esta, o escritor, com a destreza que lhe é peculiar, propugna que os direitos fundamentais possuem caráter de princípios e, nessa condição, eles eventualmente colidem, sendo assim necessária uma solução ponderada em favor de um deles.

Havendo colisão de princípios, o exegeta da norma deve aplicar o sopesamento ou a ponderação, técnica que exige uma robusta fundamentação, calcada em argumentos jurídicos firmes, objetivos e racionais.

Ocorre que o subjetivismo na técnica do sopesamento pode ser utilizada para, ao arbítrio do julgador, justificar a tomada de decisão que melhor lhe aprouver.

Virgílio Afonso da Silva logrou descrever, com brilhantismo, este fenômeno, no seu texto “O Proporcional e o Razoável”²²⁶.

²²⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais nº 798, 2002. p. 23-50.

Ele abalizou vários casos em que o Supremo Tribunal Federal, ao pálio de que os direitos fundamentais podem ser relativizados com base no princípio da proporcionalidade, simplesmente invalidou o ato normativo questionado, sem demonstrar dentro de um conteúdo objetivo, racional e crítico, as razões que tornavam o ato desproporcional.

A técnica do sopesamento, grande ferramenta à disposição da efetividade dos direitos fundamentais, em diversos casos, vem sendo usada de forma arbitrária por diversos magistrados do Brasil. Daí a criação, pela doutrina, da expressão: “Alexy à brasileira”.

Ocorre que a técnica de Alexy é de fundamental importância, mormente para solucionar os casos em que vários princípios a serem aplicados no caso em concreto estão em colisão.

Trata-se de uma saída de mestre, diante das inevitáveis e corriqueiras colisões de normas principiológicas dos direitos fundamentais.

Todavia, não se pode permitir que a mesma seja usada para fomentar decisões discricionárias, aos moldes da aplicação subjetiva do sopesamento: sem regras nítidas, objetivas e racionais.

É preciso, pois, evitar o uso incorreto da técnica do sopesamento. Para tanto, alguns critérios objetivos devem ser adotados.

Com efeito, com este desiderato, é de imperiosa importância fortalecer o sistema de precedentes judiciais. Aliás, conforme visto, com o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015)²²⁷, ao menos em tese, o Brasil deu grande passo neste sentido.

Além do mais, mister se faz primar por decisões objetivas, lastreadas em dados empíricos, raciocínio cognitivo coerente, análise fática esmerada, sem descurar na avaliação axiológica dos elementos envolvidos em um processo.

²²⁷ BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 03 de abril de 2016.

É preciso, ainda, reforçar a necessidade de aplicar, com a devida fiscalização, o princípio da imparcialidade do juiz. Isto porque, se o magistrado – ainda que indiretamente, tiver interesse no resultado do processo, naturalmente, ele tenderá a galgá-lo, mesmo que fazendo uso do subjetivismo na aplicação da técnica do sopesamento.

4.3 PROPOSTA PARA A SUPERAÇÃO DO CONFLITO – LIMITES AO ATIVISMO JUDICIAL E DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

O que se percebe, com o que já foi dito, até o momento, é que, ao agir em ativismo judicial estrutural, notadamente, no estado de coisas inconstitucional, inevitavelmente, haverá a mitigação do princípio da separação dos poderes, com vistas a proteger o direito fundamental violado.

Para que a intromissão do Judiciário, nas atividades típicas de outros Poderes seja legítima e constitucional, alguns critérios devem ser observados.

O primeiro deles foi visto no subcapítulo anterior: é que o sopesamento seja feito com esteio em dados objetivos, evitando-se macular a técnica com o subjetivismo do exegeta.

Luís Roberto Barroso aponta, como forma de minorar a flexibilização do princípio da separação do Poderes, no ativismo judicial, a imposição de limites da Jurisdição Constitucional. Estes limites dizem respeito, justamente, na proteção aos direitos fundamentais ou aos próprios procedimentos democráticos.²²⁸

Em todos os outros casos, os juízes e os tribunais devem curva-se às escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes ao exercício razoável e proporcional das escolhas discricionárias feitas pelo administrador²²⁹. E completa Luís Roberto Barroso:

²²⁸ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 87.

²²⁹ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 88.

Os membros do Judiciário não devem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida -, supondo-se experts em todas as matérias. Por fim, o fato de a última palavra acerca da interpretação da Constituição ser do Judiciário não o transforma no único – nem no principal – foro de debate e de reconhecimento da vontade constitucional a cada tempo. A jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social, os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que o poder emana do povo, não dos juízes²³⁰.

E mesmo quando o ativismo é constitucional e legítimo, casos em que restar assente a existência de estado de coisas inconstitucional, ainda assim, as decisões adotadas não podem se afigurar verdadeiras ordens a serem cumpridas, cegamente, pelos membros dos outros Poderes, como se os membros do Judiciário fossem verdadeiros ditadores.

Não é esta a proposta deste trabalho. Ao contrário, como indicado desde o seu introito, o ativismo judicial estrutural, nos casos de reconhecimento de estado de coisas inconstitucional, deve ocorrer em diálogo com os outros Poderes²³¹.

Ao aceitar que a decisão deve ser aplicada em diálogo, significa dizer que cabe ao Judiciário, notadamente, ao Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer a existência de estado de coisas inconstitucional, traçar as linhas gerais que devem ser seguidas pelos outros Poderes.

Neste sentido, o STF, ao agir em ativismo estrutural, perante existência de estado de coisas inconstitucional, tem de agir como verdadeiro catalizador das ações e das políticas públicas. Deve, com este desiderato, servir de coordenador de atividades típicas de outros Poderes, de sorte que estes supram suas próprias omissões, adotando toda as medidas indispensáveis para a proteção do direito fundamental violado pelo ECI.

²³⁰ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 90.

²³¹ Neste sentido, CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 11ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 593.

A Suprema Corte, assim, não pode vilipendiar os outros Poderes. Não lhe sendo facultada a possibilidade de desprezar as capacidades institucionais, ainda que estas se revelem precária ou cambaleante no reconhecimento da existência de estado de coisas inconstitucional.

Ora, e sendo desta forma, o ativismo judicial estrutural no estado de coisas inconstitucional somente é legítimo se o Poder Judiciário lograr harmonizar as respostas efetivas às violações aos direitos fundamentais, com as suas limitações impostas pela Constituição Federal, mesmo após, feita a ponderação, verificar-se que a proteção ao direito fundamental lesado permite mitigar o princípio da separação dos poderes, respeitando-se, em todos os casos, o núcleo essencial deste princípio, que não pode ser esvaziado.

Não por menos, ao STF, cabe o dever de, constatada a existência de ECI, interferir nas escolhas orçamentárias e, de forma geral, nos parâmetros de implementação de políticas públicas e de programas sociais; sem, todavia, detalhá-los.

As decisões vergastadas, nestes casos, assim, devem ser flexíveis, conferindo, sempre, a possibilidade de criação pelos outros Poderes, bem como possibilitando-lhes a saírem da inércia ao qual estão submetidos.

A decisão, a seu turno, que assim o faz, não preclui, tampouco faz coisa julgada, no sentido de não ser possível, após o diálogo institucional com os Poderes envolvidos, ser reajustada.

Lado outro, não quer dizer, com isto, que o cumprimento da mesma é de obediência facultativa. Uma vez promanada, enquanto não for revogada, os vetores traçados pelo judiciário, em ativismo, devem ser seguidos, sob pena das sanções estudadas no capítulo 2 deste trabalho.

