

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC
CURSO DE DIREITO**

VINICIUS BARRETO PINHO

**ATIVISMOS ESTRUTURAIS NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS: AS PERSPECTIVAS DO ESTADO CONSTITUCIONAL
BRASILEIRO DIANTE DA TESE DO ESTADO DE COISAS
INCONSTITUCIONAL**

**CRICIÚMA
2017**

VINICIUS BARRETO PINHO

**ATIVISMOS ESTRUTURAIS NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS: AS PERSPECTIVAS DO ESTADO CONSTITUCIONAL
BRASILEIRO DIANTE DA TESE DO ESTADO DE COISAS
INCONSTITUCIONAL**

Trabalho de Conclusão de Curso,
apresentado para a obtenção do grau de
Bacharel no Curso de Direito da
Universidade do Extremo Sul Catarinense,
UNESC.

Orientador: Dr. Lucas Machado Fagundes.

**CRICIÚMA
2017**

VINICIUS BARRETO PINHO

**ATIVISMOS ESTRUTURAIS NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS: AS PERSPECTIVAS DO ESTADO CONSTITUCIONAL
BRASILEIRO DIANTE DA TESE DO ESTADO DE COISAS
INCONSTITUCIONAL**

Trabalho de Conclusão de Curso,
apresentado para a obtenção do grau de
Bacharel no Curso de Direito da
Universidade do Extremo Sul Catarinense
- UNESC.

Criciúma, 6 de dezembro de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Lucas Machado Fagundes – Doutor – UNESC – Orientador

Prof. Victor Cavalini – Mestre – UNESC

Prof. Luiz Eduardo Lapolli Conti – Mestre – UNESC

**Dedico este trabalho à memória de
Lucas Soares dos Santos.**

AGRADECIMENTOS

Inicio este trabalho monográfico agradecendo, acima de tudo, à minha família. Nas horas boas ou ruins, fáceis ou difíceis, são minha base, minha balança, sempre ao meu lado. Ao meu irmão, Rafael Barreto Pinho, que tenho a honra de chamar de amigo e, com muito orgulho, acompanho crescer. À minha mãe, Alessandra Barreto, com seu todo seu carinho e atenção que lhe é peculiar. Ao meu pai, Ricardo Pinho, exemplo de caráter e resiliência, e cuja vida profissional é motivo de inspiração a todos que a conheçam.

Agradeço aos bons amigos que fiz desde que cheguei em Criciúma, no ano de 2013, que, da mesma forma que uma família, sinto que posso sempre contar. Com enfoque especial para Murilo Nola, Cibele Rodrigues, Renan Farias, estendo a tantos outros que proporcionaram minha vida universitária uma experiência única, seja por festas, bons momentos, discussões construtivas, até mesmo um ombro amigo nas horas que precisei.

Menciono um agradecimento especial a equipe da 5ª Promotoria de Justiça da comarca de Criciúma, capitaneada por seu Promotor de Justiça titular, Alex Sandro Teixeira da Cruz, e estendo meus cumprimentos aos assessores Marcelo e Helena, juntamente com minha colega estagiária, Tainá, com os quais passei os últimos dois anos. Ressalto que, para além de um ambiente de imenso aprendizado, é de grande realização pessoal e profissional o impacto social gerado a partir dos trabalhos lá executados.

Por fim, agradeço ao grupo de pesquisa Pensamento Jurídico Crítico Latino-americano, com enfoque no constitucionalismo crítico, em especial ao professor dr. Lucas Machado Fagundes, o qual tenho o grande prazer de ter como orientador para o presente trabalho monográfico, e assim, estendo meus agradecimentos para todos os demais professores e membros do grupo, cujas reuniões, leituras e discussões engrandeceram de forma excepcional meu conhecimento e interesse de uma forma mais crítica e humana de ver o Direito Constitucional.

“O medo nos governa. Essa é uma das ferramentas de que se valem os poderosos, a outra é a ignorância”.

Eduardo Galeano

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como objetivo estudar o fenômeno do ativismo judicial estrutural, máxime a tese do Estado de Coisas Inconstitucional, criação jurisprudencial da Corte Constitucional Colombiana, na efetivação dos direitos fundamentais positivados nas constituições modernas. Inicialmente busca-se assentar o caráter de conquista dos direitos fundamentais, assim como os meios para sua efetivação em terras brasileiras. Em um segundo momento demonstra-se o quão insuficiente é esse processo de efetivação em face falhas estruturais, e como a jurisprudência mundial vem lidando com isso. Então apresenta-se a ferramenta do Estado de Coisas Inconstitucional como forma de acessar as sentenças estruturais na busca da proteção de tais direitos, finalizando com críticas e sugestões para o avanço da tutela dos direitos fundamentais no Brasil. A metodologia empregada no presente estudo se embasou no método dedutivo, através de pesquisa teórica e qualitativa, com emprego de material bibliográfico e documental legal, com etapa de análise jurisprudencial. Como fruto do estudo, se elucida os méritos e defeitos da utilização desse método de ativismo estrutural pelo Supremo Tribunal Federal, bem como da própria ferramenta do ECI, propondo avanços para tese de forma a garantir sua eficácia e o respeito à ordem democrática e institucional.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Direitos fundamentais. Estado de Coisas Inconstitucional.

ABSTRACT

The present monographic paper aims to study the phenomenon of structural judicial activism, especially the Unconstitutional State of Affairs thesis, jurisprudential creation of the Colombian Constitutional Court, on the effectiveness of fundamental rights present in the modern constitutions. Initially it seeks to affirm the achievement character of the fundamental rights, as well the means to its effectivity on Brazilian lands. On a second moment, it demonstrates how insufficient is this process of effectiveness in the face of structural flaws, and how the worldwide jurisprudence is dealing with it. Then, we show the Unconstitutional State of Affairs tools as a way to access structural orders seeking to protect such rights, ending with criticisms and suggestions for the advancement of the protection of fundamental rights in Brazil. The methodology used in the present study was based on the deductive method, through theoretical and qualitative research, using bibliographical materials and legal documents, with a stage of jurisprudential analysis. As fruit of the study, it elucidates the merits and flaws on the use of this method of structural activism by the Supremo Tribunal Federal (Brazilian Supreme Court), as well the USoA tool, proposing improvements to the thesis as a way to ensure its efficiency and the respect to the democratic and institutional order.

Keywords: Judicial Activism. Fundamental rights. Unconstitutional State of Affairs.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ADO – Ação Direta de inconstitucionalidade por Omissão

ART – Artigo

CF – Constituição Federal

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos

ECI – Estado de Coisas Inconstitucional

MI – Mandado de Injunção

ONU – Organização das Nações Unidas

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	14
2 AS BASES DA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL	16
2.1 A teoria dos direitos fundamentais e sua concretização	16
2.1.1 Historicidade.....	17
2.1.2 Princípios interpretativos.....	28
2.1.3 A relação da realidade constitucional.....	34
2.2 A Constituição Dirigente na defesa dos direitos fundamentais	40
2.2.1 A materialização do ideal constitucional através da Constituição.....	42
2.2.2 – A força normativa da Constituição como efetividade ao programa dirigente.....	50
2.3 As omissões inconstitucionais no Direito brasileiro	53
3 DAS FALHAS ESTRUTURAIS A UM ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE DOS CASOS ESTRUTURAIS	64
3.1 As falhas estruturais	64
3.2 Os casos estruturais na jurisprudência estrangeira	75
3.2.1 O caso norte-americano.....	75
3.2.2 O caso colombiano.....	77
3.2.3 O caso sul-africano.....	84
3.2.4 O caso indiano.....	86
3.2.5 Uma análise geral da jurisprudência alienígena em face dos casos estruturais.....	87
3.3 – Pressupostos para a adequação da tese do Estado de Coisas Inconstitucional à realidade brasileira	98
3.4 – Uma doutrina do Estado de Coisas Inconstitucional adequada ao Direito Constitucional brasileiro	102
3.5 – A importação da ferramenta do Estado de Coisas Inconstitucional no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF – 2015 pelo Supremo Tribunal Federal	110
4 – UMA ANÁLISE CRÍTICA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E DOS ATIVISMOS ESTRUTURAIS	116

4.1 – Apenas mais um caso de ativismo judicial?.....	116
4.1.1 – Riscos da ordem democrática.....	121
4.1.2 –Riscos da ordem institucional.....	131
4.2 – A necessidade de um passo adiante.....	142
4.2.1 – Restrições ao uso.....	142
4.2.2 – Compromisso Significativo.....	148
4.2.3 – Balizas de atuação.....	153
5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	161
REFERÊNCIAS.....	167

1 INTRODUÇÃO

Há pouco mais de 29 (vinte e nove) anos, Ulysses Guimarães, o “Senhor Diretas”, como ficou alcunhado, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, declarava a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil. A nova Carta era concebida após um período de mais de 20 (vinte) anos que o Brasil viveu sob um regime ditatorial militar marcado pela repressão de direitos e garantias fundamentais, trazendo consigo as marcas de superação desse período. Neste documento, com caráter transformador, os direitos fundamentais encontram um espaço e posição de destaque.

No entanto, passadas quase duas décadas de sua promulgação, a sociedade brasileira diariamente vivencia situações que provam que a efetivação do disposto pelos Constituintes de 1988 está longe de sua plenitude. Saúde, educação, moradia, lazer, segurança, para muitos brasileiros, não passam de conceitos abstratos.

Tal problema não é exclusivo da realidade brasileira. Diversos países, em especial do chamado Sul-global vivenciam essa falta de concretização das promessas constitucionais, em especial dos direitos fundamentais. A frágil democracia, recém conquistada, assim como no Brasil, vive uma crise de representatividade que afeta diretamente sua efetividade. Como resultado, temos a retração dos Poderes frutos dessa democracia, o Legislativo e o Executivo. Assim, o Poder Judiciário, inspirado em teorias neoconstitucionalistas, passa a adotar posturas para além de suas atribuições com a finalidade da concretização desses direitos: o ativismo judicial.

Máxime desse ativismo, o Estado de Coisas Inconstitucional surge na Corte Constitucional Colombiana como um meio de superar a inércia e a falta de coordenação dos Poderes democráticos a partir de um ativismo estrutural, interferindo diretamente no ciclo das políticas públicas com fins da concretização dos direitos garantidos constitucionalmente. O Brasil segue a mesma tendência, importando a tese em relevante julgamento no ano de 2015.

Nesse sentido, o presente trabalho busca elucidar quais as perspectivas do Estado Constitucional brasileiro diante da tese do Estado de Coisas Inconstitucional. Para isso, analisa-se criticamente a ferramenta do ECI na superação dos bloqueios institucionais geradores de falhas estruturais para a

concretização dos direitos fundamentais, fazendo um paralelo com os casos estruturais da jurisprudência internacional, em especial de países que compõem o Sul-global.

Para tanto, a metodologia empregada neste estudo é a análise dedutiva, através de pesquisa teórica e qualitativa, com emprego de material bibliográfico, documental e legal, com etapa de análise jurisprudencial e suas repercussões.

No decorrer do primeiro capítulo, a pesquisa é focada na teoria dos direitos fundamentais e as possibilidades de sua concretização no âmbito normativo, jurídico e material. Emprega-se, outrossim, uma análise do caráter histórico de tais direitos, bem como a operacionalidade dos órgãos estatais para materializa-los, ao fim, as condições jurídico-normativas de modo a conferir eficácia ao texto normativo.

O segundo capítulo é dedicado a demonstrar a insuficiência de tais instrumentos e do próprio Estado no dever de proteção dos direitos fundamentais, que, por uma série de falhas estruturais, criam situações insustentáveis de massivas e sistemáticas violações de direitos fundamentais. Ato contínuo, demonstra-se que a jurisprudência alienígena trata de diversas formas de superar tais falhas estruturais, com enfoque especial à construção jurisprudencial da Corte Constitucional da Colômbia, a tese do Estado de Coisas Inconstitucional. Tese, esta, importada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF n. 347, em 2015.

O estudo efetuado no terceiro capítulo consiste em uma análise crítica da ferramenta do Estado de Coisas Inconstitucional, consistindo em uma forma de ativismo judicial estrutural e, conseqüentemente, incorrendo em riscos da ordem democrática e institucional. Derradeiramente, propõe-se um ulterior desenvolvimento da tese, com a finalidade de corrigir, ou mitigar, as falhas constatadas no decorrer do presente trabalho, possibilitando uma possibilidade de melhora na tutela dos direitos fundamentais.

Ao final, as considerações finais têm o escopo de fazer um apanhado de tudo que aqui foi tratado, ressaltando a importância da tese e da construção de um conhecimento crítico e com aplicabilidade para além dos muros da universidade.

2 AS BASES DA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL

A Constituição de 1988, para além de uma carta de intenções, com limites ao poder do Estado, é uma ferramenta de transformação. Para isso, conta com um amplo catálogo de direitos e garantias, de forma a buscar garantir uma vida digna e igual a todos.

A concretização da Constituição Federal passa, assim, pela concretização dos direitos fundamentais nela dispostas, devendo o Estado agir com esse fim.

Antes de buscar entender como proceder à concretização de tais direitos, primeiro faz-se mister a compreensão do que são tais direitos, como são tratados pela Constituição e quais ferramentas atualmente a sociedade brasileira dispõe para sua efetivação, e esse será o objeto de análise que iniciará a presente monografia.

2.1 A Teoria dos Direitos Fundamentais e sua concretização

A história dos direitos fundamentais acompanha a história da sociedade moderna. Tratam-se de conquistas da sociedade, inicialmente em face das arbitrariedades do Estado, e depois de condições para a garantia da vida humana digna, plena e saudável.

Contudo, sua efetivação é uma matéria árdua. A própria existência de tais direitos enseja na resistência de setores da sociedade interessados na manutenção do *status quo*. Outrossim, a efetividade de tais direito encontra, também, seus limites em outros direitos ou em direitos de outrem.

Com a finalidade de iniciar o estudo desta monografia, inicia-se com a análise histórica de tais direitos fundamentas no contexto mundial, até a positivação de um amplo catálogo destes na Constituição brasileira de 1988. Em um segundo momento, verificar-se-á os princípios de interpretação das normas de direitos fundamentais, para, ao final, conferir a materialização dessas normas para com a realidade constitucional.

2.1.1 Historicidade

A construção de um marco teórico com base na teoria dos Direitos Fundamentais, precisa, antes de tudo, remontar ao aspecto histórico de tal tema. Sarlet (2012), de forma didática, pontua que a perspectiva histórica dos Direitos Fundamentais tem a importância, não apenas como mecanismo hermenêutico, mas, sobretudo, de modo que a história que culmina no surgimento do Estado constitucional, como hoje se encontra posto, cuja essência e razão de ser tem lugar no reconhecimento e proteção de tais direitos.

Ainda nesse sentido, Bobbio (2004) ensina que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, têm sempre caráter histórico, uma vez que nascem em certas circunstâncias, por lutas que defendem novas conquistas em face de velhos regimes, nascendo de forma gradual, não de uma vez, nem no mesmo processo histórico. Daí o caráter de historicidade dos direitos fundamentais (COSTA; REIS, 2011).

Assim, fazendo uma síntese do trajeto histórico dos direitos fundamentais até sua positivação nas primeiras Constituições, destacam-se três etapas, a serem analisadas a seguir: a primeira, pré-histórica, que tem seu fim no século XVI; a segunda, intermediária, correspondendo à elaboração de uma doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos naturais inerentes ao homem, e; a terceira, iniciada em 1776, com sucessivas declarações de direitos dos novos Estados americanos e sua constitucionalização (SARLET, 2012).

É consenso entre os doutrinadores que o reconhecimento dos direitos fundamentais no direito constitucional positivo se deu no final do século XVIII, através de sua consagração pelas constituições liberais pós-revolucionárias. Deste modo, aparecem de forma vertical, sendo uma proteção do cidadão em face do Estado, com exigências de abstenção por parte deste, de forma a garantir o ideal da Liberdade (THEODORO, 2002, p. 21).

Outrossim, é também consenso na doutrina moderna que o ideário que, posteriormente, viria a embasar a consagração de direitos fundamentais, teve suas bases em ideias que remetem à antiguidade, por meio da religião e da filosofia. Os valores de dignidade da pessoa humana, da liberdade e igualdade dos homens são já discutidos na filosofia clássica (greco-romana) e no pensamento cristão. Cumpre destacar a democracia ateniense, que constituía

um modelo político fundado na figura de um homem livre e dotado de individualidade, sendo, entre seus pares, igual. Ainda, no que tange a igualdade, os ensinamentos da ideologia cristã, de que todos são iguais perante Deus. (SARLET, 2012).

Na Antiguidade greco-romana, apenas os cidadãos da *polis*, no âmbito grego, ou cidadãos de Roma eram detentores de direitos. Dentre eles, falava-se na igualdade perante o direito (*isonomia*), igualdade e liberdade de palavra (*isogoria*) e igualdade de respeito (*isotimia*). Mesmo diante da exclusão de todos os que não fossem considerados membros da *polis* ou cidadãos romanos, são perceptíveis importantes considerações para o que viria a se tornar uma ideia de direitos fundamentais (CARVELLI; SCHOLL, 2011).

Em meados do século V, sofistas defendiam que o direito natural deveria ser classificado como superior ao direito positivo. Atenta-se para Alkidamas, filósofo da referida corrente de pensamento, o qual afirmava que Deus criou os homens livres e não fez nenhum deles escravos. No mesmo sentido, os estoicos romanos faziam a defesa de que o direito natural é uma lei divina, portanto, obrigatória a todos, não sendo passível de invalidação por nenhum legislador ou membro do povo (CARVELLI; SCHOLL, 2011).

Sarlet (2012) destaca ainda a particular relevância dos ensinamentos de São Tomás de Aquino, que além da ideia supramencionada de igualdade perante a divindade, lecionava quanto à existência de duas ordens legais: a primeira, formada principalmente pelo direito natural como expressão da natureza racional e do homem; a segunda, pelo direito positivo, estando esse submetido ao direito natural, de modo que a desobediência deste ao primeiro por parte dos governantes justificaria até mesmo o exercício do direito de resistência pela população. Nesse sentido, a autoridade que viesse a intervir na vida, na pessoa ou na propriedade dos súditos seria injusta, por estarem esses direitos resguardados por proteção divina (CARVELLI; SCHOLL, 2011).

