

# DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEPARAÇÃO DE PODERES: DO NEOCONSTITUCIONALISMO AO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Daniel Lucas Silva Santiago

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	2
<b>1 O NEOCONSTITUCIONALISMO E A ATUAÇÃO DO STF NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	4
1.1 O neoconstitucionalismo .....	4
1.2 A atuação do STF .....	10
<b>2 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL</b> .....	14
2.1 Histórico .....	14
2.2 Vantagens e Desvantagens .....	19
2.3 Efeitos das medidas .....	20
<b>3 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL</b> .....	21
3.1 A ADPF nº 347/2015 .....	21
3.2 O PLS nº 736, de 2015 .....	25
3.3 Diálogos Institucionais/Compromisso Significativo .....	25
<b>CONCLUSÃO</b> .....	27
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	29

**RESUMO:** Este trabalho analisa o instituto denominado Estado de Coisas Inconstitucional - ECI, construção da Corte Constitucional Colombiana que reconhece um quadro de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais, decorrente de ações, omissões e da falta de coordenação entre os Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal. Desse modo, se desenvolve como problema o seguinte questionamento: em que medida o argumento da declaração de ECI, como meio de efetivação de direitos fundamentais, afeta a relação entre os três poderes da República? Na hipótese, se toma como válida a premissa de que o Supremo Tribunal Federal - STF não está exercendo atribuições de outros poderes, mas sim, dialogando com eles. Assim, é abordado o neoconstitucionalismo e a atuação do STF no período pós-Constituição de 1988 no que se refere à efetivação de direitos fundamentais. Passa-se à análise do julgamento da ADPF nº 347, na qual o STF, pela primeira vez no Brasil, reconheceu o ECI do sistema penitenciário. Conclui-se que a tese do ECI pode ser positiva, desde que seus pressupostos sejam

estritamente obedecidos e que sejam fixadas balizas normativas, de modo a preservar a independência e harmonia entre os poderes.

**Palavras-chave:** Estado de Coisas Inconstitucional, Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais, Separação de Poderes, Diálogos Institucionais.

**ABSTRACT:** This paper analyzes the institute called unconstitutional state of affairs – “USA”, construction of the Colombian Constitutional Court which recognizes a massive violation and generalized use of fundamental rights, resulting from actions, omissions and lack of coordination between the public authorities of the Federal Government, States and the Federal District. In this way, develops as a problem the following question: to what extent the argument of the declaration of “USA”, as a means of enforcing fundamental rights, affects the relationship between the three powers of the Republic? In the event, if it takes as valid the premise that the Supreme Court of Brazil is not exercising powers of other powers, but yes, dialoguing with them. Thus, it is approached the neoconstitucionalism and actuation of the Supreme Court of Brazil in the post-Constitution of 1988 as regards the enforcement of fundamental rights. It is the analysis of the trial of the ADPF n° 347, in which the Supreme Court for the first time in Brazil, recognized the “USA” of the prison system. It is concluded that the thesis of “USA” can be positive, provided that their assumptions are strictly complied with and that are established by normative beacons, so as to preserve the independence and harmony between the powers.

**Keywords:** unconstitutional state of affairs, Neoconstitucionalism, fundamental rights, separation of powers, institutional dialogs.

## INTRODUÇÃO

O tema escolhido para este artigo é Direitos Fundamentais e Separação de Poderes: Do Neoconstitucionalismo ao Estado de Coisas Inconstitucional-ECI.

Pretende-se por meio deste estudo compreender se tal Declaração auxilia a efetivação de direitos fundamentais, e se é uma forma de o Supremo Tribunal Federal - STF ir além de suas competências, exercendo atribuições típicas dos poderes Legislativo e Executivo.

O tema é importante dentro do contexto social, jurídico, político e acadêmico em que vivemos, pois as instituições estão sendo cada vez mais cobradas pela população e trata-se de um instituto de aplicação recente no STF, mas que possui tendência de expansão, além de estar no cerne do debate da transposição do paradigma positivista e da atuação de outros poderes da República na construção de políticas públicas que visam à aplicação efetiva dos direitos fundamentais.

O problema de pesquisa deste trabalho é: em que medida o argumento da declaração de ECI como meio de efetivação de direitos fundamentais, afeta a relação entre os três poderes da República?

A hipótese inicial é a de que o STF não está exercendo atribuições de outros poderes, mas sim, dialogando com eles, pois se limita a estabelecer que a administração pública respeite as leis e expressamente se declara incompetente de alterá-las.

Para a consecução dos objetivos deste trabalho, utilizar-se-á pesquisa bibliográfica como metodologia de pesquisa, desenvolvendo o estudo a partir de livros, dissertações, teses e artigos que tratam da matéria. Para isso, também foi feita a análise das decisões que expressamente reconheceram o ECI na Colômbia, bem como a que trouxe o tema para o Brasil, consistente no julgamento de medida cautelar na ADPF n° 347, de 2015.

No que se refere à abordagem foi utilizado o eixo teórico-metodológico da pesquisa dogmática ou instrumental, baseada no tripé, legislação, doutrina e jurisprudência.

No capítulo 2 deste artigo serão tratados o neoconstitucionalismo-abordando-se a análise, definição e características dessa corrente - e a internalização do neoconstitucionalismo pelos ministros do STF, sobretudo após a promulgação da Constituição de 1988.

No capítulo 3 será iniciada a análise do ECI, nos termos em que aplicado pela Corte Constitucional Colombiana, passando-se pelas principais características pertinentes ao presente estudo, quais sejam, pressupostos, vantagens, desvantagens e efeitos deste instituto.

O capítulo 4 trará contornos do ECI aplicado ao Brasil, nos termos do julgamento, pelo STF, de medida cautelar na ADPF n° 347. Em seguida, far-se-á a análise do PLS n° 736/2015, que estabelece termos e limites ao exercício do controle concentrado e difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, dispondo sobre o ECI. Por fim, neste capítulo serão abordados em que consiste o “compromisso significativo”, instituto jurisprudencialmente utilizado na Suprema

Corte da África do Sul e que tem por objetivo a solução de litígios estruturais por meio do diálogo entre vários órgãos e poderes (diálogos institucionais).

A hipótese inicial, que será ou não confirmada ao final do trabalho, é a de que o STF ao declarar o ECI dialoga com os Poderes Executivo e Legislativo na busca de soluções das demandas judiciais que lhes são submetidas, não exercendo atribuições típicas daqueles Poderes.

Assim, as categorias teóricas a serem discutidas no trabalho são o neoconstitucionalismo e sua aplicação pelo STF, a declaração de ECI, tal como foi utilizada em julgados da Corte Constitucional Colombiana e no caso da ADPF nº 347, “compromisso significativo” e diálogos institucionais.

## **1 O NEOCONSTITUCIONALISMO E A ATUAÇÃO DO STF NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

### **1.1 O NEOCONSTITUCIONALISMO**

A Constituição Federal de 1988 adotou a forma republicana de Estado, com três poderes - Executivo, Legislativo e Judiciário - independentes e harmônicos entre si, obedecendo ao princípio da separação de poderes, sendo que cada um deles possui funções típicas e atípicas.

Porém, nenhum deles é totalmente independente e tampouco hierarquicamente superior ao outro, uma vez que a Constituição estabelece formas de controle entre os poderes, de modo a criar um sistema de freios e contrapesos.

No Brasil, não há normas constitucionais ou legais que tratem expressamente do ECI, tampouco que definam o que o STF pode ou não fazer a partir de tal declaração. O neoconstitucionalismo pode nos ajudar a compreender a aplicação desse instituto pelo nosso Poder Judiciário.