Ao atuar desta maneira: respeitando-se os limites constitucionais, consoante visto; somente agir em ativismo quando, para proteção dos direitos fundamentais e das regras e valores inerentes ao Estado Democrático de Direito; após fazer o sopesamento entre o princípio da separação dos poderes e os valores intrínsecos aos

direitos fundamentais a que se pretende proteger, concluir-se pela necessidade de intromissão do Judiciário nas atividades típicas de outros Poderes; que as decisões tomadas ocorram em diálogos institucionais com os órgãos e autoridades dos outros Poderes, daí porque se fala em ativismo judicial estrutural dialógico.

5. A EXISTÊNCIA DE ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL – UMA AGENDA PARA O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

5.1 ECI NO DIREITO À SAÚDE

A formulação de políticas públicas constitui-se, no estágio em que os governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais, em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real.²³²

Tais ações refletem, diretamente, na vida dos cidadãos, na medida em que são voltadas para a resolução de problemas de interesse público em áreas como saúde, educação, meio ambiente, habitação, assistência social, lazer, transporte e segurança.

No que se refere à saúde no Brasil, as políticas públicas na referida área não têm se mostrado eficazes, violando direito fundamental expresso na Constituição Federal.

A revista Carta Capital, na matéria “sem dinheiro o SUS morre”²³³, traz dados alarmantes sobre o investimento na saúde pública do Brasil. Fazendo referência aos dados fornecidos pelo Secretário de Gestão de Trabalho do Ministério da Saúde, o gasto público em saúde no Brasil está em 4,7% do Produto Interno Bruto (PIB).

Trata-se de um dos menores investimentos em saúde pública do Mundo. Segundo dados também fornecidos na reportagem supracitada, o gasto em saúde *per capita* atinge a cifra de 525 dólares no Brasil. No Canadá, por exemplo, este gasto é no importe de 4 mil dólares.

A consequência da baixíssima destinação orçamentária para a saúde pública no Brasil é sentida por todos aqueles que dependem do Estado na luta contra as enfermidades.

²³² Souza, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. Sociologias, Porto Alegre, Ano 8, n° 16, jul/dez 2006,20-45. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16>. Acesso em 07 de março de 2017.

²³³ ROCKMANN, Roberto. Sem dinheiro, o SUS morre, in Revista Carta Capital. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/revista/879/sem-dinheiro-o-sus-morre-7769.html>>. Acessado em 01 de outubro de 2016.

Nestas Terras Tupiniquins, morre-se pela falta de acesso aos profissionais de saúde e aos tratamentos médicos adequados.

Muitas ações são ajuizadas com o desiderato de responsabilizar o Estado a arcar com todas as despesas necessárias para o restabelecimento da saúde das pessoas economicamente hipossuficientes. Passou-se a evidenciar o que se convencionou chamar de “judicialização da saúde”.

Citando informações do Ministério da Saúde, o Conselho Nacional de Justiça²³⁴, somente neste ano de 2016, o Brasil desembolsará sete bilhões de reais, em decorrência da responsabilização judicial do Estado no tratamento às pessoas carentes.

Nesse diapasão, diante do crescente número de demandas judiciais com o fito de garantir o direito à saúde, com o evidente reflexo no orçamento público, os entes passaram a opor a tese da reserva do possível, na tentativa de afastar decisões judiciais proferidas em seu desfavor, com ordem de execução de política pública determinada.

O Superior Tribunal de Justiça - STJ, no Recurso Especial (Resp) nº 1.185.474-SC, teve a oportunidade de se pronunciar quanto à tese da reserva do possível, destacando Harrison Leite²³⁵ as consequências extraídas de tal decisão:

Primeira, a de que os direitos sociais são justiciáveis, mormente os direitos à saúde e à educação, pois sua proteção não pode ficar à escolha do governante.

Segunda, é inegável que recursos são escassos, mas devem ser corretamente aplicados para se evitar a privação resultante de má escolha do Executivo. A escassez real, fruto da insuficiência orçamentária e financeira, deve ser fática e não meramente jurídica.

²³⁴ ANDRADE, Paula. CNJ e Ministério da Saúde firmam acordo para criação de banco de dados. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83208-cnj-e-ministerio-da-saude-firmam-acordo-para-criacao-de-banco-de-dados>>. Acesso em: 01 de outubro de 2016.

²³⁵ LEITE. Harrison. Manual de Direito Financeiro. - 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013, p. 32.

Terceira, que a reserva do possível pode ser oponível à efetivação dos direitos fundamentais, desde que seja concreta, e não abstrata.

E quarta, que a reserva do possível não pode ser oponível à realização do mínimo existencial.

Sendo assim, nota-se que a jurisprudência do STJ se firma no sentido de que os direitos sociais são passíveis de proteção judicial, no intuito de dar efetividade à tutela constitucional dos direitos fundamentais, notadamente a saúde, consignada como direito de todos e dever do Estado (art. 196, CF/88).

Como é cediço, a saúde, na Constituição Federal de 1988, foi qualificada como direito social, introduzido no Título referente aos direitos e garantias fundamentais.

Dessa forma, como direitos fundamentais que são, possuem natureza vinculativa, não sendo passível de ratificação o entendimento de alguns doutrinadores no sentido de possuírem natureza meramente programática.

É o que se pode depreender do quanto disposto no § 1º, do art. 5º da CF/88, ao determinar a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.

Reconhecer a possibilidade de que um Poder se imiscua nas atividades encampadas por Outros, corresponde a aceitar a existência de vários Poderes, cada um exercendo suas atribuições nos limites traçados pela Constituição Federal.

Em outras palavras, o ativismo judicial não existiria se não houvesse a repartição do Poder estatal, tampouco se estes Poderes não tivessem atribuições e funções devidamente delineadas.

É bem verdade que, geralmente, aquele que detém o poder Estatal, tende a cometer excessos prejudiciais à vida em sociedade.

Foi, justamente, partindo de tal premissa que Charles-Louis de Secondat, conhecido por Montesquieu, influenciado por Aristóteles e John Locke, aprimorou e sistematizou o que se convencionou chamar de “divisão dos poderes”²³⁶.

Por esta, o poder deixa de ser concentrado na figura de uma só pessoa, a exemplo do que ocorria no absolutismo, e passa a ser titularizado por diversas figuras, equilibrado no Sistema de Freios e Contrapesos (*checks and balances*).

Saulo Casali Bahia, peremptoriamente, propugna que o sopesamento das normas colidentes reclama termos que estejam na mesma categoria. É dizer: não há conflito direto entre regras e princípios, até porque uma colisão entre estas e aqueles, as regras serão abandonadas, a fim de que a solução ocorra no plano dos princípios, porquanto de maior patamar hierárquico²³⁷.

De tudo o que já foi exposto até o presente momento, em relação à possibilidade de responsabilização do Estado, no custeio de tratamento médico de alto custo às pessoas que não possuam condições econômicas para o fazer, não é despiciendo apregoar a existência de, ao menos, dois grandes valores em choque: de um lado, o direito à saúde a ser suportado pelo Estado; do outro, a Separação dos Poderes. Trata-se, portanto, de colisão entre princípios.

É preciso considerar, ainda, que ambos os princípios são basilares para o Estado. O Direito à saúde é princípio que se encontra consubstanciado no artigo 6, na Seção II do Capítulo II do Título VIII da Constituição Federal, além de diversos outros artigos da Carta Política e de legislação infraconstitucional.

O Direito à saúde possui íntimo liame com o Direito à Vida e com a dignidade da pessoa humana, o que o coloca no patamar de Direito Fundamental Social componente do mínimo existencial²³⁸.

²³⁶ MONTESQUIEU, Charles. Do Espírito das Leis. Trad. por Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010. p. 35 – 48.

