

# O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O ESTADO DAS COISAS INCONSTITUCIONAL



<https://doi.org/10.22533/at.ed.975132505058>

*Data de aceite: 17/06/2025*

### **Thana Esashika Bezerra**

Escola Superior Batista do Amazonas -  
ESBAM  
<http://lattes.cnpq.br/0325640762918715>

### **Ádria Marcelly Duarte Barroso**

Escola Superior Batista do Amazonas -  
ESBAM  
<http://lattes.cnpq.br/5891156741427138>

### **Cleonor Crescencio Das Neves**

Escola Superior Batista Do Amazonas-  
Esbam  
<http://lattes.cnpq.br/2176855362313017>

### **Deyvson Moura Braga**

Universidade Federal do Amazonas -  
UFAM  
<https://lattes.cnpq.br/4430425464212304>

### **Eleonora Barbosa Santiago Da Costaifto**

Instituto Federal de Ciência e Tecnologia  
do Tocantins  
<https://lattes.cnpq.br/0359605055557887>

### **José Junio Moreira De Oliveira**

Escola Superior Batista do Amazonas -  
ESBAM  
<https://lattes.cnpq.br/0769073865622683>

### **Luziane De Ávila Calazans**

Faculdade Boas Novas  
<http://lattes.cnpq.br/5169820252733962>

### **Palloma De Carvalho Pereira**

Assistente Social, Discente Direito Esbam  
<http://lattes.cnpq.br/5672397049859246>

### **Ryan Enes Botelho**

Faculdade Boas Novas  
<https://lattes.cnpq.br/9933478694353313>

### **Samantha Oliveira Gomes Da Silva Chíxaro**

Escola Superior Batista do Amazonas -  
ESBAM  
<http://lattes.cnpq.br/3507192904736426>

## CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O objetivo deste artigo é o estudo da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional como instrumento apto a efetivar os direitos fundamentais, previstos pela Constituição Federal, sob o prisma do controle de constitucionalidade.

O Estado de Coisas Inconstitucional – ECI é um dos novos temas levados ao Supremo Tribunal Federal - STF, por causa das mudanças econômicas e sociais do País, ocorridas nos últimos anos. Um dos temas mais polêmicos que

se consubstancia na tentativa de introdução na ordem jurídica do conceito de Estado de Coisas Inconstitucional. Trata-se de saber se, diante de omissões administrativas de outros Poderes, resultando no descumprimento de direitos fundamentais, a Justiça pode agir supletivamente, impondo aos demais Poderes medidas para sustar a violação desses direitos.

Neste contexto, a harmonia entre os Poderes apresenta algum desequilíbrio devido à falta de ações necessárias, por parte do Executivo e do Legislativo, para garantir-se a tutela de direitos constitucionalmente previstos, tendo-se, por conseguinte, o descumprimento de direitos fundamentais. O Poder Judiciário, portanto, tem agido supletivamente, forçando o Executivo a tomar medidas que possam garantir a efetividade de tais direitos. Além disso, observa-se ademais que devendo a ação do Executivo estar pautada na lei, ter-se-á, inevitavelmente, o envolvimento do Legislativo.<sup>1</sup>

Diante desta transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo, esse deslocamento acarreta uma ingerência do Poder Judiciário nos Poderes Legislativo e/ou Executivo? Quais as consequências quando o Poder Judiciário “atropela” o Poder Legislativo? Neste contexto, até que ponto o controle de constitucionalidade é eficaz?

## O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

O princípio da separação dos três poderes é um princípio geral do Direito Constitucional que a Constituição inscreve como um dos princípios fundamentais adotados por ela. Consta em seu artigo 2º que “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. A divisão dos três poderes consiste em confiar a cada um deles funções governamentais, sendo elas legislativa, executiva e judiciária, autônomos entre si, exercendo com exclusividade.

A ideia de separação do Poder Político tem como origem mais remota o pensamento político de ARISTÓTELES, retomado, no século XVIII, por J. LOCKE e J. J. ROUSSEAU, que também conceberam uma doutrina da separação de poderes, a qual, no quadro do racionalismo iluminista, já tinha sido delineada por Montesquieu no “O Espírito das Leis”, sobretudo no livro XI, a quem devemos a divisão e a distribuição clássicas da separação de poderes, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos Homem e do Cidadão de 1789, o qual dispõe “Art. 16. Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n’est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n’a point de Constitutio” (toda sociedade, em que a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação dos poderes determinada, não possui Constituição<sup>2</sup>).

1. *Déclaration des Droits de l’Homme e du Citoyen de 1789*. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>> Acesso em 25 ago 2016.

2. Ver tradução em DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35 ed. São Paulo: Malheiros. 2012, pp.106-109. Cf. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 31 ed. São Paulo: Atlas. p. 426.

Aristóteles, na *Política*, assevera que em todo governo encontramos três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. O filósofo salienta que quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas. O primeiro destes três poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado. O segundo compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de satisfazê-las. O terceiro abrange os cargos de jurisdição<sup>3</sup>.

Ainda na leitura do texto aristotélico depreendemos que já na antiguidade o filósofo grego tinha concebido uma tripartição do poder político para que se pudesse ter um ‘bom governo’: o Poder Deliberativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário. Logo, podemos perceber um início da concepção da tripartição do Poder Político, que será retomada posteriormente, vindo a ser um dos pilares na construção do Estado liberal moderno.

Sobre o Poder Deliberativo, ARISTÓTELES conceitua a assembleia como aquela que tinha o papel de decidir sobre a paz e a guerra, contrair alianças ou rompê-las, fazer as leis e suprimi-las, decretar a pena de morte, de banimento e de confisco, assim como prestar contas aos magistrados<sup>4</sup>. Comenta, ainda, o filósofo que essas deliberações são necessariamente da alçada de todos os cidadãos, ou, então, são todas confiadas a alguns funcionários, quer a um só, quer a vários, quer ainda umas a alguns, ou algumas a todos, ou algumas a alguns. Já sobre o Poder Executivo, o filósofo o indica como aquele que exerce a magistratura. A ordem judiciária é o terceiro órgão da Constituição e do governo e existem oito espécies de tribunais e de juízes<sup>5</sup>.

Note-se que a tripartição de poderes do Estado moderno muita se assemelha a tripartição teorizada por Aristóteles, como Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário.

No século XVIII, J. LOCKE descreve os três poderes a partir sempre da ideia de tripartição do poder político<sup>6</sup> e afirma que o Legislativo é forçosamente supremo, e todos

3. ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. Port. Martin Claret. p. 75.

4 ARISTÓTELES. *A Política*. Texto integral. Martin Claret. 176p. p. 76.

5 “Começemos pelas espécies de tribunais e de juízes. Elas são oito. Para as contas e exame da conduta dos magistrados, para as malversações financeiras, para os crimes de Estado ou atentados contra a Constituição, para as multas contra as pessoas, quer públicas, quer privadas, para os contratos de alguma importância entre particulares, para os assassinios ou tribunal criminal, para os negócios dos estrangeiros, quer entre eles, quer contra cidadãos e os juízes para os casos mínimos, que não merecem ser levados aos tribunais”. Ver Aristóteles. *A Política*. Texto integral. Martin Claret. 176p. p. 84/85.

6 “Em uma sociedade política organizada, que se apresenta como um conjunto independente e que age segundo sua própria natureza, ou seja, que age para a preservação da comunidade, só pode existir um poder supremo, que é o legislativo, ao qual todos os outros estão e devem estar subordinados [...] O poder legislativo não pode transferir para quaisquer outras mãos o poder de legislar; ele detém apenas um poder que o povo lhe delegou e não pode transmiti-lo para outros [...] Confia-se o poder legislativo a várias pessoas, que se reúnem como se deve e estão habilitadas para legislar, seja exclusivamente, seja em conjunto com outras, mas em seguida se separam, uma vez realizada a sua tarefa, ficando elas mesmas sujeitas às leis que fizeram; isto estabelece um vínculo novo e próximo entre elas, o que garante que elas façam as leis visando o bem público [...] Mas como as leis que são feitas num instante e um tempo muito breve permanecem em vigor de maneira permanente e durável e é indispensável que se assegure sua execução sem descontinuidade, ou pelo menos que ela esteja pronta para ser executada, é necessário que haja um poder que tenha uma existência contínua e que garanta a execução das leis à medida em que são feitas e durante o tempo em que permanecerem em vigor. Por isso, frequentemente, o poder legislativo e o executivo ficam separados”.

os outros poderes, pertençam eles a uma subdivisão da sociedade ou a qualquer um de seus membros, derivam dele e lhe são subordinados [...]. Acrescenta, ainda, o filósofo que “a qualidade de legislatura da sociedade só existe em virtude de seu direito de impor a todas as partes da sociedade, e a cada um de seus membros, leis que lhes prescrevem regras de conduta e que autorizam sua execução em caso de transgressão [...]”; ademais, não convém que as mesmas pessoas que detêm o poder de legislar tenham, também, em suas mãos o poder de executar as leis, pois, elas poderiam se isentar da obediência às leis que fizeram, e adequar a lei a sua vontade, tanto no momento de fazê-la quanto no ato de sua execução, demonstrando ter interesses distintos daqueles do resto da comunidade, contrários à finalidade da sociedade e do governo<sup>7</sup>.