Ainda no período medieval, Carvelli e Scholl (2011) destacam também a importância de Guilherme Ockham, reconhecido por muitos autores como pai da teoria dos direitos fundamentais. Este classificava os direitos à liberdade e à propriedade como direitos concedidos por Deus e pela Natureza, sendo inerentes à condição humana.

Em termos de direito positivo, é na Inglaterra, no século XIII, que temos o mais importante documento na matéria de direitos fundamentais do período: a *Magna Charta Libertatum*, firmada em 1215 pelo Rei João Sem Terra. Theodoro (2002) explica que, muito embora este documento tenha servido para garantir privilégios à nobreza, ele trouxe base para o reconhecimento de direitos e liberdades civis básicas, como o *habeas corpus*, o devido processo legal e o direito à propriedade.

Quanto à *Magna Charta Libertatum*, cumpre ainda destacar, conforme bem faz Sarlet (2012), que houve diversos documentos contemporâneos a ela, com destaque a documentos anteriores, dos séculos XII e XIII, as cartas de Forquía e os Forais, outorgados pelos reis portugueses e espanhóis, respectivamente. Contudo, o caráter excludente de tais documentos, aliado ao fato de se tratar de uma mera concessão da realeza, não permitem o reconhecimento legítimo do caráter de direitos fundamentais (THEODORO, 2002).

Com o advento da Idade Moderna, o poder político, que outrora na Idade Média, encontrava-se fragmentado, é reunificado a partir do século XV, agora, na mão do monarca. Tal centralização de poder se justificará pela vontade divina (Bodin), ou a partir da ideia de um contrato social (Hobbes). O Estado absolutista praticamente confunde-se com a pessoa do monarca, tornando-se um instrumento de arbítrio e opressão à vontade do mesmo. Nesse cenário, ante a necessidade de proteger o indivíduo das vontades do Estado (leia-se monarca), cria-se um ambiente favorável às discussões acerca de direitos do homem (SARMENTO, 2004)

Paralelamente, a Inglaterra, desde os avanços com a promulgação da *Magna Charta Libertatum*, vinha num caminho diferente do resto do continente Europeu. Ao invés do combate ao Estado absolutista, lá a aristocracia travava um combate em face da monarquia. O país seguia um caminho próprio na conquista dos direitos fundamentais, no qual cita-se a *Petition of right* (Petição de direitos), de 1627, os *Agreements of the People* (Acordos do Povo), de 1647-1649, o *Habeas-Corpus-Act* (Ato do Habeas-Corpus), de 1679, a *Declaration of Rights* (Declaração de Direitos), de 1688 e, finalmente, a *Bill of Rights* (Carta de Direitos), de 1689 (CARVELLI; SCHOLL, 2011).

No Continente, a partir do século XVI, a doutrina jusnaturalista, com enfoque especial nas teorias contratualistas, chega ao seu ápice. De outra ponta, o direito natural sofre um processo de laicização, com destaque ao iluminismo. Ocupam, também, lugar de destaque, autores espanhóis do século XVI, dentre os quais destaca Francisco de Vitória, Bartolomé de las Casas, Vázquez de Menchaca, Francisco Suarez e Gabriel Vázquez, que postularam pelo reconhecimento de direitos naturais inerentes aos indivíduos, tidos como expressão da dignidade e liberdade humana, sendo estes com validade universal, independentemente de crenças religiosas (SARLET, 2012).

Dentre os grandes pensadores do Estado, na Inglaterra, John Locke faria a defesa do reconhecimento dos direitos naturais, defendendo em sua obra, *Dois Tratados de Governo*, a existência de direitos individuais irrenunciáveis que estariam acima dos direitos naturais no seu denominado estado de natureza. Ainda nesse sentido, Charles de Secondat, Baron de la Brede et de Montesquieu, na aclamada obra, *O Espírito das Leis*, na qual fundou a teoria tripartite dos poderes do Estado, tinha no centro de suas teorias a garantia de liberdade do cidadão e o bem-estar do povo (CARVELLI; SCHOLL, 2011).

Sarlet (2012, p. 40), ainda explica que:

Foi principalmente – apenas para citar o representantes mais influentes – como Rousseau (1712 – 1778), na França, Tomas Paine (1737 – 1809), na América, e com Kant (1724 – 1804), na Alemanha (Prússia), que, no âmbito do iluminismo de inspiração jusnaturalista, culminou no processo de elaboração doutrinário do contratualismo e da teoria dos direitos naturais do indivíduo, tendo sido Paine quem na sua obra popularizou a expressão “direitos do homem” no lugar do termo “direitos naturais”.

Tais ideias formuladas pelas teorias Iluministas anteriormente citadas, com enfoque aos grandes teóricos do Estado, conforme Sarmiento (2004), foram base para dois grandes eventos decisivos para a consolidação dos direitos do homem, ao final do século XVII: a Revolução Francesa e o movimento que resultou na independência e fundação do Estado norte-americano. Tais episódios marcaram toda a história da humanidade e, ainda hoje, fonte axiológica de onde fluem os direitos fundamentais, modelados por exigências das particularidades dos povos.

A obra de Kant é marco conclusivo desta fase na história e teoria dos direitos fundamentais. O autor, inspirado em Rousseau, definiu liberdade jurídica

do ser humano como a possibilidade de desobediência das normas às quais não se deu seu livre consentimento (BOBBIO, 2004).

Na seara do direito positivo, como resultado das grandes americana e francesa, temos a *Virginia Bill of Rights* (Declaração de Direitos do Povo da Virgínia), de 1776, e a *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão), de 1789. Pela primeira vez na história, conforme Carvelli e Scholl (2011), com a *Virginia Bill of Rights*, os direitos fundamentais da pessoa humana não estavam à disposição da discricionariedade dos representantes do povo, atingindo o patamar de direitos supraestatais, ou seja, irrevogáveis ou inalienáveis. Já no seu artigo primeiro, declaração do povo da Virgínia reconhecia que, por natureza, todos os homens eram igualmente livres, independentes e com direitos inatos. Enquadram-se, nesses direitos o direito à vida, liberdade, posse e propriedade e a busca por felicidade e segurança. Todavia, tais direitos só foram recepcionados pela Constituição Norte-Americana com a aprovação de 10 emendas, que formaram a chamada *Bill of Rights* (Carta de Direitos) (1791), uma vez que não havia qualquer rol de direitos em seu texto original (SARMENTO, 2004).

Sarmiento (2004) destaca ainda que a contribuição de maior relevância dada pelo constitucionalismo norte-americano à teoria moderna dos direitos fundamentais foi a de empregar tais direitos como limites ao próprio legislador, de modo que a inobservância de tais direitos seria fiscalizada pelo próprio Poder Judiciário, através do chamado controle de constitucionalidade. Tal ideia encontrou grande resistência na Europa durante os séculos XIX e boa parte do XX, onde se tinha a ideia que a vontade do Parlamento, eleito a partir da vontade popular, não deveria se submeter ao crivo do poder Judiciário, sob risco de um “governo dos juízes”. Tal resistência chegou ao fim com o fim da Segunda Guerra Mundial, onde observou-se que os legisladores legitimaram tamanha barbárie ocorrida, ganhando força a ideia de controle do poder Legislativo pelo controle de constitucionalidade das leis em todo o mundo.

Em 1789, a *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão) surge em meio a um panorama de luta por mudança política e social em face da opressão pela monarquia despótica. Com clara influência dos acontecimentos em território norte-americano, postulava-se por direitos naturais, inatos, supraestatais e

inalienáveis como condição primordial para o fim dos abusos pelo Estado. A Declaração Francesa conta, assim, com um catálogo de direitos deveras abrangente, que inclui direito à liberdade, igualdade, igualdade social, propriedade, segurança, resistência à opressão, liberdade de ação nos termos da lei, liberdade de opinião e de expressão, liberdade de imprensa e liberdade de religião (CARVELLI; SCHOLL, 2011).

É nesse período que Bonavides (2006) aponta que se manifestou, pela primeira vez, outra importante característica dos direitos fundamentais, além da historicidade citada alhures: a universalidade. Inerente à condição humana, essa característica está ligada a vinculação primordial dos direitos à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos. Enquanto as declarações anteriores eram dirigidas às camadas privilegiadas da sociedade, quando muito a um povo que se libertava politicamente, a Declaração francesa tinha como destinatário o ser humano.

Como resultado do pensamento liberal-burguês inerente à época das cartas de direitos norte-americana e francesa, tem-se hoje o que são chamados de *direitos fundamentais de primeira dimensão*. Trata-se, a princípio, de direitos de cunho negativo, de modo a visarem uma abstenção, e não uma atitude dos poderes públicos, em face das arbitrariedades e injustiças causadas, até então, pelos regimes despóticos. São complementados por um leque de liberdades, tal qual liberdade de expressão, de imprensa, de manifestação, de reunião, etc. Também se fala em direito de igualdade (perante a lei) e garantias processuais, como o devido processo legal, *habeas corpus*, direito de petição. Em suma, são os chamados direitos civis e políticos, que vem a integrar as constituições do ocidente desde então (SARLET, 2012).

Apesar dos avanços gerados pelo reconhecimento dos direitos fundamentais liberais de primeira geração, a dignidade humana ainda encontrava percalços no período da Revolução Industrial. O Estado liberal absentista não tinha como resolver a acentuada exploração do homem pelo homem diante da lógica de mercado. Nesse cenário, surgem dos mais diversos setores críticos ao modo de economia liberal. Cada um ao seu modo, o marxismo, o socialismo utópico e a doutrina social da Igreja compunham oposição ao individualismo excessivo do constitucionalismo liberal. De acordo com a ideologia fundada por Karl Marx, os direitos firmados nas constituições

liberais fazem parte de uma estrutura de dominação da burguesia ao proletariado. Deste modo, segundo a corrente marxista, o Estado deveria intervir na sociedade a fim de garantir a igualdade entre o povo, não apenas perante o próprio Estado, como propunha a ideologia liberal, mas também entre seus pares, de modo que o proletariado deveria tomar para si o Estado (SARMENTO, 2004).

Ainda conforme os ensinamentos de Sarmiento (2004), os pensadores do socialismo utópico, como Charles Fourier, Robert Owen e Luis Blanc, também questionavam o liberalismo. Entretanto, com a diferença básica com relação ao marxismo que não haveria a necessidade do proletariado tomar o poder a força, bastando um convencimento da burguesia.

A doutrina social da Igreja, ainda que contra a luta de classes, defendia direitos mínimos a classe operária. A partir de Encíclicas, como a Encíclica *Rerum novarum*, do Papa Leão XIII, de 1891, a Igreja criticava o excesso de individualismo pregado pelo liberalismo e defendia que o Estado tomasse parte mais ativa quanto à defesa dos mais pobres (SARMENTO, 2004).

De modo geral, há nesse período histórico uma ampliação de direitos políticos, conseguinte uma democratização política. Tal movimento chega a seu ápice na virada do século XX, com a consagração do chamado Estado de Bem-Estar Social, juntamente com a constitucionalização de direitos que vinham a exigir prestações positivas do Estado, a fim de garantir condição digna de vida e trabalho para todos (COSTA; REIS, 2011).

No âmbito do positivismo jurídico, tais direitos, como assistência social, saúde, educação e trabalho vieram a ser contemplados, ainda que embrionariamente nas Constituições francesas de 1793 e 1848, na Constituição brasileira de 1824 e na Constituição alemã de 1849 (SARLET, 2012). Além destes, Sarmiento (2004) destaca a edição na primeira metade do século XIX, por Robert Peel, de normas sociais com o objetivo de proteção do trabalhador e, nas décadas de 60 e 70 do século XIX, e edição, por Bismarck, o esboço de uma legislação de proteção ao trabalhador e assistência social.

Sarmiento (2004) destaca, ainda, a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, como as possuidoras de um rol próprio desses direitos, assim como os reflexos das correntes de pensamento desse período, especialmente a marxista, que eclodiram na Revolução Russa de 1917

onde, 40 anos depois, um terço da humanidade estaria vivendo em regimes que pregavam a apropriação coletiva dos meios de produção.

Com a forte influência ideológica das correntes de pensamento sociais, especialmente em decorrência da Revolução Industrial, observada a lacuna deixada pelos direitos fundamentais de primeira geração, tem-se agora os *direitos fundamentais de segunda dimensão*. Compreendem dessa forma direitos de dimensão positiva, uma vez que não se cuida mais de evitar a intervenção do Estado na esfera privada, mas tomar encaminhamentos para a busca de igualdade social e direitos de liberdade social, de modo a garantir o direito de greve, liberdade sindical e de férias aos trabalhadores (SARLET, 2012).

É, contudo, conforme Theodoro (2002), após o término da Segunda Guerra Mundial que esses direitos consolidaram-se nas constituições ocidentais. Há inclusive, a partir desse período, a edição de tratados internacionais com vistas de garantir a efetivação desses direitos.

Nesse momento, considerando-se o momento histórico vivido na Europa, o positivismo havia tomado conta dos debates jurídicos. Barroso (2015) aponta como principais características desta corrente de pensamento a ciência como único conhecimento válido, pensada de forma objetiva e aplicando-se o método científico inclusive nas ciências sociais.

Observa-se assim, que o período positivista possui uma rigidez metodológica, aproximando a ciência do direito das ciências exatas e deste modo diminuindo seu potencial interpretativo.

A época teve como pensador da máxima positivista Hans Kelsen, em a Teoria Pura do direito, na qual se propunha a elaborar uma teoria do direito sem a influência de valores morais subjetivos. Contudo, o que se viu na verdade foi que a “[...] crença onipotente em uma ciência objetiva natural reduziu o Direito a um sistema de normas prescritivas absolutas, capazes de legitimar o mais puro autoritarismo e promover a barbárie em nome da lei” (VICTORINO, 2007, p. 12).

O período de barbárie referido pelo autor, que culminou também na rejeição do positivismo jurídico, foi o que compreendeu os regimes nazi-facistas que se instalaram no continente europeu na primeira metade do século XX, tendo como resultados o Holocausto e as duas Grandes Guerras.

Superados os regimes totalitários da época, diversos países introduziram em suas Cartas Constitucionais elementos relacionados a valores e opções políticas mínimas, na esperança de não repetir os fatos históricos ocorridos. Assim, positivando-se valores e opções políticas no texto constitucional, tornou-se imperativa a edição de uma doutrina específica capaz de conduzir normatividade a tais institutos (BARCELLOS, 2005).

Com a democratização da política e o avanço da questão social nas discussões legais, a intervenção do Estado do âmbito econômico ganhou relevo. No contexto de período pós-grandes-guerras, houve a massificação de direitos que não se enquadrariam em nem uma das categorias anteriormente citadas. Esses direitos tinham caráter universal, de modo a possuírem uma aplicabilidade válida a todas as pessoas, correspondendo, de certo modo, ao princípio da Fraternidade, um dos lemas da Revolução Francesa (COSTA; REIS, 2011).

Cuida-se, neste ponto, do resultado de reivindicações geradas pelo impacto tecnológico, as guerras que devastaram o continente europeu, bem como pelo processo de descolonização que seguiu o período pós-guerra, gerando novos reflexos na esfera dos direitos fundamentais. São demandas de direitos da coletividade, muitas vezes de titularidade indefinida e indeterminável, que reclamariam por novas abordagens para sua garantia e proteção (SARLET, 2012).

São, deste modo, consagrados os *direitos fundamentais de terceira dimensão*, direitos que vêm em resposta às degradações geradas pelo avanço tecnológico e de fatos históricos recentes, como a descolonização e as grandes guerras. Consagra-se assim direitos como o direito ao meio ambiente, à qualidade de vida, direitos do consumidor, auto-determinação dos povos, paz, etc. (THEODORO, 2002). Outrossim, no âmbito do direito positivo, com algumas exceções, a maior parte desses direitos ainda não encontrou reconhecimento na seara dos documentos constitucional, estando localizados em documentos do direito internacional, com expressivo número de tratados e acordos internacionais nesse sentido (SARLET, 2012).

Nesse contexto, em 10 de dezembro de 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas, mediante a Resolução n. 217, aprovou a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Trata-se tal de uma carta de valores e princípios que versam sobre os direitos das três gerações, considerada uma

espécie de carta de alforria para os povos que a subscreveram, após as atrocidades vividas nas décadas de 1930 e 1940. Exprime assim, um grau deveras adiantado de reconhecimento de um homem (ser humano) livre, cidadão de todas as pátrias, lapidando direitos e garantias da fora que nenhuma Constituição até então havia conquistado (BONAVIDES, 2006).

Nesse contexto, cumpre ressaltar que tais direitos e garantias inerentes à condição humana firmados em caráter internacional são denominados de “direitos humanos”. Esses direitos, conforme Theodoro (2002), fariam parte de uma vontade internacional, e não tem o mesmo caráter vinculativo que os direitos fundamentais, uma vez que ausentes sua efetividade imediata ou vinculação interna, dependendo de programas ou atuações legislativas para sua implementação em âmbito interno.

Em paralelo, entendem-se, consoante à doutrina majoritária, direitos fundamentais como direitos e garantias inerentes à condição humana positivados na ordem constitucional interna de cada Estado (SARLET, 2012).

Para além da classificação mencionada, há autores, conforme Costa e Reis (2011), como Bonavides e Bobbio, que reconhecem uma quarta dimensão de direitos fundamentais. Tais direitos, segundo esses autores, advêm de contextos plurais, com a globalização. São direitos relativos à democracia, à informação, ao pluralismo, à bioética, à engenharia genética e questões ético-jurídicas envolvendo o desenvolvimento, conservação e fim da vida humana.

Bonavides (2006, p. 572) explica que:

Os direitos da quarta geração não somente culminam a *objetividade* dos direitos das duas gerações antecedentes, como absorvem – sem, todavia, remove-la – a *subjetividade* dos direitos individuais, a saber, os direitos de primeira geração. Tais direitos sobrevivem, e não apenas sobrevivem, senão que ficam opulentados em sua dimensão *principal, objetiva e axiológica*, podendo, doravante, irradiar-se com a mais subida eficácia normativa a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico.

Portanto, os direitos de quarta dimensão compreenderiam o futuro da cidadania e da liberdade de todos os povos, de modo que somente com a garantia destes seria legítima e possível a globalização política (BONAVIDES, 2006).

