

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Leandro Manoel da Rosa¹

Gustavo Buzatto²

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As ciências jurídicas sempre estão em constante atualização. A modernidade jurídica, especialmente nos dias atuais, encontrada nos países com menos tradição histórica trouxe o novel instituto constitucional denominado “Estado de Coisas Inconstitucional”, ou simplesmente ECI. Essa nomeação foi feita pela Suprema Corte Colombiana, primeiro órgão judicial no mundo a aplicar o dispositivo que, aos poucos, vem sendo incorporado pelos mais variados sistemas jurídicos de outros países, especialmente naqueles em que as mazelas sociais já atingiram um nível sem precedentes em outrora.

O ECI apresenta, por sua natureza, uma proposta desafiadora: extinguir ou, pelo menos, minimizar violações de cunho social, em que uma parcela significativa de pessoas tem os seus direitos fundamentais suprimidos, tendo essa violação como causa a omissão persistente de elaboração ou falhas na execução de políticas públicas saneadoras pelo Poder Público, e que, através de iniciativas sistemáticas do Poder Judiciário, as denominadas sentenças estruturais, alcance um número amplo de órgãos e autoridades para superar o problema social.

No presente trabalho serão abordados, ainda que de forma sucinta, sua conceituação, pressupostos, objeto e as críticas, positivas e negativas, proporcionadas pelos mais diversos juristas e estudiosos brasileiros.

DESENVOLVIMENTO

ORIGEM, CONCEITUAÇÃO E PRESSUPOSTOS DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

O “Estado de Coisas Inconstitucional” teve seu surgimento na Corte Constitucional Colombiana, no dia 06/11/1997, através da *Sentencia de Unificación* - SU 559, uma

¹Aluno da Graduação em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Câmpus de Frederico Westphalen – e-mail leandromr777@gmail.com
Orientador: Gustavo Buzatto

² Professor da URI – Câmpus de Frederico Westphalen e orientador do trabalho.

demanda promovida por um grupo de professores que, àquela época, tiveram seus direitos previdenciários desrespeitados por autoridades públicas daquele país. Ao alegar haver um “dever de colaboração” entre todos os poderes, sentenciou o tribunal, não só atingindo as partes no processo em questão, mas para além dessas pessoas envolvidas na demanda, alcançar todos os professores que tinham interesse na causa. (CAMPOS, Conjur, 2015).

Ao reconhecer qualquer situação que se assemelha a esse conceito, a Corte decretaria válido o instituto para aquele caso, asseguraria a formulação e a execução de políticas públicas indispensáveis e suas alocações orçamentárias previsíveis; tudo isso através de diversos e intensos debates entre as organizações públicas responsáveis. A própria Corte e a sociedade em geral, que tivesse interesse na questão, também seriam partes nesse diálogo, sendo o principal papel da primeira estipular metas e prazos assim que escolhidas pelos outros poderes quais diretrizes iriam ser seguidas, visando a superar o estado inconstitucional. (CAMPOS, Conjur, 2015).

De outra forma, além de superar os bloqueios institucionais que viriam a solucionar o problema, o instituto do ECI, segundo a Corte Colombiana, ainda promove o diálogo entre todos os envolvidos e interessados no caso objeto da demanda. (CAMPOS, Conjur, 2015).

Carlos Alexandre de Azevedo Campos, o primeiro autor a abordar e apresentar o tema na doutrina brasileira, em sua obra intitulada “Estado de Coisas Inconstitucional”, apoiado na doutrina colombiana e nas decisões da Suprema Corte daquele país, conceitua o instituto da seguinte maneira: (2016, pág. 187).

Defino o ECI como a técnica de decisão por meio da qual cortes e juízes constitucionais, quando rigorosamente identificam um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais do Estado, declaram a absoluta contradição entre os comandos normativos constitucionais e a realidade social, e expedem ordens estruturais dirigidas a instar um amplo conjunto de órgãos e autoridades a formularem e implementarem políticas públicas voltadas à superação dessa realidade inconstitucional.

Mônia Clarissa Hennig Leal aborda que nos dias atuais da República e o contexto fático existente nela, exige-se, para uma adoção de medidas necessárias capazes que sufragar esse colapso, a invocação de uma atuação mais ativa por parte do Supremo Tribunal Federal. Conclui que tais violações acabam por exigir “uma conjugação de esforços no sentido da realização material dos valores contidos na Constituição”. (2003, p. 117/118).