²³⁷ BAHIA, Saulo José Casali. A igualdade como Direito Fundamental. Disponível em: <<https://artigojuridico.com.br/2016/08/28/a-igualdade-como-direito-fundamental/>>. Acessado em 30/09/2016.

²³⁸ CUNHA JR, Dirley da; NOVELINO, Marcelo. Constituição Federal para Concursos. 4. ed. Ed. JusPodivm: Salvador, 2013. p. 743.

Ao enfrentar o tema da eficácia dos direitos fundamentais e o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais, o professor Dirley da Cunha Júnior²³⁹ sustenta que há um verdadeiro Sistema de Direitos Fundamentais no Direito Constitucional pátrio, discorrendo a respeito nos seguintes termos:

Em razão dessas novidades, notadamente aquelas que peculiarizam as normas definidoras de direitos fundamentais por sua aplicabilidade imediata e por sua expressa proteção em face da ação erosiva do legislador constituído ou ordinário - fatores que distinguem essas normas fundamentais de outras normas constitucionais – podemos defender, na esteira da doutrina e jurisprudência alemãs, a existência de um *Sistema de Direitos Fundamentais* no Direito Constitucional pátrio, caracterizado por sua abertura e autonomia relativa no âmbito do próprio sistema constitucional que integra, com reflexos imediatos no que concerne à sua concretização, aplicação e interpretação.

Pode-se inferir, a partir da transcrição supra, que a existência do referido sistema, produz reflexos imediatos na seara da concretização, da aplicação e da interpretação dos direitos fundamentais.

No que tange à concretização dos direitos e garantias fundamentais, não há, na doutrina, consenso quanto ao alcance e significado do §1º, do art. 5º, da CF/88.

Citando os escólios de Eros Roberto Grau, Flávia Piovesan e Luís Roberto Barroso, o professor Dirley da Cunha Júnior²⁴⁰ defende a imediata aplicabilidade dos direitos fundamentais, independentemente de intermediações concretizadoras, notadamente, no âmbito legislativo.

É inegável, pois, que se vive um estado de coisas inconstitucional na saúde pública.

²³⁹ Cunha Júnior, Dirley da. Curso de Direito Constitucional – 11. Ed. Re. Ampl. E atual. - Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 562.

²⁴⁰ Cunha Júnior, Dirley da. Op.cit., p. 567: Segundo Piovesan, a partir desse princípio em comento, todos os direitos fundamentais devem alcançar imediata aplicação, devendo os poderes públicos conferir a máxima eficácia a todas as normas definidoras desses direitos. Para tanto, segundo a autora, cabem aos órgãos judiciais a) interpretar os preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais, na sua aplicação em casos concretos, de acordo com o princípio da efetividade ótima e b) densificar os preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais de forma a possibilitar a sua aplicação imediata, no caso de ausência de leis concretizadoras.

Em decorrência da expressiva quantia despendida do Estado em decorrência das ações judiciais referidas alhures, diversos Governadores pressionam os Ministros do STF para que exarem decisão voltada a mitigar a responsabilidade do Estado no custeio da saúde.

Em consequência disto, o STF está em fase de conclusão do julgamento dos recursos extraordinários números 657718 e 566471.

Neles, há discussão sobre uma série de fatores. Entre estes destacam-se:

- a. a reafirmação da possibilidade de ativismo estrutural do Judiciário;
- b. Se o Estado deve ser obrigado a custear o tratamento médico, ainda que individual, de custo elevado;
- c. Se o Estado deve ser obrigado a custear o tratamento que se encontram em fase experimental.

Em apertada síntese, impende registrar que Guilherme Amaral aponta três possíveis decisões sobre a matéria em testilha²⁴¹:

1. aquela já tomada pelo Tribunal de Santa Catarina, em que o direito à saúde é absoluto e deve ser amplamente tutelado pelo Estado, ainda que esta proteção recaia sobre pessoa específica;
2. as decisões do TJSP (9º Câmara de Direito Público), pelas quais a responsabilidade do Estado quanto à promoção da saúde é limitada ao desenvolvimento de políticas públicas voltadas a proteger o cidadão dentro da coletividade, mormente em relação à contenção de propagação de certas doenças; por outro lado, o cuidado com a saúde do particular, considerado de forma singular, somente deve ser albergada, se pertencente ao sistema previdenciário e desde que a cobertura esteja prevista por aquele sistema;

²⁴¹ AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez & Escolha. Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e das decisões trágicas. Ed. Renovar. Rio de Janeiro: 2011.

3. as decisões da 2ª Câmara do Sodalício Estadual de São Paulo, que entendeu que o Judiciário não poderia agir em ativismo judicial, a imiscuir-se nas políticas públicas intrínsecas aos outros Poderes.

Estas três posições destacadas, acima, sobre a responsabilidade do Estado no custeio de tratamento de alto custo às pessoas, de forma individualizada, são cotejadas, com evidentes variações, em todo o território brasileiro.

Percebe-se, após a análise sobre a questão, que o Estado deve ser obrigado a arcar com todos os procedimentos médicos necessários para restabelecer a saúde de todos aqueles que necessitam de ajuda.

São inócuas, destarte, as teses, costumeiramente, levantadas pelos Estado, para livrar-se do pagamento dos medicamentos e tratamentos médicos de alto custo, quais sejam: a reserva do possível e o princípio da Separação dos Poderes.

Isto porque a vitória de qualquer uma destas teses tem o condão de manter a lesão de direito fundamental de uma gama de titulares.

É imperioso observar, outrossim, que responsabilidade do Estado brasileiro não pode ficar adstrita aos medicamentos e tratamentos médicos autorizados em suas fronteiras. Neste ponto, *verbi gratia*, é irrelevante saber se o medicamento está registrado na ANS. Basta que o tratamento e o medicamento tenham eficácia reconhecida pela comunidade científica, em qualquer lugar do mundo, para que se firme o dever de o Estado ter de fornecê-los ao doente desprovido de condições financeiras suficientes para obtê-los.

Atualmente, o Brasil vive uma grande crise econômica, social e política. Na atual circunstância experimentada pela sociedade brasileira, deve-se mitigar o Princípio da Separação dos Poderes para aplicar o Direito à Saúde.

Explica-se:

Um dos argumentos mais fortes daqueles que defendem que o Estado não deve custear, de forma individualizada, o tratamento médico de alto custo, deságua no fato de que o valor a ser pago neste tratamento, para uma só pessoa, poderia ser utilizado para promover a cura de inúmeras outras.

Qualquer tentativa nesta direção, na fase em que se encontra o Brasil, afigurar-se-á, certamente, um desastre, pois:

O direito à saúde encontra-se no rol dos direitos fundamentais, conforme já afirmado. Assim, o exegeta não pode fazer interpretação restritiva, no que se refere à sua aplicação. Do mais, qualquer ato voltado a mitigá-lo ou fulminá-lo é inconstitucional, por analogia à Cláusula Pétrea consubstanciada no artigo 60, § 4º da CF.

Deve-se sublinhar, ainda, que – muito embora sua importância volte-se para o mundo acadêmico – Jellinek defendia, nos termos afirmados alhures, que os Direitos Sociais, como o é o Direito à saúde, obrigam o Estado a uma prestação satisfatória. Todavia, a saúde pública no Brasil é deficitária, consoante demonstrado por meio dos dados expostos acima.

Nesta banda, segundo muito bem lembrado por Darcy Azambuja, há muito, o Estado deixou de ser um fim em si mesmo, típico do absolutismo, e passou a ser um meio de proteção a todos que estão sob sua égide, notadamente após o liberalismo²⁴².