Segundo ABBOUD E OLIVEIRA (2015, pg. 198), a teoria denominada neoconstitucionalismo procura possibilitar que o Poder Judiciário analise elementos que nem sempre estão completamente descritos nas normas. Essa teoria ganhou força a partir do fim da segunda guerra mundial, pois verificou-se que várias das atrocidades perpetradas durante aquele período, principalmente pela Alemanha nazista aconteceram, de certa forma, de acordo com as leis vigentes. Logo uma

postura de autocontrole do Judiciário era insuficiente para controlar o poder de governos totalitários, ou seja, tribunais constitucionais não podiam mais examinar o nível de legitimidade de uma lei, tendo como parâmetro apenas a regularidade de seu processo legislativo, pois, nem todo conteúdo, ainda que aprovado pelo devido processo legislativo deveria ser considerado lei.

Verifica-se então que até o fim da Segunda Guerra Mundial (1945) a lei era quase que exclusivamente a única fonte do direito e era aplicada não por ser justa, mas pelo simples fato de ter sido aprovada por uma autoridade detentora de competência normativa. SARMENTO (2009, pg. 76) nos ensina que:

Até a Segunda Guerra Mundial, prevalecia no velho continente uma cultura jurídica essencialmente legicêntrica, que tratava a lei editada pelo parlamento como a fonte principal - quase como a fonte exclusiva - do direito, e não atribuía força normativa às constituições. Estas eram vistas basicamente como programas políticos que deveriam inspirar a atuação do legislador, mas que não podiam ser invocadas perante o Judiciário, na defesa de direitos.

ABBOUD E OLIVEIRA (2015, pg. 202) sintetizam bem os acontecimentos no que se refere à origem histórica do neoconstitucionalismo da seguinte forma:

Nota-se, assim, a presença de dois diagnósticos: 1) que o modelo formalista de direito - que equipara direito à lei - mostrou-se ineficiente diante da barbárie porque esta última acabou "protegida" pela própria legalidade; 2) que os instrumentos de controle e limitação do poder político baseados na supremacia do parlamento mostraram-se insuficientes, reivindicando uma alteração de rota, mais ligada à supremacia judicial, nos moldes estadunidenses.

Sarmiento (2009, pg. 77) concorda que o ponto máximo da necessidade de se levar em conta outros critérios, e não apenas a lei, surgiu ao fim da guerra, quando viu-se que uma lei, por si só, não era suficiente para prever todas as situações possíveis e tampouco promover a justiça para todas as ocasiões. Em nome da aplicação das leis, houve desrespeito a direitos humanos mais básicos de uma enorme quantidade de seres humanos. Porém, felizmente, as novas constituições criaram ou fortaleceram mecanismos de jurisdição constitucional em defesa de direitos fundamentais, que passaram a ser garantidos contra o arbítrio das maiorias instaladas no parlamento.

Portanto, verificamos que atualmente prevalece a ideia de que as constituições não devem se limitar apenas à definição de competências dos poderes, ao processo legislativo e outras matérias eminentemente constitucionais. É, ao contrário, necessário que sejam consagrados direitos fundamentais a serem especialmente protegidos e que se prevejam meios de efetivação desses direitos.

O neoconstitucionalismo, segundo BARBERIS (2006, pg. 19), é uma teoria ou doutrina do direito intermediária entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico, sendo que:

O jusnaturalismo sustenta a tese da conexão necessária, o juspositivismo a tese da separabilidade, o neoconstitucionalismo a tese da interligação necessária entre direito e moral limitadamente aos Estados constitucionais, ou constitucionalizados: Estados caracterizados especialmente pela rigidez constitucional e pelo controle de legitimidade constitucional das leis.

No que se refere aos pontos essenciais do neoconstitucionalismo, ABBOUD E OLIVEIRA (2015, pg. 198) nos ensinam que:

Algumas características do neoconstitucionalismo são: a redefinição da relação entre direito e moral; a distinção entre regras e princípios; a ponderação como método privilegiado de aplicação do direito e o aumento da carga de discricionariedade judicial.

Para Barberis (2006, pg. 25), o neoconstitucionalismo possui três problemas principais: o problema da distinção entre regras e princípios, o problema da ponderação judicial e o problema dos direitos.

Segundo ele, o primeiro problema é o da distinção entre regras e princípios. O silogismo jurídico é um esquema simples de aplicação da regra jurídica que ignora os problemas de justificação que possam existir, logo, efetiva-se uma inferência dedutiva (se “x” então “y”). Para Dworkin, denomina-se defectível uma norma pela qual, mesmo se verificando o caso “x”, não lhe segue a consequência “y”, em razão da existência de exceções implícitas, não previstas, e especialmente de conflitos com outros princípios. Os princípios, então seriam distintos das regras justamente pela qualidade de defectíveis: verificando-se o caso, não o seguiria necessariamente a consequência, porque um princípio pode sempre conflitar com outros.

Entretanto, autores como Prieto (2003, pg 221), argumentam que esse critério da defectibilidade não funciona, pois a subsunção (mera aplicação da regra)

e o equilíbrio (ponderação entre princípios) devem se complementar, uma vez que, o juiz ao se deparar com uma demanda que lhe é submetida, primeiro procura a regra na qual o caso deve ser subsumido, encontrando, por vezes, mais de uma, justificáveis com base em diversos princípios. Em seguida, aplica ao caso a regra justificável com base no princípio vencedor do equilíbrio.

Segundo GUASTINI (2004 apud BARBERIS, 2006, pg. 25) posteriormente, Dworkin abandonou o critério da defectibilidade para distinguir regras e princípios, por entender que tanto um quanto o outro podem ser defectíveis (uma regra também pode conflitar com outra).

Passamos agora para o segundo problema citado por BARBERIS (2006, pg. 25), o problema da ponderação judicial. Segundo o referido autor:

da ideia neoconstitucionalista que os princípios podem sempre conflitar entre si, desenvolveu-se a teoria do balanceamento ou da ponderação dos princípios: ou seja, análise da técnica, elaborada principalmente pelo Tribunal constitucional alemão, através dos quais os juízes constitucionais escolhem o princípio para aplicar ao caso.

Para Barberis (2006, pg. 27), enquanto o conflito entre regras é resolvido pela hierarquia, pela cronologia, ou pela especialidade, o confronto entre princípios é resolvido no caso concreto, por meio do balanceamento ou ponderação, porém, para evitar excesso de poder ou discricionariedade das Cortes, esses conflitos entre princípios devem ser resolvidos em casos genéricos e não específicos, pois as Cortes decidem sobre normas gerais e abstratas, e não sobre fatos. ALEXY (2003) sustenta que o equilíbrio deve ser uma técnica interpretativa alternativa à subsunção, porém, não absolutamente incompatível com ela, mas compatível e complementar.

No que se refere ao terceiro problema, o problema dos direitos, e especialmente dos direitos constitucionais, Barberis (2006, pg. 27) sustenta que as Constituições não positivam todos os direitos humanos, e que mesmo na jurisprudência das Cortes internacionais e constitucionais, não existe um catálogo fechado de direitos fundamentais, mas sim uma lista exemplificativa e extensiva por meio da interpretação constitucional. A doutrina neoconstitucionalista é dinâmica e entende que os direitos fundamentais não são apenas aqueles previstos expressamente em constituições ou cartas internacionais.

Podemos afirmar que uma das grandes características do neoconstitucionalismo é a defesa da constituição como fundamento de validade de

todo o ordenamento jurídico. Observa-se ainda que outra grande característica do neoconstitucionalismo é a utilização dos princípios como fator importante da interpretação constitucional, não havendo a necessidade da estrita observância do texto literal da própria Constituição. Tal fato inclusive é motivo de crítica por alguns doutrinadores que não são favoráveis ao neoconstitucionalismo, como por exemplo, podemos citar o ex-ministro do STF, Britto (2003), que entende que o modelo de estado de direito adotado no século XX coloca as constituições em uma notável centralização, pois os textos já não se limitam a criar uma nova ordem jurídica, mas veiculam valores sociais.

Doutrinadores contrários ao neoconstitucionalismo, assim como o já citado ex-ministro do STF, argumentam que o neoconstitucionalismo enfraquece a supremacia da Constituição, mitigando sua rigidez por conta da possibilidade da interpretação flexível dos princípios.