Pela sua natureza e com vista a uma praticidade dentro dos limites impostos pelo Princípio da Separação dos Poderes e pela própria Democracia no país onde instalado,

necessita o instituto do Estado de Coisas Inconstitucional, segundo a doutrina que o defende, de alguns pressupostos para ser implementado, visando a não generalização de qualquer problema social à sua compatibilização e a não outorgar um “valor acima do normal” ao Poder Judiciário, em relação aos demais poderes, para não afastar um possível ato de ativismo judicial. Em síntese, podem-se conceituar três desses pressupostos:

a) O primeiro pressuposto é estar-se diante de um problema social que abarque uma proteção deficiente e que atinja um massivo e generalizado número de pessoas, sendo abdicadas de seus direitos fundamentais ao mesmo tempo. Segundo CAMPOS: (Conjur, 2015).

Para além de verificar a transgressão ao direito individual do demandante ou dos demandantes em um determinado processo, a investigação da Corte identifica quadro de violação sistemática, grave e contínua de direitos fundamentais que alcança um número elevado e indeterminado de pessoas.

O mesmo autor conclui que, de acordo com esse pressuposto, se a Corte julgasse apenas em favor dos demandantes do próprio processo, essa implicaria na própria omissão institucional que se visa sanar por esse instituto, visto que essa deve observar a “dimensão objetiva desses direitos fundamentais”. (CAMPOS, CONJUR, 2015 p 05).

Em sua obra coletiva intitulada Economia Brasileira Contemporânea, Marcos Antônio Sandoval de Vasconcellos, Amaury Patrick Gremaud e Rudinei Toledo Toneto Júnior abordam como diferentes fatores implicam para a produção de problemas sociais no Brasil, entre outros, a violência, a qualidade da educação, as diferentes condições de trabalho, as questões de saúde, a política, a infraestrutura e a concentração de renda, detendo-se, nesse último ponto, como diferentes causas: (1999, p. 66/81).

A falta de políticas públicas para a inclusão social da massa populacional vinda abruptamente do processo escravista; o processo de industrialização de cunho concentrador; a divisão de terras em latifúndios e voltada para uma minoria e as baixas taxas de absorção e remuneração da mão de obra e crises econômicas acompanhadas por longos períodos inflacionários mais sentidos pelas classes menos favorecidas.

b) O segundo pressuposto seria a inexistência ou mesmo a mínima eficiência de coordenação de medidas de natureza legislativas, orçamentárias, administrativas e quando for a caso, até mesmo judiciais, visadas a sanar o problema. Ou seja, uma sistematizada “falha estatal estrutural”, que se omite em relação ou até mesmo piora a violação desses direitos fundamentais. Aqui se trata não da omissão ou falha de um único órgão, mesmo que

principal responsável pelo problema que está ocorrendo, mas sim uma multiplicidade de órgãos, em que a verdadeira solução dependeria de uma ação sistemática entre diversos entes, cada um em seu setor, visando a solucionar o Estado de Coisas Inconstitucional. (ARIZA apud CAMPOS, Conjur, 2016).

Ainda, Campos sinaliza que esse pressuposto poderia advir ainda de uma perspectiva material diferente da abordada atualmente pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil. Alega o autor que o pressuposto em tela pode advir de uma omissão legislativa ou falha na regulamentação normativa pela administração em face de normativos constitucionais até de aplicabilidade imediata e não apenas às normas de eficácia normativa limitada. (2016, p. 181).

Segundo o mesmo autor, a postura tradicional da doutrina majoritária e até mesmo do entendimento dominante no STF pecariam: (a) vícios metodológicos e cognitivos, ao focar apenas nos enunciados e não na atuação concreta da norma da realidade fática; (b) pecariam no excesso de formalismo, pois a visão majoritária prestigia apenas o aspecto formal dos dispositivos, não se importando com a efetividade dos direitos fundamentais previstos na Constituição; (c) aborda que a atuação da Constituição seria “miope e restrita” na sociedade, ferindo a imperatividade da observância do projeto constitucional como “um todo” e; (d) lança consequências “políticos-institucionais dramáticas”, pois colocaria os Poderes em uma relação adversarial, “do tipo tudo ou nada”. (CAMPOS, 2016, p. 56/57).

c) Para concluir, o terceiro pressuposto consiste na observância de que essa situação somente será extinta através de uma formulação de ordens dirigidas não apenas por um único órgão governamental, mas sim por uma pluralidade desses, devido a grande complexidade da situação que abrange não apenas a sanar violações particulares, mas sim uma concepção objetiva e difusa dessas violações, através de profundas mudanças estruturais de políticas públicas. O mesmo grau da problemática que o faz existir e perpetrar no tempo e no espaço e, por isso sentido por toda a sociedade, deve ser usado em sua solução ou como dito por Libardo José Ariza, “o mau funcionamento estrutural e histórico do Estado conecta-se a adoção de remédios de igual ou similar alcance”.(ARIZA apud CAMPOS, Conjur, 2016).