Quanto aos poderes Executivo e Federativo, o filósofo inglês, assevera que a existência do poder executivo é absolutamente necessária, pois, nem sempre há a necessidade de serem feitas novas leis, mas é sempre necessária a aplicação das leis existentes. Esses dois poderes estão quase sempre unidos, embora sejam realmente distintos em si, já que o primeiro compreende a execução das leis internas da sociedade sobre todos aqueles que dela fazem parte, e o segundo, por sua vez, implica a administração da segurança e do interesse público externo, com todos aqueles que podem lhe trazer benefícios ou prejuízos<sup>8</sup>.

J. LOCKE concebe o Poder Executivo como sendo o responsável pela execução das leis internas e o Poder Federativo, que apesar de distinto dos demais poderes, não pode ser separado do Executivo, como sendo o responsável pela administração da comunidade, pelo relacionamento com os estrangeiros, compreendendo, ainda, a formação de alianças e decisões sobre a guerra e a paz. Não obstante, J. LOCKE não discorra expressamente sobre o Poder Judiciário, refere-se a este como atividade meio do Poder Legislativo<sup>9</sup>.

Contudo, o teórico da divisão dos poderes, assim como concebida pelos Estados liberais, foi MONTESQUIEU que na obra “O Espírito das Leis” afirma que “Em cada Estado há três espécies de poderes: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”<sup>10</sup>.

H. Kelsen designa o conceito de separação dos poderes como um princípio de organização política. Ele pressupõe que os três poderes podem ser determinados como três funções distintas e coordenadas pelo Estado, e que é possível definir fronteiras separando cada uma das funções. Segundo H. Kelsen, o órgão legislativo é aquele autorizado a criar

---

(Locke, John. Segundo Tratado sobre o Governo Civil. Trad. port. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Ed. Vozes. Clube do Livro Liberal. p. 75/76).

7. Locke, John. Segundo Tratado sobre o Governo Civil. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Ed. Vozes. Clube do Livro Liberal. p. 74-75.

8. Locke, John. Segundo Tratado sobre o Governo Civil. Trad. Port. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Ed. Vozes. Clube do Livro Liberal. p. 75.

9. “Este poder tem então a competência para fazer a guerra e a paz, ligas e alianças, e todas as transações com todas as pessoas e todas as comunidades que estão fora da comunidade civil; se quisermos, podemos chama-lo de federativo. Uma vez que se compreenda do que se trata, pouco me importa o nome que receba”. (Locke, John. Segundo Tratado sobre o Governo Civil. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Ed. Vozes. Clube do Livro Liberal. p. 75).

10. Montesquieu, Charles de Secondat, Baron de. O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. Introdução, Notas e Tradução port. Pedro Vieira Mota. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2008.

normas jurídicas gerais, porém essas também podem ser feitas pelo poder executivo ou judiciário, com base em uma autorização pelo órgão legislativo. O poder judiciário por meio dos tribunais exerce uma função legislativa quando são autorizados a anular leis inconstitucionais e quando, em um caso concreto, as suas decisões se tornam precedentes para a decisão de outros casos similares. O chefe do departamento executivo é autorizado pela Constituição a decretar normas gerais no lugar do órgão legislativo em circunstâncias especiais, como guerra, rebelião ou crise econômica. Além disso, ele exerce uma função legislativa quando tem direito de impedir, por meio do veto, que normas pronunciadas pelo órgão legislativo se tornem leis, ou quando tais normas não podem se tornar leis sem antes receber a sua aprovação. Por outro lado, o chefe do poder executivo tem o direito de tomar a iniciativa no processo legislativo com relação à submissão de um projeto de lei ao órgão legislativo<sup>11</sup>.

Seguindo a tradição democrática liberal a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 2º, dispõe que são poderes da União: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si. A independência dos poderes é justificada pelos seguintes motivos: a) a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; b) o exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; c) a organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais. Além disso, a harmonia entre os poderes se verifica, primeiramente, pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. Por outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder, nem sua independência é absoluta. Há interferências, que visam estabelecer um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade, sendo esse indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um poder em detrimento do outro e, especialmente, dos governados<sup>12</sup>.

Observe-se, ainda, que o art. 60, §4º, inc. III da Constituição Federal determina que “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a separação dos Poderes”, se conjugarmos esse artigo com o art. 2 veremos que o legislador constituinte, ao proclamar a existência de poderes da República, independentes e harmônicos entre si, cada qual com sua função inerente, buscou uma finalidade maior, a de evitar o arbítrio e garantir a liberdade dos cidadãos. Ambas as previsões vieram acompanhadas pelo manto da imutabilidade, pretendendo o legislador originário evitar o futuro desequilíbrio entre os detentores das funções estatais.

Essa harmonia, prevista entre os Poderes de Estado, vem, porém, acompanhada de um detalhado sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), consistente em um

11. Kelsen, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. Trad. Port. Luís Carlos Borges. 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes. 2005. pp. 385-389.

12. Silva, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 35ª. Edição. Malheiros Editores. 2012. p. 110.

mecanismo de controles recíprocos. O sistema de freios e contrapesos afasta a rigidez da separação, ao permitir interferências recíprocas entre os poderes, com o objetivo de impedir a hegemonia de um deles sobre os demais. Por meio desta técnica, confere-se a cada um dos poderes os meios necessários para repelir tentativas de usurpação de suas funções por parte de outro<sup>13</sup>. Tudo isso demonstra que as tarefas do Legislativo, Executivo e do Judiciário só se desenvolverão de forma equilibrada se esses órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia que não significa nem o domínio de um pelo outro, nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que entre eles há de haver consciente colaboração e controle recíproco para evitar distorções e desmandos. A desarmonia, porém, dá-se sempre que se acrescentam atribuições, faculdades e prerrogativas de um em detrimento do outro<sup>14</sup>.

Neste diapasão, deve-se observar que, hodiernamente, a harmonia entre os Poderes apresenta algum desequilíbrio devido à falta de ações necessárias, por parte dos Poderes Executivo e Legislativo, para garantir-se a tutela de direitos constitucionalmente previstos, tendo-se, por conseguinte, o descumprimento de direitos fundamentais. O Poder Judiciário, portanto, tem agido supletivamente, forçando o Executivo a tomar medidas que possam garantir a efetividade de tais direitos; além disso, devendo a ação do Executivo estar pautada na lei, ter-se-á, inevitavelmente, o envolvimento do Legislativo.

Neste contexto, a falta de atuação das normas constitucionais e consequentemente a violação dos direitos fundamentais pode ser decorrente da falha de coordenação entre órgãos e entidades estatais; direitos constitucionalmente garantidos não são efetivados por oportunas ações estatais. Contudo, há um quadro de deficiência de políticas públicas, de distanciamento entre previsão constitucional e a efetiva concretização de tais direitos, de modo que temos a realização incompleta do que está previsto na Constituição, em matéria de direitos fundamentais<sup>15</sup>. Esse quadro negativo pode acarretar a legitimação de medidas drásticas, decorrente da deficiência institucional e estrutural do Estado ou de bloqueios políticos. Logo, o instrumento teórico do “estado de coisas inconstitucional”, importado da Corte Constitucional colombiana, adotado pela jurisdição constitucional de Estados, efetivamente, “estreeou”, embora o conceito já tivesse sido abordado incidentalmente nas ADIs 4357 e 4425, no cenário brasileiro na ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) para pedir que fosse declarado o “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro, de forma que o Supremo Tribunal Federal, diante de omissões dos poderes Executivo e Legislativo, possa agir supletivamente, impondo e coordenando medidas aptas a sustar a violação de direitos fundamentais dos encarcerados.

13. Silva, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 35ª. Edição. Malheiros Editores. 2012. p. 110; Moraes, Alexandre de. Direito Constitucional. 31ª. Edição. São Paulo: Atlas. p. 426.

14. Silva, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 9ª Edição. Malheiros Editores. 2014. p. 46-47.

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

## CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O ESTADO DAS COISAS INCONSTITUCIONAL

A norma fundamental, conforme os ditames da Teoria Pura do Direito, orienta e direciona a elaboração de todo o ordenamento jurídico de uma nação; o respeito as suas disposições é condição de validade de todos os atos administrativos e legislativos. O controle de constitucionalidade nasce com essa finalidade, podendo ser conceituado como o juízo de adequação da norma infraconstitucional à norma constitucional, atuando esta última como parâmetro de validade da primeira. Em síntese, é a verificação da compatibilidade de uma norma infraconstitucional ou de ato normativo com a Constituição. O controle de constitucionalidade é, portanto, um mecanismo que visa a guarda da Constituição, orientando-se por dois pressupostos: a supremacia e a rigidez constitucionais.

A inconstitucionalidade caracteriza-se quando há a incompatibilidade entre leis ou atos normativos e a Constituição. Essa inconstitucionalidade pode ser caracterizada pelo fato juridicamente relevante da conduta omissiva do legislador, que pode dar ensejo, no direito brasileiro, ao mandado de injunção ou a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, como também serve para indicar a incompatibilidade entre um ato jurídico, seja o privado, seja o público, e a Constituição. Em resumo, a inconstitucionalidade decorre tanto da afronta aos princípios e preceitos da Constituição como também da omissão de aplicação de normas constitucionais, ou seja, o princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Carta Magna; conformidade com os ditames constitucionais, agora, não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com a Constituição. Exige mais, pois não efetivar as normas constitucionais, não tomando os poderes as medidas necessárias, também constitui conduta inconstitucional<sup>16</sup>.