Portanto, entende-se que as novas constituições que aderem a corrente neoconstitucionalista não se limitam apenas a definir conteúdos de grande relevância jurídica, como a separação de poderes e a organização do Estado, mas positivam uma variedade de direitos fundamentais, definem os meios de garanti-los e, principalmente, estabelecem uma série de competências ao Poder Judiciário, para que atue na efetivação desses direitos e na obediência ao Estado Democrático de Direito<sup>1</sup>.

No contexto do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana tem importância especial e a mera alusão constitucional ou legal a direitos fundamentais não se resolve sem que haja a possibilidade de efetivação dessas normas. Em uma democracia, espera-se que a população participe e exija a efetivação dos direitos consagrados constitucional e legalmente. Nos dizeres de Piovesan (2006) “conforme expressa previsão do texto constitucional, de direitos

---

<sup>1</sup> Segundo DANTAS (2014, p. 65-66) Estado Democrático de Direito é a: “conjugação do Estado de Direito com o regime democrático. Trata-se, portanto, do Estado submetido ao império da lei, ou seja, a um conjunto de normas que criam seus órgãos e estabelecem suas competências, que preveem a separação dos poderes, e que também fixam direitos e garantias fundamentais para a proteção do indivíduo contra eventuais arbitrariedades estatais, e no qual também se garante o respeito à denominada soberania popular, permitindo que o povo (o titular do poder) participe das decisões políticas do Estado, seja por meio de representantes eleitos, seja por meio de mecanismos de democracia direta”.



fundamentais, a sua implementação é pré-requisito procedimental à prática da democracia”.

Desse modo, o grau de aplicabilidade dos direitos fundamentais torna-se matéria de estudo tão importante quanto à própria existência de tais direitos no ordenamento jurídico.

No que se refere à relação entre neoconstitucionalismo e pós-positivismo, ABBOUD E OLIVEIRA (2015, pg. 212) ensinam que:

o neoconstitucionalismo não pode ser encarado como uma proposta epistemológica verdadeiramente pós-positivista. Assim, seguindo as trilhas de Friedrich Müller, procuramos anotar que o pós-positivismo não se refere a um antipositivismo qualquer, mas representa uma postura teórica que, sabedora do problema não enfrentado pelo positivismo – qual seja: a questão interpretativa concreta, espaço da chamada “discricionariedade judicial” – procura apresentar perspectivas teóricas e práticas que ofereçam soluções para o problema da concretização do direito.

Conforme demonstrado acima, Abboud e Oliveira (2015, pg. 206) explicam que neoconstitucionalismo e pós-positivismo não se confundem, apesar de semelhantes em alguns aspectos, como no fato de analisarem as normas e demais fenômenos jurídicos com base não apenas na interpretação literal, mas levando em conta outros aspectos da realidade. O neoconstitucionalismo, como já tratado, é um fenômeno político-jurídico que surgiu no período logo após a segunda guerra mundial, já o pós-positivismo é um movimento filosófico que se originou a partir de outro período e, que, se for bem aplicado pode acarretar em menos discricionariedade judicial, ao contrário do neoconstitucionalismo, no qual, em regra, observa-se um grande poder discricionário na efetivação dos direitos e na aplicação das normas aos casos concretos.

O neoconstitucionalismo, então, pode ser caracterizado como uma espécie de pensamento antipositivista, mas isso, por si só, não o qualifica como uma doutrina pós-positivista.

Em se tratando dos primórdios da aplicação deste instituto no Brasil, podemos destacar que se caracteriza como corrente que adota uma postura antiformalista e um protagonismo em torno do Poder Judiciário brasileiro na busca da efetivação de direitos e garantias individuais e coletivas. A subsunção (mera

aplicação da norma ao fato concreto) deixa de ser a regra geral e os princípios adquirem uma forte carga valorativa e jurídica, tornando-se fundamento de decisões judiciais.

No que se refere à vinculação dos atores sociais e políticos à normativa constitucional e à discussão sobre uma possível subordinação do Parlamento e a consequente exaltação da jurisdição constitucional, SANTIAGO (2014, pg. 18) nos ensina que:

Em verdade, na imagem formada pelo neoconstitucionalismo, as Constituições aparecem como elementos estruturantes, que adquirem uma amplitude desconhecida até meados do Século XX e assumem a tarefa de coordenar os espaços públicos e privados. Nelas vai ser encontrado o delineamento das funções estatais típicas; de novas obrigações outorgadas aos Poderes Públicos; de direitos e liberdades individuais e coletivos, bem como a forma e limites para seu exercício, de modo a garantir o convívio na diferença; de procedimentos institucionalizados para participação social no cenário político; dos mecanismos de controle do poder e defesa da Constituição, gerando um *estado de subordinação geral*, em que muito pouco resta imune à sua influência.

A Constituição brasileira de 1988 vem funcionando como um verdadeiro "filtro", de forma a influenciar todas as normas do ordenamento jurídico nacional com os seus valores. O reconhecimento da natureza normativo-jurídica dos princípios pelos tribunais, especialmente pelo STF, tem aproximado as concepções de direito e justiça e oferecido um papel de maior destaque aos magistrados e aos demais aplicadores do direito.

O neoconstitucionalismo, segundo GALVÃO (2012, pg. 26), é um fenômeno que passou a ser aplicado no Brasil nos últimos anos e tem como uma de suas principais características o fato de defender que os juízes devem ter maior liberdade ao julgarem demandas constitucionais, buscando transformação social por meio do direito e, conseqüentemente, de sentenças judiciais, o que dissipa a densidade normativa das regras jurídicas e autoriza os juízes a decidirem com base em preferências pessoais.

## 1.2 A ATUAÇÃO DO STF

Os direitos fundamentais ganharam especial proteção com o advento da Constituição de 1988. CANÇADO TRINDADE (1998) nos ensina que existe um núcleo de direitos fundamentais e que esse núcleo não pode ser alterado, como por exemplo, o direito à vida, à não ser submetido a tortura ou escravidão, isso porque tais direitos estão intrinsecamente ligados à ideia de manutenção da dignidade da pessoa humana.

Ao prever problemas de efetivação dos direitos fundamentais que devem assegurar a todos existência digna e reconhecendo que a ordem constitucional anterior não foi efetiva, SILVA (2000) pontua:

Um regime democrático de justiça social não aceita as profundas desigualdades, a pobreza e a miséria. Ora, o reconhecimento dos direitos sociais, como instrumentos de tutela dos menos favorecidos, não tem tido a eficácia necessária para reequilibrar a posição de inferioridade que lhes impede efetivo exercício das liberdades garantidas. Assim, no sistema anterior, a promessa constitucional de realização da justiça social não efetivara na prática.

VIEIRA JUNIOR (2015, pg. 05) nos ensina que o STF, sobretudo até 1988<sup>2</sup>, atuava de forma conservadora, no sentido de não invadir as competências dos demais poderes, logo o STF mantinha papel de “legislador negativo”, pois até o início da década de 1990, se limitava a declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei, tendo sua atuação sido marcada pela autocontenção.

Tradicionalmente, então, o STF não atuava na formulação das políticas públicas, pois apenas o poder executivo seria capaz de administrar os recursos, definir as prioridades e alocar as verbas onde fosse mais oportuno e conveniente, obedecendo à reserva do financeiramente possível.

Como leciona VIEIRA JUNIOR (2015, pg. 05):

Pode-se afirmar, inicialmente, que a postura do STF ao aferir a constitucionalidade das normas, por intermédio de todos os instrumentos processuais indicados anteriormente, era conservadora, ortodoxa  
Era pacífico o entendimento de que à Corte Suprema somente era autorizada a atuação como “legislador negativo”, no sentido de

---

<sup>2</sup> Para a consecução deste trabalho, será analisada a atuação do STF a partir da Constituição de 1988, que é paradigma para a realização do presente estudo.

suspender – na hipótese de julgamento de liminares –, ou eliminar – no caso de julgamento de mérito –, os dispositivos considerados inconstitucionais.