Contudo, Sarlet (2012) observa que tais direitos ainda se encontram longe de serem recepcionados pela ordem jurídico-positiva interna e

internacional, com pontuais exceções, como a participação popular direta em processos decisórios, como ocorre com os Conselhos Tutelares e orçamento participativo. Dessa forma, no momento, são relegados a uma saudável esperança em relação a um futuro melhor para a humanidade no que tangem tais direitos.

A amplitude e abrangência do catálogo direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988 foi um fato sem precedentes na história do direito constitucional interno. De primeira leitura, constata-se que houveram inovações significativas nesse âmbito, como o caráter de aplicabilidade imediata das normas que versem sobre esses direitos (artigo 5º, parágrafo 4º). Dentre as inovações contidas na Constituição a respeito dessa matéria, cumpre destacar a situação topográfica do vasto catálogo de direitos fundamentais, positivados no início da Carta Magna, logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais. Esse fato demonstra possuir maior rigor lógico, de modo a atribuir aos direitos fundamentais maior valor hermenêutico e superiores em face à toda ordem jurídica (SARLET, 2012).

Aqui, é importante abrir um parêntese para firmar que a Lei Fundamental pátria parte de algumas premissas, alinhadas à corrente denominada neoconstitucionalismo. Assim, a Constituição ocupa o espaço de norma jurídica central e maior do sistema, dotada de força normativa, vinculando a todos dentro do Estado, sobretudo os Poderes Públicos. De todas as normas ali dispostas, os direitos fundamentais ocupam espaço de prestígio e preferência (BARCELLOS, 2005).

Agora, de uma análise à Carta Constitucional Brasileira, com base no fundamentos já firmados no presente estudo, aponta-se a contemplação dos direitos de todas as dimensões historicamente firmadas: Os direitos fundamentais de primeira dimensão, que compreendem os direitos individuais e os políticos estão dispostos em espaço próprio, qual seja o Título II, Direitos e Garantias Fundamentais, compreendendo, respectivamente, os direitos individuais no art. 5º e seus incisos, e os direitos políticos no art. 12 ao 17; os direitos fundamentais de segunda dimensão, que diz respeito aos direitos sociais, estão contemplados também no Título II já mencionado, porém no art. 6º da Carta e disciplinados ao longo do texto; finalmente, os direitos fundamentais de terceira geração estão espalhados ao longo da Constituição,

porém pode-se citar o artigo 5º, inciso XXXII, que dispõe sobre o direito de proteção do consumidor, artigo 216 que positiva o direito ao patrimônio cultural, artigo 225 garantindo o direito ao meio-ambiente, entre outros (BRASIL, 1988).

Ao fazer uma análise dos direitos fundamentais, após essa análise histórica, observam-se nestes outras três características além das já citadas (historicidade e universalidade), a saber: a inalienabilidade, que decorre do viés de indisponibilidade desses direitos, nos quais, por não se tratarem de direitos econômicos, positivados e inerentes, não podem ser quantificados ou repassados a terceiro; são imprescritíveis, portanto, a imprescritibilidade, dado também a sua vinculação com a própria natureza humana, podendo ser exigidos a qualquer tempo, e; a irrenunciabilidade, uma vez que são personalíssimos e inalienáveis, o detentor desses direitos pode até escolher não exercê-los, mas jamais poderá renuncia-los (COSTA; REIS, 2011).

Todas essas características apresentadas demonstram que os direitos fundamentais são conquistas dos cidadãos para a defesa e garantia de condições de vida digna inerentes a condição humana. Contudo, questiona-se quais os limites de tais direitos. A resposta para esse questionamento encontra-se na aplicabilidade dos princípios constitucionais, de forma a ser analisada no próximo tópico.

2.1.2 Princípios interpretativos

Na Constituição do Brasil de 1988, tais direitos encontram-se positivados na forma de normas jurídicas. Dito de outro modo, as normas que versam sobre direitos fundamentais são, via de regra, caracterizadas como princípios. Contudo, há de se pontuar a distinção entre essas duas espécies.

Tem-se aqui a obra de Robert Alexy, a Teoria dos Direitos Fundamentais (2008), marco para o pensamento jurídico no tema. Nesta Alexy (2008) destaca a relevância da distinção entre regras e princípios para a teoria dos direitos fundamentais. Assim, essa distinção, conforme o autor, é a base da teoria dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais dessa teoria, constituindo a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, a partir disso, um ponto de partida para o estudo dos limites de tais direitos. Essa teoria é essencial também para a efetivação dos

direitos fundamentais no âmbito jurídico-formal, no que diz respeito à atuação do Poder Judiciário.

Observa-se ainda que, dado a fundamentalidade de tais direitos dispostos ao longo do texto constitucional, aliado ao próprio caráter de universalidade dos mesmos, imprime uma situação chamada de colisões de princípios. Isso se dá uma vez que as normas de direitos fundamentais são comumente caracterizadas como princípios (ALEXY, 2008), como muitas das que foram anteriormente citadas, não sendo assim possível auferir hierarquia entre estes em abstrato (BARCELLOS, 2005).

Extraí-se da obra de Barroso (2015, p. 238), quanto ao tema de princípios, que:

Após longo processo evolutivo, consolidou-se na teoria do Direitos a ideia de que as normas jurídicas são um gênero que comporta, em meio a outras classificações, duas grandes espécies: as regras e os princípios. Tal distinção tem especial relevância no tocante às normas constitucionais. O reconhecimento da distinção qualitativa entre essas duas categorias e atribuição de normatividade aos princípios são elementos essenciais do pensamento jurídico contemporâneo. Os princípios – notadamente os princípios constitucionais – são a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico. Em sua trajetória ascendente, os princípios deixaram de ser uma fonte secundária e subsidiária do Direito para serem alçados ao ceto do sistema jurídico. De lá, irradiam-se por todo o ordenamento, influenciando a interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral e permitindo a leitura moral do Direito.

Regras e princípios, a priori, são duas espécies de normas jurídicas, uma vez que ambas dizem o que deve ser, podendo ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. São, desta forma, ainda que de espécies distintas, razões para juízos concretos de dever-ser. Assim, a distinção entre regras e princípios trata-se de uma distinção entre duas espécies de normas (ALEXY, 2008).

Barroso (2015) ensina que a doutrina costuma trazer uma enorme variedade de critérios para distinções entre regras e princípios. Contudo, é possível reduzir tais critérios a apenas três: o conteúdo; a estrutura normativa; e o modo de aplicação. Quanto o primeiro critério, o conteúdo, observa-se que o vocábulo “princípio” indica normas que expressam *decisões políticas fundamentais*, tal como República, Estado democrático de direito e Federação, *valores* (aí que ingressam os direitos fundamentais), como dignidade humana, segurança jurídica, igualdade, ou *fins públicos a serem realizados*, como o

desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza, etc. Contudo, as regras jurídicas são comandos objetivos, prescrições que expressam uma permissão ou proibição, imperativamente. Trata-se a concretização dos valores e fins públicos os quais os princípios descrevem, conforme a vontade do constituinte ou do legislador ordinário. O segundo critério, qual seja a estrutura normativa, onde os princípios, de primeira banda, apontam para objetivos ou estados ideais a serem alcançados, sem que haja a descrição de uma ordem objetiva ou conduta a ser seguida. É nesse ponto que atribui-se a característica de abertura dos princípios, permitindo que sejam aplicados a diversas situações distintas, mas tratando-se da mesma matéria ou direito subjetivo. Já as regras são normas descritivas de comportamentos, havendo um menor grau de gerência do intérprete quanto à aplicabilidade desta ao caso fático, dada a sua aplicabilidade mais específica. Em suma, princípios são normas predominantemente finalísticas, e regras são normas predominantemente descritivas (BARROSO, 2015), considerando que os princípios, em suma têm um grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo (ALEXY, 2008).

Finalmente, e não menos importante, o terceiro critério de distinção entre regras e terá uma análise um pouco mais aprofundada a seguir: o modo de aplicação. Dworkin (2010) explica que as regras são aplicadas de modo absoluto, “tudo-ou-nada”. Trabalha-se, assim, com a validade ou a invalidade da regra perante o caso fático. Se os fatos que a regra estipular enquadrarem-se no caso fático, ela é válida, caso o contrário, a regra é inválida. As regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas, e se válida, ou satisfeita, deve-se fazer o que ela exige, sem mais nem menos. Assim, são *mandados definitivos* (ALEXY, 2008).

Entretanto, os princípios têm uma dimensão diversa das normas: a dimensão de peso e importância. Quando ocorre a concorrência entre princípios, no sentido dos dois pautarem dois direitos ao mesmo sujeito decorrentes da mesma situação fática, ou seja, uma interseção de princípios, o operador do direito que vier a ter a obrigação de resolver algum conflito com essa ocorrência, terá que levar em conta o peso relativo de cada princípio (DWORKIN, 2010). Princípios são, portanto, normas que ordenam que algo seja realizado da melhor forma possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas que se observa no

caso presente. Assim, são *mandados de otimização*, uma vez que podem ser satisfeitos em graus variados dependendo das características legais e empíricas aplicáveis (ALEXY, 2008).

Essa diferença fica mais evidente quando há colisões entre regras e princípios. As regras, conforme visto alhures, utilizam-se do critério de subsunção, ou seja, ou ela é válida ao caso fático, ou é inválida. No caso de conflito entre estas, Alexy (2008) explica que só pode haver solução se for introduzida uma cláusula de exceção que elimine o conflito. O autor exemplifica a introdução de cláusula de exceção quando há uma proibição de sair da sala de aula antes do término da aula, contudo o alarme de incêndio é acionado. Caso a aula não tiver terminado, porém o alarme de incêndio estivesse soando, essas regras conduzem a mandamentos contraditórios. A solução seria uma cláusula de exceção na primeira regra para que permitisse a saída dos alunos no caso de soar o alarme de incêndio. Contudo, se não houver tal cláusula de exceção, uma das regras tem que ser declarada inválida, e, portanto, excluída do ordenamento jurídico, não sendo possível que dois juízos concretos de dever-ser sejam contraditórios entre si e ainda assim válidos.

Dworkin (2010) acrescenta uma visão um pouco diferente, na qual, a validade de uma regra passa por uma análise de “tudo ou nada”, na qual considera-se seu peso e valor. Para a solução dos conflitos entre regras, o ordenamento jurídico no qual essas normas se estabelecem podem dispor de outras regras com o fim de dirimir tal conflito, de preferência editada por autoridade mais elevada. Ainda, caso não haja, haveria de se levar em conta a regra que tiver sido formulada primeiro, ou for mais específica, ou a que tiver apoio dos princípios mais importantes.

Por sua vez, a colisão de princípios, foco no presente contexto de estudo dos direitos fundamentais, se dá de forma completamente distinta. Esse fato ocorre, por exemplo, quando algo é permitido por um princípio, porém negado por outro, tal qual a o princípio da liberdade de imprensa contra o princípio da proteção da intimidade e da vida privada (princípios que correspondem aos direitos fundamentais de liberdade de imprensa, liberdade/acesso à informação e do direito à intimidade). Deste modo, um dos princípios terá que ceder face o outro, no caso concreto. Isso não significa, entretanto, que o princípio que subsistirá no presente caso será declarado válido

e o outro inválido, tampouco que há a necessidade de uma cláusula de exceção. O que ocorre, sim, é a preponderância de um princípio sobre o outro, em determinadas circunstâncias, ressaltando-se que a preponderância entre os mesmos princípios pode se dar de forma contrária em uma situação distinta. O que se leva em conta, nesses casos, é o diferente peso que é auferido aos princípios no caso em análise, sendo o princípio com maior peso nesse contexto o que preponderaria (ALEXY, 2008).

Já no âmbito da teoria de Dworkin (2010) a dimensão de peso, ou importância, ou valor, é fato exclusivo dos princípios, de modo a ser isso a ser levado em conta na escolha do princípio preponderante no caso de fato. Nesse momento, o princípio que não prevalecer poderá em outro caso, com outras circunstâncias, ainda ser utilizado. No momento da decisão quanto ao caso concreto, o julgador deverá levar em conta todos os princípios envolvidos na situação, elegendo um deles como o preponderante, entretanto, isso não significa que ele será válido ou os outros inválidos.

Na seara do Direito brasileiro, a ponderação de princípios é fato corriqueiro no cotidiano das cortes do Poder Judiciário. Como exemplo, cita-se o julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) n. 4.815¹ do

¹ “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 20 E 21 DA LEI N. 10.406/2002 (CÓDIGO CIVIL). PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA REJEITADA. REQUISITOS LEGAIS OBSERVADOS. MÉRITO: **APARENTE CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DE INFORMAÇÃO, ARTÍSTICA E CULTURAL, INDEPENDENTE DE CENSURA OU AUTORIZAÇÃO PRÉVIA (ART. 5º INCS. IV, IX, XIV; 220, §§ 1º E 2º) E INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM DAS PESSOAS (ART. 5º, INC. X). ADOÇÃO DE CRITÉRIO DA PONDERAÇÃO PARA INTERPRETAÇÃO DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL.** PROIBIÇÃO DE CENSURA (ESTATAL OU PARTICULAR). GARANTIA CONSTITUCIONAL DE INDENIZAÇÃO E DE DIREITO DE RESPOSTA. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO AOS ARTS. 20 E 21 DO CÓDIGO CIVIL, SEM REDUÇÃO DE TEXTO. 1. A Associação Nacional dos Editores de Livros - Anel congrega a classe dos editores, considerados, para fins estatutários, a pessoa natural ou jurídica à qual se atribui o direito de reprodução de obra literária, artística ou científica, podendo publicá-la e divulgá-la. A correlação entre o conteúdo da norma impugnada e os objetivos da Autora preenche o requisito de pertinência temática e a presença de seus associados em nove Estados da Federação comprova sua representação nacional, nos termos da jurisprudência deste Supremo Tribunal. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. 2. O objeto da presente ação restringe-se à interpretação dos arts. 20 e 21 do Código Civil relativas à divulgação de escritos, à transmissão da palavra, à produção, publicação, exposição ou utilização da imagem de pessoa biografada. 3. A Constituição do Brasil proíbe qualquer censura. O exercício do direito à liberdade de expressão não pode ser cerceada pelo Estado ou por particular. 4. O direito de informação, constitucionalmente garantido, contém a liberdade de informar, de se informar e de ser informado. O primeiro refere-se à formação da opinião pública, considerado cada qual dos cidadãos que pode receber livremente dados sobre assuntos de interesse da coletividade e sobre as pessoas cujas ações, público-estatais ou público-sociais, interferem em sua esfera do acervo do direito de saber, de aprender sobre temas relacionados a suas

Supremo Tribunal Federal, julgando a constitucionalidade dos artigos 20 e 21 do Código Civil Brasileiro (Lei federal n. 10.406/2002) em face da Constituição brasileira, na qual a Associação Nacional dos Editores de Livros – Anel discute a constitucionalidade dos referidos diplomas legais relativas à divulgação de escritos, à transmissão da palavra, à produção, publicação, exposição ou utilização da imagem de pessoa biografada.

No caso em questão, a Suprema Corte procedeu à ponderação dos princípios da liberdade de expressão, liberdade de informação, e liberdade artística e cultural independente de censura ou autorização prévia, disposto no artigo 5º, incisos IV, IX, XVI, 220, parágrafos 1º e 2º da Constituição Federal em face dos princípios da inviolabilidade da vida privada, honra e imagem das pessoas, disposto no art. 5º, inciso X, do mesmo diploma. Entendeu a Corte que, no caso em tela, julgou-se procedente a ação, preponderando-se os princípios, como bem citado pela Ministra Relatora Cármen Lúcia, correspondentes aos direitos fundamentais à liberdade de pensamento, de expressão, da criação artística e produção científica em face dos direitos à intimidade, vida privada e honra de pessoas públicas biografadas (BRASIL, 1998).

Assim, houve não só a ponderação² de direitos fundamentais com o conflito de princípios, mas também uma imposição de limites a esses direitos

legítimas cogitações. 5. Biografia é história. A vida não se desenvolve apenas a partir da soleira da porta de casa. 6. Autorização prévia para biografia constitui censura prévia particular. O recolhimento de obras é censura judicial, a substituir a administrativa. O risco é próprio do viver. Erros corrigem-se segundo o direito, não se coartando liberdades conquistadas. A reparação de danos e o direito de resposta devem ser exercidos nos termos da lei. 7. A liberdade é constitucionalmente garantida, não se podendo anular por outra norma constitucional (inc. IV do art. 60), menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil), ainda que sob o argumento de se estar a resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado, qual seja, o da inviolabilidade do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem. 8. Para a coexistência das normas constitucionais dos incs. IV, IX e X do art. 5º, há de se acolher o balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias. 9. Ação direta julgada procedente para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes). ” (grifo nosso) (BRASIL, 2016).

² Quando o poder público, em especial o Judiciário, depara-se com a necessidade de solução de casos difíceis, tal qual o conflito entre princípios constitucionais, utiliza-se o princípio da hermenêutica constitucional denominado ponderação. Consiste, conforme Roberto Barroso (2015), na técnica de decisão, que se aplica a casos onde a mera subsunção não se mostra suficiente, uma vez que trata-se de institutos com a mesma posição hierárquica. Assim, a

fundamentais. Entende-se, desta forma, que os direitos fundamentais encontram seus limites em outros direitos fundamentais, a serem analisados em cada caso em concreto. Outras formas de limites desses direitos, tal como o da chamada “reserva do possível” serão objeto de análise ao longo do presente trabalho monográfico.

Outrossim, a aplicabilidade formal-normativa que foi acima explanada tem sua aplicação em casos específicos, quando provocado o Poder Judiciário, em que, em pontuais exceções, produzem efeitos apenas entre as partes (excetuam-se à essa afirmação a ação civil pública e o controle de constitucionalidade abstrato, que, ainda que com certas limitações, têm efeitos *erga omnes*).