Ainda sobre o conceito de decisões políticas estruturantes, leciona o atual Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso: (2009, p. 279).

Embora conserve a fluidez própria dos conceitos indeterminados, existe um conjunto de normas que inegavelmente devem ser abrigadas no

domínio dos preceitos fundamentais. Nessa classe estarão os fundamentos e objetivos da República, assim como as decisões políticas estruturantes, todos agrupados sob a designação geral de princípios fundamentais, objeto do Título I da Constituição (arts. 1º a 4º). Também os direitos fundamentais se incluem nessa categoria, o que abrangeria, genericamente, os individuais, coletivos, políticos e sociais (art. 5º e s.).

(...)

Para evitar essa malversação do mecanismo, parece possível enunciar alguns parâmetros para que se reconheça a possibilidade de sua utilização. Assim, a questão constitucional discutida: (a) deve interferir com a necessidade de fixação do conteúdo e do alcance do preceito fundamental;

(b) não pode depender de definição prévia de fatos controvertidos; e (c) deve ser insuscetível de resolução a partir de interpretação do sistema infraconstitucional.

Dessa forma, resta conceituado o Estado de Coisas Inconstitucional e pormenorizado quais são os seus pressupostos de validade para ser colocado em prática na realidade jurídica.

A CHEGADA DO ECI NO BRASIL ATRAVÉS DA ADPF 147

No dia 09 de setembro de 2015, ao aceitar e deferir parcialmente os pedidos cautelares, formulados na ADPF 347/DF pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), o Supremo Tribunal Federal Brasileiro reconheceu, de forma expressa, o Estado de Coisas Inconstitucional, referente ao caos instituído no sistema penitenciário nacional, especialmente tocante à violação em massa de direitos fundamentais, sobretudo dos presidiários. (JÚNIOR, JusBrasil, 2015).

O mérito da questão ainda não foi julgado. Nota-se de plano que, das oito cautelares pedidas, sete dessas versam sobre interpretação e aplicação de normas de natureza penal e processual penal e uma versa sobre medida orçamentária da União. As questões de urgência já foram apreciadas pelo relator da ADPF 347/DF, o Ministro Marco Aurélio, nos seguintes termos: a) aos juízes e tribunais – que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal; b) aos juízes e tribunais – que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; c) aos juízes e

tribunais – que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; d) aos juízes e tribunais – que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo; e) à União – que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para o qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos. (Supremo Tribunal Federal, 2015).

Sem sombras de dúvidas, a cautelar deferida que mais gerou discussão entre juristas é a tratada na letra “e” da ADPF. Consubstancia-se essa de expressa interferência do Poder Judiciário em políticas públicas do Poder Executivo, fato que para muitos fere a própria Democracia e o Princípio da Separação dos Poderes. Entendeu o ilustre Ministro que o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN vinha sendo muito mal utilizado. Contemplou, através de estatísticas econômicas do próprio Departamento, que a maior parte do fundo simplesmente nem era utilizada. Enfatizou a existência de projeto de Lei Complementar – PLS n.º 25, de 2014, de autoria da senadora Ana Amélia, do Rio Grande do Sul, que versava sobre a solução do problema de uma forma genérica, através da Lei de Responsabilidade Fiscal, mas que, “não obstante a iniciativa, o que revela tentativa interna de ultrapassar os bloqueios políticos existentes no Congresso, a situação dramática não pode esperar o fim da deliberação legislativa”. Embasado nos princípios da dignidade humana e do mínimo existencial, o relator autorizou a judicialização do orçamento, tendo em vista os contingenciamentos das verbas destinadas à melhoria dos presídios, que estavam sendo usadas apenas para “alcançar metas fiscais”, aceitando, dessa forma, a cautelar pleiteada. (Supremo Tribunal Federal, 2015).

Segundo o relator, a natureza dessas verbas se enquadrariam nas “exceções consideradas obrigações decorrentes de comandos legais e constitucionais”, dispostas no §2º, do artigo 9º da Lei Complementar n.º 101 de 2000, *in verbis*: (SENADO FEDERAL, 2017, p. 08).

Art. 9º. Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subsequentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela Lei de Diretrizes Orçamentárias. [...]
§2º. Não serão objeto de limitação as despesas que constituam obrigações

constitucionais e legais do ente, inclusive aquelas destinadas ao pagamento do serviço da dívida e as ressalvadas pela Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Nesse liame restou deferida, também, a cautelar de letra “e” na ADPF 347/DF.