A constitucionalidade e a inconstitucionalidade designam conceitos de relação, isto é, “a relação que estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não no seu sentido”<sup>17</sup>. A ideia de controle de constitucionalidade está ligada à supremacia da constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais<sup>18</sup>. A partir desse princípio, J.A. da Silva assevera que resulta aquele da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a Constituição. As que não forem compatíveis com ela são

16. SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 2012. p. 46.

17. Jorge Miranda assenta que o que qualifica a inconstitucionalidade é uma relação de caráter normativo e valorativo, pois somente logra-se afirmar a obrigatoriedade do texto constitucional e a ineficácia de todo e qualquer ato normativo contraveniente. Diz o autor “não estão em causa simplesmente a adequação de uma realidade a outra realidade, de um *quid* a outro *quid*, ou a desconformidade entre este e aquele ato, mas o cumprimento ou não de certa norma jurídica”. (MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra Ed. P. 273-274. In: MENDES, Gilmar Ferreira; Branco Gonet, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 2015. p. 1043-1046.

18. MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 2015. p. 732.

inválidas, pois a incompatibilidade vertical se resolve em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores”<sup>19</sup>.

A rigidez constitucional decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas do ordenamento estatal. Além disso, nas constituições rígidas se verifica a superioridade da norma magna em relação àquelas produzidas pelo Poder Legislativo, no exercício da função legiferante ordinária. Dessa forma, nelas o fundamento do controle é o de que nenhum ato normativo, que lógico e necessariamente dela decorre, pode modificá-la ou suprimi-la<sup>20</sup>. Assim, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal<sup>21</sup>. Para assegurar essa supremacia, a ordem jurídica contempla um conjunto de mecanismos conhecidos como jurisdição constitucional, destinados a, pela via judicial, fazer prevalecer os comandos contidos na Constituição. Parte importante da jurisdição constitucional consiste no controle de constitucionalidade, cuja finalidade é declarar a invalidade e paralisar a eficácia dos atos normativos que sejam incompatíveis com a Constituição<sup>22</sup>.

O controle de constitucionalidade se configura, portanto, como garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição que, além de configurarem limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito<sup>23</sup>.

A Corte Constitucional da Colômbia<sup>24</sup> vem desenvolvendo uma fecunda técnica decisória, voltada ao enfrentamento de violações graves e sistemáticas da Constituição, decorrentes de falhas estruturais<sup>25</sup> em políticas públicas que envolvam um grande número de pessoas, e cuja superação demande providências variadas de diversas autoridades e poderes estatais. Trata-se do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional<sup>26</sup>. O

19. SILVA, Afonso José da. Curso de direito constitucional positivo. 2012. p. 47 e 49.

20. MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 2015. p. 732.

21. SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 2012. pp. 45-46.

22. BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2011. p. 107.

23. MENDES, Gilmar Ferreira; Branco Gonet, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 2015. p. 1046.

24. De acordo com YEPES, Rodrigo Uprimny. Judicialization of politics in Colombia. International Journal on Human Rights, Colômbia: Ed. 6, n. 49. p. 50. 2007. “Algumas das mais importantes hipóteses de judicialização da política na Colômbia envolveram: a) luta contra a corrupção e para mudança das práticas políticas; b) contenção do abuso das autoridades governamentais, especialmente em relação à declaração do estado de emergência ou estado de exceção; c) proteção dos minorias, assim como a autonomia individual; d) proteção das populações estigmatizadas ou aqueles em situação de fraqueza política; e, e) interferência com políticas econômicas, em virtude da proteção judicial de direitos sociais”.

25. Segundo CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado das Coisas Inconstitucional. Salvador: Juspodivm, p. 93. 2016. As falhas estruturais “revestem-se, via de regra, como deficiência dos ciclos de formação e execução de políticas públicas. Graves e sistemáticas violações de direitos são originadas e agravadas por falhas estruturais nos procedimentos de desenho, implementação, avaliação e financiamento de políticas públicas. Essas falhas têm raízes em prolongadas omissões dos agentes e autoridades públicos, em limitações das políticas públicas correspondentes, na falha de medidas administrativas, legislativas ou orçamentárias voltadas à superação dos problemas de direito”.

26. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de descumprimento de preceitos fundamentais nº 347/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 09 set 2015. Disponível em: <https://edwinfigueroag.wordpress.com/2012/01/20/stc-05561-2007-patc-caso-onp-stc-03426-2008-phctc-caso-pe->



Poder Judiciário realiza decisões de questões relevantes do ponto de vista político, social e moral, em caráter final. Esse fenômeno é denominado de judicialização, que é uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo<sup>27</sup>.

O reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional permite à Corte Constitucional impor aos poderes do Estado a adoção de medidas tendentes à superação de violações graves e massivas de direitos fundamentais, e supervisionar, em seguida, a sua efetiva implementação. Considerando que o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional confere ao Tribunal uma ampla latitude de poderes, tem-se entendido que a técnica só deve ser manejada em hipóteses excepcionais, em que, além da séria e generalizada afronta aos direitos humanos, haja também a constatação de que a intervenção da Corte é essencial para a solução do gravíssimo quadro enfrentado. São casos em que se identifica um “bloqueio institucional” para a garantia dos direitos, o que leva a Corte a assumir um papel atípico, sob a perspectiva do princípio da separação de poderes, que envolve uma intervenção mais ampla no que concerne às políticas públicas<sup>28</sup>.

O Estado de Coisas Inconstitucional já foi empregado em, pelo menos, 9 casos pela Corte Constitucional da Colômbia, tendo um deles versado exatamente sobre o sistema prisional do país. Tratou-se do processo T-153 de 1998, em que se reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional daquele sistema penitenciário. A ação ajuizada buscava, a princípio, resolver os casos concretos das prisões Bellavista e Modelo, localizadas, respectivamente, em Medellín y Santa Fé de Bogotá. Entretanto, a decisão que dela se originou acabou por abordar o sistema carcerário do país como um todo<sup>29</sup>.

Para reconhecer o Estado de Coisas Inconstitucional, a Corte Constitucional da Colômbia exige que estejam presentes as seguintes condições: (i) vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas; (ii) prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantia e promoção dos direitos; (iii) a superação das violações de direitos pressupõe a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais, que podem depender da alocação de recursos públicos, correção das políticas públicas existentes ou formulação de novas políticas, dentre outras medidas; e (iv) potencialidade de congestionamento da justiça, se todos os que tiverem os seus direitos violados acorrerem individualmente ao Poder Judiciário<sup>30</sup>.

---

dro-marroquin-estado-de-cosas inconstitucional/http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp. Acesso em: 10 set 2016.

27. BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. 2015. p. 384.

28. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de descumprimento de preceitos fundamentais nº 347/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 09 set 2015. Disponível em: <https://edwinfigueroa.wordpress.com/2012/01/20/stc-05561-2007-patc-caso-onp-stc-03426-2008-phctc-caso-pe-dro-marroquin-estado-de-cosas inconstitucional/http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 10 set 2016.

29. Ver Sentencia de Tutela (T) –153, de 1998, Rel. Eduardo Cifuentes Muñoz.

30. Ver Tribunal Constitucional del Peru. Sentencia en el Expediente N° 03426-2008- PHC/TC, de 26.08.2010 (Tradução

Na histórica decisão, a Corte Colombiana destacou que “os cárceres colombianos se caracterizam pela superlotação, graves deficiências em matéria de serviços públicos e assistenciais, império da violência, extorsão, corrupção, e carência de oportunidades e meios para a ressocialização dos reclusos”, podendo-se deduzir, dessa situação, “a violação de um leque de direitos fundamentais como a dignidade, a vida, a integridade pessoal e os direitos à família, à saúde, ao trabalho e à presunção de inocência, etc”. Nas palavras da Corte, “ninguém se atreveria a dizer que os estabelecimentos de reclusão cumprem o papel de ressocialização (...) Pelo contrário (...) os cárceres são verdadeiras escolas do crime, geradoras de ócio, violência e corrupção”. O Tribunal sublinhou, por outro lado, que, apesar do conhecimento geral da situação pelas autoridades, ele não ocupa “um lugar destacado dentro da agenda política”. Os presos, além de serem uma minoria, “são pessoas marginalizadas na sociedade”, não constituindo “um grupo de pressão que possa fazer ouvir a sua voz”. Neste ambiente, o papel do juiz constitucional seria o de falar “pelas minorias esquecidas”<sup>31</sup>.

A decisão impôs uma série de medidas direcionadas a inúmeros órgãos públicos, tais como notificar as autoridades competentes sobre a existência do Estado de Coisas Inconstitucional nas prisões, ordenar aos órgãos responsáveis, em um prazo de três meses a contar da notificação da presente decisão, a confecção de um plano para a construção e renovação de presídios que venha garantir aos presos, condições dignas de vida nas prisões, dentre outras<sup>32</sup>. A Corte, após impor inúmeras medidas a diversos órgãos e autoridades públicas, tendentes a sanar as falhas estruturais em políticas públicas que comprometiam os direitos da população carcerária, reteve a sua jurisdição, para monitorar a implementação das suas ordens.

Nesse monitoramento, a Corte demandou a remessa periódica de informações por parte das diferentes autoridades públicas envolvidas, e realizou audiências públicas, das quais participaram diversas organizações da sociedade civil, em que funcionários estatais prestaram contas à Corte a propósito das medidas adotadas. Este mecanismo, além de assegurar uma maior eficácia da decisão, também conferiu maior legitimidade e transparência ao processo, por meio de amplo diálogo entre a Corte, os beneficiários da sentença, as autoridades demandadas e a sociedade civil colombiana<sup>33</sup>.