2.1.3 A relação da realidade constitucional

No sentido material de efetivação dos direitos fundamentais (entende-se aqui na atividade de criação e aplicação das normas), de forma muito mais abrangente dentro de seus âmbitos de atuação, essa eficácia exige uma série de ações e omissões por parte do Estado. Ao buscar, em especial, direitos fundamentais de primeira dimensão, o Poder Público deve tomar uma posição, a priori, absentista, ou seja, basta que o Estado não tome atitudes para a efetivação desses direitos e, além disso, garanta que terceiros também não tomem atitudes que vão obstar a prática desses direitos. Entretanto, em especial quando se fala em direitos fundamentais de segunda e terceira dimensão, percebe-se a necessidade de uma série de ações por parte do estado para a

ponderação pode ser descrita como um processo de três etapas: primeiramente, cabe ao intérprete localizar no sistema vigente normas relevantes que apontem para uma solução do caso em questão, apontando os eventuais conflitos entre estas, de modo que as que apontarem para a mesma solução deverão formar um agrupamento; segundo, procede-se o exame dos fatos com os consequentes reflexos a partir das normas identificadas na primeira etapa; na terceira e derradeira etapa, o julgador deve atribuir pesos aos diversos elementos em disputa, sendo esses os grupamentos de normas que devem preponderar no caso, devendo decidir qual o grau apropriado que a solução deve ser aplicada. Tudo isso deve, no entanto, ser regido pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Com a finalidade de minimizar ou até mesmo de evitar a discricionariedade em demasia da ponderação pelo aplicador da norma, o mesmo deve reconduzi-la dentro do próprio sistema jurídico, fundamentando-a com uma norma constitucional ou legal, utilizando-se de parâmetros que possam ser generalizados em casos semelhantes e buscar sempre preservar o núcleo essencial dos direitos em questão (BARROSO, 2015).

promoção de direitos como saúde, educação e outros, em caráter individual e difuso (BARCELLOS, 2005).

Contudo, de uma análise mais aprofundada da aplicabilidade fática dos direitos fundamentais no âmbito do constitucionalismo brasileiro, observa-se tais direitos, independentemente de sua dimensão, demandam sim uma ação estatal, e não apenas uma omissão, como vinha sendo firmado. Dantas (2008), em análise às teorias de Canotilho, Alexy, Susteain e Holmes afirma o caráter positivo de todos os direitos fundamentais, uma vez que mesmo as liberdades e a propriedade exigem uma ação estatal para protegê-los de terceiros.

Fernandes (2016) afirma que quanto à teoria liberal dos direitos fundamentais, em especial quando da formação dos direitos fundamentais de primeira dimensão, a qual assentava os limites do poder do Estado para com os particulares, percebeu-se a insuficiência da mesma quando da sua aplicabilidade. Deste modo, teorizou-se uma nova possibilidade de incidência da aplicabilidade dos direitos fundamentais, propondo a ruptura com o paradigma apenas estática do estado quanto a esses direitos. Nesses termos, fala-se agora na necessidade de defender os direitos fundamentais no âmbito das relações privadas.

Nesse sentido, fala-se agora na eficácia vertical dos direitos fundamentais, compreendendo a eficácia clássica dos direitos fundamentais de primeira dimensão, representando o caráter absentista do Estado face os particulares, e na eficácia horizontal desses direitos, nas relações entre particulares, em que se espera uma postura positiva do Estado face aos abusos praticados nessas relações (SARMENTO, 2004).

Nessa nova seara de aplicação dos direitos fundamentais, compreende-se duas correntes: a primeira fala da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais, majoritária dentro da doutrina alemã, onde a aplicabilidade desses direitos nas relações privadas dependem da consagração de leis infraconstitucionais voltadas especificamente para essas relações (FERNANDES, 2016); já a segunda, a qual coaduna-se Sarmiento (2004), fala da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, onde direitos fundamentais já trariam as condições necessárias no texto constitucional, sem a necessidade de edição de normas infraconstitucionais.

De outra banda, nos parece claro, a este ponto de estudo, que a definição de programas e metas no âmbito constitucional não encontra serventia somente para satisfazer os direitos fundamentais sociais de segunda e terceira dimensão, mas sim, todos os direitos fundamentais, inclusive as garantias individuais que acreditava-se requerer apenas uma postura neutra do Estado. Isso ocorre especialmente em países do chamado Sul-Global, como o Brasil, onde as promessas da modernidade sequer foram cumpridas. Nesses casos, em especial, políticas públicas como de distribuição de renda, como por exemplo o Bolsa Família no âmbito brasileiro, vêm para garantir não somente uma renda extra a famílias carentes, mas sim para cumprir condições básicas de subsistência humana, onde pessoas (ainda!) morrem de fome. Garante-se assim, do mesmo modo, a proteção a direitos de igualdade e propriedade. Políticas de segurança pública e educação vêm do mesmo modo, ainda mais quando se fala na eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Barcellos (2005, p.88) traz o problema para a questão dos direitos políticos, de modo que o “sistema de diálogo democrático não tem como funcionar de forma minimamente adequada se as pessoas não tiverem condições de dignidade, ou se seus direitos em patamares mínimos não forem respeitados. ” Isso passa pela efetivação dos direitos fundamentais através de ações positivas do Estado.

Assim, se o Estado Constitucional está pautado na supremacia da Constituição, na força normativa e vinculante dos princípios e dos direitos fundamentais e na busca do Estado como instrumento na busca da efetivação destes (independentemente de dimensão), dentro da proposta da Constituição Cidadã de 1988, é necessária uma série de instrumentos que possibilitem a concretização dessa nova ordem. Desta forma, as políticas públicas vêm como um instrumento de atuação estatal que, no aspecto político, exigindo ação popular e, portanto, exercício da cidadania, fundada no contexto de pluralismo social e proporcionando, assim crescente legitimidade estatal, para a concretização dos fins, em especial dos direitos fundamentais, firmados no texto Constitucional (BREUS, 2006). De forma mais direta, Riani (2013, p. 145) define políticas públicas como “ação (ou conjunto de ações) do Estado, ou sua omissão deliberada consciente, para a solução de problemas coletivos. ”

Dada sua pluralidade e abrangência de possibilidade de atuações, as políticas públicas tem, por essência, caráter multidisciplinar, envolvendo diversas áreas do conhecimento, como a Ciência Política, a Sociologia, a Economia e o Direito, entre outros. E assim, dado o seu caráter plural, reflexo das necessidades da sociedade, essas políticas do Estado se dão das mais diversas ordens, e, destaca-se que atendendo aos mais diversos direitos fundamentais: política ambiental, política de segurança pública, políticas educacionais, políticas previdenciárias, políticas de saúde, políticas de redistribuição de renda, políticas regulatórias de mercado, políticas econômicas, políticas de subsídio aos mais diversos setores da economia (RIANI, 2013).

A existência, no entanto, de políticas públicas voltadas ao fomento industrial, tal qual de energia, transportes, não se enquadrariam, *prima facie*, na realização de direitos fundamentais da população. Contudo, essas políticas se inserem na condição de desenvolvimento da atividade econômica, que possibilitariam a evolução da qualidade de vida da população e da geração de empregos, não deixando de representar assim, ainda que indiretamente, um meio para o desenvolvimento desses direitos (BREUS, 2006).

Tal intervenção Estatal precisa ser ordenada, de forma a possuir e proporcionar uma estrutura racional e produzir os resultados pretendidos (eficácia), alterando ou estabilizando a situação social preterida (efetividade) e, dentro das possibilidades e da proposta de tal política, cumprindo a meta da melhor maneira possível no menor tempo viável (eficiência) (RIANI, 2013).

Deste modo, a aplicação dessas políticas públicas passa por um processo, ou seja, uma forma de ações que seguem uma ordem lógica. Em outras palavras, a doutrina especializada fala em etapas, ou ciclos das políticas públicas. Riani (2013, p. 146), pautando-se em autores como Celina Souza, Eduardo Salomão Condé e Maria Assumpção Rodrigues sumariza bem a questão:

São apresentadas por esses autores as seguintes etapas de uma política pública: (i) preparação da decisão política (identificação do problema a ser enfrentado) e definição da agenda (o problema ganha espaço na agenda política do Governo); (ii) formulação ou desenho da política pública; (iii) implementação (aplicação da política pela máquina burocrática); (iv) monitoramento (acompanhamento da implementação da política pública para, eventualmente, corrigir os rumos. Trata-se de uma avaliação concomitante à implementação); e (v) avaliação (nesse momento, avaliam-se os resultados da política implementada. É uma

análise *posteriori* dos efeitos produzidos, identificando-se a eficácia, a eficiência e a efetividade da política pública).

As políticas públicas significam, então, a coordenação dos meios postos à disposição do Estado, com participação de setores da sociedade, de forma a harmonizar e coordenar as atividades estatais e privadas na realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados, dentro de uma lógica ordenada e coordenada de ações.

São atividades primariamente competentes do Poder Executivo e congregam, assim, os serviços públicos e os agentes privados para a realização dos direitos dos cidadãos, legitimando a atuação estatal (BREUS, 2006). É ele que através da atividade burocrática e inserção no meio político, tem o papel principal para a real efetivação dessas políticas. Contudo, faz-se necessário a distinção entre políticas de governo e políticas de Estado (RIANI, 2013).

As políticas de governo, conforme Riani (2013) dizem respeito à concretização dos planos de governo do grupo vitorioso no pleito eleitoral. São formuladas e gestadas diretamente pelo próprio Poder Executivo ou entidade a ele ligadas, portanto, são políticas sem a pretensão de durabilidade, ainda que venham a concretizar o que dispõe a Constituição, não há qualquer obrigatoriedade legal para que haja a continuidade dessa política. Já às políticas de Estado, conforme o mesmo autor, são conferidas um grau de estabilidade consideravelmente maior, uma vez que são decorrentes do processo legislativo, através do próprio Poder Legislativo. Assim, são políticas duradouras que vêm a concretizar o plano constitucional, que passa pela atuação do legislador ordinário, a quem cabe traçar as diretrizes básicas dessas políticas públicas, cabendo ao Executivo a sua concretização de forma vinculada.

Ao Poder Legislativo, assim, importa disciplinar os temas mais variados, regulamentando normas em geral, envolvendo situações de cunho negativo e positivo, conforme os princípios e dispositivos constitucionais. Desta forma, o Legislador, a quem cabe a representação da pluralidade e dos anseios da sociedade, organiza diversos fins e direções, na forma de leis, para a realização dos direitos fundamentais e dos fins constitucionais, conferindo diretrizes e legitimando a atuação do Poder Executivo.

Deste modo, todas as ações do Estado envolvem gastos públicos e tais recursos são limitados, isso é fato. Assim, as políticas públicas, assim como

a mera existência e manutenção da estrutura do Estado, requerem aporte financeiro. Cumpre então, aos poderes eleitos, Legislativo e Executivo, elegerem quais políticas públicas serão executadas para melhor atender às necessidades do povo dentro daquele limitado orçamento (BARCELLOS, 2005).

Essa alocação de recursos estatais para a satisfação das necessidades públicas se dá pelo processo orçamentário público, ou seja, a atividade financeira do Estado é primordial para que se efetuem as políticas públicas, e, portanto, os direitos fundamentais. Como essa atividade é definida no âmbito político-eleitoral, essa aplicabilidade fica à dependência, de certa forma, das relações políticas dos poderes eleitos (RIANI, 2013).

De fato, o conjunto de gastos mencionado é exatamente onde a realização dos fins constitucionais deverá ocorrer, afinal, é com esse fim que o Estado arrecada. Dependendo das escolhas formuladas pelo Poder Público, em especial os poderes eleitos, esses fins, que incluem a efetivação dos direitos fundamentais poderá ocorrer de forma mais ou menos eficiente. Lembra-se, nesse ponto, que já se definiu os princípios fundamentais, nos quais se incluem os direitos fundamentais, como mandados de otimização, ou seja, o poder público deve cumpri-los da melhor forma possível, não cabendo, pois, a opção de não os cumprir.

Contudo, tal escolha não se encontra à completo dispêndio das opções políticas e ideológicas de cada ocupante de cargo público. O Brasil, na Constituição de 1988 foi definido como Estado de Direito, de uma forma propositalmente simples, de modo a afirmar que os poderes públicos, bem como todos que integram o Estado, tal qual o povo, estão submetidos à ordem jurídica nele estabelecido, sendo o *topos* dessa ordem a Constituição, a qual elegeu fins a serem seguidos, inclusive a promoção dos direitos fundamentais (CANOTILHO, 2001). Em linhas gerais, a força dirigente das normas constitucionais tem repercussão direta nos âmbitos do processo de formulação e execução dos fins constitucionais, inclusive das políticas públicas e da atividade legislativa. A realização dos objetivos fundamentais e dos direitos fundamentais encontrados ao longo do texto constitucional demandam, muitas vezes explicitamente, a atuação positiva dos poderes públicos, através de atos legislativos e/ou políticas públicas (DANTAS, 2008).

O que se conclui, é que não é que não haja espaço para a deliberação majoritária no traçar das direções que o Estado deve tomar em seus processos, muito pelo contrário: A Constituição não pode suprimir a vontade do povo num estado democrático, numa forma de ditadura do poder constituinte e, sob pena de uma constituição que penda à ubiquidade, pois não pode se esperar que as pessoas que formularam e escreveram a Carta Constitucional Brasileira pudessem prever todos os eventos e necessidades que tomariam o Estado brasileiro nos anos seguintes. A deliberação quanto ao orçamento público e o dispêndio de gastos do Estado é, por certo, um momento para a deliberação político-majoritária, contudo, a Constituição estabelece balizas, ou condicionantes, para a atuação do meio político a fim de que sejam garantidas condições mínimas de vida e dignidade à população.

Deste modo, se a Constituição é dotada de normas nas quais são estabelecidos os fins prioritários do Estado, e as disposições nela postas são dotadas, como toda o documento, de normas jurídicas, dotadas de superioridade hierárquica e centralidade no sistema (atenta-se para a aplicabilidade imediata das normas constitucionais que versam sobre direitos fundamentais, conforme art. 5º, §1º da CRFB/88), não haveria sentido em concluir que a definição e as diretrizes das políticas públicas, como um todo, estariam ao completo dispor da discricionariedade do poder político. Assim, num Estado Democrático de Direito, ocupante de cargo público, apesar da liberdade política que lhe é conferida, deve atentar para a vinculação específica aos fins e princípios contidos no texto constitucional, e, conseqüentemente o destino dos recursos públicos sofre uma limitação jurídica genérica que decorre do próprio Estado republicano (BARCELLOS, 2005).

Barcellos (2005, p. 91) sumariza bem ao que até agora foi dito, de modo que:

[...] (i) a Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a promoção dos direitos fundamentais; (ii) as políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente; (iii) as políticas públicas envolvem gasto de dinheiro público; (iv) os recursos públicos são limitados e é preciso fazer escolhas; logo (v) a Constituição vincula as escolhas em matéria de políticas públicas e dispêndio de recursos públicos.

Diante disso, o caráter dirigente da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é nítido. Logo de início percebe-se a imposição de fins que devem ser seguidos, como, por exemplo, nos artigos 3º, 6º e respectivos incisos, não só pelo poder público, como por todos, à luz dessa ordem. A imposição de um programa que se direciona a um determinado fim, denominado dirigismo constitucional e como a Constituição vincula os Poderes constituídos é matéria de aprofundado estudo pelo celebrado publicista português José Joaquim Gomes Canotilho, que será assunto do próximo tópico do presente estudo.

2.2 A Constituição Dirigente na defesa dos Direitos Fundamentais

O nascimento do ideal de uma ordem constitucional que define fins e objetivos para o Estado e para a sociedade, visando, em especial a consagração de direitos fundamentais sociais, ou seja, se segunda dimensão anda lado a lado com o caráter histórico desses direitos.

Conforme visto anteriormente, conquanto o ideário de definição desses direitos surge junto às revoluções industriais e, em decorrência da luta de classes gerada pelo sistema econômico liberal, é após as Grandes Guerras Mundiais que se constata a positivação desses direitos nas cartas constitucionais.

Em especial após a Primeira Guerra Mundial, com os marcos das Constituições Mexicanas (1917) e de Weimar (1919), o ser humano passa a ser visto para além de sua concepção individual. Dá-se início, assim, à superação do Estado Liberal, consagrado em declarações de direitos de cunho negativo e absenteísta face a opressão estatal, pelo Estado Social. (FERRARI, 2001). O primeiro, vigente até então, é estático, conservador, e seu único âmbito de atuação é o chamado *government by law* (governo pela lei). Os mecanismos de freios e contrapesos impediriam o Estado de fazer mal, ou seja, garantiriam os direitos fundamentais de primeira dimensão, entretanto engessam, de certo modo, o Estado, impedindo-o de empreender em políticas públicas e ações a longo prazo. A Constituição, nesta lógica liberal, representa uma limitação do poder estruturante, sendo os fins políticos e direções do Estado relegados para a administração e, conseqüentemente, aos fins políticos. Observa-se, assim, que

o Estado Social vai em sentido contrário ao ideal de um Estado que tem como fundamento principal as liberdades individuais (BERCOVICCI, 1999).

Ainda no período do Estado Liberal, a Constituição é um mero instrumento de governo, chamada também de constituição-garantia, limitando-se a instituir normas obrigacionais e procedimentais do Estado, afastando-se políticas e ideais desse âmbito, quiçá garantias individuais (direitos fundamentais de primeira dimensão), com o fim de trazer a aclamada previsibilidade, segurança. (FUZARI, 2016). Servem, as leis constitucionais, apenas para garantir o *status quo*, onde os problemas de legitimação e domínio da sociedade estão alheios, sendo essa legitimidade garantida pelo próprio procedimento/processo (BERCOVICCI, 1999).

No Estado de Direito, reformulado neste momento, após a experiência negativa com o positivismo jurídico, lógica máxima dos regimes autoritários vigentes até o fim da Segunda Guerra Mundial, as normas jurídicas que estabelecem padrões de conduta a serem seguidos (dever ser), dão uma distanciação e diferenciação do indivíduo perante os órgãos públicos, onde lhe é assegurado um estatuto subjetivo essencialmente voltado aos direitos e garantias individuais. Com efeito, tais eventos históricos vieram, pois, a adicionar uma nova característica à função do Direito no Estado de Direito moderno: assegurar, negativamente quando necessário, e positivamente quando igualmente preciso, o desenvolvimento da personalidade, devendo ser intervencionista na vida social, econômica e cultural, a fim de garantir os mesmos em igualdade para todos (BERCOVICCI, 1999).