Não era lícito aguardar do STF uma atuação como “legislador positivo”, propondo soluções normativas para as hipóteses em que declarava a inconstitucionalidade das normas, por ação ou omissão.

Com o tempo, excepcionalmente admitiu-se que o STF fizesse o controle jurisdicional das políticas públicas quando violassem direitos constitucionalmente previstos.

A partir de 1988, o STF passou a ser expressamente o guardião da Constituição. CAMPOS (2014, pg. 06) afirma que:

A carta de 1988 mudou profundamente não apenas o direito constitucional brasileiro contemporâneo, mas também o papel do Supremo Tribunal Federal. A Constituição outorgou à Corte um número impressionante de competências e instrumentos decisórios, dando início a um amplo e contínuo processo de concentração de poderes de decisão em sua jurisdição. A nova carta promoveu transformações profundas no modelo concentrado e abstrato de controle de constitucionalidade, ampliando significativamente sua estrutura, as ações pertinentes e, em especial, o elenco de atores que podem deflagrar seus processos.

Portanto, verifica-se que a Constituição de 1988 deu uma nova roupagem as atribuições do STF e ao sistema de controle de constitucionalidade das normas.

De acordo com MORAES (2003, pg. 581), no Brasil, o controle de constitucionalidade repressivo judiciário é misto, ou seja, aplica-se tanto a forma difusa, de origem norte-americana, no qual o controle é realizado por qualquer juiz ou tribunal do país, quanto a forma concentrada, de origem austríaca, que é realizada por um tribunal de cúpula, o STF, no caso brasileiro.

Ao falar sobre o papel do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade repressivo misto no Brasil, CUNHA JÚNIOR (2016) afirma que:

No Brasil a jurisdição constitucional não é privilégio dos tribunais ou do Supremo Tribunal Federal. Aqui, todo e qualquer órgão do Poder Judiciário, independentemente da instância (juiz ou tribunal), pode exercer o controle de constitucionalidade (...). Entretanto, não podemos ignorar que, com o novo arranjo jurídico-constitucional traçado pela Constituição vigente, determinante da amplitude das

ações especiais e diretas de controle concentrado e da fixação de um extenso rol de legitimados para a propositura dessas ações, o controle difuso-incidental sofreu uma significativa restrição.

Portanto, verifica-se que esse grande protagonismo do Poder Judiciário e, em especial do STF, ocorre por dois motivos centrais, dos quais subseguem uma série de outros motivos secundários: o grande número de direitos fundamentais, aos quais a Constituição atribuiu valores axiológicos e normativos e o extenso rol de competências e instrumentos decisórios que foram determinados ao STF.

CUNHA JÚNIOR (2016), ao escrever sobre a Constituição de 1988, salienta:

A Constituição brasileira de 1988 é uma Constituição social, dirigente e aberta ao futuro, haja vista que ela não é um mero instrumento de governo que fixa competências e ordena processos, mas sim, para, além disso, um plano normativo global, que enuncia metas, fins e programas a serem realizados pelo Estado e pela Sociedade.

Verifica-se ainda que a Constituição de 1988 manteve e aperfeiçoou o sistema judicial de controle de constitucionalidade, mantendo a combinação dos modelos difuso e concentrado de controle, além de, não ter se limitado a definir matérias eminentemente constitucionais, mas sim, estabeleceu um amplo catálogo de direitos e de garantias.

Apesar de não ter sido iniciado a partir dessas decisões, o debate sobre o protagonismo do Poder Judiciário e sua atuação mais incisiva no que concerne à implementação de políticas públicas ganhou relevo, em 2015, nos julgamentos do RE nº 592.581 e da ADPF nº 347, um dos principais objetos deste estudo e que será analisada em capítulo próprio.

Segundo VIEIRA JUNIOR (2015, pg. 18), o STF, no RE nº 592.581/RS decidiu, por unanimidade e nos termos do voto do relator, Ministro Ricardo Lewandowski que é lícito ao Poder Judiciário determinar que a administração pública realize obras ou reformas emergenciais em presídios para garantir os direitos fundamentais dos presos, não podendo a Administração opor à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.

No que se refere à uma possível tensão entre direito e política, XIMENES (2010) entende que trata-se de uma controvérsia que demanda a intersecção e não a separação total entre ambas.

Seguindo a tese de que o apego ao formalismo pode significar uma leitura inadequada do princípio da separação de poderes, MAIA FALCÃO (2010, pg. 163) nos ensina que:

São dadas mostras claras da direção que vem seguindo o Supremo Tribunal, com uma atuação mais incisiva – mas ainda tímida – na concretização dos direitos fundamentais sociais o Tribunal parece sinalizar que o caminho a ser trilhado é o da aceitação das teses (ou pelo menos de algumas) do neoconstitucionalismo.

Portanto, é reconhecida a fragilidade da fronteira entre político e jurídico, pois o Supremo indica que é necessária uma releitura do princípio da separação de poderes além de reconhecer a importância política de sua atuação.

Sobre constitucionalismo, Poder Judiciário e respeito aos direitos das minorias, SANTIAGO (2014, pg. 20) esclarece que:

O constitucionalismo atual, escudado pela teoria deliberativa da democracia, chancela o alargamento do papel reconhecido à Justiça Constitucional, permitindo que se enxergue nesta uma instância procedimental por cujo intermédio manifestações sociais podem ser validamente formuladas. Na discussão sobre a necessidade de conciliar conservação e evolução da ordem jurídica, respeito às vontades dos grupos majoritários e proteção aos minoritários, a jurisdição constitucional pode desempenhar relevante papel, contribuindo decisivamente para delimitar estes espaços, garantindo a participação da comunidade neste processo.

Por outro lado, torna-se necessária a fixação de balizas normativas para que sejam preservadas a independência e harmonia entre os poderes da República.

## **2 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL– ECI**

### **2.1 HISTÓRICO**

CAMPOS (2015, pg. 05) nos ensina que o termo – Estado de Coisas Inconstitucional - surgiu em 1997, na *Sentencia de Unificación* (SU) n° 559, na qual professores de dois municípios colombianos ingressaram no Poder Judiciário requerendo benefícios previdenciários e acesso ao sistema de saúde.

A Corte entendeu que os professores tinham razão e detectou que existia um descumprimento generalizado de direitos de um grupo bem maior de professores, portanto não decidiu apenas aquele caso em específico, mas sim, declarou todo o sistema inconstitucional (declarou o ECI). Surgiu então a necessidade de estabelecer os próximos passos, o que fazer a partir de então, uma vez que já se tinha a declaração de ECI. CAMPOS (2015, pg. 02) nos ensina que essa parte declaratória é pura e simples, mas que legitima os passos seguintes, que no caso foi “interferir” nas políticas públicas de educação.

A corte colombiana então determinou que os municípios, o Congresso Nacional e o Poder Executivo reformulassem (em determinado prazo hábil) a política nacional de educação de forma que se assegurassem aos professores os direitos previdenciários próprios. Segundo CAMPOS (2015, pg. 05):

*Sentencia* SU-559, de 6/11/1997. Na espécie, 45 professores dos municípios de María La Baja e Zambrano tiveram os direitos previdenciários recusados pelas autoridades locais. A corte constatou que o descumprimento da obrigação era generalizado, alcançando número amplo de professores além dos que instauraram a demanda. Cumprindo o que afirmou ser um “dever de colaboração” com os outros poderes, tomou decisão que não se limitou às partes do processo: declarou o Estado de Coisas Inconstitucional; determinou aos municípios, que se encontrassem em situação similar, a correção da inconstitucionalidade em prazo razoável; e ordenou o envio de cópias da sentença aos ministros da Educação e da Fazenda e do Crédito Público, ao diretor do Departamento Nacional de Planejamento, aos governadores e Assembleias, aos prefeitos e aos Conselhos Municipais para providências práticas e orçamentárias.