Além disto, não existe qualquer dado técnico, assinado por entidade autônoma e livre das pressões estatais – de conhecimento público - no sentido de que o fornecimento pelo Estado de tratamento específico tenha o condão de levar o ente à derrocada ou de o impedir de promover políticas públicas essenciais.

Não existe qualquer garantia de que, quando o Judiciário indefere um tratamento médico a uma pessoa específica, o dinheiro “economizado” será, efetivamente, aproveitado para o desenvolvimento das políticas públicas. Ao revés, poderá ser

²⁴² AZAMBUJA, Darcy. Teoria Geral do Estado. 44. ed. São Paulo: Globo, 2005.

utilizado para a manutenção das benfeitorias que nossa República vem conferido a inúmeras pessoas corruptas.

É certo que permitir a morte de uma pessoa, por falta de tratamento adequado, não somente viola o direito à vida, como também à própria dignidade da pessoa humana: não apenas do doente, mas a dos familiares que assistem à morte do ente querido, sabendo que o desfecho seria diferente, caso tivessem meios econômicos necessários para o custeio do tratamento.

O Estado deve ser obrigado a arcar com todos os procedimentos médicos necessários para restabelecer a saúde de todos aqueles que necessitam de ajuda financeira.

Do contrário, o Estado deixaria de ser garantidor das condições mínimas para a proteção da Vida e da Dignidade da Pessoa Humana. É dizer, o Estado deixaria de promover o seu desiderato maior: conferir ao homem condições mínimas de existência, em sociedade, com dignidade.

É preciso, pois, que seja afastada qualquer interpretação que busque impingir a isenção do Estado em custear todo e qualquer tratamento médico – de forma individual ou coletiva - da saúde daqueles que necessitam de seu amparo.

Ademais, violado o direito à saúde, em virtude da omissão estatal, cabe ao Poder Judiciário garantir a tutela do mencionado direito fundamental, implicando consequentemente na observância de outro direito fundamental, qual seja, o de acesso à justiça de forma substancial.

A melhor forma de fazê-lo é suprir as omissões causadoras das falhas estruturais que originam a lesão ao direito fundamental à saúde, reconhecendo-se a existência de estado de coisas inconstitucional.

Ao fazê-lo, deverá o Supremo Tribunal Federal agir em ativismo estrutural dialógico, vergastando decisões gerais, voltadas a quebrar a omissão dos entes estatais quanto à proteção ao direito à saúde.

Neste ponto, o Poder Judiciário agirá em legítimo ativismo estrutural, imiscuindo-se nas políticas públicas, pelo tempo necessário, para garantir a tutela jurisdicional exarada, ante a inércia dos Poderes Executivo e Legislativo em garantir a efetividade do direito fundamental à saúde.

5.2 ECI DECORRENTE DA VIOLÊNCIA URBANA DESCONTROLADA

Segundo relatório do Fundo das Nações Unidas para a infância (UNICEF), intitulado *A Familiar Face: Violence in the lives of children and adolescents* (Um Rosto Familiar: A violência na vida de crianças e adolescentes, em tradução livre para o português)²⁴³, o Brasil tem a sétima maior taxa de homicídios de jovens no mundo, com média de 59 assassinatos de pessoas com menos de 19 anos, no grupo de cem mil habitantes.

Este quadro decorre do fato de o Brasil ser um país que é assolado pela violência urbana.

Segundo dados levantados pelo Mapa da Violência, existe grande diversidade de situações que caracterizam a evolução dos homicídios no país. Entre 2004 e 2014, houve um aumento de quase 12% taxa de assassinatos no Brasil²⁴⁴.

Em 2015, segundo IPEA, foram contabilizados mais de 59 mil assassinatos no território brasileiro²⁴⁵.

O crescimento da violência vem tomando proporções que estão saindo do controle dos governos dos Estados. Tanto o é que, em 16 de fevereiro deste ano, o Presidente Michel Temer assinou o Decreto nº 9288/2018, de intervenção Federal no Estado do Rio de Janeiro, com o objetivo de por termo ao “grave comprometimento da ordem pública, causada pelo elevado índice de violência no Rio de Janeiro”²⁴⁶.

²⁴³ A Familiar Face: Violence in the lives of children and adolescents (Um Rosto Familiar: A violência na vida de crianças e adolescentes, em tradução livre para o português). Disponível em <https://www.unicef.org/publications/files/Violence_in_the_lives_of_children_and_adolescents.pdf>

²⁴⁴ Mapa da Violência. Estudo disponibilizado em <https://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2016/Mapa2016_armas_web.pdf>

²⁴⁵ CERQUEIRA, Daniel; LIMA, Renato Sérgio de; outros. Atlas da violência. Ipea: 2017. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/170602_atlas_da_violencia_2017.pdf>

²⁴⁶ Decreto 9288/2018, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9288.htm>. Acesso em: 01 de junho de 2018.

Ocorre que, segundo os dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública, o Rio de Janeiro, nem de longe, é o mais violento do país em ranking de mortes. Segundo a fonte supracitada, O Rio aparece em décimo lugar no país, à frente do Sergipe, Rio Grande do Norte, Alagoas, Pará, Amapá, Pernambuco, Bahia, Goiás e Ceará²⁴⁷.

Ora, se o Rio, ocupando a décima posição de Estado mais violento do Brasil sofreu intervenção judicial, como medida excepcional e drástica para combater a violência naquela Unidade da Federação, resta assente a omissão das autoridades, mormente a do Executivo Nacional, de adotar medidas necessárias para combater a violência nos Estados mais violentos e, que, consoante viu-se, com maior ou menor concentração, encontra-se em crescimento no Brasil.

A violência é fenômeno social complexo. Sua expansão não ocorre em curto lapso de tempo, em regra. Ao contrário, seu crescimento é proporcional ao descaso das autoridades públicas, notadamente, em relação às necessidades básicas da população.

Vários direitos fundamentais são violados com a manutenção e o crescimento da violência urbana.

Em razão dela, constantemente, viola-se o direito à vida de uma gama de seus titulares, na medida em que, um dos seus principais desfechos é o homicídio. Em 2016, segundo Atlas da Violência de 2018, quase 63 mil pessoas perderam suas vidas por atos de violência urbana no Brasil²⁴⁸.

Resta, igualmente, vilipendiado, o direito de ir e vir, na medida em que muitas pessoas são impedidas de circularem, livremente, nas Ruas dos Municípios mais afetados,

²⁴⁷ CERQUEIRA, Daniel; LIMA, Renato Sérgio de; outros. Atlas da violência. Ipea: 2018. Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/06/FBSP_Atlas_da_Violencia_2018_Relatorio.pdf. Acesso em 01 de junho de 2018.

²⁴⁸ CERQUEIRA, Daniel; LIMA, Renato Sérgio de; outros. Atlas da violência. Ipea: 2018. Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/06/FBSP_Atlas_da_Violencia_2018_Relatorio.pdf. Acesso em 01 de junho de 2018.

principalmente, em decorrência da ação de organizações criminosas organizadas, em especial, as milícias.

O direito fundamental à moradia também se queda comprometido, já que muitas pessoas são expulsas de suas casas, por organizações criminosas.

Segundo informado pelo site Ceará News, por exemplo, em janeiro de 2018, cerca de 300 famílias residentes no Barroso II, comunidade localizada na zona Sul de Fortaleza, foram expulsas de suas casas por ordem de uma facção criminosa que invadiu e dominou completamente o bairro. “A saída dos moradores começou na noite desta quarta-feira (3) em um clima de muita tensão, revolta e tristeza”.²⁴⁹

Trata-se de prática que encontra eco em diversos Estado do Brasil, principalmente, naqueles já citados como os mais violentos.