Interessante é o trecho do Ministro Edson Fachin, do Supremo Tribunal Federal, em seu voto na medida cautelar pleiteada, para reconhecimento da ADPF no presente caso: (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015, p. 15).

Será que é mesmo esse o caso presente, aquele que intenta dar ao Supremo função constituinte permanente de sentidos?

Concluí que não e que, por isso, deve ser reconhecida a ADPF.

A ADPF 347 trata dos direitos fundamentais da pessoa humana. Não me refiro apenas à dignidade da pessoa humana (art. 1, III, CFRB/88), mas ao direito fundamental à integridade física e moral dos encarcerados (art. 5, XLIX, CFRB). É um direito fundamental expressamente previsto que contém, assim, uma faceta objetiva (integra a base do ordenamento jurídico e é um vetor de eficácia irradiante a ser seguido pelo Poder Público e pelos particulares) e outra subjetiva (correspondente à exigência de uma prestação positiva ou negativa por parte do Estado ou dos particulares).

Já, o Ministro Luís Roberto Barroso destacou a importância do debate trazido pela ADPF 347, em referência ao seu objeto (crise no sistema carcerário), citando autores como Ana Paula de Barcellos, que demonstra o quanto o problema é deletério para a sociedade, visto que o indivíduo que comete um crime de pequena monta, após encarcerado, geralmente volta às ruas para cometer crimes muito mais graves posteriormente. Aduziu também, o Ministro, a importância da discussão frente a outro problema que está sendo discutido no Congresso Nacional, a redução da maioria penal, atribuindo ênfase no fato da necessidade de recursos que devem ser investidos ao encaixar as duas situações – redução da maioria penal frente ao sistema caótico das prisões atualmente -. Nesse ponto, o ilustre Ministro questiona: “ou pretendemos também cometer o crime de botar os meninos de 16 anos com os facínoras que muitas vezes lá estão?” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015, p.19).

O tema da ADPF 347, segundo consta no site oficial do Supremo Tribunal Federal, teve diversos reflexos nos debates jurídicos, envolvendo o sistema prisional brasileiro. Dentre outros, diversas ações ajuizadas pelas Procuradorias dos Estados Brasileiros visam a liberação da quota disponível do Fundo Penitenciário Nacional referente ao seu território, as quais o Ministro Marco Aurélio vem liberando as verbas em suas apreciações. Outro ponto de destaque foi a inclusão das audiências de custódia para presos em todas as Comarcas do país, especialmente após entrar em vigor resolução que veio a regulamentar a matéria, lançada pelo Conselho Nacional de Justiça em fevereiro de 2016. (Supremo Tribunal

Federal, 2015).

CRÍTICAS AO ECI: DE ATIVISMO JUDICIAL À MODELO DE DELIBERAÇÃO DIALÓGICA ENTRE OS PODERES

O Estado de Coisas Inconstitucional, principalmente após seu deferimento cautelar na ADPF 347/DF, tornou-se objeto de muitas discussões entre os doutrinadores brasileiros. Vários juristas de renome esboçam e até expressam desconfiança face ao instituto, tanto ao se tratar em sua generalidade na abrangência quanto em sua real eficácia em solucionar os problemas estruturais do Estado.

Lênio Luiz Streck afirma se tratar claramente de um ativismo judicial camuflado. O jurista, apesar de reconhecer as mazelas do Estado Democrático Brasileiro, em face aos mandamentos da Constituição Federal, adverte tratar-se o ECI apenas de mais uma das interferências tão constantes que o Judiciário vem fazendo nas políticas públicas nacionais e acrescenta ser o instituto uma forma muito genérica de resolver os problemas brasileiros. Anuiu que, se aceito, se deveria taxar o Brasil de um “país inconstitucional”. (CONJUR, 2015, p. 15). Em artigo público para o jornal Estadão, Raffaele de Giorgi, José Eduardo Faria e Celso Campilongo entendem que a judicialização em questões de políticas públicas é um ato que o judiciário vem se valendo cada vez mais nos últimos anos. A partir da premissa que até mesmo a Constituição Federal não é capaz de dar eficácia aos seus conceitos, poderia a vir ser um alvo do Estado de Coisas Inconstitucional e ocorrer o fechamento dos tribunais no país. Atestam exemplos paradoxais sobre o instituto, alegando, por exemplo, se no caso de mais da metade dos Deputados forem acusados por corrupção, o ECI poderia fechar o Congresso Nacional. Ainda, até mesmo em caso de uma judicialização, visando a “falhas estruturais na economia” geraria “desvalorização da moeda, desemprego e exclusão”. Por fim, atestam a falta de eficácia do ECI, afirmando que o sistema judiciário não tem estrutura suficiente a corrigir os problemas sociais dessa índole, seja por se tratar apenas de uma sentença judicial, seja por que lhes faltam que execute as medidas propostas. (ESTADÃO, 2015).