Assim, as Constituições passaram a contar, em seus textos, com um catálogo de direitos econômicos e sociais, ao invés de se limitarem a consagrar direitos civis, formas organizacionais do Estado e liberdades políticas. Essa mudança de postura permitiu que fossem consagradas as chamadas normas definidoras de programas, a fim de efetivar esses direitos (PIMENTA, 2012).

O avanço da lógica social dentro do Estado de Direito permitiu, deste modo, o avanço do próprio Estado Social. Com este, o *government by law* (governo pelas leis), ordem máxima do Estado Liberal, passou a dar lugar ao *governement by policies* (governo pelas políticas). A execução de políticas públicas tornou-se aspecto principal dentro da lógica do Estado, com exigência da racionalização técnica para a execução dessas políticas, tornando-se assim

insuficientes e incompatíveis as estruturas que outrora firmavam o Estado Liberal. Em outras palavras, não cabe mais ao Estado limitar-se a garantir a igualdade político-formal perante a lei, mas sim a igualdade formal por meio da dela. (BERCOVICCI, 1999).

2.2.1 A materialização do ideal constitucional através da Constituição Dirigente

O ideal de constituição dirigente ganha relevo prático no modelo de constituição-programa, característico do Estado Social, entretanto é considerada como uma “introversão” do pensamento constitucional da constituição-garantia, própria do Estado Liberal (CANOTILHO, 2001).

Havendo assim, conforme Breus (2006), o aprofundamento da função qualitativa do Estado referente aos direitos sociais, culturais e econômicos, ao passo que enquanto os direitos individuais constituem liberdades, os direitos sociais consistem em prestações.

O Constituição ganha, deste modo, um viés de legitimidade material, mais especificamente quanto à origem de tal legitimidade. O que, no Estado Liberal era uma legitimidade advinda do próprio procedimento, agora existe a exigência de uma legitimidade acerca do conteúdo (FUZARI, 2016).

Assim, a ideia de legitimidade diz respeito, conforme Carvalho (2012), ao reconhecimento, pelos membros da comunidade, do caráter obrigatório das disposições jurídicas e, acima disto, a validade da ordem jurídica como um todo. Neste sentido, a legitimidade tem relação íntima com o caráter vinculante das normas, que não advém da natureza coercitiva do direito, mas do sentimento desses membros da comunidade de que a ordem jurídica vigente é válida e legítima.

Dessa forma, a compreensão do fim material da constituição se dá, assim, através “materialização” dos fins e tarefas constitucionais. O Estado Democrático-Constitucional deve buscar assim, não somente a legitimidade processual, mas também a material (CANOTILHO, 2001).

Quanto ao problema de legitimidade na ordem constitucional, Canotilho (2001, p.23-24) aduz que:

[...] o Estado Constitucional é um Estado no “direito” (legalidade constitucional) e em “função do direito” (legitimidade). As duas

perspectivas fundamentais do problema da legitimidade – justificação do domínio e justificação da validade das normas – cruzam-se na teoria da constituição quando, por um lado, se afirma que a pretensão de vinculatividade de uma constituição não pode assentar em simples positividade, e, por outro lado, se salienta que a indagação do “título de legitimidade” para lá da positividade da lei constitucional não deve ser feita à custa da dissolução da normatividade jurídica da constituição.

O autor supracitado transparece que deve haver, neste momento, a coexistência da legitimidade material, dos fins vinculativos dos programas e das metas constitucionais, com o próprio procedimento/processo, o qual se valoriza enquanto canal da democracia.

Tal legitimidade da Constituição do Estado de Direito Social, fundamentação substantiva para os atos dos poderes públicos, se encontra nos próprios direitos fundamentais. De modo que pode limitar-se a princípios, chamados por Canotilho (2001) de “princípios materiais estruturantes”, ou atingir sua extensão em normas de imposição de tarefas e programas a serem seguidos pelo poder público (BERCOVICCI, 1999).

Muito embora seja disposta uma diretriz comum que sirva de guia para atuação do Poder Público dentro do Estado de Direito, não se aceita um norte meramente utilitarista, onde os fins justificam os meios para seu alcance. Afasta-se assim, a ideia de que as pautas programáticas estariam orientadas somente pelo seu conteúdo, trazendo à luz o fato que a Constituição dirigente preocupasse também com o processo decisório (meios) (FUZARI, 2016).

A nova ordem constitucional que surgiu nesse período, com o fim de realização dessas novas promessas do Estado moderno, agora Estado de Direito Social (BERCOVICCI, 1999), trouxeram tarefas políticas e sociais a serem cumpridas no âmbito econômico e social da Constituição, de forma programática, ou conforme Canotilho (2001), dirigente.

Fala-se, assim, da superação de uma premissa meramente procedimental, onde o próprio meio democrático, e não seu conteúdo, ou princípios, seriam suficientes para legitimar o direito, para uma premissa substancialista, onde a legitimidade do direito passa pelo conteúdo material da norma e seu respeito aos princípios da justiça (CARVALHO, 2012).

Com base em tal premissa substancialista, a constituição dirigente assume a responsabilidade de racionalização da política, de forma a ser legitimada materialmente, por meio da inclusão em seu corpo de texto de tarefas

e fins, por sua vez fundamentadas nos próprios direitos fundamentais. Baseia-se, deste modo, o Estado, na transformação da sociedade, através de transformações sociais, distribuição de renda, direção pública dos processos econômicos, e outros meios para garantir esse direito. (FUZZARI 2016). Deixa a constituição de ser um mero instrumento de governo, para ser um instrumento de toda a sociedade, visando a transformação de sua realidade (BERCOVICCI, 1999).

De fato, se a Constituição passa a ser um instrumento de transformação da sociedade, impende agora a realizar sua análise dentro de um quadro de realidade. Dito de outro modo, a análise de uma constituição só ganha sentido teórico-prático quando observado um contexto concreto, historicamente determinado e existente em um país. Uma lei fundamental deve responder, primeiramente, às exigências de legitimação que decorrem da realidade nacional. Deste modo, fala-se em uma “teoria da constituição constitucionalmente adequada” (CANOTILHO, 2001, p. 79).

Conquanto a tese da constituição dirigente foi inicialmente elaborada por Peter Lerche (*dirigierende Verfassung*) (STRECK, 2009), a obra “Constituição Dirigente e Vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas”, de 1982, do professor Joaquim José Gomes Canotilho, foi a que ganhou maior relevo no presente estudo, dada a clara influência do movimento constitucionalista português no âmbito do Direito Constitucional brasileiro. Assim, analisa-se a realidade de Portugal e a Constituição portuguesa de 1976 por sua semelhança à época de sua criação à realidade brasileira na promulgação da Constituição de 1988.

Após a passagem de períodos autoritários, países como Brasil, Portugal e Espanha buscaram, em meados das décadas de 1970 e 1980, o retorno da ordem jurídica outrora comprometida por seus governos anteriores. Os regimes militares que comandavam as ditaduras vivenciadas por esses países romperam com as bases democráticas internas, sendo tais regimes marcados pelo desrespeito sistemático pelos direitos fundamentais (CARVALHO, 2012).

Portugal acabara de sair de um período de governo ditatorial, chamado de Estado Novo, ou Salazarismo (nome dado após o líder do período, Salazar), que durou aproximadamente 50 anos. O país acumularia, nesse

período, um grande atraso causado pela falta de investimento em infraestruturas e indústrias, sendo eminentemente pobre e agrícola, com grande êxodo demográfico. A Constituição portuguesa foi fruto de uma revolução marxista que pôs fim a esse período, chamada de Revolução dos Cravos (1974), que, muito embora contasse com apoio militar, foi uma revolução pacífica, onde o povo se reuniu as ruas pela volta do regime democrático (MENDES, 2008). Com efeito, a Carta Magna do período tinha como característica maior o alto grau de programaticidade de suas normas, além de uma expressa conexão com o viés ideológico da revolução que a criou (FUZARI, 2016). Tanto que, no texto original de 1976, extrai-se do artigo 2º (PORTUGAL, 1976) o seguinte:

A República Portuguesa é um Estado democrático, baseado na soberania popular, no respeito e na garantia dos direitos e liberdades fundamentais e no pluralismo de expressão e organização política democrática, que tem por objectivo assegurar a transição para o socialismo mediante a criação de condições para o exercício democrático do poder pelas classes trabalhadoras.

De início, a concepção da Constituição portuguesa, através do dirigismo constitucional, teria como fim a ruptura com o padrão econômico capitalista rumando ao socialismo. A Carta portuguesa, conforme Canotilho (2003, p. 208) mostrava-se carregada das chamadas:

[...] *metanarrativas* que levariam a modernidade política a uma radicalização intensa. O “sujeito projectante” (compreendido pelo “povo”, “forças armadas” e a “vontade popular”) e a “utopia reconstrutiva” (a finalidade de uma “sociedade sem classes”), representariam alguns momentos dessa modernidade”.

Dessa forma, a eliminação, pelo legislador ordinário, com a reforma constitucional de 1982, de tais expressões típicas de narrativas emancipatórias, como por exemplo, além do acima citado, “sociedade sem classes” (art. 1º), “processo revolucionário” (art. 10º) e a “expropriação de latifundiários e grandes proprietários, empresários ou accionistas” sem indenização (art. 82º/2) (PORTUGAL, 1976). Essas alterações como da desmilitarização do texto constitucional, removendo ou substancialmente alterando as chamadas metanarrativas políticas e a função revolucionária mais radical para a readequação com o mundo capitalista. (CANOTILHO, 2003).

Assim, a ideia que vige hoje, e que norteia a Constituição brasileira de 1988, quanto ao seu dirigismo, bem como a que se alinha o presente trabalho, é

a de um dirigismo voltado à ação do Estado de orientar, intervindo direta ou indiretamente na atividade econômica, contudo, mantendo-se o arranjo capitalista. Neste caso, o planejamento econômico é determinante para o setor público e indicativo para o privado, enquanto no caso anterior, o planejamento econômico é imperativo (FUZARI, 2016).

O Brasil, quando da elaboração da Constituição Cidadã de 1988, saía de uma recente ditadura militar, que chegou a ser conhecida como “anos de chumbo”. Tal como Portugal, era um país ainda eminentemente agrícola, com um princípio de industrialização, marcado pela desigualdade regional (MENDES, 2008). No período ditatorial, os direitos e garantias no Brasil estavam subjugados a restrições e alterações decorrentes dos chamados Atos Institucionais, com destaque para o mais feroz destes, o Ato Institucional n. 5 (AI 5), que determinou o fechamento do Congresso Nacional, endureceu a censura, proibiu reuniões de cunho político, dentre outras supressões de direitos civis e políticos. Mesmo diante de tal proibição em 1984, diversas manifestações, envolvendo a população urbana brasileira, tomaram as ruas demandando a restauração da ordem democrática. O movimento restou conhecido como “Diretas Já”. A reabertura democrática foi lenta, mas, em 1988, culminou na promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (MENDES, 2008).

A semelhança com o caso brasileiro chama atenção. Ambos os casos viveram regimes ditatoriais longos, em que se destacou o massivo desrespeito aos direitos fundamentais. Assim, as cartas constitucionais firmadas para garantir a nova ordem vieram dotadas de direitos e garantias, bem como de normas constitucionais programáticas visando impor balizas ao poder público. É tal semelhança que permite uma análise conjunta dos dois sistemas constitucionais, a fim de proporcionar um melhor entendimento. Outrossim, é praticamente unânime na doutrina nacional que a Constituição Brasileira de 1988 é uma constituição dirigente³ (BERCOVICCI, 1999; CARVALHO, 2012; FUZARI, 2016; RIANI, 2013; STRECK, 2009).

³ Abre-se um parêntese aqui quando tratamos do caso brasileiro. Diante dos avanços da globalização e do neoliberalismo, especialmente no âmbito de Portugal, que vive hoje a realidade de uma União Europeia, regida por tratados internacionais. A Constituição, que outrora seria o *topos* da ordem jurídica de um Estado hoje se vê fragilizada. Portugal hoje, conforme Mendes (2008), é a 34ª maior economia do mundo, nos últimos 40 anos teve o crescimento do PIB abaixo somente da Irlanda, no contexto europeu. O PIB per capita, entre 1970 e 2003 cresceu aproximadamente 70% no mesmo contexto e desemprego bateu índices

Deste modo, o dirigismo constitucional é concebido com o objetivo de reavivar o fim atuante do Direito Constitucional e firmar nas constituições como finalidade a justiça social. Atenta-se que na Constituição do Brasil desse período, o objetivo expresso de construir uma “sociedade democrática e igualitária”, dando o papel transformador do documento à sociedade e à vida política (CARVALHO, 2012).

Entende-se, assim, a constituição dirigente como aquela que se propõe a coordenar uma ação estatal ativa na seara política, social, jurídica, econômica e cultural, traçando a figura de um Estado comprometido com a garantia e implementação de direitos fundamentais, por meio de integração social, de modo que seu cumprimento não advém do Estado apenas, mas sim da conjuntura do Estado e da sociedade (FUZARI, 2016).

O entendimento de o que é a constituição dirigente denota-se relativamente simples e, de certo modo, palpável, uma vez que o texto Constitucional de 1988 está lotado de normas programáticas. A caráter exemplificativo, o artigo 3º e seus incisos definem os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, o artigo 196 ordena que o Estado efetive políticas

de 4,1% em 2001. Deste modo, a realidade portuguesa encontra-se diversa da brasileira. “Com efeito, embora Canotilho reconheça, v.g., que o texto constitucional continue a constituir uma dimensão básica da legitimidade moral e material e, por isso, possa continuar sendo um elemento garantia contra a deslegitimação ética e desestruturação moral de um texto básico por meio de desregulações, etc., por outro lado, considera-se que esse texto básico (a Constituição) não pode mais servir de fonte jurídica única, tampouco por ser o alfa e ômega da constituição de um Estado” (STRECK, 2009). O que o autor se refere é a desregulação causada pelos tratados da União Europeia, que mostram uma clara interferência da ordem econômica em face da ordem constitucional. Esse fato chegou a levar Canotilho (2001) a atestar que a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias”. Conquanto a grande “perplexidade” (MENDES, 2008) causou no mundo do constitucionalismo, entende-se que Canotilho referia-se, bem como toda sua obra, ao contexto português. Entretanto, entende-se que a teoria Constitucional, bem como já afirmado no corpo do presente estudo, deve ser analisada não só numa matriz comum universal, mas também na realidade vivida em cada contexto nacional. Desta forma, no âmbito brasileiro, autores como Lênio Streck (2009) afirmam que, exceto um núcleo mínimo universal que compõe uma teoria geral da Constituição, considerada comum a todos os países que adotam formas democrático-constitucionais de governo, há um cerne constitucional que se diferencia de Estado para Estado. Esse cerne constitucional o autor afirma que seriam os direitos sociais fundamentais plasmados em cada texto que visam o atendimento das promessas da modernidade. Países como o Brasil, no chamado Sul-global, vivem a realidade de um déficit do cumprimento de tais promessas. Deste modo, defende-se uma “Teoria da Constituição Dirigente Adequada aos Países de Modernidade Tardia (TCDAPMT)” (STRECK, 2009), de forma a um conteúdo compromissário mínimo a constar no texto constitucional, bem como os mecanismos que garantam seu acesso, o acesso à jurisdição e as ferramentas democráticas. Outrossim, mesma na União Europeia, por mais que a Constituição não venha a figurar como ideário de norma jurídica máxima do Estado, os próprios tratados da EU têm caráter dirigente (MENDES, 2008), de modo à teoria do mestre de Coimbra continuar repercutindo no mundo Ocidental.

sociais e econômicas voltadas a saúde, o artigo 205 que define a educação como direito de todos e dever do Estado, devendo ser promovida e incentivada, e diversos outros seguem a mesma linha.

A norma fundamental, da perspectiva dirigente, não se reduz, assim, a uma norma limitadora nem a um momento de decisão, mas sim com o viés de ordenação do processo político e conformação da realidade social. Vencido o modelo Liberal de organização estatal, impondo limites verticais e procedimentos, o Estado se vê agora diante de balizas para o poder político, especialmente ao legislador, preocupado com processos e meios organizatórios, para definir um fim/objetivo a ser alcançado como sociedade (CANOTILHO, 2001).

No que diz respeito às normas programáticas em espécie, Pimenta (2012) ensina que sua eficácia se manifesta de maneira diversa com relação as demais normas do sistema. A fim de conformar a abertura política, proporciona-se uma abertura nessas normas, como citado alhures. Tal abertura gera uma deficiência à sua aplicabilidade direta e imediata, não sendo as mesmas autoaplicáveis. Contudo, são ainda normas constitucionais, dotadas de superioridade e força normativa (BERCELLOS, 2005). Produzem, assim, efeitos jurídicos que integram todo o sistema:

[...] i) estabelecem um vínculo obrigatório para os órgãos públicos; ii) limitam a discricionariedade dos órgãos legislativos; iii) determinam a inconstitucionalidade superveniente das normas infralegais que disponham em sentido contrário; iv) proíbem a edição de normas contrárias; v) servem como elemento de integração dos demais preceitos constitucionais; vi) fixam diretivas ao legislador ordinário; vii) estabelecem diretrizes para a interpretação das fontes infraconstitucionais (PIMENTA, 2012, p. 9-10).

Já, especialmente quanto ao programa constitucional, Fuzari (2016) aponta três características: a primeira, cada um dos caminhos instituídos pela constituição dirigente está integrado numa totalidade, de modo que cada programa nele inserido desemboca na concretização de um plano maior; segundo, a constituição programática firmada no corpo da Constituição, está fundada de forma permanente e estável, sendo de difícil alteração dada a rigidez constitucional, dando um caráter de permanência e perpetuação ao programa; terceira, e finalmente, a obrigatoriedade do condão normativo constitucional que

estende-se ao programa da constituição dirigente, de modo a dar caráter obrigatório, vinculando ao poder público e a sociedade o seu cumprimento.