A violência urbana, de igual sorte, fere o Direito à paz, que é direito natural dos povos. Direito que esteve em estado de natureza no contratualismo social de Rousseau e que ficou implícito como um dogma na paz perpétua de Kant²⁵⁰.

Lado outro, há falhas estruturais, por parte das autoridades de vários Poderes do Estado, que não lograram garantir estes direitos fundamentais violados. São falhas estruturais, permanentes e que revelam a existência de estado de coisas inconstitucional.

Há de se notar que, a colisão entre os direitos fundamentais violados pela violência, valendo-se da técnica do sopesamento, deve prevalecer em relação ao princípio da separação dos Poderes, o que autoriza a ação do Judiciário, em ativismo judicial estrutural, para a proteção dos mesmos.

²⁴⁹ Facção GDE invade bairro em Fortaleza e expulsa dezenas de famílias de suas casas. Disponível em < <http://cearanews7.com/facao-gde-invade-bairro-em-fortaleza-e-expulsa-dezenas-de-familias-de-suas-casas/>>. Acesso em 15 de junho de 2018.

²⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. Direito à paz. Folha de São Paulo. Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0312200609.htm>>. Acesso em 15 de junho de 2018.

O combate à violência demanda ações dos Três Poderes, que podem ser classificadas em três grupos, a saber:

1. ação de efeito a curto prazo, por meio da coerção, com o enfrentamento, pelas forças policiais, dos criminosos, principalmente, as organizações criminosas. Este tipo de ação demanda tanto a utilização de estratégias e de inteligência da segurança pública.

Neste aspecto, é possível combater o crime, principalmente, com o uso da inteligência da segurança e da força.

A propósito, de cada cem homicídios no Brasil, apenas, oito são devidamente apurados (autoria e circunstâncias do crime). Essa é a estimativa de Julio Jacobo Waiselfisz, que é coordenador da pesquisa Mapas da Violência 2011, divulgada pelo Ministério da Justiça²⁵¹.

E nem todos os crimes devidamente apurados resultam em devida condenação dos criminosos²⁵².

Esta impunidade, obviamente, estimula a violência, na medida em que se deixa de criar, no infrator, o temor de ser punido pelo próprio Estado, pelo ilícito penal a ser cometido.

Parte da ineficiência do Estado em resolver estes crimes decorre da baixa quantidade de investigadores e de recursos insuficientes para a aquisição de material e instrumento necessários para auxiliar na elucidação dos crimes.

Portanto, a omissão, em relação a esta ação, pelas autoridades estatais, está em manter a ineficácia do Estado no combate ao crime: seja de forma repressiva, seja em relação à forma punitiva.

²⁵¹ Fonte: O Jornal o Globo. Divulgado em 09 de maio de 2011, p. 3.

²⁵² GOMES, Luiz Flávio. Homicídios: impunidade de 92%. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121922855/homicidios-impunidade-de-92>. Acesso em: 15 de junho de 2018.

Trata-se de inegável falha estrutural que fomenta a violência e, por consequência, coloca em cheque os direitos fundamentais envolvidos.

2. ações de efeito a médio prazo. O combate à violência não pode ficar limitado à repressão. É preciso criar oportunidades para as pessoas necessitadas. A melhor opção para fazê-los, com colheita de frutos, em médio prazo, é o desenvolvimento e manutenção dos Programas Sociais.

Programas sociais são iniciativas governamentais, destinadas a melhorar as condições de vida da população necessitada; tem efeito rápido, na medida em que, logo após a sua implementação, os benefícios já são sentidos pelas pessoas, por eles, contempladas.

Eles ajudam a minorar os efeitos da pobreza extrema, na medida em que, em regra, tende a conferir, aos destinatários, direito de elementos que compõem o mínimo existencial.

Seu efeito indireto é afastar a população necessitada da criminalidade. De fato, o Brasil possui inúmeros programas sociais; todavia, insuficientes.

É bem verdade o programa social somente deve ser concedido àqueles que se encontram em estado de necessidade, dentro do tempo estritamente necessário para que o seu merecedor possa, por meio de oportunidades criadas pelo Estado, voltar a ter condições econômicas de prover o sustento próprio e o de sua família.

Ocorre que, enquanto perdurarem na situação crítica e lastimável do ponto de vista econômico, cabe ao Estado garantir-lhe acesso ao mínimo existencial, principalmente, por meio destes programas sociais.

Em 25 de maio de 2009, a Organização das Nações Unidas (ONU) divulgou um relatório alertando ao Brasil para o fato de que a parcela mais pobre da população não estava sendo beneficiada pelo programa “bolsa-família”²⁵³.

Recentemente, o Presidente da República assinou a medida provisória nº 839, cortando mais de 200 milhões de reais que estavam destinados a programas sociais, notadamente, aqueles destinados à saúde e à educação²⁵⁴.

O corte supracitado mostra uma tendência brasileira de redução dos programas sociais, notadamente, no período de crise econômica: época em que as pessoas carentes mais precisam do amparo do Estado.

É dizer: o Brasil vem regredindo no desenvolvimento dos programas sociais, quando deveria ampliá-lo: mais uma falha estrutural que nutre o crescimento da violência no país.

3. Ações de efeito de longo prazo: São as políticas públicas voltadas a promoverem qualidade de vida às pessoas, ampliando suas oportunidades de lograrem êxito econômico.

São todas as atividades governamentais e atos normativos, de caráter duradouro, voltados a criar, para a população, oportunidade de crescimento pessoal e econômico.

Geralmente, seu efeito somente é percebido, no âmago da sociedade, em longo prazo; todavia, duradouro e, por isto mesmo, mais estável do que os programas sociais.

Na medida em que as políticas públicas são implementadas, criando-se oportunidades reais de melhoria de condições econômicas para a população, é esperado que seja possível a retirada gradual dos programas sociais.

²⁵³ Programas sociais são insuficientes para combater pobreza, diz ONU. Gazeta do Povo. Disponível em: < <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/programas-sociais-sao-insuficientes-para-combater-pobreza-diz-onu-b1c7rrzxscu0qud0gngnpgf39q>>. Acesso em 23 de maio de 2018.

²⁵⁴ Brasil. Medida Provisória nº 839. Publicada no Diário Oficial de 30 de maio de 2018.

Fato é que se vive, no Brasil, um estado de coisas inconstitucional em relação à violência urbana, de um lado, frente a violação de massa de vários direitos fundamentais de vários titulares.

Esta violação decorre da omissão, por parte das autoridades públicas, para solucionarem, definitivamente, este problema. E, caso não seja possível, reduzi-lo a níveis toleráveis, tomando-se como parâmetro os relatórios anuais divulgados pela ONU, referidos acima.

Cabe, portanto, ao STF, quando se deparar com qualquer ação originária ou espécie recursal em que o mote da discussão seja a violência urbana, reconhecer, mesmo que de ofício, a existência de estado de coisas inconstitucional em decorrência da mesma.

Deve, à luz do que fez, na decisão em medida liminar, na ADPF 347, traçar as linhas gerais, para tirar o outros Poderes da inércia, no sentido de corrigir as falhas estruturais, mormente, com o incentivo da incrementação das ações com efeito de curto, médio e longo prazo, consoante sugerido acima.

Pode-se indicar a existência de inúmeras outras falhas estruturais no Brasil, causadoras do estado de coisas inconstitucional, a exemplo, dos inúmeros direitos fundamentais violados pela corrupção epidêmica que assola o país.