O jurista José Rodrigo Rodriguez, professor da UNISINOS e pesquisador do CEBRAP (Núcleo Direito e Democracia), realça que o princípio da separação dos poderes não visa, em sua essência, criar uma divisão total entre os entes da federação, exigindo que cada um atue em sua respectiva área somente. Alega o professor que o princípio apenas insta em que atos não sejam praticamente de forma autarquicamente por uma das instituições, ou seja, sem que

haja um controle de um poder sobre o outro das ações constituídas. Alega vir a ser uma decisão histórica caso o Estado de Coisas Inconstitucional for deferido no mérito da ADPF 347/DF, pois poderá mudar a forma de como são instituídas as políticas públicas não só no Brasil, como no mundo inteiro. Conclui como sendo uma oportunidade única e viável para a mudança de nosso caótico sistema penitenciário brasileiro. (Jota, 2015).

Em contrapartida àqueles que atacam o ECI, assevera Alexandre Campos que a sentença que reconhece o instituto deve ser flexível. De nada adianta adotar a postura da Corte Colombiana, no caso fracassado de seu sistema carcerário, que resolveu assumir uma posição de supremacia judicial e foi negligenciada. Lá, a própria Corte reconheceu o erro em casos seguintes e assumiu a responsabilidade apenas de fixar metas de alcance para os outros poderes e fiscalizar, sempre priorizando o diálogo entre todos os entes, a qualquer momento dos trabalhos. Aduz que se assim tomada a decisão pelo Supremo Tribunal Federal, tem-se condições de sanar diversos problemas que vêm ocorrendo no território brasileiro. (Conjur, 2015).

Em observâncias as mais variadas críticas ao instituto do ECI, dois grandes campos podem ser delineados: as objeções de ordem democrática, que tecem argumentações de ilegitimidade de juízes a depender do objeto de suas sentenças, visto sua atuação ser ativista pelo fato dos mesmos não terem sido escolhidos pelo voto popular e as objeções de cunho institucional, pelo fato da falta de capacidade de juízes decidirem conforme a matéria a que são submetidos, máxime em políticas públicas. Tratam-se ambas de críticas feitas ao exercício expansivo de jurisdição pelos tribunais superiores, inclusive no que se ressalta a direitos fundamentais da pessoa humana. (CAMPOS, 2016, p. 226).

Para o grande doutrinador Norberto Bobbio, uma mínima definição que se pode fazer de democracia seria o agrupamento de prescrições visadas para que as decisões sejam tomadas de forma coletiva por todos os cidadãos. O autor esmiúça um pouco mais sua conceituação do tema da seguinte forma: (2001, p. 55/56).

Por “democracia” se entende um conjunto de regras (as chamadas regras do jogo) que consentem a mais ampla e segura participação da maior parte dos cidadãos, em forma direta ou indireta, nas decisões que interessam a toda a coletividade. As regras são, de cima para baixo, as seguintes: a) todos os cidadãos que tenham atingido a maioridade, sem distinção de raça, religião, condições econômicas, sexo etc., devem gozar dos direitos políticos, isto é, do direito de exprimir com voto à própria opinião e/ou eleger quem a exprima por ele; b) o voto de todos os cidadãos deve ter peso idêntico, isto é, deve valer por um; c) todos os cidadãos que gozam dos direitos políticos devem ser livres de votar segundo a própria opinião, formada o mais livremente possível, isto é, em uma livre concorrência entre grupos políticos organizados, que competem entre si para reunir reivindicações

e transformá-las em deliberações coletivas; d) devem ser livres ainda no sentido em que devem ser colocados em condição de terem reais alternativas, isto é, de escolher entre situações diversas; e) para as deliberações coletivas como para as eleições dos representantes deve valer o princípio da maioria numérica, ainda que se possa estabelecer diversas formas de maioria (relativa, absoluta, qualificada), em determinadas circunstâncias previamente estabelecidas; f) nenhuma decisão tomada pela maioria deve limitar os direitos de uma minoria, em modo particular o direito de tornar-se, em condições de igualdade, maioria.