---

na BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de descumprimento de preceitos fundamentais nº 347/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 09 set 2015. Disponível em: <https://edwinfigueroa.wordpress.com/2012/01/20/stc-05561-2007-patc-caso-onp-stc-03426-2008-phctc-caso-pedro-marroquin-estado-de-cosas-inconstitucional/http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 10 set 2016.

31. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Da Inconstitucionalidade por Omissão ao Estado de Coisas Inconstitucional. 2015.

32. Sentencia T-153/1998, de 28/4/1998. *Estado de cosas inconstitucional en los centros de reclusion del país. Hacinamiento en la cárcel de bellavista*. Corte Constitucional República da Colombia. Disponível em: <http://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/-43561621>. Acesso em: 01 set. 2016.

33. Sentencia T-025, de 22/1/2004. *Asociaciones de desplazados/Condiciones para que las asociaciones de desplazados interpongan la acción*. Corte Constitucional República da Colombia. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: 10 set. 2016.

No Brasil, o debate sobre o Estado de Coisas Inconstitucional não é estranho à jurisprudência do STF. O Ministro Luís Roberto Barroso, no voto-vista que proferiu na Questão de Ordem suscitada nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.357 e nº 4.425, atinentes à modulação temporal da decisão que reconheceu inconstitucionalidades na EC 62, que tratara do pagamento de precatórios aludiu ao “estado de inconstitucionalidade grave e permanente que se instaurou no país, em relação ao pagamento de condenações judiciais contra a Fazenda Pública”<sup>34</sup>. A Corte, ao final, decidiu atribuir ao CNJ a função de elaborar proposta normativa para equacionamento de alguns aspectos do problema, bem como o papel de monitorar e supervisionar o cumprimento das medidas que impusera aos entes públicos.

Em 13 de agosto de 2015, o Plenário do STF decidiu, por meio do Recurso Extraordinário - RE nº 592.581 e da Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais - ADPF nº 347 que o Poder Judiciário pode determinar que a administração pública realize obras ou reformas emergenciais em presídios para garantir os direitos fundamentais dos presos, como sua integridade física e moral. A decisão foi tomada no julgamento do RE nº 592.581, com repercussão geral, interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul (MP/RS), relator o Ministro Ricardo Lewandowski, contra acórdão do Tribunal de Justiça local (TJ/RS). O TJ entendera não caber ao Poder Judiciário intervir em matéria reservada à competência administrativa do Poder Executivo gaúcho. O tema da repercussão geral era o de nº 220 e estabelecia que é de competência do Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a realização de obras em estabelecimentos prisionais com o objetivo de assegurar a observância de direitos fundamentais dos presos. Eis o que decidido pelo STF:

Parte Dispositiva: “É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes”<sup>35</sup>.

Nesta decisão, ficava evidenciada a heterodoxa posição do STF ao balancear os direitos e princípios constitucionais tutelados, no sentido de impor obrigação de fazer ao Poder Executivo no âmbito da política penitenciária, para dar efetividade ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, afastados os princípios da separação dos Poderes e da reserva do financeiramente possível.

Tais exemplos demonstram que cenários de grave e massiva violação de direitos, decorrentes de falhas estruturais em políticas públicas – que caracterizam o Estado de Coisas Inconstitucional -, demandam muitas vezes soluções complexas dos tribunais, que não se afeiçoam à sua função tradicional, de invalidação de atos normativos. Nestas hipóteses, o

34. Questão de Ordem nas ADIs 4.357 e 4.425, Rel. Mini. Luiz Fux, julg. 25/03/2015.

35. BRASIL. Recurso Extraordinário nº. 592.581. Voto do Ministro Ricardo Lewandowsky. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>. Acesso em: 03 out 2016.

papel de guardião da Constituição exige uma postura diferenciada, sob pena de frustração dos direitos fundamentais e inefetividade da Constituição.

## **O ECI ACARRETA UMA INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NOS PODERES LEGISLATIVO E/OU EXECUTIVO? QUAIS AS CONSEQUÊNCIAS QUANDO O PODER JUDICIÁRIO “ATROPELA” O PODER LEGISLATIVO? NESTE CONTEXTO, ATÉ QUE PONTO O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE É EFICAZ?**

O sistema prisional brasileiro é uma situação fática que se choca com os fundamentos da Constituição da República. Conforme a ADPF nº 347, o problema é sistêmico e decorre de uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal. A gravidade do quadro e a inapetência dos poderes políticos, da burocracia estatal e das demais instâncias jurisdicionais para enfrentá-lo argumentam a necessidade de intervenção do Supremo Tribunal Federal, no desempenho da sua função maior de guardião da Constituição<sup>36</sup>.

A ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, prevista no art. 102, § 1º, da Constituição Federal, e regulamentada pela Lei nº 9.882/99, parece vocacionada para enfrentamento desse tipo de questão. Ela se volta contra atos dos Poderes Públicos que importem em lesão ou ameaça a preceitos fundamentais da Constituição, e a inexistência de outro meio eficaz de sanar tal lesividade.

Neste contexto, a situação calamitosa dos presídios nacionais afronta gravemente não apenas o mais elevado princípio da ordem jurídica brasileira – o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III CF) – como também inúmeros outros preceitos fundamentais, como a vedação de tortura e de tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), a proibição de sanções cruéis (art. 5º, XLVII, “e”), a garantia de respeito à integridade física e moral do preso (art. 5º, XLIX), o direito de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV), o devido processo legal (art. 5º, LIV e LV), a presunção de inocência (art. 5º, LVII) e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança (art. 6º).

Quanto à existência da lesão ou da ameaça a preceito fundamental ser causada por ato dos Poderes Públicos, de acordo com o art. 1º da Lei nº 9.882/99, os atos que podem ser objeto de ADPF autônoma são os emanados dos Poderes Públicos, incluídos os de natureza normativa, administrativa ou judicial. Na presente hipótese, a lesão a preceitos fundamentais se origina de uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos, que não pode ser atribuída a um único e exclusivo Poder, mas aos três – Legislativo, Executivo e Judiciário –, e não só os da União, como também os dos Estados e do Distrito Federal.

Pode-se observar, dentre as afrontas perpetradas pelos Poderes Públicos, as condições de sobrevivência dos detentos em face da superlotação dos presídios, das

36. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de descumprimento de preceitos fundamentais nº 347/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 09 set 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 10 set 2016.

práticas de torturas, dos frequentes homicídios, da violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, de acesso à assistência judiciária e à saúde, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual.

Destarte, os Poderes Públicos não asseguram ao sujeito condições humanas nas instalações carcerárias e não adotam medidas necessárias para garantir o acesso adequado à jurisdição, à saúde, à alimentação, à educação, ao trabalho e à assistência material aos detentos. Mais do que inobservância pelo Estado da ordem jurídica, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia<sup>37</sup>.

O uso abusivo da custódia provisória e a não separação entre presos provisórios e definitivos, a manutenção de elevado número de presos para além do tempo de pena fixado, evidenciam a inadequada assistência judiciária, caracterizando as ações comissivas. Como assevera o Ministro Celso de Mello:

“A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um ‘*facere*’ (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação<sup>38</sup>”.

Em face das notórias graves condições dos detentos brasileiros, nota-se que as penas efetivamente cumpridas acabam sendo muito mais graves do que as previstas em lei e impostas em sentença, ofendendo-se, com isso, o princípio da proporcionalidade.

O Legislativo, por sua vez, tem estabelecido políticas criminais absolutamente insensíveis ao drama carcerário brasileiro, que agravam a superlotação dos presídios e não geram a almejada segurança para a sociedade. Na esfera penal, o anseio da sociedade de combater a impunidade vem gerando o abuso, por parte do Legislativo, da “legislação simbólica”<sup>39</sup>, expressão de um populismo penal que é uma das causas do dramático quadro prisional hoje desenhado no país.

Gilmar Mendes assevera que diante de cobranças da mídia e da opinião pública por soluções imediatas, a resposta das instituições tem se concentrado, em regra, no

37. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar. Ação de descumprimento de preceitos fundamentais nº 347/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 09 set 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 10 set 2016, p. 23.

38. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar. Ação de descumprimento de preceitos fundamentais nº 347/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 09 set 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 10 set 2016. ADI 1.458-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO.

39. Segundo Marcelo Neves, o termo trata-se da discrepância entre a função hipertroficamente simbólica (excesso de disposições carentes de aplicabilidade) e a insuficiente concretização jurídica de diplomas constitucionais ante a inquietude da massa frente a um determinado fato, o legislador elabora textos às pressas como resposta à aparente vontade da população, a fim de esquivar-se de suas reais atribuições (...) diz que a constituição simbólica é caracterizada pela falta de eficácia das normas/valores constitucionais (Ver NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, nº4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 nov 2016.

agravamento de penas e de seu regime de cumprimento. Não é incomum, aqui e em outros países, a chamada legislação simbólica. Em face do clamor público atizado por um algum crime grave, lança-se mão da fórmula mágica: ‘vamos aumentar a pena deste crime’; ‘vamos transformar a corrupção em crime hediondo’ e assim por diante, sem se atentar para o fato, cada vez mais evidente, de que medidas desta natureza pouco ou nada contribuem para a superação deste quadro<sup>40</sup>.