Em relação a esse terceiro ponto, a grande problemática da constituição dirigente é afirmada por Canotilho (2001, p. 11-12) já no início de sua obra:

[...] o que deve (e pode) uma constituição ordenar aos órgãos legiferantes e o que deve (como e quando deve) fazer o legislador para cumprir, de forma regular, adequada e oportuna as imposições constitucionais. Sendo este o cerne do discurso, nem por isso a imposição dos problemas das relações entre a lei fundamental e as leis ordinárias se reconduz, liminarmente, ao aprofundamento teórico do “esquema relacional” e do “conteúdo referencial” de dois actos normativos. A simples afirmação da prevalência da constituição sobre a lei e a determinação da intensidade da vinculação jurídico constitucional do legislador inserem-se num complexo problemático muito mais vasto, que vai desde a controvertida conciliabilidade da “lógica da constituição” de um Estado de Direito com a “lógica da democracia” e desde a análise estrutural-material da “densidade” e “abertura” das normas constitucionais até a própria “compreensão” da constituição em si mesma. Com efeito, perguntar pela “força dirigente” e pelo “caráter determinante” de uma lei fundamental implica, de modo necessário, uma indagação alargada, tanto no plano teórico-constitucional como no plano teórico-político, sobre a função e estrutura de uma constituição.

Dito em outras palavras, de nada valeria a existência de normas programáticas na Constituição se não fosse dado à estas o mesmo valor acervado os demais preceitos presentes da Carta Constitucional.

Ao impor a execução de tarefas pelo poder público, a Constituição, devidamente dotada de legitimidade, como se conferiu anteriormente, estas devem ser efetivamente realizadas. Contudo, isso se dará apenas se houver a chamada “vontade de constituição” (HESSE, 1991, p. 19-23). Esse elemento do formulado pelo Professor alemão possui três fontes: o entendimento acerca da necessidade da existência de uma força normativa reguladora do livre arbítrio; o entendimento de que tal força só encontra sua eficácia caso não conte com a vontade humana, e; que a vigência dessa ordem depende desses atos de vontade. Em suma, a obra de Konrad Hesse aduz que a força normativa da constituição depende da prática, não se bastando em seu conteúdo (BERCOVICCI, 1999). Dito de outro modo, a força normativa da constituição depende diretamente da vontade de seus subordinados de cumpri-la, conferindo a ela eficácia prática. Isso ganha força decorrente da própria legitimação da Lei Fundamental.

Assim, a eficácia da Constituição pode ser conferida de duas formas. A primeira diz respeito à capacidade jurídica da norma de produzir efeitos e conformar situações e comportamentos, sendo assim uma eficácia formal. O segundo trata da conformidade das condutas, na prática, à norma. No caso, se a norma é realmente observada cotidianamente. Refere-se, assim, à implementação do programa finalístico que orientou a atividade legislativa, de modo que a norma só será efetiva se atingiu seu fim fático, qual seja a concretização do comando normativo no mundo real (BERCOVICCI, 1999).

Conforme já apontado no presente estudo, a realidade deve ser o ponto de concretização e efetivação da constituição, não meramente o seu texto normativo. O cumprimento do caráter transformativo da realidade material que o Legislador Constituinte Originário conferiu ao Texto de 1988 pelo poder público regido à sua guarda, e no caráter de seu guardião, deve ser o grande fundamento de sua atividade. Tal efetividade, no entanto, não surge da mera formalidade do texto. Em outras palavras, a mera positivação de direitos na Carta Constitucional não garante, por si só, que haverá o cumprimento desses dispositivos. Por isso há de se conferir força normativa à Constituição como forma de garantir a efetividade do texto como um todo, e esse será o ponto de estudo no próximo item.

2.2.2 A força normativa da Constituição como efetividade ao programa dirigente

Em face das imposições constitucionais, nos parece claro que os únicos destinatários não seria apenas o legislador, o qual tem relevo considerável de importância na obra de J.J. Gomes Canotilho (2001). O mesmo explica que as imposições legiferantes não seriam dirigidas somente ao parlamento, mas também ao Executivo, quem também tem a própria competência legislativa, como a edição de decretos ou, inclusive, a obrigatoriedade em algumas matérias. Para além disso, tanto as atividades inerentes do Executivo e do Judiciário devem levar em conta as imposições constitucionais como um elemento importante de interpretação a ser seguido. No demais, a Constituição continua sendo determinante para a atuação do poder

público, dado o próprio caráter de imposição de limites e regras para a atividade do mesmo.

O autor prossegue citando outra problemática, em que as diretivas constitucionais obrigariam o Judiciário a criar direito material a partir dos princípios constitucionais. Cita-se, como exemplo, o caso de interpretação do direito legal quando da entrada da nova ordem constitucional. Defende-se, assim, que não caberia ao magistrado criar um novo direito, e sim conformar o existente. Contudo, vislumbra mais que aceitável a aplicação imediata dos preceitos constitucionais, sem que haja previamente a mediação legislativa, podendo-se dizer que nestes casos as imposições constitucionais dirigem-se, também, ao juiz e à administração (CANOTILHO, 2001).

A incorporação no texto constitucional de mandados de intervenção e preceitos finalísticos, firmando objetivos e direções ao Estado afetam e entram na seara da conformação política. Um país não tem um regime democrático apenas pelo fato da Constituição estabelecer liberdades, procedimentos e direitos próprios da democracia, mas sim por que os indivíduos que integram consideram que a democracia é algo a ser preservado. A Constituição democrática só é possível, não porque a Constituição assim diz, mas por que os indivíduos reconhecem e aplicam essa realidade democrática (FERRARI, 2001).

Assim, o Legislador é o conformador mais próximo da representatividade democrática no Estado Democrático de Direito, e, por isso, é tão delicado que a Constituição lhe imponha limites, pois estaria impondo limites à própria Democracia.

Dessa forma, a Constituição dirigente não estabelece uma única linha para a atuação para a política, reduzindo-a ao cumprimento dos comandos constitucionais. Pelo contrário, ela procura estabelecer um fundamento constitucional para a política, que deve mover-se dentro do programa estabelecido pelo constituinte. O dirigismo constitucional não substitui a atividade política, ele meramente a conforma, estabelecendo balizas de atuação e objetivos a serem seguidos. (BERCOVICCI, 1999).

Por esse motivo que as normas constitucionais contam com um certo grau de indeterminabilidade em seus textos. Isso se dá de duas formas: horizontal e vertical. A primeira se dá por uma ordem propositalmente na Constituição, dada a impossibilidade de estabelecer um sistema dirigido para o

futuro em ser fechado e engessado. De outro modo, a abertura vertical faz com que a incompletude normativa da constituição dependa da atuação positiva concretizadora dos órgãos legiferantes infraconstitucionais.

O que se procura assim é evitar os chamados “excessos do poder legislativo” (CANOTILHO, 2001, p. 257-258), de modo que a definição dos fins do Estado não pode derivar da vontade política de governos passageiros. Assim, Bercovici (1999, p. 40) explica que “[...] o poder estatal é um poder com fundamento na Constituição e seus atos devem ser considerados constitucionalmente determinados”.

Ao promover uma leitura substantiva em relação ao caráter vinculativo dos programas e fins constitucionais, não diminuindo, contudo, a atuação do procedimento, qual seja o canal democrático através do legislador ordinário, a constituição dirigente se mostra em razão de suas premissas materiais e não em razão puramente do processo. Todavia, ao ressaltar o papel do legislador e afastar a ideia da judicialização do governar, pois o ponto principal da tese é que os direitos gerados a partir dessas imposições constitucionais não são auto executáveis, de modo a prescindirem uma atuação positiva do legislador e demais órgãos do poder público com vistas a proporcionar uma transformação na realidade vivida, garantindo assim o espaço para a deliberação democrática (FUZARI, 2016).

A linha tênue entre conformação e liberdade do legislador, e conseqüentemente do processo democrático deliberativo tem relação íntima, conforme Carvalho (2012) com a teoria dos direitos fundamentais, em que, o que antes se tinha os direitos fundamentais apenas no âmbito legal, agora se tem a lei no âmbito dos direitos fundamentais. Dessa forma, os direitos fundamentais não são só indisponíveis ao legislador, como podem servir como limites a atuação do mesmo, sendo proibidas atuações comissivas ou omissivas que venham prejudicar os mesmos, e isso, por óbvio, reflete em todo o poder público.

Canotilho (2001) trata das omissões legislativas inconstitucionais como quando o legislador não faz algo que positivamente lhe era imposto pela constituição. Não se trata, pois, apenas de apenas um deixar de fazer, mas sim de não fazer aquilo que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado. Observa-se, deste modo, que para gerar inconstitucionalidade por omissão, essa omissão deve ser de ato ordenado pela

constituição, não bastando que o mero não legislar matéria ordinária gere esse tipo.

Quando tal omissão trata, entretanto, de direitos fundamentais, a matéria ganha maior relevância. Outrossim, não é raro que se afirme que a omissão inconstitucional só tem relevo quando se afeta direitos fundamentais. Ora, a Constituição é um sistema uno, sendo as normas constitucionais programáticas definidoras de fins e programas para o Estado, dotadas de legitimidade. Essa legitimidade, por sua vez, passa pela inclusão dos próprios direitos fundamentais como fins do Estado, sendo tais programas meios para atingir esse fim, são, portanto, meios para se atingir a conquista e universalização dos direitos fundamentais.

Dessa forma, é de relevo para a efetivação dos direitos fundamentais o combate às ações omissivas, ou inações do poder público no que tange a sua concretização. De tal modo, a matéria será melhor analisada no próximo tópico.

2. 3 – As omissões inconstitucionais no direito brasileiro

Já restou esclarecido no presente trabalho monográfico, após exaustiva análise doutrinária, que a Constituição é a norma jurídica superior de um Estado, dotada de força normativa e legitimidade, decorrente de sua matéria e do próprio procedimento, assim, vincula a todos dentro do próprio Estado, em especial o Poder Público. Por diversas razões também já suscitadas alhures, os direitos fundamentais, além de conferirem legitimidade material à Norma Fundamental, integram um núcleo normativo de prestígio elevado. Assim, a promoção e a proteção desses direitos fundamentais, de todos os direitos fundamentais, mais em especial dos direitos sociais, exigem uma série de ações estatais.

A disposição de um catálogo de direitos fundamentais, que exigem ações estatais em suas diversas dimensões, bem como uma série de comandos e imposições legais ao Poder Público, conforme Canotilho (2001), especialmente imposições legiferantes originam “o problema da dependência legal dos direitos fundamentais”. A disposição desses direitos na Carta Constitucional como verdadeiros direitos subjetivos faz concluir que tais direitos existem para além da lei pela força constitucional, não sendo, assim, correto dizer que tais normas

consagradoras de direitos são ineficazes sem que haja qualquer conteúdo jurídico antes de sua concretização legal. Contudo, a dependência para a concretização desses direitos é fática.

Nesse sentido, entende-se que a atividade do legislador ordinário deve ser acompanhada por uma intensidade vinculativa-constitucional intensamente adequada à força dirigente dos direitos fundamentais, de modo que os direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais, assim como todos os direitos fundamentais dispostos no catálogo constitucional, independem da atividade legislativa expressa. Deste modo, a inconstitucionalidade por omissão, para além da inconstitucionalidade por omissão em sentido estrito (quando há uma mera omissão do legislador ordinário em cumprir os ditos constitucionais), figura como uma omissão violadora de direitos fundamentais. Podendo tais omissões ocorrerem, dentro do âmbito da discricionariedade legislativa a qual cuida-se para não interferir, com as omissões inconstitucionais, ou com situações que, muito embora ainda estejam dentro de uma certa constitucionalidade, em virtude de uma “escandalosa” inércia legislativa, para uma inconstitucionalidade por omissão violadora de direitos fundamentais (CANOTILHO, 2001).

Outrossim, conforme Campos (2016), as chamadas lacunas normativas causadas pela inércia dos agentes públicos (agora não restringidas somente ao legislador) em cumprirem o que lhes é determinado pela constituição, para produzir normas e políticas públicas de forma a concretizar os direitos fundamentais é um dos temas mais importantes no que tange a concretização das constituições contemporâneas. A relevância constitucional da omissão normativa, em especial da omissão legislativa, é assunto que integra as transformações políticas, normativas e sociais associadas a transição do Estado Legislativo de Direito ao Estado Constitucional de Direito.

Para além da visão de Canotilho, chama-se atenção para outra vertente, dita “normativista”, onde a omissão não se verificaria pelo descumprimento de um dever explícito de legislar, mas sim em razão das consequências dessa inação no plano político, social e normativo. Assim, o foco desta corrente trata das consequências derivadas da omissão do agente público no cumprimento da Constituição, com enfoque nas omissões jurídicas e sociais que se mostram revezes à ordem constitucional (CAMPOS, 2016).

Na seara do Direito Constitucional brasileiro, em especial na Constituição brasileira de 1988, a preocupação com tais omissões foi recepcionada com a devida preocupação. A então nova Carta Constitucional, concebeu dois remédios constitucionais diversos para enfrentar o problema da omissão normativa por parte dos órgãos legiferantes: o mandado de injunção (art. 5º, LXXI) e a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º). O primeiro é o meio jurisdicional para a tutela incidental e para garantir direitos subjetivos constitucionais violados devido à ausência de norma reguladora, e o segundo para o controle por via principal e no caso de omissões legislativas inconstitucionais (BARROSO, 2015).

De acordo com Fernandes (2016) a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) é uma espécie do chamado controle constitucional concentrado no Supremo Tribunal Federal (STF), que tem como função declarar a inconstitucionalidade decorrente da omissão dos Poderes Públicos que venham a não tornar efetiva norma constitucional. Atenta-se que o conflito não diz respeito a uma norma com relação à Constituição, mas sim o conflito que surge da falta de uma norma e a necessidade da mesma para a concretização dos direitos previstos na Constituição.

Essa ação encontra sua previsão no artigo 103, § 2º, da Constituição, e sua regulamentação na Lei federal n. 9.868 de 1999, mais especificamente nos artigos 12-A a 12-H.

Tem por objeto as chamadas normas constitucionais de eficácia limitada⁴, nas quais se incluem as normas constitucionais programáticas, comportando a discussão de omissões normativas totais e parciais (ADI por omissão total e ADI por omissão parcial). Deste modo, e já restou estabelecido que não é cabível ação de inconstitucionalidade por omissão com relação à ato

⁴ Cuida-se aqui da classificação das normas constitucionais propostas por José Afonso da Silva (2011), a saber: as normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata como comandos certos e definidos que possuem normatividade suficiente para a sua aplicação imediata independentemente de atuação legislativa; normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, porém sujeitas a restrições legislativas futuras como dispositivos constitucionais com normatividade suficiente à sua aplicação imediata, porém com a possibilidade de legislação superveniente vir a restringir essa eficácia, e; normas de eficácia limitada, sendo estas normas constitucionais de princípio institutivo e normas de princípio programático, onde seriam comandos sem normatividade suficiente à sua aplicabilidade imediata, fazendo-se necessário que o legislador complemente a fim de dar concretude ao dispositivo constitucional.

normativo, primário ou secundário, ou em face de ato concreto (FERNANDES, 2016).

São-lhe legitimados a propor, conforme art. 12-A, da Lei federal n. 9.868/1999, “os legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade” (BRASIL, 1999). Deste modo, confere-se legitimidade ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados, ao Procurador-Geral da República, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional. Esses são, conforme Novelino (2017), os legitimados universais. Por sua vez, conforme o mesmo autor, os legitimados especiais, aos quais lhes são exigidas a comprovação de pertinência temática; são: as Mesas de Assembleias Legislativas ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, os governadores de Estado e do Distrito Federal e as confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional. E, como polo passivo da ação, figuraria a autoridade ou órgão público responsável pela edição da medida.

Outrossim, os efeitos da decisão da ADI por omissão, caso julgada procedente, será declarada a mora do órgão do poder público competente à edição da norma. Deste modo, será dado ciência ao órgão para adoção de providências cabíveis. No caso de órgãos administrativos, a Constituição (art. 103, § 2º) fixa o prazo de 30 dias para a edição do ato. Entretanto, o prazo pode ser estendido ao que for concebido como “razoável” pelo STF, tendo em vista as situações concernentes ao caso específico. Entretanto, no que concerne ao Poder Legislativo, não há fixação de prazo na Constituição para que seja sanada a omissão, limitando-se a oficial a Mesa Diretora acerca da mora (NOVELINO, 2017). Isso se dá, ao nosso ver, pelo cuidado do legislador constituinte em preservar o espaço reservado à democracia no processo deliberativo constitucional.

Novelino (2017) ainda traz o exemplo do caso excepcional, aonde o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.682/MT⁵,

⁵ “[...] Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para

por relatoria do Ministro Gilmar Mendes, onde o Tribunal assentou a inconstitucionalidade por omissão em razão da falta de lei complementar federal que era exigida pelo § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil de 1988, como condição imperativa para criação de municípios. O Ministro Relator sugeriu o prazo de 18 (dezoito) meses para a edição da norma. Não como medida impositiva, mas apenas, conforme o Ministro, da fixação de um prazo razoável sugestivo. Bem, não se trata de uma mudança jurisprudencial, mas sim de um momento de exceção ao que vinha sendo feito, o qual merece o relato.

Já o mandado de injunção é uma ação constitucional de natureza civil e procedimento especial, pertencente ao controle difuso de constitucionalidade, que busca viabilizar o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, que se encontram inviabilizados por falta de norma regulamentadora de norma constitucional, ou pela insuficiência de tal norma reguladora. Vem para viabilizar os direitos constitucionais, coletivos e individuais, inviabilizados pela inércia legislativa, de modo a atacar essa inércia ou inefetividade do Poder Público em dar complemento aos mandos constitucionais. Tem suas origens no constitucionalismo português, o qual já foi referência no presente estudo, e no norte-americano (*writ of injunctio*) (FERNANDES, 2016).

Está prescrito no artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição brasileira de 1988, e regulamentado na Lei federal n. 13.300 de 2016.

Com o advento da norma reguladora, o mandado de injunção passou a comportar duas espécies: individual e coletivo. O primeiro pode ser impetrado por qualquer pessoa (jurídica ou natural), que se afirmar titular daqueles direitos regidos por esse remédio e tiver seu exercício obstado por ausência de norma regulamentadora. Já o segundo caso tem por finalidade proteger os direitos e prerrogativas pertencentes a uma coletividade indeterminada, ou a um grupo, classe ou categoria, os chamados direitos difusos (de terceira e quarta dimensão). Nessa espécie, são legitimados: os partidos políticos com

a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI n°s 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios. (BRASIL, 2007)".

representação no Congresso Nacional; organizações sindicais, entidades de classe e associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, demandando pertinência temática; a Defensoria Pública, quando tratar da promoção dos direitos humanos e defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, e; o Ministério Público, para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis (NOVELINO, 2017).