Apesar de o termo “estado de coisas inconstitucional” ter surgido na Colômbia, a expressão utilizada não deve ser considerado essencial, o importante é que se defina o conceito e pressupostos para compreender melhor o tema e definir qual comportamento as cortes podem adotar para solucionar problemas estruturais.

Os pressupostos para a configuração de um ECI, segundo CAMPOS (2015, pg. 02) são:

- 1- A constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, mas sim de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo de pessoas;

- 2- A falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e até judiciais, verdadeira “falha estatal estrutural”, que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação;
- 3- A superação dessas violações de direitos exige a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes são necessárias mudanças estruturais, novas políticas públicas ou o ajuste das existentes, alocação de recursos etc.

CAMPOS (2016, pg. 05) informa que a Corte ainda declarou o ECI em mais algumas oportunidades, como na falta de concurso p/ notários, falta de políticas públicas para defesa dos defensores dos direitos humanos, etc. Ou seja, a corte, de certa forma, abusou da utilização desse instituto, que acabou por cair em descrédito. Sobre essas decisões, veja-se:

*Sentencia* T-068, de 5 de março de 1998: mora da Caixa Nacional de Previdência em responder petições de aposentados e pensionistas dirigidas a obter recálculos e pagamentos de diferenças das verbas previdenciárias;

*Sentencia* SU-250, de 26/5/1998: determinar a realização, em âmbito nacional, de concurso público para notário ante a omissão do Estado em organizar o certame;

*Sentencia* T-590, de 20/10/1998: ordenar a confecção de políticas públicas eficientes de proteção dos defensores de direitos humanos no país;

*Sentencia* T-525, de 23/7/1999: remediar o atraso sistemático no pagamento, por entidades territoriais, das verbas de aposentadoria. \*Os casos do sistema carcerário (T-153, de 1988) e do deslocamento forçado de pessoas (T-025, de 2004) serão abordados em separado na sequência.

Entretanto, houve duas decisões da corte colombiana que ficaram muito conhecidas, nas quais foi declarado o ECI:

- 1- Sistema carcerário;
- 2- Deslocamento forçado interno de pessoas em virtude da violência urbana da Colômbia.

CAMPOS (2016, pg. 03) sintetiza a atuação da Corte Constitucional Colombiana nas duas oportunidades e procura definir os aspectos e as características mais importantes do instituto:



### DECISÃO N° 1 - Sistema Carcerário - *Sentencia de Tutela* (T) 153, de 1998

Constatou-se a desobediência a vários direitos dos presos, tais como superlotação e acomodação indigna. O pedido da ação originária se referia a duas penitenciárias (Bogotá e Bellavista de Medellín), mas verificou-se que aquela situação não se restringia apenas àquelas duas e sim, à todo o sistema carcerário colombiano. Portanto, interferir apenas naquelas duas penitenciárias não seria o suficiente para solucionar o problema.

A Corte, então, determinou que o Congresso Nacional e o Poder Executivo colombianos formassem políticas públicas para acabar com aquela situação. A decisão, no entanto obteve saldo negativo, pois a Corte, além de estabelecer ordens pouco flexíveis, não monitorou a realização dos planos, apenas declarou o ECI e determinou que as autoridades formassem as políticas, mas não fiscalizou os trabalhos, o que possibilitou que as violações continuassem ocorrendo.

A Corte aplicou ordens sem se atentar se elas seriam realmente possíveis, acreditando que a simples autoridade das suas decisões seria o suficiente para que o que houvera decidido fosse obedecido, ou seja, não houve diálogo em torno de quais seriam as melhores medidas a serem tomadas para a solução do problema. Entretanto, como veremos a seguir, o Tribunal adotou postura mais dialógica no caso do deslocamento forçado de pessoas dentro do território colombiano em virtude da violência e obteve saldo mais positivo em relação à decisão que tratava do sistema carcerário.

### DECISÃO N° 2 - Deslocamento Forçado de Pessoas - *Sentencia* T-025, de 2004

A Corte, diante do saldo negativo verificado no caso do sistema carcerário, adotou postura diferente no julgamento do caso do deslocamento interno de pessoas. Neste caso, segundo CAMPOS (2015, pg. 03):

Na *Sentencia* T-025, de 2004, a corte examinou, de uma vez, 108 pedidos de tutelas formulados por 1.150 núcleos familiares deslocados. A maior parte dessa população era composta por mulheres cabeças de família, menores, minorias étnicas e idosos. Essas pessoas não gozavam dos direitos de moradia, saúde, educação e trabalho. A corte concluiu estarem presentes os principais fatores que caracterizam o Estado de Coisas Inconstitucional e formulou remédios não só em favor dos que

pleitearam as tutelas, mas também das outras pessoas que se encontravam na mesma situação.

Verifica-se então que a grande maioria das famílias que tinham que se deslocar não tinha os direitos mais básicos respeitados. Percebeu-se ainda que tratava-se de um assunto completamente fora da agenda pública colombiana e também da sociedade. Logo, essas pessoas, assim como a população carcerária, eram um público esquecido e estigmatizado. Entretanto, alguns organismos internacionais já haviam notificado a Colômbia a respeito dessas violações de direitos humanos, porém, não tendo o país tomado qualquer atitude.

Então, na *Sentencia T-025*, de 2004, a corte declarou o ECI e determinou que as autoridades (Congresso Nacional e Poder Executivo) formulassem as políticas públicas necessárias e determinou ainda que haveria audiências públicas periódicas para deliberar quais medidas foram tomadas e o que estava acontecendo.

A Corte foi flexível, pois deixou que os outros poderes definissem as políticas, mas definiu parâmetros, prazos e monitoramento contínuo. Portanto, essa decisão obteve saldo positivo e mais êxito que a anterior, muito embora não tenha solucionado completamente o problema.

Analisando as decisões que reconheceram o ECI do sistema carcerário e do deslocamento forçado, CAMPOS (2015, pg. 04) resume que:

A adoção de uma posição ou outra foi o divisor entre o fracasso e o sucesso nos dois casos mais paradigmáticos que a Corte Constitucional colombiana enfrentou: o do sistema carcerário e o do deslocamento forçado de pessoas. No primeiro caso, a corte adotou posição de “supremacia judicial” e fracassou. No segundo, porque partiu para o diálogo institucional, acabou promovendo vantagens democráticas e ganhos de efetividade prática de suas decisões, contribuindo realmente para melhoria da situação.

Sobre o Estado de Coisas Inconstitucional, uns dizem que é um ativismo estrutural dialógico (CAMPOS, 2015, pg. 03). Para o jurista STRECK (2015, pg. 01) “o Estado de Coisas Inconstitucional é um ativismo camuflado, sendo o nome da tese tão abrangente que é difícil combatê-la”. Portanto, o tema está longe de ser consenso entre os doutrinadores, em especial, os constitucionalistas.

## 2.2 VANTAGENS E DESVANTAGENS DO ECI

As principais vantagens do ECI, segundo CAMPOS (2015, pg. 06) são o aumento do alcance do controle de constitucionalidade, e a efetivação de direitos de populações que são “excluídas”; diálogo entre as instituições para atuar em busca do melhor para sociedade, com o conseqüente envolvimento maior dos atores institucionais; fim da omissão com a concretização dos direitos sociais. promoção e proteção dos direitos fundamentais; maior uso de audiências públicas com a população interessada, para que haja acompanhamento dos casos no decorrer do tempo, o que poderia gerar uma maior interação e participação da sociedade.

Segundo CAMPOS (2015, pg. 07), pode-se dizer que as principais desvantagens da declaração de ECI apontadas são: a pseudoimportação de teorias estrangeiras sem que haja a observância de características específicas de cada país; o risco de inefetividade dessas decisões, uma vez que, quanto mais rígidas e exigentes, maior a probabilidade de não serem obedecidas, o que pode levar ao descrédito dessas decisões; a Declaração de ECI não está prevista na Constituição, tampouco em normas infralegais, logo, pode-se argumentar que trata-se de uma forma de aumentar as competências do Poder Judiciário que, para muitos, já tem poderes demais.