Segundo o Ministro Marco Aurélio, é possível apontar a responsabilidade do Judiciário sobre o uso abusivo da prisão provisória, em, aproximadamente, 41% dos presos estão sob custódia provisória<sup>41</sup>.

Nesse diapasão, o STF tem prolatado decisões de questões relevantes do ponto de vista político, social e moral. Na ADPF 347/DF, o STF reconheceu o Estado das Coisas Inconstitucional, os ministros deferiram três dos sete pedidos cautelares da petição inicial: a) a determinação aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; b) a determinação à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos; c) a determinação à União e aos Estados, e especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional.

Neste contexto, o deferimento das medidas cautelares desencadeou um debate acadêmico sobre a obrigação de fazer imposta pelo Poder Judiciário aos Poderes Executivo e Legislativo. Essa imposição estaria invadindo a esfera de competência institucional de outros poderes, com ameaça à violação ao princípio democrático e da separação de poderes?

O relator Ministro Marco Aurélio, em seu voto na ADPF 347,

“Ante tal quadro, a solução, ou conjunto de soluções, para ganhar efetividade, deve possuir alcance orgânico de mesma extensão, ou seja, deve envolver a atuação coordenada e mutuamente complementar do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, dos diferentes níveis federativos, e não apenas de um único órgão ou entidade [...] cabe ao Tribunal exercer função típica de racionalizar a concretização da ordem jurídico-penal de modo a minimizar o quadro [...] A forte violação de direitos fundamentais, alcançando a transgressão à dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial justifica a atuação mais assertiva do Tribunal. Trata-se de entendimento pacificado, como revelado no julgamento do aludido Recurso Extraordinário nº 592.581/RS, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, no qual

40. MENDES, Gilmar. Segurança Pública e Justiça Criminal. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-04/observatorio-constitucional-seguranca-publica-justica-criminal>. 2015. Acesso em 04 out 2016.

41. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de descumprimento de preceitos fundamentais nº 347/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 09 set 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 10 set 2016, p. 27.

assentada a viabilidade de o Poder Judiciário obrigar a União e estados a realizarem obras em presídios para garantir a integridade física dos presos, independentemente de dotação orçamentária. Inequivocamente, a realização efetiva desse direito é elemento de legitimidade do Poder Público em geral [...] Apenas o Supremo revela-se capaz, ante a situação descrita, de superar os bloqueios políticos e institucionais que vêm impedindo o avanço de soluções, o que significa cumprir ao Tribunal o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados [...] Repita-se: a intervenção judicial mostra-se legítima presente padrão elevado de omissão estatal frente a situação de violação generalizada de direitos fundamentais. Verificada a paralisação dos poderes políticos, argumentos idealizados do princípio democrático fazem pouco sentido prático<sup>42</sup>.

Sustenta ainda, o ministro Marco Aurélio, que há uma forte justificação do papel do Supremo em interferir nas escolhas orçamentárias e nos ciclos de formulação, implementação e avaliação de políticas públicas, mas sem detalhá-las, deve formular ordens flexíveis, com margem de criação legislativa e de execução a serem esquematizadas e avançadas pelos outros Poderes, cabendo-lhe reter jurisdição para monitorar a observância da decisão e o sucesso dos meios escolhidos<sup>43</sup>.

No tocante à possível ofensa ao princípio da separação de Poderes, assim como no que concerne à alegação das atribuições institucionais superiores do Legislativo e do Executivo comparadas às do Judiciário, o Ministro assevera que se deve atentar para as falhas estruturais ante o vazio de políticas públicas eficientes. É impertinente levar em conta que é a própria atuação estatal deficiente o fator apontado como gerador e agravante da transgressão sistemática de direitos fundamentais.

“Nada do que foi afirmado autoriza, todavia, o Supremo a substituir-se ao Legislativo e ao Executivo na consecução de tarefas próprias. O Tribunal deve superar bloqueios políticos e institucionais sem afastar esses Poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias. Deve agir em diálogo com os outros Poderes e com a sociedade. Cabe ao Supremo catalisar ações e políticas públicas, coordenar a atuação dos órgãos do Estado na adoção dessas medidas e monitorar a eficiência das soluções [...] Não se trata de substituição aos demais Poderes, e sim de oferecimento de incentivos, parâmetros e objetivos indispensáveis à atuação de cada qual, deixando-lhes o estabelecimento das minúcias. Há de se alcançar o equilíbrio entre respostas efetivas às violações de direitos e as limitações institucionais reveladas na Carta da República<sup>44</sup>”.

42. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de descumprimento de preceitos fundamentais nº 347/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 09 set 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 10 set 2016, pp. 31-32.

43. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de descumprimento de preceitos fundamentais nº 347/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 09 set 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 10 set 2016, p. 33.

44. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar. Ação de descumprimento de preceitos fundamentais nº 347/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 09 set 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 10 set 2016, p. 36.



Como destaca a doutrina colombiana, o Tribunal não chega a ser um “elaborador” de políticas públicas, e sim um “coordenador institucional”, produzindo um “efeito desbloqueador”<sup>45</sup>.

Esse é, enfim, o papel que deve desempenhar o Tribunal em favor da superação do quadro de inconstitucionalidades do sistema prisional: retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas, assegurando, assim, a efetividade prática das soluções propostas. Ordens flexíveis sob monitoramento previnem a supremacia judicial e, ao mesmo tempo, promovem a integração institucional cogitada pelo ministro Gilmar Mendes, formuladas que são no marco de um constitucionalismo cooperativo<sup>46</sup>.

Lenio Luiz Streck afirma no que tange à tese do Estado das Coisas Inconstitucional que o objeto do controle de constitucionalidade são normas jurídicas, e não a realidade empírica — vista de forma cindida — sob a qual elas incidem. Portanto, o autor discorda do modo como a noção de ECI foi construída e receia pela banalização que ela pode provocar:

“O próprio nome da tese (Estado de Coisas Inconstitucional) é tão abrangente que é difícil combatê-la. Em um país continental, presidencialista, em que os poderes Executivo e Legislativo vivem às turras e as tensões tornam o Judiciário cada dia mais forte, nada melhor do que uma tese que ponha “a cereja no bolo”, vitaminando o ativismo, cujo conceito e sua diferença com a judicialização estão desenvolvidos em vários lugares [...] Portanto, levando isso a fundo, é o Judiciário que vai decidir isso? E como ele escolherá as prioridades dentre tantas inconstitucionalidades?”<sup>47</sup>.

Os autores Raffaele de Giorgi, José Eduardo Faria e Celso Campilongo têm a mesma opinião sobre o ECI e comentam que

“o Direito opera no plano das realidades sociais e econômicas que é capaz de construir e controlar. Assim, 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?” Ainda completam: “Sob o pretexto de dar eficácia aos direitos fundamentais, o Estado de Coisas Inconstitucional os ameaça. Num país marcado pelos sem-teto, sem-saúde, sem-educação e sem-segurança, o conceito de ECI despreza o fato de que o sistema jurídico não tem estruturas, meios e organizações que lhe permitam corrigir essas mazelas por sentenças judiciais. Proferidas as decisões com base nesse conceito, quem as executará? O guarda da esquina? O vereador do bairro? Se a fonte

45. GRAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Dejusticia, 2010, p. 39.

46. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar. Ação de descumprimento de preceitos fundamentais nº 347/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 09 set 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 10 set 2016, p. 36.

47. STRECK, Lenio Luiz. Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo. Observatório da Jurisdição Constitucional. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>. 2015. Acesso em: 28 ago 2016.



jurídica da autoridade – a Constituição – é ameaçada pelo ECI, o que dizer da autoridade daqueles que podem aplicar o conceito? Quais seriam os limites e os mecanismos de controle desse poder?<sup>48</sup>“.

Cláudio Alexandre de Azevedo Campos defende a proposta como um exemplo de ativismo judicial em sua dimensão estrutural. Todavia, o autor diz que esse comportamento judicial pode ser legítimo caso presentes os pressupostos próprios do Estado de Coisas Inconstitucional<sup>49</sup> juntamente com a formulação, pelo Tribunal, de decisões flexíveis, determinando a criação e a implementação de políticas públicas, mas deixando aos poderes políticos a tarefa de definir o conteúdo e os meios dessas políticas. Preenchidos os pressupostos, o Supremo pode interferir sobre a formulação, implementação e monitoramento de políticas públicas, caracterizado o ativismo judicial em sua dimensão estrutural. A Corte pode, por meio de medidas estruturais, superar os bloqueios políticos e institucionais. A Corte também pode mudar a opinião pública sobre o tema, despertar a atenção da sociedade sobre o quadro, colocando o problema na agenda política brasileira. Assim, o Supremo poderá promover ou aumentar a deliberação sobre o sistema carcerário brasileiro. Evitando a supremacia judicial, o Tribunal, em vez de ordens detalhadas, deve estabelecer ordens flexíveis, fixando parâmetros e objetivos a serem alcançados, deixando aos órgãos do Executivo e do Legislativo a definição de meios e minúcias das medidas<sup>50</sup>.