A legitimidade passiva, assim como na ação de inconstitucionalidade por omissão, será sempre do órgão do Poder Público competente para a edição da norma (FERNANDES, 2016).

A competência para o julgamento está definida na própria constituição, de modo a variar de acordo com o órgão ou autoridade responsável pela omissão normativa inconstitucional. Ao Supremo Tribunal Federal compete julgar quando a atribuição para edição da norma regulamentadora for do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas Diretoras dessas Casas, do Tribunal de Contas da União, dos Tribunais Superiores e do próprio Supremo Tribunal Federal, além dos casos decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, quando denegatória a decisão. Ao Superior Tribunal de Justiça compete quando a norma regulamentadora for de atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, com exceção dos casos de competência do STF e dos órgãos da Justiça Militar, Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Eleitoral. Ao Superior Tribunal Eleitoral caberá julgar os recursos de decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais que denegarem o mandado de injunção. Quando a competência de legislar for da Justiça Militar, Justiça do Trabalho e à Justiça Federal, deverá ser seguido, por ausência de norma regulamentadora, o princípio da hierarquia da autoridade, sendo de competências do STF e STJ quando o caso. Por fim, os Estados têm autonomia para legislar quanto essa matéria, portanto cabe a cada Constituição Estadual definir as respectivas competências, alguns estados atribuindo-a para os juízes de primeiro grau, e outros aos respectivos Tribunais de Justiça (NOVELINO, 2017).

Quanto aos efeitos da decisão concessiva do mandado de injunção, uma interessante discussão se instala. Duas correntes de pensamento tomam

forma para tratar do assunto: a tese concretista, que se subdivide em geral e individual, que por sua vez se subdivide em direta e intermediária, e; a tese não concretista. A primeira (tese concretista) defende a implementação ou viabilização do direito até a sobrevinda de norma regulamentadora ao exercício. Assim, a tese concretista geral busca que os efeitos da decisão sejam *erga omnes*, e, por sua vez, a tese concretista individual defende que os efeitos da decisão sejam *inter partes*. A partir de nova subdivisão dentro da tese concretista individual, a concretista direta levanta que o Poder Judiciário deve viabilizar o direito de forma imediata, já a concretista intermediária entende que ao Poder Judiciário compete apenas dar ciência ao titular da responsabilidade normativa e, em caso de mora, sejam tomadas as providências necessárias para a concretização do direito. Contudo, a tese não concretista, adotada pela maioria dos Ministros do Supremo até a edição da lei n. 13.300/2016, entendia que, mesmo reconhecida a mora, não cumpre ao Judiciário implementar o exercício do direito ao autor da ação, devendo o mesmo apenas notificar ao legislador que supra a mora (FERNANDES, 2016).

Com a edição da Lei n. 13.300/2016 diversas correntes, a depender das circunstâncias fáticas foram contempladas. Quando do tipo de injunção, a Lei adota a corrente concretista intermediária, dispondo que, reconhecida a mora legislativa, será deferida a injunção a fim de determinar um prazo razoável para a edição da norma, as condições de exercício do direito ou as condições para promover ação mora, visando exercer o direito, caso a mora não seja sanada tempestivamente (art. 8º, incisos I e II). Contudo, adotando a corrente concretista direta, no caso de a autoridade não editar a norma, mesmo após o transcurso do prazo determinado, ficarão dispensadas novas notificações, devendo o Judiciário estabelecer as condições para o exercício de direito ou condições da ação (NOVELINO, 2017).

No tocante à eficácia subjetiva, a decisão, via de regra, deve ser limitada às partes (corrente concretista individual), produzindo efeitos até a edição da norma concretizadora. Entretanto, em casos excepcionais, se permite a eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* (corrente concretista geral) se tal medida for inerente ao direito postulado ou à ação (art. 9º, § 1º, da Lei n. 13.300/2016) (NOVELINO, 2017).

Finalmente, no caso do mandado de injunção coletivo, os efeitos terão, via de regra, eficácia *ultra partes*, sendo *erga omnes* apenas quando a medida for indispensável ou inerente ao exercício do direito em questão (art. 13 da Lei n. 13.300/2016). Ainda, o mandado de injunção coletivo não confere litispendência aos indivíduos que tratem da mesma matéria, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante que não requerer a desistência da ação individual (NOVELINO, 2017).

Cumpra ressaltar, que em ambos os casos, na ação de inconstitucionalidade por omissão, bem como no mandado de injunção, os efeitos da decisão não retroagem à sentença, sendo, portanto, *ex tunc*. Todavia, no caso do mandado de injunção, se o impetrado já deixou de atender decisão anterior no mesmo sentido, poderá ser conferido efeito *ex nunc*. (NOVELINO, 2017).

Ressalta-se ainda, que em ambos os casos, a edição de norma regulamentadora superveniente produzirá efeitos *ex nunc* em relação à decisão transitada em julgado, salvo se o contrário for mais favorável ao titular do direito no caso do mandado de injunção (FERNANDES, 2016).

Conforme conferiu-se acima, a doutrina tradicional, bem com a própria legislação, procura limitar os casos de omissão inconstitucional às chamadas normas constitucionais de eficácia limitada, uma vez que, conforme esse mesmo entendimento, apenas essas urgem a regulamentação normativa para a sua aplicação e concretização, postas como comandos específicos para legislar.

Afirma-se, assim, que os dispositivos constitucionais da chamada aplicabilidade imediata, tais quais os direitos e garantias individuais, conforme dispõe o artigo 5º, § 1º da Constituição brasileira de 1988: "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata." (BRASIL, 1988). Cria-se, assim, segundo Campos (2016), direitos assegurados e efetivos por si só (normas constitucionais de aplicabilidade imediata) ou que ensejariam papel apenas parcial ao legislador (normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata) a fim de efetivar seu cumprimento.

Contudo, conforme conferiu-se na primeira parte do presente estudo, todos os direitos fundamentais requerem uma atuação positiva dos Estado, mesmo os direitos fundamentais da chamada primeira dimensão, uma vez que deve ser levado em conta não apenas a atitude de abstenção Poder Público,

mas também o seu dever de proteção, dada a eficácia, não só vertical, mas também horizontal dessas normas, e a promoção de políticas públicas para a sua obtenção.

Em razão da limitação da doutrina tradicional em acreditar que os enunciados normativos garantidores de direitos de primeira dimensão, ditos de eficácia plena, já contêm, por si, todos os elementos necessários para a sua concretização, a atividade legislativa vem sendo entendida como uma mera complementação eventual, conveniente e até prescindível. Assim, a dispensa da atuação legiferante não pode sujeitar-se ao controle judicial da atividade constitucional, isso porque a normatividade complementar nada importaria para a eficácia dessas normas, ditas de eficácia plena ou de aplicabilidade imediata (CAMPOS, 2016). Essa ótica favorece, conforme Campos (2016, p. 58) a “irresponsabilidade política e institucional do Parlamento e de órgãos administrativos ante a ausência de efetividade, de realização concreta de muitos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição de 1988”.

Voltando ao simbólico caso da ADI n. 3.682/MT do Supremo Tribunal Federal, antes que ocorresse esse julgamento, a Corte Suprema já havia se manifestado pelo reconhecimento da inconstitucionalidade de leis estaduais que instituíam municípios ante a ausência de legislação federal, notificando o Parlamento para a edição de norma regulamentadora. Até hoje, contudo, o Congresso Nacional não produziu tal norma, limitando-se a aprovar, no prazo estabelecido pelo supremo, a Emenda Constitucional n. 57/2008, convalidando os municípios criados até 31 de dezembro de 2006. Esse caso tornou-se simbólico, mas não único, expondo assim, os limites práticos a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (CAMPOS, 2016).

Na seara do mandado de injunção cita-se outro caso simbólico, o julgamento conjunto dos MI ns. , 670-9/ES, 708-0/DF e 712-8/PA, em 25 de outubro de 2007⁶. Em tal julgamento, discutiu-se a possibilidade do livre

⁶[...]. O tema da existência, ou não, de omissão legislativa quanto à definição das possibilidades, condições e limites para o exercício do direito de greve por servidores públicos civis já foi, por diversas vezes, apreciado pelo STF. Em todas as oportunidades, esta Corte firmou o entendimento de que o objeto do mandado de injunção cingir-se-ia à declaração da existência, ou não, de mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica. [...] A permanência da situação de não-regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis contribui para a ampliação da regularidade das instituições de um Estado democrático de Direito (CF, art. 1º). Além de o tema envolver uma série de questões estratégicas e orçamentárias diretamente relacionadas aos serviços públicos, a ausência de parâmetros

exercício do direito de greve dos servidores públicos, disposto no artigo 37, inciso VII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que exigia a adição de lei específica para sua regulamentação. Desde meados da década de 1990 (MI 438), o STF limitava-se a notificar ao Congresso Nacional a mora, dando ciência da necessidade da edição de norma. Contudo, apesar das diversas constatações de mora inconstitucionais e notificações, ao passar dos anos, o Poder Legislativo nada fez. Dessa forma, assinalando o excesso de tempo, o Supremo determinou a aplicação análoga, em favor dos servidores público civis, da Lei federal n. 7.783/89, observadas as particularidades de cada caso (CAMPOS, 2016).

Apesar dessa guinada jurisprudencial da Corte Suprema brasileira, a concepção da doutrina e da jurisprudência nacional ainda é presa a concepções tradicionais e ortodoxas no que diz respeito ao tema. Tanto assim, que a nova lei editada para o tema se limita à complementação normativa das normas constitucionais de aplicabilidade limitada, mas ainda excluindo situações de fato de sua apreciação.

Deste modo, a omissão normativa inconstitucional é um vício que implica na atuação incompleta de qualquer dispositivo constitucional, não apenas aqueles sujeitos à ação direta de inconstitucionalidade por omissão e ao mandado de injunção, que, conforme visto, mesmo esses têm limitações claras. Assim, Campos (2016) ensina que a concretização de atos normativos envolve limitações, obstáculos fáticos e variáveis, sociais e institucionais, que podem afetar diretamente o funcionamento das instituições estabelecidas e a própria

jurídicos de controle dos abusos cometidos na deflagração desse tipo específico de movimento grevista tem favorecido que o legítimo exercício de direitos constitucionais seja afastado por uma verdadeira "lei da selva". [...]. A disciplina do direito de greve para os trabalhadores em geral, quanto às "atividades essenciais", é especificamente delineada nos arts. 9o a 11 da Lei no 7.783/1989. Na hipótese de aplicação dessa legislação geral ao caso específico do direito de greve dos servidores públicos, antes de tudo, afigura-se inegável o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos civis (CF, art. 9o, caput, c/c art. 37, VII), de um lado, e o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua a todos os cidadãos (CF, art. 9o, §1o), de outro. Evidentemente, não se outorgaria ao legislador qualquer poder discricionário quanto à edição, ou não, da lei disciplinadora do direito de greve. O legislador poderia adotar um modelo mais ou menos rígido, mais ou menos restritivo do direito de greve no âmbito do serviço público, mas não poderia deixar de reconhecer direito previamente definido pelo texto da Constituição. [...] Mandado de injunção conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determinar a aplicação das Leis nos 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis" (BRASIL, 2008)

efetividade e concretização dos direitos fundamentais, independentemente de qualquer expressão ou densidade semântica dada aos enunciados normativos constitucionais.

Conquanto a Constituição de 1988 ofereça remédios para sanar essas omissões, estes não se mostram completamente suficientes para a superação do problema, em especial quando trata-se da tutela deficiente dos direitos fundamentais decorrente das omissões estatais inconstitucionais. A essas falhas na efetividade dos direitos fundamentais decorrentes de omissões inconstitucionais do Estado, seja em seus deveres de proteção ou de atuação positiva para com a concretização dos direitos fundamentais, são denominadas falhas estruturais. O capítulo seguinte busca uma análise dessas falhas, assim de como a jurisprudência internacional trata do tema, para, por fim, buscar uma análise de como o Judiciário brasileiro lida e pode lidar com o tema.

3 DAS FALHAS ESTRUTURAIS A UM ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE DOS CASOS ESTRUTURAIS

A positivação dos direitos fundamentais como conquistas históricas dos cidadãos foi um marco importante para a busca pela garantia e efetividade desses direitos. Conferiu-se, assim, que o aparato normativo e prático deve estar alinhado para que o Estado cumpra sua função primária, a concretização do plano constitucional, que por sua vez, passa pela efetividade dos direitos fundamentais.

Conquanto a Constituição do Brasil de 1988, aliado a diversos documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário, a exemplo da Declaração Universal de Direitos humanos, de 1948, e o Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, contam com um vasto rol de direitos fundamentais, e a legislação pátria conta com um considerável aparato de ferramentas jurisdicionais e meios de consumir desses direitos, é um lugar comum afirmar que a implantação e efetividade de fundamentais no Brasil, seja de qual for sua dimensão, é sofrível.

A disparidade entre o que dispõe a Constituição e as relações cotidianas, bem como a busca de suas causas é onde inicia-se a análise desse segundo capítulo.

3.1 As Falhas Estruturais

Destarte, o artigo 3º da Constituição Federal traz como objetivos da República Federativa do Brasil a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais (inciso III), bem como o bem de todos, sem discriminações ou preconceitos (inciso IV). Contudo, o quadro fático apresenta-se de forma diversa aos dispositivos constitucionais. Conforme dados do IBGE (2016), enquanto a região Sul, no ano de 2015, conta com taxas de expectativa de vida entre 78,7 a 74 anos, a região Norte, em sua grande maioria, conta com expectativas que variam entre 70,3 e 72 anos, demonstrando claramente uma disparidade entre a região.

Tal desigualdade regional encontra ainda maior respaldo quando traz-se à luz dados relativos à violência urbana, uma vez que, enquanto estados das

regiões Norte e Nordeste contam com os mais altos índices de homicídios a cada 100 mil habitantes do país em 2015, tal como Alagoas, com índice de 49,6 homicídios, Ceará, com 44,1 e Sergipe, com impressionantes 53,3 homicídios a cada 100 mil habitantes, já Santa Catarina e São Paulo, com realidades quase opostas, contando com índices de 12,1 e 8,9, respectivamente (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2016).

A situação dos brasileiros, por estado, que possuem classe de rendimento mensal domiciliar *per capita* de até meio e até um quarto de salário mínimo, sendo classificadas respectivamente como pobres e extremamente pobres é fato que merece nota. Enquanto a média nacional para pessoas em situação de pobreza aponta para 27%, as regiões Norte e Nordeste contam com 43 e 46% de seus habitantes nessas condições. Já a região Sul apresenta “apenas” 13% do total de seus habitantes em situação de pobreza (IBGE, 2015).

Ao mesmo tempo que o artigo 5º da Carta Magna dispõe que todos são iguais perante a lei, sem distinções de qualquer natureza, sendo garantido a brasileiros e estrangeiros residentes em território pátrio a garantia do direito à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade, novamente o cenário nacional apresenta outra realidade.

Os direitos fundamentais à vida e à segurança são postos em questão quando o país contabilizou um total de 58.467 (cinquenta e oito mil quatrocentos e sessenta e sete) mortes violentas, sendo 54% das vítimas jovens, com idades entre 15 e 14 anos, e 74% pretas ou pardas (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2016).

Em uma comparação contemporânea, entre janeiro de 2011 a dezembro de 2015, a violência no Brasil já havia vitimado 279.567 (duzentos e setenta e nove mil quinhentos e sessenta e sete) pessoas, já entre março de 2011 e novembro de 2015, a Guerra da Síria vitimou 256.124 (duzentas e cinquenta e seis mil cento e vinte e quatro pessoas) (OBSERVATÓRIO DE DIREITOS HUMANOS DA SÍRIA *apud* FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2016). Mesmo com esse quadro caótico, dentre o orçamento do Ministério da Justiça, 3% é destinado ao Fundo Nacional de Segurança Pública em 2015, representando uma queda de 48% desde a criação do fundo em 2002.

No que tange à igualdade racial, no Brasil, 53,9% dos habitantes, no ano de 2015 declararam-se pretos ou pardos, enquanto 45,2% declararam-se

brancos. Naquele mesmo ano, 26,5% dos jovens brancos com idade entre 18 e 24 anos frequentam o ensino superior no Brasil, apenas 12,8% dos jovens pretos da mesma idade frequentavam (IBGE, 2016). Além disso, dentre os 10% mais pobres da população brasileira no mesmo ano, 75,5% são negros, enquanto entre os 1% mais ricos, os negros totalizam apenas 17,8% (IBGE, 2016).

Ao passo que a igualdade de homens e mulheres está assegurada constitucionalmente pelo inciso I do artigo supracitado, conforme estudo do IBGE (2016), em 2015, o rendimento médio dos homens perfazia uma média de R\$ 2.012,00 (dois mil e doze reais) enquanto das mulheres atingia a média de R\$ 1.522,00 (mil quinhentos e vinte e dois reais), portanto, 76% se comparado com a média dos homens.

Destoa também do texto constitucional a realidade no sistema prisional brasileiro. É constitucionalmente garantido em seu artigo 5º que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante (inciso III), que não haverá penas cruéis ou degradantes (XLVII), devendo ser assegurado aos presos sua integridade física e moral (XLIX). Entretanto, conforme dados do INFOPEN (2014), a taxa de ocupação nos presídios brasileiros é, em média 167%, chegando a 292% em Rondônia e 259% no Amazonas. Ou seja, para cada vaga no sistema prisional, aproximadamente três pessoas ocupam aquele espaço.

A situação do sistema prisional brasileiro é particularmente delicada, objeto de várias ações junto ao Supremo Tribunal Federal, como a ADPF 347, que declarou haver um estado de coisas inconstitucional nas prisões brasileiras, e será visto mais detalhadamente na sequência do presente estudo.