Na parte histórica das objeções de ordem democrática contra a capacidade institucional dos juízes decidirem certas matérias, pode-se citar diferentes autores de indecifrável renome. O marco inicial dessa contramedida pode ser auferido a James Bradley Thayer, e a sua fórmula *thayeriana* de deferência judicial. Para Thayer, “uma lei só pode ser declarada inconstitucional pelas corte na hipótese de a violação à constituição ser tão manifesta que não deixe espaço para dúvida razoável”. (1893, apud CAMPOS, 2016, p. 227/230).

Outro ator que deve ser referenciado nesse tema é o festejado professor Jeremy Waldron. Para ele, o valor mais fundamental de uma democracia é o autogoverno popular. Assim, o autor critica a *judicial review* pelos próprios termos que ela tenta defender, ou seja, defende que os cidadãos devem resolver apenas por eles mesmos ou através de seus representantes as “divergências sobre direitos e princípios”, tendo por consequência que “a autoridade legítima para dizer dos direitos só pode ser aquela cujo procedimento privilegie a autonomia e a responsabilidade de cada pessoa: o processo legislativo”. (2006, apud CAMPOS, 2016, p. 230/233).

A fim de concluir, o Ministro Relator da ADPF 347, doutor Marco Aurélio, no que se refere ao ECI no Supremo Tribunal Federal e o problema de ordem democrático, assim expressou o seu voto condutor: (Supremo Tribunal Federal, 2017).

No caso dos presos, os bloqueios ou desacordos políticos encontram razões tanto na sub-representação parlamentar como na impopularidade desses indivíduos. A primeira decorre do fato de os condenados criminalmente ficarem impedidos de votar e serem votados. Têm os direitos políticos suspensos enquanto perdurarem os efeitos da sentença condenatória transitada em julgada (artigo 15, inciso III, da Constituição Federal).Então, não gozam de representação política direta.

[...]

A impopularidade dos presos faz com que os políticos, salvo raríssimas exceções, não reivindiquem recursos públicos a serem aplicados em um sistema carcerário voltado ao oferecimento de condições de existência digna. A opinião pública está no coração da estrutura democrático-parlamentar. Ignorá-la pode significar não só o fracasso das políticas que defendem, mas também das tentativas de reeleição a cargos no Legislativo e no Executivo. Essa preocupação é tanto maior quanto mais envolvida matéria a atrair a atenção especial do público. Questões criminais são capazes de gerar paixões em um patamar que outros temas e áreas do Direito não conseguem. A sociedade não tolera mais criminalidade e a insegurança pública, e isso implica ser contrária à preocupação com a tutela das condições

dignas de encarceramento. Essa rejeição tem como consequência direta bloqueios políticos, que permanecerão se não houver intervenção judicial. Pode-se prever a ausência de probabilidade de os poderes políticos, por si sós, tomarem a iniciativa de enfrentar tema de tão pouco prestígio popular. Em casos assim, bloqueios costumam ser insuperáveis.

Ao se tratar das objeções de ordem institucional, ou objeções cognitivas de os juízes, ou cortes formularem o exercício da *judicial review*, não se deve deixar de citar um dos maiores exponenciais dos estudos sobre as capacidades institucionais. Adrian Vermeule defende que o método de interpretação constitucional deve ser confeccionado à luz das “capacidades institucionais do intérprete e dos efeitos sistêmicos das decisões”. Para o autor, as cortes sofrem com “constrições de tempo, falta de informação e de expertise em identificar aos profundos comprometimentos da Constituição que devem ser interpretados para se ajustarem às circunstâncias modernas”. (2002, apud CAMPOS, 2016, p. 236/239).

Como bem ensina José Afonso da Silva, em seu Curso de Direito Constitucional Positivo, o princípio da separação dos poderes se dá da seguinte forma: (2005, p. 106).

A independência dos poderes significa: (a) que a investidura e a permanência das pessoas num órgão do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais; assim é que cabe ao Presidente da República prover e extinguir cargos públicos da Administração federal, bem como exonerar ou demitir seus ocupantes, enquanto é da competência do Congresso Nacional ou dos Tribunais prover os cargos dos respectivos serviços administrativos, exonerar ou demitir seus ocupantes; às Câmaras do Congresso e aos Tribunais compete elaborar os respectivos regimentos internos, em que se consubstanciam as regras de seu funcionamento, sua organização, direção e polícia, ao passo que o Chefe do Executivo incumbe a organização da Administração Pública, estabelecer seus regimentos e regulamentos. Agora, a independência e autonomia do Poder Judiciário se tornaram ainda mais pronunciadas, pois passou para sua competência também a nomeação de juízes e tomar outras providências referentes à sua estrutura e funcionamento, inclusive em matéria orçamentária (arts. 95, 96 e 99).