## O ESTADO DAS COISAS INCONSTITUCIONAL NO DIREITO COMPARADO

Na Colômbia, a teoria do “estado das coisas inconstitucional” foi primeiramente declarada na Sentencia de Unificación 559 de 1997<sup>51</sup>, pela Corte Constitucional Colombiana, quando esta manifestou-se ao descumprimento generalizado, em mais de 45 ações judiciais, da obrigação do Estado com os direitos previdenciários dos professores dos

48. DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo e CAMPILONGO, Celso. Estado das Coisas Inconstitucional. Disponível em: <http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral.estado-de-coisas-inconstitucional>. 2015. Acesso em 28 ago 2016.

49. O primeiro pressuposto é o da constatação de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais que afeta a um número amplo de pessoas. 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. Nesse estágio de coisas, a restrição em atuar em favor exclusivamente dos demandantes implicaria omissão da própria Corte, que deve se conectar com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais. O segundo pressuposto é o da omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais. A ausência de ou falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas e orçamentárias representaria uma “falha estrutural” que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação. Não seria a inércia de uma única autoridade pública, e sim o funcionamento deficiente do Estado como um todo que resulta na violação desses direitos. Além do mais, os poderes, órgãos e entidades em conjunto se manteriam omissos em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade. O terceiro pressuposto tem a ver com as medidas necessárias para a superação do quadro de inconstitucionalidades. Haverá o ECI quando a superação de violações de direitos exigir a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional. 2015. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>. Acesso em 03 out 2016.

50. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional. 2015. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>. Acesso em 03 out 2016.

51. Sentencia de Unificación 559 de 1997. Disponível: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em 29 mai 2019.

municípios de María La Baja e Zembrano. A Sentencia anunciou que há uma violação dos direitos demandados pelos educadores diante de uma falha estrutural estatal generalizada atribuída a diversos órgãos públicos e que atingia não apenas aqueles que ajuízam as ações, como inúmeros outros professores<sup>52</sup>. No ano seguinte a primeira declaração da teoria, a Corte declarou o “estado das coisas inconstitucional” na Sentencia de Tutela 153 de 1998 diante da massiva lesão aos direitos humanos da população carcerária de Bogotá e Bellavista de Medellín, impondo à Administração Pública investimento nas unidades prisionais, como construção e reparação dos prédios. Em 2005, mais uma vez o “estado das coisas inconstitucional” foi declarado reconhecendo a omissão de diversos órgãos estatais sobre o deslocamento forçado de pessoas em decorrência das ações violentas das organizações paramilitares envolvendo narcotráfico (FARC) na Colômbia<sup>53</sup>. Sendo assim, a Corte Constitucional Colombiana utilizou-se do desenvolvimento da doutrina do “estado das coisas inconstitucional” em inúmeras decisões judiciais que afirmavam violações e omissões constitucionais reiteradas e sistemáticas.

A ideia de correlacionar a omissão da efetividade dos direitos fundamentais com a verificação de falhas da atuação concreta dos dispositivos constitucionais e revelar tutela insuficiente desses direitos também ganhou prestígio fora da Colômbia, como no Peru, Estados Unidos, África do Sul, Argentina, Itália, e também, na Corte Europeia de Direitos Humanos.

O Tribunal Constitucional do Peru, no Expediente no. 2579-2003HD/TC, “caso Arellano Serquén”, declarou o estado das coisas inconstitucional, pela primeira vez, em 2004. Nesse caso, houve uma violação do direito de acesso à informação pública, previsto no inciso V do art. 2º. da Constituição Colombiana. Conforme o acordo:

*[...] Sin embargo, el Tribunal no sólo puede limitarse a condenar el desconocimiento del carácter vinculante de los derechos; es decir, la insensatez de que no se comprenda que, en particular, todos los órganos públicos tienen un deber especial de protección con los derechos fundamentales, y que la fuerza de irradiación de ellos exige de todos los operadores estatales que realicen sus funciones del modo que mejor se optimice su ejercicio. Es urgente, además, que adopte medidas más audaces que contribuyan a hacer aún más efectiva su función pacificadora de los conflictos de la vida constitucional. Por ello, dado que este Tribunal es competente para fijar las reglas procesales que mejor protejan los principios y derechos constitucionales, considera constitucionalmente exigible que se adopte la técnica del “estado de cosas inconstitucionales” que, en su momento, implementara la Corte Constitucional de Colombia, a partir de la Sentencia de Unificación N.º 559/1997.*

*Esta técnica, en un proceso constitucional de la libertad, comporta que, una vez declarado el “estado de cosas inconstitucionales”, se efectúe un requerimiento específico o genérico a un (o unos) órgano(s) público(s) a fin de que, dentro de un plazo razonable, realicen o dejen de realizar una acción u omisión, per se,*

52. MAYER, Willian da Silva; MORAIS JUNIOR, Martim Cabeleira de. O Estado de Coisas Inconstitucional colombiano frente à Constituição Brasileira. Direito, Cultura e Cidadania. Revista Científica do Curso de Direito. Osório, v. 7, n. 1. 2017.

53. STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional. 5 Ed. Rio de Janeiro: Forense. P. 477 – 478. 2018.

*violatoria de derechos fundamentales, que repercuta en la esfera subjetiva de personas ajenas al proceso constitucional en el cual se origina la declaración.*

*Se trata, en suma, de extender los alcances inter partes de las sentencias a todos aquellos casos en los que de la realización de un acto u omisión se hubiese derivado o generado una violación generalizada de derechos fundamentales de distintas personas.*

*Para que ello pueda realizarse es preciso que la violación de un derecho constitucional se derive de un único acto o de un conjunto de actos, interrelacionados entre sí, que además de lesionar el derecho constitucional de quien interviene en el proceso en el que se produce la declaración del estado de cosas inconstitucionales, vulnera o amenaza derechos de otras personas ajenas al proceso. Y, tratándose de actos individuales, esto es, que tengan por destinatarios a determinadas personas, la declaración del estado de cosas inconstitucionales se declarará si es que se sustenta en una interpretación constitucionalmente inadmisibles de una ley o una disposición reglamentaria por parte del órgano público. [...]*<sup>54</sup>

O direito à informação possui uma dupla dimensão como direito fundamental – individual e coletiva. Assim, a Corte Peruana formulou uma decisão que teve eficácia *erga omnes*, a todos aqueles que tivessem sofrido a mesma violação de direito fundamental.

O Tribunal da Corte do Peru também, em 2010, declarou o Estado das Coisas Inconstitucional no Expediente No. 03426-2008-PHC/TC, relativo à falta de políticas públicas de tratamento e reabilitação da saúde mental de pessoas sob a custódia penal do Estado. O Tribunal afirmou ter constatado o quadro de violação massiva e generalizada de vários direitos fundamentais, como o direito à saúde e à integridade pessoal, que afeta número significativo de pessoas que sofrem de doença mental, bem como a carência de planos e programas de governo, voltados a cuidar da saúde mental dessas pessoas que se encontram sob custódia.<sup>55</sup> Assim conta nos tópicos 30 e 32 do acórdão:

“30. La situación descrita en los fundamentos que preceden permite constatar a este Tribunal Constitucional la violación masiva y/o generalizada de uno o varios derechos fundamentales (derecho a la salud, integridad personal, etc.) que afectan a un número significativo de personas que adolecen de enfermedad mental. Pero además, esta situación de hecho contraria a la Constitución, permite reconocer a este Colegiado la existencia de un estado de cosas inconstitucional respecto de las personas que adolecen de enfermedad mental, dentro de las que se encuentran las personas sujetas a medidas de internación. En efecto, se aprecia que existen escasos planes, programas y servicios de salud mental dirigidos a personas que se encuentran sujetas a medidas de seguridad de internación. Los existentes no están debidamente articulados entre los sectores e instituciones del Estado, lo cual se aleja por entero del Plan Estratégico del Instituto Nacional Penitenciario (INPE) para el período 2007-2011, que recoge las propuestas de la Comisión Multisectorial, creada por la Resolución Ministerial N° 336- 2006-PCM de fecha 18 de

54. EXP. N.º 2579-2003-HD/TC – Lambayeque – Caso Julia Eleyza Arellano Serquén. Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02579-2003-HD.html>> . Acesso em: 18 mar 2017. 2004.

55. Segundo CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado das Coisas Inconstitucional. Salvador: Juspodivm, p. 173. 2016.

setiembre de 2006, e integrada por la Presidencia del Consejo de Ministros, el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Salud, el Ministerio de Economía y Finanzas, entre otros, y que en el rubro V Lineamientos Estratégicos: Salud Penitenciaria, señala que es prioridad para el INPE: "Desarrollar y/o fortalecer los vínculos con el Ministerio de Salud en los respectivos niveles regional y local, así como la asistencia y traslado de internos psiquiátricos a Hospitales de Salud Mental".

32. Sentado lo anterior, y teniendo en cuenta los efectos generales de la sentencia en la que se declara el estado de cosas inconstitucional, este Tribunal, de conformidad con lo establecido en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, señala que cualquier persona o personas que se encuentren en las mismas circunstancias a las descritas en esta sentencia, esto es, que sufran agravio por el mismo o similares actos lesivos, podrán acogerse a los efectos de la presente sentencia o a la doctrina constitucional sentada por este Tribunal, no siendo necesaria la interposición de nueva demanda de hábeas corpus. Y es que, tal como ha señalado este Colegiado "La expansión de los efectos de una sentencia más allá de las partes intervinientes en el litigio no debe causar mayor alarma, puesto que, tratándose de un Tribunal encargado de la defensa de la supremacía constitucional, es claro, que sus decisiones -no sólo en los juicios abstractos de constitucionalidad, sino también en los casos concretos de tutela de derechos subjetivos - vincula a todos los poderes públicos" (Exp. N° 3149-2004-AC/TC, fundamento 14).