Seja como for, defende-se, nesta obra, que o STF tem o dever de reconhecer a existência de ECI, todas as vezes em que presentes seus requisitos, consoante viu-se acima. E ao fazê-lo, deverá valer-se da técnica do sopesamento, a fim de verificar se é possível mitigar o princípio da separação dos poderes, para a defesa do direito fundamental em choque com o mesmo e a que se pretende proteger.

Uma vez decidido pela necessidade de proteção do direito fundamental, o STF deve agir, mesmo que de ofício, em ativismo estrutural dialógico.

6. CONCLUSÃO

O estado de coisas inconstitucional é fenômeno pelo qual se evidencia grave violação a direitos fundamentais pertencentes a uma gama de titulares.

Ele tem natureza jurídica de fenômeno social. A sua constatação autoriza o ativismo judicial estrutural dialógico. Não se confunde, portanto, com qualquer outra ação de proteção aos direitos fundamentais, tampouco aquelas destinadas ao controle concentrado de constitucionalidade, mormente porque:

1. Não se trata de ação judicial, mas de fenômeno lesivo de uma plêiade de direitos fundamentais de vários titulares;
2. seu reconhecimento não tem previsão expressa na Constituição Federal ou em qualquer ato normativo infraconstitucional;
3. o escopo precípua de seu reconhecimento é de resguardar a efetividade dos direitos fundamentais, por meio do ativismo judicial;
4. sua existência pode ser reclamada por qualquer pessoa, órgão ou instituição;
5. seu reconhecimento pode ocorrer, de ofício, pelo Judiciário, em qualquer ação originária ou em julgamento de recurso;
6. a decisão que a reconhece não fica engessada pela coisa julgada, permitindo que o ativismo judicial estrutural seja amoldado à realizada política e econômica do Estado.

Sua constatação pode ser feita por meio do método proposto por Popper, notadamente, pelo confronto das situações fáticas relativas a um problema no âmago da sociedade.

Para sua declaração é imprescindível a existência de: vulneração massiva e generalizada de direitos constitucionais que afetam um número significativo de

peças; a prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações voltadas à concessão destes direitos; a inexistência de medidas legislativas, administrativas ou orçamentária suficientes para evitar a violação destes direitos; a existência de um problema social, cuja solução demanda um conjunto complexo e coordenado de ações e que exija destinação orçamentária elevada; a verificação de congestionamento do Judiciário, casos os titulares dos direitos afetados demandassem individualmente.

Assim, resta clara a existência do estado de coisas inconstitucional em diversos setores da sociedade brasileira, como ocorre na violação massiva e sucessiva ao direito à saúde, com reflexo no princípio da dignidade da pessoa humana; na corrupção desenfreada que ocorre no âmago da sociedade brasileira, com nítidos prejuízos aos direitos mínimos para a sobrevivência com dignidade, decorrentes de falhas estruturais provocadas pelo desvio do dinheiro público; há, ainda, estado de coisas inconstitucional na violência urbana que, diariamente, ceifa vidas de centenas de pessoas.

O Supremo Tribunal Federal já declarou a existência de estado de coisas, ao deferir medida liminar na ADPF 347, agindo em ativismo estrutural dialógico. Em breve, terá de enfrentar temas sensíveis sobre a violação de direitos fundamentais. Não poderá quedar-se inerte.

A solução discutida exige ponderação dos valores em choque, por meio da Teoria dos Princípios apregoada por Robert Alexy.

Há de se observar que entre os valores colidentes: direitos fundamentais e sua máxima eficácia, de um lado; e princípio da separação dos poderes de outro, há, em regra, quando não se estiver diante de hipóteses ensejadoras de limitação dos direitos fundamentais, de se mitigar este para preservar aqueles, mormente, porque nenhum Estado de Direito pode ser legitimado sem fornecer o mínimo existencial ao Homem, consagrado nos direitos fundamentais.

Por outro lado, no estado de coisas inconstitucional, conquanto o ativismo judicial estrutural dialógico se revele ferramenta de escol, como proteção aos direitos

fundamentais e a sua máxima eficácia, a intromissão do Judiciário nas atividades típicas dos outros Poderes deve ocorrer com comedimento, de sorte que não sirva para violação de outros direitos fundamentais, tampouco que possa legitimar arbítrios do Judiciário.

O ativismo do Poder Judiciário, ainda que dialógico, e mesmo nos casos em que há o reconhecimento de existência de estado de coisas inconstitucional, não é indene às críticas; tampouco pode ser considerado uma panaceia para cura universal dos males sociais, que têm raízes fincadas em profundas questões históricas.

Ele deve ser limitado, notadamente, para garantir a efetividade dos direitos fundamentais violados no ECI.

E mesmo assim, o Judiciário deverá traçar, em diálogo com outros Poderes, ordens gerais, com escopo de incentivar a superação da omissão causadora das falhas estruturais que causaram o estado de coisas inconstitucional.

E assim o sendo, deve o Judiciário traçar as linhas motrizes, vetores a serem seguidos pelos agentes estatais, com o escopo precípua de correção das falhas estruturais que ensejaram o surgimento do estado de coisas inconstitucional.

Este diálogo, por outro lado, não significa autorização dos agentes estatais envolvidos a descumprirem as determinações traçadas pelo Judiciário; ao contrário: uma vez vergastada a decisão em ativismo estrutural – que deve ter como mote, repita-se, o delineamento de ações a serem tomadas pelos outros Poderes – ela deve ser cumprida, sob pena de responsabilização, inclusive, dos agentes públicos renitentes.

Nos casos de ECI, a decisão do Judiciário voltada a proteção dos direitos fundamentais não é imutável, notadamente, em decorrência da coisa julgada. Ao contrário: ela deve ser alterada, principalmente, com a participação dos outros Poderes envolvidos, com vistas a melhor adequá-la à realidade política e econômica do Estado.

Por outro lado, nestes casos, o ativismo judicial estrutural dialógico somente poderá cessar, após a constatação de superação do estado de coisas inconstitucional, o que ocorre quando for verificado, na prática, que os direitos fundamentais vilipendiados em decorrência das falhas estruturais estão salvaguardados.

7. REFERÊNCIA

A Familiar Face: Violence in the lives of children and adolescents (Um Rosto Familiar: A violência na vida de crianças e adolescentes, em tradução livre para o português). Disponível em:

<https://www.unicef.org/publications/files/Violence_in_the_lives_of_children_and_adolescents.pdf>.

ACKERMAN, Bruce. The Rise of World Constitutionalism. *Virgina Law Review* vol. 83, 1997.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2a.ed. 4a. Tiragem. Malheiros: São Paulo, 2015.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2a.ed. 4a. Tiragem. Malheiros: São Paulo, 2015. p. 277.

AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez & Escolha. Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e das decisões trágicas. Ed. Renovar. Rio de Janeiro: 2011.

ANDRADE, Paula. CNJ e Ministério da Saúde firmam acordo para criação de banco de dados. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83208-cnj-e-ministerio-da-saude-firmam-acordo-para-criacao-de-banco-de-dados>>.

ARIZA, Libardo José. The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. *Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia*. New York: Cambridge University Press, 2013.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13ª ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2012.

AZAMBUJA, Darcy. Teoria Geral do Estado. 44. ed. São Paulo: Globo, 2005.

BAHIA, Saulo José Casali. A igualdade como Direito Fundamental. Disponível em: <<https://artigojuridico.com.br/2016/08/28/a-igualdade-como-direito-fundamental/>>.

BARBOSA, Ruy. República: teoria e prática (textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira Constituição da República. Petrópoles/Brasília, Vozes/Câmara dos Deputados, 1978.