Ao se manifestarem contra o instituto do ECI, DE GIORGI, FARIA E CAMPILONGO (2015, pg. 01) ainda detectam que:

Invocar o ECI pode causar mais dificuldades à eficácia da Constituição do que se imagina. Basta fazer um exercício lógico, empregando o conceito de ECI a ele mesmo. Se assim estão as “coisas” – e, por isso, a ordem jurídica é ineficaz e o acesso à Justiça não se concretiza –, por que não decretar a inconstitucionalidade da Constituição e determinar o fechamento dos tribunais?

Com a vênua da decisão do STF e dos que defendem a tese do ECI, STRECK (2015, pg. 03) entende que:

o objeto do controle de constitucionalidade são normas jurídicas, e não a realidade empírica. Ademais, embora a simpatia intrínseca da e pela tese (afinal, há algo mais contra a CF do que os presídios?), parece evidente que o ECI ameaça o princípio da separação dos poderes.

Se considerarmos que a Constituição é uma norma e não apenas uma carta de intenções, STRECK (2015, pg. 03) afirma que o Brasil está eivado de inconstitucionalidades e, levando isso a fundo, mesmo reconhecendo que o STF é o guardião da Constituição, questiona se o Judiciário é que deverá dizer isso e como escolherá as prioridades dentre tantas inconstitucionalidades. O STF não teria legitimidade democrática para proferir decisões dessa importância.

### **2.3 EFEITOS DAS MEDIDAS**

A declaração de ECI tem o condão de superar bloqueios políticos, uma vez que, geralmente o Poder Executivo e, principalmente o Congresso Nacional atuam com interesses próprios, sendo que, certos temas não são objetos de políticas públicas.

Bloqueios institucionais também podem ser solucionados por este meio, uma vez que as instituições deverão trabalhar juntas para que se alcance as melhores soluções.

Por meio das audiências públicas, com a população afetada sendo ouvida, espera-se que os problemas deliberativos também possam ser minimizados, uma vez que, a declaração de ECI pode chamar a atenção da sociedade para o tema e incentivar a participação popular na produção e na fiscalização das políticas públicas.

É importante deixar claro que medidas drásticas são tomadas para situações drásticas e atitudes precisam ser tomadas para que os direitos não sejam meras folhas de papel.

Pode-se observar que ao adotar tais medidas estruturais, as Cortes cumprem os objetivos de superar os bloqueios e dialogar com os outros poderes com vistas a melhor solução para os casos. Em virtude principalmente da inércia dos outros poderes, o Poder Judiciário parece ser a única esperança de que a situação calamitosa verificada seja solucionada. CAMPOS (2015, pg. 02), sobre essa temática, assevera:

O Estado de Coisas Inconstitucional é sempre o resultado de situações concretas de paralisia parlamentar ou administrativa sobre determinadas matérias. Nesse cenário de falhas estruturais e omissões legislativas e administrativas, a atuação ativista das cortes acaba sendo o único meio, ainda que longe do ideal em uma democracia, para superar os desacordos políticos e institucionais.

Portanto, é necessário que as cortes estejam cientes das limitações ao poder de declarar o ECI, porém, não devem se furtar de sua aplicação, uma vez que direitos básicos de um grande número de indivíduos estão sendo desobedecidos em decorrência dessas violações.

### **3 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL**

#### **3.1 A ADPF N° 347/2015**

Nesta ação, em ação plenária, em setembro de 2015, o STF apreciou Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF n° 347. A ADPF foi escolhida como meio em virtude do princípio da subsidiariedade e por pertencer ao controle abstrato de constitucionalidade. Como leciona CAMPOS (2015, pg. 01):

o requerente, Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), pede que seja o sistema penitenciário brasileiro declarado um Estado de Coisas Inconstitucional, categoria formulada pela Corte Constitucional colombiana. Pretende que o tribunal, ao reconhecer o aludido Estado de Coisas, interfira na criação e implementação de políticas públicas, em alocações orçamentárias e na interpretação e aplicação da ordem processual penal, visando reduzir os problemas da superlotação dos presídios e das condições degradantes do encarceramento.

Argumenta-se que os três poderes possuem responsabilidade nas violações que acarretam o reconhecimento do ECI. A responsabilidade do Poder Legislativo pode ser verificada, por exemplo, quando este Poder, em virtude de escolhas políticas, deixa de se preocupar com a população carcerária, como, por exemplo, quando, sem observar a realidade carcerária brasileira, cria tipos penais ou aumenta a quantidade de pena de determinados crimes com o objetivo de punir a conduta delituosa e prevenir a prática de outros crimes, por meio da ressocialização, porém,

as péssimas condições dos estabelecimentos prisionais muitas vezes impedem que os condenados saiam ressocializados das prisões.

Em contrapartida a esse ponto de vista, em seu voto no julgamento da Medida Cautelar em ADPF nº 347, o ministro Luis Roberto Barroso diz:

E uma última observação que eu faria é que, nessa matéria, o diálogo institucional não precisa, em grande escala, ser com o Legislativo, porque nós não temos problemas de aprovação de Convenções Internacionais nessa matéria, todas estão internalizadas, nem temos grandes problemas de legislação - a legislação brasileira é bastante razoável nessa matéria, inclusive a Lei de Execução Penal.

A responsabilidade do Poder Executivo consiste na ausência de formulação de políticas públicas e desobediência das já existentes, entre tantas outras, como na falta de capacitação e desenvolvimento de pessoal que lida direta ou indiretamente com a população carcerária ou na escolha de outras prioridades para a alocação de recursos.

O Poder Judiciário também tem sua parcela de responsabilidade, como por exemplo, quando mantém provisoriamente presos por um longo período de tempo, ou quando não supervisiona corretamente a execução das penalidades impostas, o que faz com que condenados que já tenham cumprido os requisitos necessários para progressão de regime ou livramento condicional permaneçam esquecidos nas penitenciárias.

A partir da análise do julgamento do caso, pode-se verificar que tanto as sustentações orais contra o deferimento da ADPF, quanto a favor, tiveram um ponto em comum: todos concordaram que o sistema penitenciário brasileiro não obedece a vários direitos dos encarcerados, sendo que são necessárias medidas urgentes destinadas à solução deste quadro. A divergência surge a partir do momento em que é necessário definir quais são as medidas eficazes e juridicamente possíveis à solução de tais problemas.

O voto do ministro relator, Marco Aurélio é claro no sentido de que foi escolhido o método dialógico para a solução do ECI do sistema carcerário tratado nesta ADPF. Veja-se passagem do julgado, *in verbis*:

Nada do que foi afirmado autoriza, todavia, o Supremo a substituir-se ao Legislativo e ao Executivo na consecução de tarefas próprias. O Tribunal deve superar bloqueios políticos e institucionais sem afastar esses Poderes dos processos de formulação e implementação das

soluções necessárias. Deve agir em diálogo com os outros Poderes e com a sociedade. Cabe ao Supremo catalisar ações e políticas públicas, coordenar a atuação dos órgãos do Estado na adoção dessas medidas e monitorar a eficiência das soluções.

No que se refere aos presos, é sabido que trata-se de um grupo de pessoas esquecido pela maioria da população e, quase que conseqüentemente, pela maioria dos parlamentares. Uma das justificativas é o fato de que os presos têm seus direitos políticos suspensos enquanto persistirem os efeitos da sentença penal condenatória. Uma outra justificativa é a de que os cidadãos livres acreditam que os presos perdem a dignidade ao serem privados de sua liberdade, ignorando a dimensão global dos direitos humanos (direitos a serem obedecidos simplesmente pelo fato de se tratar de seres humanos).