Com o passar do tempo, o princípio foi ganhando novas fórmulas e a doutrina vem assinalando as diferenças que podem ser constatadas no dia a dia das instituições. Como assevera Marco Aurélio Sampaio: (2007, p. 20).

A própria teoria da separação dos poderes foi construída a partir da ideia de limitação e eficiência do poder político, não podendo ser compreendida senão dentro de um cenário possível das relações políticas. E por isso mesmo, modificados a época e forma das relações políticas, modifica-se a forma de interpretação do que era a sua tradução jurídica. A ligação entre a realidade do jogo político e a sua forma possível ante os ditames constitucionais deve ser trazida à tona para que o discurso jurídico seja mais concreto e menos isolado da

realidade atual.

Para Campos, as críticas “partem de uma concepção estática do princípio da separação dos poderes”. Alega também o autor que tal concepção trata de “um sistema político de poderes não apenas separados, mas também distantes, quase incomunicáveis”. Cita a pretensão inclusiva e transformativa da Constituição Federal de 1988 como alicerce do qual todas as autoridades devem compartilhar as responsabilidades em prol de um bem comum: os direitos fundamentais. (2016, p. 306).

O próprio Ministro Marco Aurélio, ao redigir seu voto como relator da ADPF 347, no Pleno do Supremo Tribunal Federal, abordou o tema sobre o fato da intervenção judicial em políticas públicas, especialmente no sistema carcerário brasileiro: (Supremo Tribunal Federal, 2017).

No tocante ao possível óbice atinente à separação de Poderes, à alegação das capacidades institucionais superiores do Legislativo e do Executivo comparadas à do Judiciário, há de se atentar para as falhas estruturais ante o vazio de políticas públicas eficientes. É impertinente levar em conta, no caso examinado, essas formulações teóricas, uma vez que é a própria atuação estatal deficiente o fator apontado como gerar e agravar transgressão sistêmica e sistemática de direitos fundamentais. A intervenção judicial é reclamada ante a incapacidade demonstrada pelas instituições legislativas e administrativas, o que torna o argumento comparativo sem sentido empírico. Daí porque a intervenção judicial equilibrada, inclusive quando há envolvimento de escolhas orçamentárias, não pode ser indicada como fator de afronta às capacidades institucionais dos outros Poderes, se o exercício vem se revelando desastroso.

Dessa forma, ao menos para o Supremo Tribunal Federal, restaram superadas as críticas de ordem democráticas feitas ao instituto do ECI. Outrossim, também foram superadas as críticas de natureza institucional, não se evidenciando afronta ao Princípio da Separação dos Poderes e nem à intervenção judicial, desde que haja justo motivo para isso, o que se evidencia no caso da ADPF/347.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado de Coisas Inconstitucional, também denominado ECI, foi um instituto constitucional criado com um propósito renovador: eliminar ou ao menos minorar quadros de violações a direitos fundamentais de uma parcela considerável da sociedade, geralmente grupos minoritários e/ou sem representatividade perante os órgãos públicos investidos de garantir suas necessidades básicas.

Mas não basta somente uma violação de direitos de um grupo de pessoas como

pressuposto único e necessário para se declarar um ECI: deve haver uma violação acentuada e massiva de direitos fundamentais, advinda de falhas estruturais por parte de diversos órgãos públicos, seja por sua omissão, seja pela falha na praticidade das políticas públicas destinadas a sanar tal violação na realidade social e que, ainda, somente seja superado tal quadro com um complexo e amplo número de ordens, destinadas aos mais variados órgãos competentes do poder público, a fim de que juntos e sistematicamente formulem e implementem políticas públicas voltadas à superação dessas mazelas sociais.

No Brasil, assim como na maioria nos países do globo, um exemplo típico amoldável à técnica do ECI são os sistemas prisionais, amparando-se na já constatada violação aos direitos fundamentais dos presidiários, que são obrigados a conviver em situação desumana, tornando impossível a convivência pacífica não só entre os detentos, mas entre esses e os funcionários públicos que laboram nas cadeias, com consequências fáticas até mesmo na sociedade em geral.

No caso específico do Brasil, já foi tentada, no ano de 2015, a ação específica para esse tipo de caso no Supremo Tribunal Federal: a ADPF 347, com origem no Distrito Federal, busca efetivar a aceitação do ECI no sistema jurídico brasileiro, bem como assegurar o provimento e a execução dos procedimentos necessários e elencados no conceito do instituto, visando a superação do quadro dramático vivenciado nos presídios brasileiros.