BARNES, Jeb; MILLER, Mark. Putting the Pieces Together. American Lawmaking from an Interbranch Perspective. Mark C. Miller and Jeb Barnes Editors, 2004. p. 17.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, 2ª Edição, Ed. Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BAUM, Lawrence. The Supreme Court. 10ª ed. Washington: CQ Press, 2010.

BENTES, Tiago. Direito Constitucional. Parte 3. Disponível em <http://www.esmeg.org.br/pdfMural/direito_constitucional_part._3_-_esmeg_-_tiago_bentes.pdf>.

BENVINDO, Juliano Zaiden. On the Limits of Constitutional Adjudication. Deconstructing Balancing and Judicial Activism. Dordrecht: Springer, 2010.

BICKEL, Alexandre. The least dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics. 2 ed. New Haven: Yale University, 1986.

BLANCA, Raquel Cárdenas. Contornos jurídico-fáticos del estado de cosas inconstitucional. Bogotá: universidad externado de Colombia, 2011.

BLANCA, Raquel Cárdenas. Del estado de cosas inconstitucional (ECI) a la formulación de una garantía transubjetiva. Bogotá: universidad externado de Colombia, 2016.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. Direito à paz. Folha de São Paulo. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0312200609.htm>>.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 15 de maio de 2016.

BRASIL. Decreto 9288/2018, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9288.htm>.

BRASIL. Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1950-1959/lei-1079-10-abril-1950-363423-normaatualizada-pl.html>>.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/L7347orig.htm>.

BRASIL. Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1999/lei-9868-10-novembro-1999-369587-normaatualizada-pl.html>>.

BRASIL. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9882.htm>.

BRASIL. Lei nº 11.417 de 19 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11417.htm>.

BRASIL. Lei nº 12.562, de 23 de dezembro de 2011. Disponível em <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/L12562.htm>.

BRASIL. Medida Provisória nº 839. Publicada no Diário Oficial de 30 de maio de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 747371 / DF, julgado em 06/04/2010, publicado em 26/04/2010 no DJe. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500736827&dt_publicacao=26/04/2010>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1351 e 1354. Relator: Marco Aurélio de Mello. Acórdão publicado em 29 de junho de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3682/MT. Relator: Gilmar Mendes. Acórdão Publicado em 06/09/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3685. Relatora: Ellen Gracie. Acórdão publicado em 26/09/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 347/DF. Relator. Ministro Marco Aurélio de Melo. Pode ser conferida em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560#>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 347/DF. Relator. Ministro Marco Aurélio de Melo. Pode ser conferida em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560#>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. IF 5179/DF. Relator: Cesar Peluso (Presidente). Publicação: 08/10/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 26.603-1/DF. Relator: Celso de Mello. Publicado em 19 de dezembro de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante nº 13. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1227>>.

BURDEAU, Georges. *Traité de Science politique*. Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1969, v. 4.

BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.

CAICEDO. Ausência de estado, hecho que legitima a la Corte Constitucional a falar fuera de su competencia. Trabajo de grado. USTA.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*, disponível em: <<http://jota.info/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>>.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1993.

CARBONELL, Miguel. *Teoría o ideología de la interpretación constitucional*, 2ª ed. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Trotta, 2010.

CARDENAS, Blanca Raquel. *Contornos jurídicos-fácticos del Estado de cosas inconstitucional*, 1ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.

Ceará News. Facção GDE invade bairro em Fortaleza e expulsa dezenas de famílias de suas casas. Disponível em < <http://cearanews7.com/facao-gde-invade-bairro-em-fortaleza-e-expulsa-dezenas-de-familias-de-suas-casas/>>.

CERQUEIRA, Daniel; LIMA, Renato Sérgio de; outros. Atlas da violência. Ipea: 2017. Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/portal/images/170602_atlas_da_violencia_2017.pdf>.

CERQUEIRA, Daniel; LIMA, Renato Sérgio de; outros. Atlas da violência. Ipea: 2018. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/06/FBSP_Atlas_da_Violencia_2018_Relatorio.pdf>.

CERQUEIRA, Daniel; LIMA, Renato Sérgio de; outros. Atlas da violência. Ipea: 2018. Disponível em:<http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/06/FBSP_Atlas_da_Violencia_2018_Relatorio.pdf>.

COLÔMBIA. Constitución Política de Colombia, disponível em: <<http://www.constitucioncolombia.com/titulo-2/capitulo-5/articulo-95>>.

COLÔMBIA. Sentencia SU-090 de 2000. Corte Constitucional de Colombia. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/SU090-00.htm>>.

COLÔMBIA. Sentencia T-068. Tribunal Constitucional da Colômbia. Disponível em: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-068-98.htm#_ftnref5.

COLÔMBIA. Sentencia T-289/98. Corte Constitucional de Colômbia. Disponível em: < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-289-98.htm>>.

COLÔMBIA. Sentencia T-525/99. Corte Constitucional de Colombia. Disponível em <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/t-525-99.htm>>.

COLÔMBIA. Tribunal Constitucional da Colômbia. Sentencia SU-559/97. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>.

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

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-025 de 2004, disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-590 de 1998. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-590-98.htm>>.

CUNHA JR, Dirley da; NOVELINO, Marcelo. Constituição Federal para Concursos. 4. ed. Ed. JusPodivm: Salvador, 2013. p. 743.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 11^a ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 593.

_____. Curso de Direito Constitucional. 11^a ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

_____. Estado de Coisas Inconstitucional. Disponível em: <<http://brasiljuridico.com.br/artigos/estado-de-coisas-inconstitucional>>.

CURZ, Gerardo Ero. El derecho procesal constitucional: su desarrollo jurisprudencial, Domingo García Belaúnde (epílogo), 3^a ed., Bogotá: Temis, 2011.

DIMOULIS, Dimitri, e MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DINIZ, Bráulio Gomes Mendes. Pedido e sentença na efetivação judicial dos direitos fundamentais: a importância de entender a classificação geracional e conhecer a teoria dos status. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,pedido-e-sentenca-na-efetivacao-judicial-dos-direitos-fundamentais-a-importancia-de-entender-a-classificacao-g,46252.html>>.

DINIZ, Bráulio Gomes Mendes. Pedido e sentença na efetivação judicial dos direitos fundamentais: a importância de entender a classificação geracional e conhecer a teoria dos status. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,pedido-e-sentenca-na-efetivacao-judicial-dos-direitos-fundamentais-a-importancia-de-entender-a-classificacao-g,46252.html>>.

DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais? Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750>.

DONIZETTI, Elpídio. Curso Didático de Direito Processual Civil. De acordo com o Novo Código de Processo Civil e a Lei 13.465 de 11.07.2017. 21. ed. São Paulo: Gen, 2018.

DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. 9. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

EBERLE, Edward J. Dignity and Liberty. Constitutional Visions in Germany and the United States. Westport: praeger, 2002.

Estados Unidos da América. 198 u.s. 45, 53 (1905), Disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/>>.

Estados Unidos da América. 60 U.S. 393 (1856). Disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/60/393/case.html>>.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1998.

FUENTES, Edgar; SUÁREZ, Beatriz; RINCÓN, Adriana. Facticidad y Constitución: La Doctrina del Estado de Cosas Inconstitucional en América Latina. En Athenas, Volumen I, N° 2, Brasil, 2012, disponível em: <http://www.academia.edu/3533049/Facticidad_y_Constitucion>.

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de F. P. Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999.