VIEIRA (2008, pg. 10), ao analisar os efeitos da desigualdade socioeconômica no sistema jurídico e na integridade do Estado de Direito, argumenta que a exclusão social e econômica causa a invisibilidade daqueles submetidos à pobreza extrema, a demonização dos que desafiam o sistema e a imunidade dos privilegiados, o que degrada a imparcialidade da lei. Demonização, segundo ele, seria:

o processo pelo qual a sociedade desconstrói a imagem humana de seus inimigos, que a partir desse momento não merecem ser incluídos sobre o domínio do Direito. Seguindo uma frase famosa de Graham Greene, eles se tornam parte de uma “classe torturável”. Qualquer esforço para eliminar ou causar danos aos demonizados é socialmente legitimado e juridicamente imune.

As violações massivas de direitos humanos observadas no nosso sistema prisional são registradas por alguns meios de comunicação e por organizações de direitos humanos e nos ajudam a compreender esse fenômeno da demonização<sup>3</sup>.

Diante das justificativas acima narradas, nota-se a ausência de preocupação da população em geral com estas pessoas, e sua repulsa à ideia de se investir em melhores condições de vida aos detentos, pois boa parte da população ainda acredita que tratamento cruel e degradante nas cadeias é uma forma de retribuir os males causados pelos criminosos.

---

<sup>3</sup> Reflexões acerca da sociedade civil e dos direitos humanos. Disponível em: <http://www.conectas.org/pt/acoes/sur/edicao/1/1000229-reflexoes-acerca-da-sociedade-civil-e-dos-direitos-humanos>. Acesso em 23 de novembro de 2016

Em virtude desta impopularidade dos presos, exposta anteriormente a quantidade de políticos que se preocupam em pleitear benefícios para essa população é baixa, uma vez que, muitas vezes esses políticos preponderantemente se preocupam com sua eleição ou reeleição.

Cientistas políticos<sup>4</sup> chamam de ponto cego legislativo assuntos como este que estão fora da pauta política, pois os candidatos sempre buscam evitar atritos políticos com a opinião pública.

Essa imagem negativa dos presos tem como consequência direta bloqueios políticos, que certamente se prolongarão no tempo caso não haja intervenção judicial. Em casos assim, a superação de bloqueios parece ser bastante improvável. Pode-se fazer uma comparação com o sistema de saúde brasileiro, que também visivelmente vive uma situação calamitosa, porém, na saúde, existem vários políticos, senão todos, interessados em angariar recursos para a melhoria da saúde para a população. Esse tema, portanto, possui enorme aprovação democrática ao contrário do que se verifica com os integrantes do sistema prisional.

Os poderes majoritários se escoram no perfil contramajoritário das cortes constitucionais ou supremas, como é o caso do STF no Brasil, para quando condenadas judicialmente a atuar, autoridades públicas alegam que estão num estado de direito e o conseguinte dever de observar ordens judiciais. Entretanto sabemos que tais atitudes deveriam ser tomadas voluntariamente pelos poderes, senão temessem custos políticos.

Em contraponto, DE GIORGI, FARIA E CAMPILONGO (2015, pg. 02) ao se manifestarem contrariamente ao instituto do ECI, alegam que:

Maçãs estragadas podem ser encontradas em variadas cestas. A causa do estrago pode estar nas cestas ou, então, nas próprias frutas. Nada leva a crer que a cesta de um tribunal seja mais resistente que a da política, nem que suas maçãs sejam mais duráveis. Substituir o sistema político por uma Corte Constitucional é só depositar vinho velho em frasco antigo – com rótulo falso e propaganda enganosa. É seguir na aventura com cesta frágil e maçãs podres, acarretando fardo indigesto para quem beber do vinho e comer da fruta. Quebram-se as garrafas, rompem-se as cestas, mistura-se tudo e, metáforas à parte, perde-se a diferença funcional entre o papel da política e o papel do Direito.

---

<sup>4</sup> ORMAY, Larissa Santiago. A comunicação social na democracia brasileira: do “ponto cego” ao experimentalismo. Revista de Ciência Política. vol. 24, n. 2, p. 85-95, jul./dez. 2015



Portanto, trata-se de um tema delicado, uma vez que, como nos ensina Barroso (2005), o modelo constitucional adotado no Brasil transforma a judicialização numa circunstância natural e não um exercício deliberado de vontade política. O Poder Judiciário muitas vezes decide porque é o que lhe cabe fazer não podendo abster-se de decidir.

### **3.2 O PROJETO DE LEI DO SENADO N° 736, DE 2015**

A partir do julgamento da Medida Cautelar na ADPF n° 347, pelo STF, surgiu a necessidade de se fixar balizas e limites à atuação do Poder Judiciário, em especial ao STF ao declarar o ECI.

CUNHA JÚNIOR (2016, pg. 224) esclarece que:

Diante das repercussões da decisão do STF e das ainda imprevisíveis consequências da adoção do ECI na jurisprudência da Corte, foi apresentada no Senado o Projeto de Lei n° 736, de 2015, de iniciativa do Senador Antonio Carlos Valadares (PSB-SE), que *propõe* a alteração das leis n° 9.882/99 (Lei da ADPF) e 13.105/2015 (Lei que instituiu o Novo Código de Processo Civil), para estabelecer termos e limites ao exercício do controle concentrado e difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, *dispor sobre o Estado de Coisas Inconstitucional e o Compromisso Significativo*.

A iniciativa deste Projeto de Lei é interessante, pois mostra que o Senado está interessado nessa temática e atento ao que é decidido pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional.

O Senado passa então de uma posição de inércia, para demonstrar que está empenhado, que é o que se espera de todos os órgãos e poderes, em tentar alcançar soluções satisfatórias para o caos que existem em determinados setores da nossa sociedade, em que há violações massivas e generalizadas de direitos fundamentais.

### **3.3 DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS/COMPROMISSO SIGNIFICATIVO**

O debate acerca dos limites que devem ser obedecidos pelo Poder Judiciário ao declarar o Estado de Coisas Inconstitucional ganha especial relevância

quando analisamos instituições do direito comparado. Pardo (2013, pg. 09) nos ensina que na África do Sul existe a figura do “compromisso significativo” (*meaningful engagement*), cuja técnica de julgamento vem sendo desenvolvida pela Corte Constitucional daquele país. Ainda segundo PARDO, a Suprema Corte da África do Sul é, então, a pioneira no que se refere ao estabelecimento do “compromisso significativo”, no qual, verificada a existência de um litígio estrutural, todos os envolvidos (União, Estados, Municípios, sociedade civil, etc.) são chamados a se manifestar e a fazerem um acordo, um compromisso, daí a nomenclatura “compromisso significativo”.

A partir de intervenções judiciais em políticas públicas surgiram relevantes problemas, como a dificuldade de prever consequências sociais indesejadas, a escassez de recursos públicos e a centralidade da política democrática, portanto, a ideia de estabelecer um “compromisso significativo”, nos moldes de como foi desenvolvido pela Corte Constitucional Sul-Africana seria uma atuação constitucionalmente adequada do Poder Judiciário brasileiro.

VIEIRA JUNIOR (2015, pg. 36) sobre essa temática, diz:

O “compromisso significativo”, que representa alternativa à intervenção judicial em políticas públicas fundada no “reconhecimento do estado de coisas inconstitucional”, parece ser relação institucional interativa mais rica e complexa, em que não há a imunidade total da Administração Pública, nem, tampouco, a prevalência absoluta dos juízes no sopesamento da concretização dos direitos fundamentais e da preservação das competências constitucionais dos Poderes Executivo e Legislativo.

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

Portanto, podemos observar que a declaração de ECI poderia levar ao estabelecimento de um compromisso significativo entre as autoridades pertinentes e a população interessada, com vistas à efetivação dos direitos fundamentais violados.

## CONCLUSÃO

No presente trabalho analisamos em que medida o argumento da declaração de ECI, como meio de efetivação de direitos fundamentais, afeta a relação entre os três poderes da República.