Então, a incorporação da técnica do estado das coisas inconstitucional no Peru foi um esforço que logrou êxito na inserção na Constituição Peruana do controle judicial de constitucionalidade e na defesa pelo Poder Judiciário, dos direitos fundamentais, já que a Ditadura Militar ocorreu no ínterim entre os anos de 1968 a 1980.<sup>56</sup> Logo, as decisões sobre a técnica contribuem de forma muito importante para a jurisdição constitucional peruana.

## AS RECENTES REBELIOES NO SISTEMA PENITENCIARIO NO ESTADO DO AMAZONAS

Em 2017, no Complexo Penitenciário Anísio Jobim (COMPAJ), localizado no km 8 da BR 174, que liga Manaus a Boa Vista, aconteceu o maior massacre do sistema prisional do Estado, com 60 mortos e envolvendo facções do narcotráfico. O complexo penitenciário tem capacidade de abrigar 454 presos, mas abriga 1.224, caracterizando superlotação. Em 2019, o COMPAJ foi tomado por uma rebelião de detentos, no que seria o início de uma onda de massacres em presídios do País. No total, 15 presos foram mortos por disputas pelos mesmos motivos da rebelião de 2017: facções criminosas.

Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), as prisões do Amazonas são as mais lotadas do país. No levantamento mais recente divulgado, com dados relativos a 2016, o Estado tinha uma população carcerária de 11.390 pessoas para apenas 2.554 vagas - uma taxa de ocupação de 484%. A superlotação dos presídios

56. STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional. 5 Ed. Rio de Janeiro: Forense. P. 87. 2018.

favorece as facções criminosas, pois “Quando o presídio é lotado, não tem funcionários suficientes, comida e condições mínimas para manter os presos, os próprios detentos passam a se autogerenciar e a criar lideranças. A superlotação foi fundamental para o crescimento das facções”, comentam os pesquisadores Bruno Manso e Camila Dias<sup>57</sup>.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado de Coisas Inconstitucional é uma teoria constitucional desenvolvida pela Corte Constitucional da Colômbia que busca tornar efetivos os direitos fundamentais quando há uma reiterada violação aos direitos fundamentais constitucionais e a mora contumaz do poder público para a solução dos problemas sociais, verificados pelo Poder Judiciário. Essa demora na solução dos problemas sociais de grande relevância, no caso dos presídios brasileiros, trata-se, evidentemente, da inércia não de uma única autoridade pública, nem de uma única unidade federativa, e sim do funcionamento deficiente do Estado como um todo, tendo como resultado a violação dos direitos fundamentais, em particular no que concerne à tutela da dignidade da pessoa humana.

Observa-se uma omissão por parte do Estado em efetivar os direitos constitucionalmente garantidos. Tal comportamento se reveste da maior gravidade político-jurídica, eis que, o Poder Público desrespeita a Magna Carta, descumprindo sua própria missão de tutelar e efetivar todos os direitos que o ordenamento jurídico concede aos cidadãos, em particular os seus direitos fundamentais, e também impede, por ausência ou insuficiência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.

Ministro Celso de Mello afirma que o desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um ‘*facere*’ (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. Por outro lado, o Estado pode deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse ‘*non facere*’ ou ‘*non praestare*’, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público<sup>58</sup>.

57. MANSO, Bruno Paes; DIAS, Camila Nunes. A Guerra: a ascensão do PCC e o mundo do crime no Brasil. Ed. Todavia, 1<sup>o</sup>. Edição. 2018.

58. BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1.458/DF. Desrespeito à Constituição - modalidades de comportamentos inconstitucionais do poder público. Relator Celso de Mello. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/743977/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-mc-1458-df>. Acesso em 10 set 2016.

O instrumento apto a declarar a inconstitucionalidade por omissão é a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO. A ação poderia também ser um instrumento adequado para o reconhecimento do Estado das Coisas Inconstitucional, visto que a petição indicará “a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento do dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa, segundo o art. 12-B da Lei nº 9.868/99<sup>59</sup>”. Ademais, a decisão nela proferida gera um efeito executório direcionado aos Poderes Públicos.

Ressalta-se, porém, que o ECI foi reconhecido pelo STF no âmbito de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF, prevista no §1º, art. 102 da CF e disciplinada pela Lei nº 9.882/99, pois, o embasamento do pedido é a violação de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a ‘dignidade da pessoa humana’ (art. 1º, inciso III, CRFB/88), além de outros direitos fundamentais dos presos. O objeto dessa ação é a violação massiva por parte do Poder Público dos direitos humanos, como também a omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional. Assim, o Estado das Coisas Inconstitucional - ECI acoberta uma situação mais ampla, tendo o STF a competência para verificar a efetividade dos direitos fundamentais previstos pela Constituição, principalmente no que concerne a dignidade da pessoa humana.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos observa, baseado nas medidas cautelares deferidas na ação MC/ADPF 347/DF que a técnica da declaração do “Estado de Coisas Inconstitucional” permite ao juiz constitucional impor aos Poderes Públicos a tomada de ações urgentes e necessárias ao afastamento das violações massivas de direitos fundamentais, assim como supervisionar a efetiva implementação, ou seja, depois de formuladas e implementadas as medidas pelos poderes políticos, a Corte deverá monitorar e avaliar os resultados, mantendo um “colóquio contínuo” sobre as práticas adotadas, por meio, principalmente, de audiências públicas, com a participação dos órgãos estatais envolvidos e parcelas interessadas da sociedade civil. Não se trata, portanto, de “corrigir a incompetência dos outros poderes”, mas de promover diálogos democráticos entre os poderes e a sociedade em torno das melhores soluções. As sentenças estruturais<sup>60</sup>, próprias do ECI, em conterem ordens flexíveis e

59. BRASIL. Lei nº. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 11 nov. 1999. Disponível em: <http://www.in.gov.br>. Acesso em 02 nov. 2016.

60. Segundo FISS, Owen M. The Forms of Justice. The Supreme Court 1978 Term. Harvard Law Review. Vol. 93 (1), 1979, p. 2: “A figura do litígio estrutural ou processo estrutural (*structural suit*) é caracterizada por alcançar número amplo de pessoas, várias entidades e por implicar ordens de execução complexas dirigidas a modificar instituições governamentais em mau funcionamento. São demandas e ações próprias de *public law litigation*. Fiss afirma ainda que a injunção estrutural é singular, original, diferenciada em relação às categorias tradicionais, preventivas e reparatórias.” Segundo o estudo clássico do professor Abram Chayes, na *public law litigation*, “cortes não são chamadas a resolver disputas entre indivíduos conforme princípios de direito privado, e sim para lidar com reivindicações, que podem ser deduzidas das leis e dos preceitos constitucionais, sobre mudanças sociais em larga escala, programas e políticas públicas”. CHAYES, Abram. The Role of the Judge in Law Public Litigation. Harvard Law Review. Vol. 89 (7), 1976, p. 1281-1316.

sujeitas a monitoramento, buscam promover a colaboração harmônica e deliberativa entre os poderes em torno de um objetivo comum: superar o quadro de inconstitucionalidades. Portanto, não há supremacia, subjetivismo ou arbítrio judiciais, e sim diálogos e cooperação institucionais<sup>61</sup>.

Na opinião do autor, o Estado das Coisas Inconstitucional funciona como a “senha de acesso” da Corte à tutela estrutural: “reconhecido o ECI, a Corte não desenhará as políticas públicas, e sim afirmará a necessidade urgente que Congresso e Executivo estabeleçam essas políticas, inclusive de natureza orçamentária”<sup>62</sup>.

Observamos, portanto, que há um conjunto de ações e omissões que acarreta um generalizado estado de inconstitucionalidade por falha estrutural do sistema e dos órgãos dos Poderes Públicos e, devido a essa inconstitucionalidade, a ADPF 347/DF postula o deferimento de pedidos específicos, dentre eles, a elaboração e encaminhamento, por parte dos Estados, ao Supremo, de um plano que contenha propostas e metas voltadas, especialmente: a) à redução da superlotação dos presídios; b) o monitoramento da implementação dos planos nacional, estadual e distrital, e c) a previsão dos recursos necessários à implementação das propostas e o cronograma para a efetivação de medidas. O Tribunal apreciará o plano, para homologá-lo ou impor providências alternativas ou complementares, aos Governos dos Estados e do Distrito Federal.

Com posicionamento contrário, Raffaele de Giorgi, José Eduardo Faria e Celso Campilongo, em artigo publicado no Estadão, questionam até que ponto a Justiça pode atender às expectativas de quem vê seus direitos negados por falta de políticas públicas. Acrescentam, ainda, que sob o pretexto de dar eficácia aos direitos fundamentais, o Estado de Coisas Inconstitucional os ameaça. Num país marcado pelos sem-teto, sem-saúde, sem-educação e sem-segurança, o conceito de ECI despreza o fato de que o sistema jurídico não tem estruturas, meios e organizações que lhe permitam corrigir essas mazelas por sentenças judiciais. Muitas questões necessitam de respostas, pois depois de proferidas as decisões com base no conceito de Estado das Coisas Inconstitucional, quem as executará e quais seriam os limites e os mecanismos de controle desse poder? O Supremo tem o efeito simbólico de ativar discussões sobre o “reconhecimento de inadequada proteção dos direitos fundamentais”. Mas não dá para ir além disso. Se o conceito de Estado de Coisas Inconstitucional for aplicado sem critério a todo e qualquer assunto, ela pode levar à ilusão de que as decisões judiciais seriam capazes de substituir a política e resolver todos os problemas sociais. Bastaria declarar seu Estado de Coisas Inconstitucional para que todas as questões fossem resolvidas<sup>63</sup>.

61. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Da Inconstitucionalidade por Omissão ao Estado de Coisas Inconstitucional. Tese de Doutorado, UERJ, 2015. Estado de Coisas Inconstitucional. JOTAMundo, 4/5/2015.

62. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional. 2015. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/jota-mundo-estado-de-coisas-inconstitucional>. Acesso em 03 out 2016.

63. DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo e CAMPILONGO, Celso. Estado das Coisas Inconstitucional. Disponível em: <http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral/estado-de-coisas-inconstitucional>. 2015. Acesso em 28 ago 2016.



Esse ativismo judicial, que é uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, o Legislativo e o Executivo acarreta uma ingerência do Poder Judiciário nos poderes legislativo e/ou executivo? Quais as consequências quando o Poder Judiciário “atropela” o Poder Legislativo? Neste contexto, até que ponto o controle de constitucionalidade é eficaz?

A esse propósito, há duas correntes a respeito do Estado das Coisas Inconstitucional. A primeira defende a tese de que o Supremo pode interferir sobre a formulação, implementação e monitoramento de políticas públicas, estabelecendo ordens flexíveis, fixando parâmetros e objetivos a serem alcançados, deixando ao Executivo e ao Legislativo, a definição de meios. Importante destacar que o juiz não chega a detalhar as políticas, e sim a formular ordens flexíveis, cuja execução será objeto de monitoramento contínuo por meio de audiências públicas periódicas, com a participação de setores da sociedade civil e das autoridades públicas responsáveis.

A segunda corrente releva que, sob o pretexto de dar eficácia aos direitos fundamentais, o Estado de Coisas Inconstitucional salienta um “bloqueio institucional” que acarreta a ofensa aos direitos fundamentais. Nesse diapasão, a Corte deverá assumir, supostamente, um papel atípico, se considerarmos o princípio da separação de poderes, que envolve uma intervenção mais ampla no campo das políticas públicas, suprimindo a inércia do Poder Executivo e do Poder Legislativo.

Nesse contexto, afirmam os autores que a caracterização da tese não é livre de problemas, pois enquanto a inércia dos governos tem dado origem à “Justiça Proativa”, pode a Corte compensar essa inércia dos Poderes Públicos com sua competência ativa, dizem os autores, salientando ainda que o reconhecimento de uma ECI seria um ato jurídico ou político. Ademais, persistindo a inércia, o que deveria fazer a Corte, determinar a prisão dos inertes? Por outro lado, o que fundamentaria a confiança política do povo nos juízes e a desconfiança da capacidade dos políticos?

Concluem os autores que a decisão do Supremo tem o efeito simbólico de ativar discussões sobre o “reconhecimento de inadequada proteção dos direitos fundamentais”. Mas não dá para ir além disso. Pobre da Corte que tem a pretensão de fabricar poder político sob a fantasia da normatividade jurídica<sup>64</sup>. Salientam ainda que “não dá para fazer um estado social com base em decisões judiciais”<sup>65</sup>.

O Estado de Coisas Inconstitucional é uma omissão qualificada, posto que gerada pela inércia dos órgãos públicos em geral, resultando na grave violação de direitos humanos. Essa grave violação de direitos humanos decorre dos chamados pontos *legislative blind*

64. DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo e CAMPILONGO, Celso. Estado das Coisas Inconstitucional. Disponível em: <http://opinio.estadao.com.br/noticias/geral.estado-de-coisas-inconstitucional>. 2015. Acesso em 28 ago 2016.

65. STRECK, Lenio Luiz. Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo. Observatório da Jurisdição Constitucional. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>. 2015. Acesso em: 28 ago 2016.



*spots* (cegos legislativos), mais precisamente da falta de vontade política por parte dos poderes constituídos em atuar em prol de minorias estigmatizadas.<sup>66</sup>

Diante da não atuação dos poderes incumbidos de efetivar o disposto na Constituição Federal, a eficácia normativa da Constituição acaba por não alcançar essas minorias (no caso, a população carcerária), fragilizando a densidade de preceitos constitucionais gerais ou específicos que buscam proteger o núcleo rígido da Constituição Federal: a dignidade da pessoa humana. A nítida e generalizada violação de direitos humanos, bem como a incapacidade, a inércia e o descaso do Poder Público acarreta a intervenção do Guardião da Constituição. Nesse sentido afirma Marco Aurélio que “o papel de retirar os demais poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados. A intervenção judicial seria reclamada ante a incapacidade demonstrada pelas instituições legislativas e administrativas<sup>67</sup>”.

Por mais que se se afirme tratar de uma tese sem base legal, por mais que se critique o excessivo ativismo judicial, bem como a possibilidade de uma “decisão simbólica”, o fato é que o Supremo não pode ficar permanecer mergulhado na inércia diante da nítida violação dos direitos humanos da pessoa presa.

Atualmente, sobre a questão da população carcerária, por meio de recurso extraordinário, o STF, em fevereiro de 2017, considerou que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, e é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, parágrafo 6º, da CRFB/88, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento. O dano moral foi caracterizado porque, após o laudo da vigilância sanitária no presídio e decorrido lapso temporal, não teriam sido sanados os problemas de superlotação e de falta de condições mínimas de saúde e de higiene do estabelecimento prisional. O provimento ao recurso extraordinário fixou indenização no valor de dois mil reais em favor de cada detento, a ser pago por cada dia que o preso permanecesse no local insalubre. Nitidamente, os direitos fundamentais quanto à dignidade, intimidade, higidez física e integridade psíquica foram violados. Ainda, o Min. Gilmar Mendes salienta que a perpetuação da desumana situação constatada nos presídios não é justificada pela criação de subterfúgios teóricos, como a separação dos poderes, a reserva do possível e a natureza coletiva dos danos sofridos. O descumprimento reiterado das cláusulas constitucionais é transformado em mero e inconsequente ato de fatalidade, o que não pode ser tolerado.<sup>68</sup>

66. FILHO, Nicola Patel. O Estado das Coisas Inconstitucional sob a perspectiva da omissão parcial. Disponível em: <http://emporio-dodireito.com.br/tag/estado-de-coisas-inconstitucional/>. Acesso em 09 nov 2016.

67. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar. Ação de descumprimento de preceitos fundamentais nº 347/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 09 set 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 10 set 2016, p. 36.

68. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 580252/MS. Relatoria original Min. Teori Zavascki, red. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 16 fev 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 17 out 2017, p. 02.

## REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. A Política. Texto integral. Martin Claret. 176p. p. 76.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 505p, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 3510/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Ayres Britto. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 29 maio 2008. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> >. Acesso em: 10 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar. **Ação de descumprimento de preceitos fundamentais nº 347/DF** – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência. 09 set 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 10 set 2016, p. 36.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de descumprimento de preceitos fundamentais nº 347/DF** – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência. 09 set 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 10 set 2016, p. 40.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 580252/MS**. Relatoria original Min. Teori Zavascki, red. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 16 fev 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 17 out 2017, p. 02.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da Inconstitucionalidade por Omissão ao Estado de Coisas Inconstitucional**. 2015. 265f. Tese (Doutorado em Direito Público) - Faculdade de Direito da UERJ, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 2015. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>. Acesso em 03 out 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm. 336p. 2016.

DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo e CAMPILONGO, Celso. **Estado das Coisas Inconstitucional**. Disponível em: <http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral.estado-de-coisas-inconstitucional>. 2015. Acesso em 28 ago 2016.

Déclaration des Droits de l'Homme e du Citoyen de 1789. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>> Acesso em 25 ago 2016.

CHAYES, Abram. **The Role of the Judge in Law Public Litigation**. Harvard Law Review. Vol. 89 (7), 1976, p. 1281-1316.

FILHO, Nicola Patel. **O Estado das Coisas Inconstitucional sob a perspectiva da omissão parcial**. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/tag/estado-de-coisas-inconstitucional/>. Acesso em 09 nov 2016.

GRAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: **Dejusticia**, 2010.

KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. Trad. Port. Luís Carlos Borges. 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes. 2005. pp. 385-389.

LOCKE, John. Segundo Tratado sobre o Governo Civil. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Ed. Vozes. Clube do Livro Liberal. p. 74-75.

MENDES, Gilmar Ferreira; Branco Gonet, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva. 1470 p. 2015.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra Ed. P. 273-274. In: MENDES, Gilmar Ferreira; Branco Gonet, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 2015. p. 1043-1046.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. Introdução, Notas e Tradução port. Pedro Vieira Mota. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 31.ed. São Paulo: Atlas, 2015. 958p.

NEVES, Marcelo. **A força simbólica dos direitos humanos**. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, nº4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 nov 2016.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 9.ed. Malheiros Editores. 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35.ed. São Paulo: Malheiros, 2012. 928p.

STRECK, Lenio Luiz. Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo. Observatório da Jurisdição Constitucional. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>. 2015. Acesso em: 28 ago 2016.

YEPES, Rodrigo Uprimny. **Judicialization of politics in Colombia**. *International Journal on Human Rights*, Colombia. n. 6:49. p. 50. 2007.