Após a análise das cautelares pleiteadas, já se entende como aceito e introduzido no sistema judiciário brasileiro o Estado de Coisas Inconstitucional pela Suprema Corte, pelo fato de terem sido deferidas a implementação das audiências de custódia em todo o território nacional e a proibição de novos contingenciamentos por parte da União, visando a liberação dos fundos necessários para construção e reparação dos presídios por parte dos Estados membros da Federação (verbas do FUNPEN).

Os casos precedentes demonstram que o ECI somente terá alguma chance de êxito se, além da Corte responsável pela decisão, formular decisões maleáveis aos outros Poderes, mormente como forma de “metas a serem superadas”, deixando por conta desses os meios a serem empregados no decorrer da execução dos trabalhos. É o que Alexandre Campos denomina como “ativismo judicial na partida, (...) mas no trajeto e na chegada a intervenção judicial é sempre dialógica”.

E mais: após a formulação das decisões, seria necessária a fiscalização dos trabalhos pela própria Corte ou por quem possa lhe fazer os trabalhos. Esse é o bingo da questão. Foi a técnica de trabalho, utilizado no último caso de ECI na Colômbia e que mostrou resultados

concretos na prática.

Na fase de execução, na fiscalização dos procedimentos, com as audiências públicas, que devem ser realizadas periodicamente entre as autoridades, com a participação da sociedade em geral e a abrangência da mídia sobre o assunto seriam de suma importância, visto que a conscientização por parte da população seria o ponto fundamental para o sucesso do ECI.

Ora, está mais do que na hora de a população saber que as mazelas do sistema carcerário têm consequências práticas na vida das pessoas. Que o sentimento de insegurança vivenciado hoje nas ruas, principalmente das grandes cidades, tem também como causa a fragilização do sistema carcerário, que está servindo mais como “escola do crime” do que para a ressocialização do preso.

Assim, entendo ser possível a superação do desrespeito ao princípio da dignidade humana dos presidiários brasileiros, através do novel instituto judicial denominado Estado de Coisas Inconstitucional, mas não como uma “passe de mágica”, que de uma hora para outra sanaria de vez o problema existente. A prática leva à perfeição. Após instalado, através das audiências públicas que fazem parte do procedimento, deve-se surgir uma mobilização da sociedade, influenciada e conscientizada em grande parte pela mídia. Somente com a educação pode-se salvar o mundo. “Ensinando” a população brasileira que os direitos fundamentais dos presos devem ser respeitados e que o jargão “bandido bom é bandido morto” só aumenta a violência, é que se conseguirá vencer mais essa batalha contra a omissão das autoridades públicas para com pessoas que não tem como buscar os seus direitos básicos e fundamentais.

REFERÊNCIAS

ARIZA, Libardo José. The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia, apud 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. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade Concentrado no Direito Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Qual socialismo? Debate sobre uma alternativa**. 4. ed. Trad. Iza de SalllesFreaza, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2001.

BRASIL, SENADO FEDERAL. Disponível em:
<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124010>>. Acesso em 12 de out. de 2017.

_____, STF. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/pesquisa/listarPesquisa.asp?termo=ADPF+347>>. Acesso em 12 de out. de 2017.

_____, **Supremo Tribunal Federal**, Plenário, ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 09/09/2015 (Info 798). Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em 15 de out. de 2017.

_____, **Supremo Tribunal Federal**. Plenário. ADPF 347 MC/DF, Inteiro Teor, julgado em 09/09/2015. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em 15 de out. de 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. **Conjur**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em 15 out. de 2016.

GIORGI, Raffaele de; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. Estado de Coisas Inconstitucional. **Estadão Opinião**. Disponível em:<<http://opinio.estado.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>>. Acesso em: 12 out. de 2016.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. Estado de Coisas Inconstitucional. **JusBrasil**. Disponível em:<<https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/264042160/estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acesso em: 12 out. de 2016.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **A Constituição como princípio: Os limites da jurisdição constitucional brasileira**. Barueri: Manole, 2003.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Estado de Coisas Surreal. In: **Jota**. Disponível em:<<http://jota.info/estado-de-coisas-surreal>>. Acesso em: 03 out. de 2016.

SAMPAIO, Marco Aurélio. **A medida provisória no presidencialismo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28ed. Brasil: Malheiros, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo. In: **Conjur**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo#_ftnref4>. Acesso em: 29 out. de 2016.

THAYER, James Bradley. *Harvard Law Review*, 1893. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de

Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016.

VASCONCELLOS, Marco Antônio Sandoval de; GREMAUD, Amaury Patrick; TONETO JÚNIOR, Rudinei Toledo. **Economia Brasileira Contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

VERMEULE, Adrian. *Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation*. 2006. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016.

WALDRON, Jeremy. *Yale Law Journal*, 2006. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016.