Inicialmente vimos que a aplicação do neoconstitucionalismo pelos ministros do STF e o advento da Constituição de 1988 fizeram com que este Tribunal passasse a atuar de forma mais efetiva na promoção de direitos fundamentais, superando a postura de autocontenção verificada no passado.

Em seguida, estudamos as características do ECI, discorrendo sobre efeitos, vantagens e desvantagens, apontadas por doutrinadores favoráveis e contrários à este instituto.

Depois, vimos como a tese do ECI foi aplicada ao Brasil, nos termos do julgamento, pelo STF, de Medida Cautelar na ADPF nº 347 e analisamos o PLS nº 736/2015, que estabelece termos e limites ao exercício do controle concentrado e difuso de constitucionalidade pelo STF, dispondo sobre o ECI e o compromisso significativo.

Além disso, abordamos em que consistem os diálogos institucionais e o compromisso significativo, instituto inspirado na Suprema Corte da África do Sul e que tem por objetivo a solução de litígios estruturais por meio do diálogo entre vários órgãos e poderes.

Assim, concluímos que a declaração de ECI é uma medida excepcional e só deve ser admitida quando rigorosamente observados os seus pressupostos, não podendo ser utilizada em toda e qualquer violação de direito.

Uma vez que para o reconhecimento do ECI a violação de direitos deve ser massiva e generalizada, o STF deve deter a competência exclusiva para a declaração, que pode se dar por meio de ADPF ou de RE (Recurso Extraordinário).

No caso da ADPF nº 347, no que se refere a legitimidade democrática, é interessante salientar que o Poder Judiciário não está preocupado com votos e exerce seu papel contramajoritário, uma vez que, até mesmo a população brasileira, em geral, tem visão distorcida dos presos, pois um número considerável de cidadãos acha que eles perdem a dignidade quando cometem crimes.

O STF não pode adotar medidas muito rígidas, mas apenas fixar os objetivos a serem alcançados, preservando assim os espaços próprios das decisões políticas e da *expertise* técnica dos outros poderes no que se refere a instituição e execução das políticas públicas. Tais decisões precisam ser factíveis, com a possibilidade real de serem cumpridas pelos entes, sendo necessárias também a previsão de medidas a serem cumpridas caso tais entes não obedeam às determinações. Além disso, a sociedade deve auxiliar neste processo, fiscalizando e participando das decisões.

Portanto, resta claro que o simples ato de determinar e fazer cumprir ordens emanadas pela Corte não é suficiente para que se solucione o problema estrutural verificado. Não podemos esperar apenas que os órgãos executem fielmente as ordens. É necessário diálogo entre Estado e sociedade, inclusive com a possibilidade de flexibilização das decisões impostas para que haja o correto monitoramento do cumprimento das determinações.

O risco do subjetivismo e o argumento da separação de poderes não pode fazer com que o STF se furte da necessidade de efetivar, como guardião da Constituição, os direitos fundamentais dos indivíduos. Os poderes são independentes, mas também são harmônicos entre si e devem cooperar para que a supremacia do interesse público seja observada.

O neoconstitucionalismo possui importante e estreita relação com o ECI, uma vez que, tal instituto ainda não está positivado no ordenamento jurídico brasileiro.

O STF, por sua vez, até o advento da Constituição de 1988 se comportava, em regra, de forma conservadora, porém, vem atuando de forma mais incisiva, em especial na promoção dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana. O reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro é um importante exemplo disso.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD. Georges e OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Neoconstitucionalismo: vale a pena acreditar?** Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2015, vol 7, nº 12, Jan-Jun, p. 196-214.

ALEXY, Robert. **On balancing and subsumption. A structural comparison.** Ratio Juris. Vol. 16. Nº 4. December, 2003, pp. 433-449.

ARRUDA, Andrey Stephano Silva de. **Estado de Coisas Inconstitucional, uma nova fórmula de atuar do STF.** Disponível em: <http://estadodedireito.com.br/estado-de-coisas-inconstitucional-nova-formula-de-atuar-do-stf/>. Acesso em: 23/11/2016.

BARBERIS. Mauro. **Neoconstitucionalismo.** Revista Brasileira de Direito Constitucional – nº 07 – Jan/Jun 2006 – vol. 1.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática.** Artigo publicado em pdf. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 23/11/2016.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil.** In: Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil. Ano 23, n. 82, 4º trimestre, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Medida Cautelar n.347/DF. Relator: MELLO, Celso de. Publicado no DJ de 14-09-2015. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=347&classe=ADPF-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 27-11-2016.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da constituição.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal.** Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. In: CLÉVE. Clémerson Merlin e FREIRE. Alexandre. **Direitos Fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e**

**contribuições.** Coordenação. – 1. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

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 10/06/2016.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais no plano internacional**, in *presente y futuro de los Derechos Humanos: Ensayos em honor a Fernando Volio Jiménez*, San José, Costa Rica: Inter-American Institute of Human Rights, 1998.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Atlas, 2014.

DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. Opinião: **Estado de coisas inconstitucional.** Estadão, São Paulo, set 2015. Disponível em: <http://opinião.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisasinconstitucional,100000000143>. Acesso em 18/10/2016

FALCÃO MAIA, Mário Sérgio. A recepção da teoria neoconstitucionalista pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 5, p. 151-163, outubro/2009.

GUASTINI, Riccardo (2004). **L'interpretazione dei documenti normativi**, Milano, Giuffrè. apud BARBERIS, Mauro. **Neoconstitucionalismo.** Revista Brasileira de Direito Constitucional – nº 07 – Jan/Jun 2006 – vol. 1.

JUNIOR, Dirley da Cunha. **Estado de Coisas Inconstitucional.** Artigo publicado in: <https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/264042160/estado-de-coisas-inconstitucional>. Acesso em 23/11/2016.

MARMEISTEIN, George. **O Estado de Coisas Inconstitucional – ECI: apenas uma nova onda do verão constitucional?** Artigo publicado in: <https://direitosfundamentais.net/2015/10/02/o-estado-de-coisas-inconstitucional-eci- apenas-uma-nova-onda-do-verao-constitucional/> acesso em 23/11/16.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 13ª Edição. São Paulo: Atlas, 2003.

PARDO, David Wilson de Abreu. **Judiciário e políticas públicas: uma proposta de atuação baseada no "compromisso significativo"**. Revista de Direito Ambiental - v. 18 n. 72 out./ dez. 2013.

PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanziola. **Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos no Brasil: desafios e perspectivas**. *Araucaria Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 8, n. 15, 2006. Disponível em: <http://institucional.us.es/revistas/Araucaria/A%C3%B1o%208%20N%C2%BA%2015%202006/Flavia%20Piovesan%20e%20Renato%20Stanziola.pdf>. Acesso em: 23/11/16.

PRIETO, Luis, **El juicio de ponderación constitucional** (2003), in LAPORTA, Francisco (edición a cargo de) (2003), *Constitución: problemas filosóficos*; BARBERIS. Mauro. **Neoconstitucionalismo**. Revista Brasileira de Direito Constitucional – nº 07 – Jan/Jun 2006 – vol. 1.

SANTIAGO, Marcus Firmino. **Neoconstitucionalismo: efetivação de direitos fundamentais e atividade jurisdicional**. Desjudicialização do Debate sobre Efetividade dos Direitos Sociais volume 1/ Organizador Marcus Firmino Santiago. – Brasília: IDP, 2014. Disponível no <http://www.idp.edu.br/publicacoes/portal-de-ebooks> 105 p. Acesso em 20/11/2016.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de Ativismo**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>. Acesso em 20/11/2016

TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

VIEIRA JUNIOR. Ronaldo Jorge Araujo. **Separação de poderes, estado de coisas inconstitucional e compromisso significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Núcleo de Estudos e

Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186). Disponível em: [www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos). Acesso em 10 de junho de 2016.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A desigualdade e a subversão do estado de direito**. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 1, p. 185-201, junho/2008.

XIMENES, Julia Maurmann. **O Comunitarismo e Dinâmica do Controle Concentrado de Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.