GARAVITO, César Rodríguez. ¿Cuándo cesa el estado de cosas inconstitucional de deslucamento? Más allá del desplazamiento, o como superar um estado de cosas inconstitucional. In: _____. (Coord.). Más allá del desplazamiento. Políticas, Derechos y Superación del desplazamiento forzado em Colombia, Bogotá: Universidade de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2009.

_____. Juicio a la Exclusión: el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales em el Sur Global. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2015, p. 33.

GIORGI, Raffaele De; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. Estado de Coisas Inconstitucional. Disponível em:
<<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral%2cestado-de-coisas-inconstitucional%2c10000000043>>.

GOMES, Luiz Flávio. Homicídios: impunidade de 92%. Disponível em:
<<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121922855/homicidios-impunidade-de-92>>.

GÓMEZ PINTO, Luiz Ricardo. El Juez de las Políticas Públicas. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2012.

GUASTINI, Rircardo. Teoría o ideologia de la interpretación constitucional (Miguel Carbonell y Pedro Salazar, trads.), 2ª ed. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM-TROTТА, 2010.

GUASTINI, Rircardo. Teoría o ideologia de la interpretación constitucional (Miguel Carbonell y Pedro Salazar, trads.), 2ª ed. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM-TROTТА, 2010.

HERNÁNDEZ, Clara Inês Vargas. "La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano em sede de acción de tutela: el llamado 'estado de cosas inconstitucional'. Revista Centro de Estudios Constitucionales, año 1, Santiago de Chile, Universidad de Talca, 2003.

HISCHL, Ran. Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism. Cambridge: Havard University, 2004, p. 100-134.

HOLMES, Oliver Wendell Jr. The Path of Law. Harvard Law Review Vol. 10 (8), 1897.

HUAROTO, Beatriz Ramírez. El "Estado de Cosas Inconstitucional" y sus posibilidades como herramienta para el litigio estratégico de Derecho Público. Una mirada a la jurisprudencia colombiana y peruana. Tesis, Escuela de Posgrado Maestría Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú. 2013.

Husserl, Edmund, 1859-1938. Idéias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura / Edmund Husserl; [tradução Márcio Suzuki]. - Aparecida, SP: Idéias & Letras, 2006.

JARAMILLO, Leonardo Garcia. Constitucionalismo Deliberativo. Estudio sobre el ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentário. Cidade de México: UNAM, 2015.
Globo. Jornal o Globo. Rio de Janeiro: 09 de maio de 2011.

LANGORD, Malcom. Justiciabilidad em el ámbito nacional y los derechos económicos, sociales y culturales: um análisis sociojurídico. Revista Interncional de Direitos Humanos, vol. 6, nº 11. São Paulo, dezembro de 2009. Disponível em: <[https:// www.scielo.br/scielo](https://www.scielo.br/scielo)>.

LEITE. Harrison. Manual de Direito Financeiro. - 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013.

LYONS, Quintero Josefina; MONTERROZA, Angélica M. Navarro; MEZA, Malka Irina. La figura del Estado de Cosas Inconstitucionales como mecanismo de

protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable em Colómbia.

Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo, disponível em:

<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwi4iaCJ_4raAhWEf5AKHTIyAP8QFggzMAE&url=https%3A%2F%2Fdiainet.uniri-oja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F4767667.pdf&usg=AOvVaw3nfTaN3S8re9U2LPxjgqRL>.

Mapa da Violência. Estudo disponibilizado em

<https://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2016/Mapa2016_armas_web.pdf>.

McCLOSKEY, Robert M. The American Supreme Court. 5ª ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2010.

MENÉDEZ, Ignacio Villaverde. La inconstitucionalidade por omisión, 1ª ed., Madrid: McGraw-Hill, 1997.

MICHAELIS, Dicionário da língua portuguesa. Disponível em: <

<http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/ativismo/>>.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MONTESQUIEU, Charles. Do Espírito das Leis. Trad. por Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MORAES, Guilherme Peña de. Curso de direito constitucional. 9ª ed. reform., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

NEVES, Daniel Amorin Assumpção. Ações Constitucionais. 2. ed. São Paulo: Métodos, 2013.

NIETZSCHE, Friedrich. A origem da tragédia proveniente do espírito da música. Tradução de Erwin Theodor. Ed. Cupolo: São Paulo, 1948.

O'BRIEN, David M. Storm Center. The Supreme Court in American Politics. 8ª ed. New York: WW.Norton & Company, 2008.

PENÃ, Bustamante. Estado de cosas inconstitucional y políticas públicas. Tese de Mestrado (Estudos Políticos). Bogotá: Pontifícia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales, 2011.

PERU. Tribunal Constitucional de Peru. sentencia 2579-2003-HD/TC, disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02579-2003-HD.html>>.

PLAZAS, Mauricio. El Poder de la Corte Constitucional en Colombia y el llamado "Estado de cosas inconstitucional". En Elementos de Juicio Revista de Temas Constitucionales. N° 10, México, Outubro - dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/juicio/cont/10/cnt/cnt13.pdf>>.

Gazeta do Povo. Programas sociais são insuficientes para combater pobreza, diz ONU. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/programas-sociais-sao-insuficientes-para-combater-pobreza-diz-onu-blc7rrzxscu0qud0gngnnpf39q>>.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAWLS, John. Political Liberalism. New York: Columbia University Press, 1993.

ROCKMANN, Roberto. Sem dinheiro, o SUS morre, in Revista Carta Capital. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/revista/879/sem-dinheiro-o-sus-morre-7769.html>>.

RODRÍGUEZ César Garavito; RODRÍGUEZ, Diana Franco. Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado em Colombia. Bogotá: De justicia, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Argüição de descumprimento de preceito fundamental: alguns aspectos controversos. In Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99. André Ramos Tavares e Walter Cláudius Rothenburg, organizadores. São Paulo: Atlas, 2001.

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

SCHLESINGER JR., Arthur M. The Supreme Cout: 1947, Fortune, janeiro de 1947. Sentencia T-153 de 1998. Corte Constitucional de Colombia. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>

SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. 9. Ed. Atualizada até a Emenda Constitucional 83, de 5 de agosto de 2014. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SILVA, Virgilio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais nº 798, 2002.

SOARES, Guido Fernando Silva. Common law: introdução ao direitos dos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SOSA, Ernest. "Condition". Cambridge Dictionary of Philosophy. R.Audi, Ed. Cambridge: Cambridge UP, 1999.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. A supremacia do direito no Estado democrático e seus modelos básicos. Porto Alegre, 2002.

Souza, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. Sociologias, Porto Alegre, Ano 8, nº 16, jul/dez 2006,20-45. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16>>.

Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/entries/states-of-affairs/>>.

Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 70814. Relator: Min. Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 01/03/1994, DJ 24-06-1994 PP-16649 EMENT VOL-01750-02 PP-00317 RTJ VOL-0176- PP-01136.

Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82424. Relator: Min. Moreira Alves, Relator p/ Acórdão: Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524.

TALAMINI, Eduardo. Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: CPC, ART. 461; CDC, art. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TUSHNET, Mark. Taking the constitution away from the courts. Princeton: Princeton University, 2000.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá. 2009, p. 78.
WALDRON, Jeremy. Law and disagreement. Oxford: Oxford University Press, 1999.

WILSON, Bruce M. Claiming individual rights through a constitutional court: The example of gays in Costa Rica. International Journal of Constitutional Law Vol 5.

WONG, José Naupari. El acogimiento del "estado de cosas inconstitucional" por el Tribunal Constitucional Peruano. En compendio de instituciones procesales creadas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Gaceta jurídica, Lima, 2009.

YEPES, Rodrigo Uprimny. The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court. Washington Univ. Global Studies Law Review, Vol 3, 2004.