No julgamento da ação em questão, o Min. Marco Aurélio de Mello destacou em seu voto a condição deplorável do sistema prisional brasileiro (BRASIL, 2015):

A maior parte desses detentos está sujeita às seguintes condições: superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, 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.

Contudo, mesmo diante deste quadro de massiva violação de direitos fundamentais, a verba do Ministério da Justiça direcionada ao Fundo Nacional Penitenciário representa apenas 2% do seu orçamento, tendo uma redução de cerca de 49% na última década (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2016). Enquanto isso, o número de presos no Brasil, entre 2000 e 2014 passou de 232.755 (duzentos e trinta e dois mil setecentos e cinquenta e cinco) para 622.202 (seiscentos e vinte e dois mil duzentos e dois) presos (FUNPEN, 2014).

Muito embora os incisos XLVII e LII pregam a garantia que, salvo em tempo de guerra, não haverá penas de morte, trazendo a garantia de que ninguém será processado ou sentenciado senão por autoridade competente, somente no ano de 2015, 3.320 (três mil e duzentas) pessoas foram vítimas de intervenções policiais, totalizando uma taxa de 1,6 mortes para cada 100 mil habitantes (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2016). A caráter comparativo, no ano de 2015 Honduras, que totalizou uma taxa de homicídios de 62,5 a cada 100 mil habitantes, tem uma taxa de letalidade policial de 1,2/100 mil habitantes, e a África do Sul, com uma taxa de 34 homicídios a cada 100 mil habitantes, tem uma taxa de letalidade policial de 1,1/100 mil habitantes (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2016).

Esses alarmantes números relativos à letalidade policial no Brasil refletem na percepção da população quanto a atividade policial. Conforme pesquisa do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2016), 50% dos entrevistados afirmam que a Polícia Militar é eficiente em garantir a segurança da população, e 52% tem a mesma percepção da Polícia Civil; 59% têm medo de ser vítima de violência da Polícia Militar, e 53% têm o mesmo medo quanto à Polícia Civil, e; 70% dos entrevistados acham que as polícias exageram no uso da violência.

Ainda que o inciso LVII do artigo 5º disponha que ninguém será culpado antes de sentença penal condenatória com trânsito em julgado, dentre as 622.202 (seiscentos e vinte e dois mil duzentos e dois), 40,1% destes eram, ao tempo presos provisórios, ou seja, ainda aguardam sentença condenatória com trânsito em julgado enquanto encarcerados em condições desumanas e insalubres (FUNPEN, 2014).

No que tange os direitos fundamentais sociais, o quadro apresentado não é diferente. O artigo 6º da Carta Fundamental dispõe e um amplo catálogo de direitos fundamentais de segunda dimensão, quais sejam educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social e proteção à maternidade e à primeira infância. Todavia, os dados apresentados em pesquisas recentes demonstram a precária condição desses direitos.

No que tange o direito à educação, conforme dados do IBGE (2015), em 2014, analisando a taxa de frequência bruta (percentual da população que frequenta a escola considerando o grau de ensino da matrícula) das crianças entre 4 a 5 anos, 84,3% frequentavam a escola, enquanto na faixa entre 6 a 14 anos, 98,6% atendiam a estabelecimentos educacionais. Entretanto, entre jovens de 15 a 17 anos, 85% frequentam a escola, ou seja, há uma evasão escolar de 15% dos jovens nessa faixa etária.

A taxa de conclusão de ensino médio entre pessoas de 20 a 22 anos, em 2015 merece também destaque, uma vez que apenas 60,8% dos entrevistados nesta faixa etária concluíram o ensino obrigatório. Nesse indicativo, assim como em diversos outros, a desigualdade racial fica também evidente, uma vez que 71,7% das pessoas consideradas brancas concluíram essa fase de ensino, enquanto na população preta ou parda, apenas 52,6% concluíram a mesma etapa (IBGE, 2015).

No ensino superior, a situação fica ainda mais grave, de modo que, entre jovens de 18 a 24 anos de idade, em 2014, apenas 58,5% dos entrevistados frequentavam o ensino superior. Contudo, atenta-se novamente para a discrepância racial, em que entre as pessoas consideradas brancas, o índice de frequência no ensino superior na faixa etária pesquisada é de 71,4%, em contraste com 45,5% dos jovens considerados pretos ou pardos (IBGE, 2016).

A concretização do direito fundamental à saúde encontra-se, também, em condição fragilizada na realidade nacional. Em 2013, apenas 82,6% dos idosos conseguiram obter todos os medicamentos receitados no último serviço de saúde (IBGE, 2016).

As notícias de superlotação nos hospitais, condições desumanas e insalubres de atendimento são quase cotidianas e comuns a todas as regiões do país. Casos de falta de leitos, corredores lotados, animais e pragas nos hospitais

de denunciando condições precárias de higiene estampam as manchetes dos jornais brasileiros em todas as regiões.⁷

A situação é agravada ainda pela falta de saneamento básico, onde, no ano de 2013, 30,8% dos brasileiros não sequer tinham acesso, simultaneamente, a água por rede geral, esgotamento por rede geral ou fossa séptica e lixo coletado (IBGE, 2016).

O desemprego atinge taxas alarmantes, e põe em cheque, também, a efetividade do direito fundamental ao trabalho. Conforme dados da Pesquisa Nacional Por Amostra de Domicílios Contínua Trimestral – PNAD-T (2017), no segundo semestre de 2017 o Brasil atingiu a marca de 13% de desempregados dentre a população economicamente ativa.

A adequação dos domicílios à moradia também merece nota, uma vez que é garantido também no artigo 6º o direito à moradia. Entretanto, em 2015, apenas 72,9% dos domicílios particulares permanentes no Brasil são adequados à moradia. O número é ainda mais alarmante se destacada a desigualdade social, ao passo que a região Sudeste conta com 88% dos domicílios adequados à moradia, enquanto a região Norte conta apenas com 41% e o Nordeste com 55,6% (IBGE, 2015)

O direito a segurança, também garantido no artigo supracitado, tem sua condição fragilizada, uma vez que além das questões relativas ao direito à vida já expostas, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2016) aponta que, apenas no ano de 2015, ocorreram mais de 45.460 (quarenta e cinco mil

⁷ Com corredores lotados, hospitais de Ribeirão Preto sofrem com falta de leitos (<https://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/noticia/com-os-corredores-lotados-hospitais-de-ribeirao-preto-sofrem-com-falta-de-leitos.ghtml>); Hospitais em Campinas registram lotação de alas infantis e pais relatam demora de até 10 horas para atendimento (<https://g1.globo.com/sp/campinas-regiao/noticia/hospitais-em-campinas-registram-lotacao-de-alas-infantis-e-pais-relatam-demora-de-ate-10h-para-atendimento.ghtml>); Hospital Regional de São José tem lotação e pacientes nos corredores (<http://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2017/03/hospital-regional-de-sao-jose-tem-lotacao-e-pacientes-nos-corredores.html>); Imagens mostram lotação e pacientes nos corredores do IJF, em Fortaleza (<http://g1.globo.com/ceara/noticia/2015/11/imagens-mostram-lotacao-e-pacientes-nos-corredores-do-ijf-em-fortaleza.html>); Setor do hospital regional de Joinville interditado após surto de pulgas (<http://anoticia.clicrbs.com.br/sc/geral/noticia/2014/10/setor-do-hospital-regional-de-joinville-e-interditado-apos-surto-de-pulgas-4623009.html>); Três alas do hospital de Taguatinga, no DF, são fechadas por causa de pulgas (<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2016/03/tres-alas-de-hospital-de-taguatinga-no-df-sao-fechadas-por-causa-de-pulgas.html>); Vídeo mostra ratos circulando nas dependências de hospital no RJ (<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/12/video-mostra-ratos-circulando-nas-dependencias-de-hospital-no-rj-veja.html>).

quatrocentos e sessenta) estupros no Brasil, totalizando uma média de 125 vítimas por dia. Mais de um milhão de carros roubados ou furtados entre 2014 e 2015. E, 110.327 (cento e dez mil trezentos e vinte e sete) armas de fogo apreendidas em 2015.

O abismo entre o texto constitucional da Constituição do Brasil de 1988 e a realidade é notável. Urge, portanto, a necessidade do reconhecimento das raízes dos problemas afim de que se possa dar efetividade ao plano constitucional e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais.

É assente que o Estado tem o dever de proteção face à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, conforme conferiu-se no primeiro capítulo deste estudo. Assim, o poder público tem a obrigação de atuar positivamente, e não apenas negativamente, para garantir a efetividade desses direitos. A inação estatal deve ser entendida, deste modo, como uma ofensa à Constituição, devendo ser entendida não só quando o mesmo deixa de agir, mas quando age de modo insuficiente (CAMPOS, 2016).

Entende-se, assim, indispensável conferir a incidência dos direitos fundamentais às relações privadas, na qual os obstáculos para a concretização de tais direitos podem provir não apenas do Estado, como concebia-se principalmente no período liberal-burguês, mas de uma gama de atores da esfera privada como da família, das relações de trabalho e emprego, no mercado de consumo e uma série de outras interações sociais cotidianas (SARMENTO, 2004).

Cabe, então, ao Estado, a partir dessa dimensão objetiva, a tarefa de proteção dos direitos fundamentais contra ameaças não estatais, porém controláveis por este. Revela-se como função estatal face aos direitos fundamentais, que deverá ser exercida primariamente pelo legislador, o dever de proteção com relação a esses direitos, editando leis que os protejam contra ataques de terceiros, sendo tarefa dos demais poderes a execução e garantia destas (CAMPOS, 2016).

Tais direitos de proteção, segundo Robert Alexy (2008), devem ser compreendidos como os direitos que o titular de direitos fundamentais com relação ao Estado tem de que este o proteja com relação a terceiros. Esse direito de proteção do titular de direitos fundamentais, entendido como dever de proteção a partir da ótica Estatal, deve ter relação com tudo aquilo que se deve

proteger dentro do ponto de vista dos direitos fundamentais: a vida, igualdade, dignidade, propriedade, etc. Isso se dá das mais diversas formas, relacionando-se com as competências inerentes dos entes estatais, seja na regulação de normas do âmbito legislativo, a ações positivas e atos administrativos pela administração pública (ALEXY, 2008).

Vislumbra-se ser plenamente válido falar-se em deveres de proteção em face dos direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira uma vez que o artigo 5º, inciso XLI, determina que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais” (BRASIL, 1988). Aliado a isso, direitos como o direito social à segurança, anteriormente citado, disposto no caput do artigo 6º, demonstram a necessidade da atuação positiva do Estado brasileiro com relação aos direitos e garantias fundamentais face a violações nas relações particulares.

Essa ineficácia ou inércia do agir do Estado, falhando este com seus deveres de proteção, em especial do Legislativo e do Executivo, decorrem, conforme Valle (2016) dos chamados “bloqueios institucionais”. É esse fenômeno, conforme a percepção da autora, que enseja em entraves para a concretização dos direitos fundamentais diante da inação ou ineficiência da atuação estatal. Não sendo, contudo, exclusividade da realidade brasileira, conforme se verá em análise da jurisprudência alienígena mais adiante.

Na seara legiferante, tal bloqueio seria causado: pelos chamados “pontos cegos”, ou seja, da ausência do comando expresso no sentido de legislar, ou da existência de texto normativo o qual se considera, erroneamente, suficiente ou adequado; pela falta de percepção da necessidade de normatização, muitas vezes pelo ineditismo, como no caso de aplicativos de serviço de transporte, como *Uber* ou *Cabfy*; ou ainda pelo resultado de uma ponderação entre o ônus no âmbito político (voto) da ação e da inércia, especialmente em casos socialmente controversos onde há uma dificuldade ou ausência de formação de consensos (VALLE, 2016).

Outro ponto que vale destaque quanto aos bloqueios institucionais da atividade legislativa é a legislação simbólica. Conforme Marcelo Neves (2011, p. 30), trata-se da “[...] produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertróficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico”. Nesse sentido, a

falha na função instrumental da legislação não decorre apenas de um problema quanto à eficácia das normas jurídicas. Uma notável gama de instrumentos legais representa funções sociais latentes reverses à sua eficácia fática, em contrariedade ao seu sentido jurídico manifesto. (NEVES, 2011).

A problemática da legislação simbólica é de matriz estrutural do processo legislativo, sendo antes de falar-se em vontade ou intenção do legislador, trata-se do interesse social que a possibilita. Resta claro, no entanto, que no momento em que o legislador passa a formular determinada norma sem que haja nenhuma providência no sentido de viabilizar a praticidade e eficácia da mesma, apesar de ter condições de tê-la feito, resta claro o indício de legislação simbólica (NEVES, 2011).

Cumprir destacar que, por mais que haja uma forte função simbólica nas declarações contidas nos textos constitucionais e em seus respectivos preâmbulos, os mesmos não são objeto da crítica do trabalho do autor, uma vez que a essas estruturas normativas são atribuídas uma função interpretativa para o todo constitucional, conseqüentemente, à concretização normativa da Carta. O que se discute aqui são os casos em que a eficácia real da norma encontra-se prejudicada em detrimento de seu sentido demasiadamente simbólico (NEVES, 2011).

Para melhor compreensão do tema, Neves (2011) tipifica a legislação simbólica em três categorias: (i) a confirmação de valores sociais, onde o legislador deve tomar uma posição em determinados conflitos sociais. Comumente, agentes envolvidos nesse conflito acreditam na positividade normativa como forma de assegurar uma pretensa superioridade de sua visão de mundo. Assim, buscam proibir o que não coaduna com os seus valores, engrandecendo seu ponto de vista, sendo esse o simbolismo em questão, mesmo que fraca ou inexistente a materialização da norma em questão; (ii) um segundo ponto seria a legislação-alibi, onde o legislador busca demonstrar a capacidade de resposta do Estado diante da edição de normas. Pressionado por segmentos sociais, cria-se assim normas imediatistas para demonstrar uma resposta rápida do aparato estatal, no entanto, sem a menor preocupação com sua praticidade. Assim, o legislador demonstra ao seu eleitorado preocupação com os assuntos sociais, pouco importando as mudanças que realmente se deram em decorrência desse ato; (iii) finalmente, fala-se em legislação como

forma de compromisso dilatatório. Neste último ponto, estando em vigência uma discussão sem consenso algum perante um problema social, é criada uma norma sem efeitos práticos com a mera finalidade de agradar ambos os lados da discussão, tendo que tal questão ser novamente discutida num futuro indeterminado.

Confere-se, assim, que não se busca negar a importância dos efeitos simbólicos da atividade legal, seja ela normativa ou jurisdicional. Tais efeitos têm inegável importância, especialmente na matéria de estudo do presente trabalho, como se verá ainda neste capítulo. Entretanto, o problema ocorre quando há, conforme aponta Neves (2011), uma hipertrofia da atividade legislativa, negando a vigência prática e material da norma jurídica. Não se tem, no entanto, a ausência de texto normativo, mas sim a ausência de um fim prático dentro de tal texto, pelos mais diversos motivos, impossibilitando a efetivação do direito em questão.

No contexto administrativo, além das causas aplicáveis ao poder Legislativo supracitadas, cita-se como causas desses “bloqueios institucionais”: a fragmentação do Estado no modelo federativo, em especial quanto às relações dos órgãos que mais frequentemente ocorrem em regime de competição do que colaboração, citando-se as mais diversas razões políticas ou pessoais; a forma como é feito o pacto federativo brasileiro, altamente centralizado no que diz respeito à distribuição de recursos e pouco claro na repartição de competências; a complexidade inerente das tarefas que se impõem a administração pública, onde muitos órgãos são tomados por uma imobilidade resultado de uma ausência de recursos adequados para a sua concretização (VALLE, 2016).

Além disso, tais falhas no dever de proteção, contudo, podem decorrer não apenas da falta concreta de legislação específica, mas sim da falta de coordenação entre o legislador, órgãos e entidades públicas, que são responsáveis por dar efetividade aos ditames legais, o que resulta numa ineficácia da lei, e conseqüentemente em uma proteção ineficiente dos direitos fundamentais. Nesses casos, essa deficiência na concretização dos direitos fundamentais passa, não somente pela atuação deficiente dos poderes constituídos, mas da falta de cooperação entre estes (CAMPOS, 2016).

Significa dizer, conforme Valle (2016), que a análise desse embaraço institucional no quadro anteriormente apontado não se dá por uma ótica abstrata

do papel das instituições responsáveis, mas observando-se a efetividade de tal modelo em fornecer o necessário e efetivo aporte para a promoção dos direitos fundamentais.

As situações de ocorrência desses bloqueios institucionais, impedindo ou impondo obstáculos a atuação concreta do Estado em seu dever objetivo de proteção e implementação dos direitos fundamentais, culminando no quadro explicitado no início do presente capítulo, são denominadas falhas estruturais⁸ (CAMPOS, 2016).

Campos (2016) explica que, via de regra, essas falhas estruturais são facilmente notadas como deficiência no ciclo das políticas públicas, no que diz respeito à formação e execução destas. Geram assim, a ausência ou ineficiência das mesmas, afetando a concretização do plano constitucional como um todo. Assim, tais falhas têm raízes em bloqueios institucionais que impedem ou dificultam a atuação concreta do Estado face ao problema posto (CAMPOS, 2016).

Tais falhas estruturais mostram-se insistentes e de difícil contorno pelas vias regulares, não apresentando os poderes constituídos vontade política ou capacidade institucional para reverter o quadro, gerando situações graves como já demonstradas. A inação ou ação deficiente do Estado acaba, assim, por gerar uma atuação deficiente da norma, suprimindo direitos fundamentais prescritos na Constituição e historicamente conquistados. Situações que, de forma prolongada, demonstram um quadro de falhas estruturais permanentes na realidade brasileira que precisa ser superado.

A extremidade de tais falhas estruturais, de forma permanente, geradas pela pelos bloqueios institucionais, que desembocam numa realidade

⁸ Importante ressaltar que Campos (2016) não menciona a figura dos bloqueios institucionais, tratando todas as situações de falhas no dever de proteção como falhas estruturais. Tampouco Valle (2016) trata das falhas estruturais, sendo, as situações de falha no direito de proteção decorrentes de bloqueios institucionais. Contudo, as situações descritas na obra do referido autor encaixam-se perfeitamente nas mesmas situações descritas por Valle (2016) para tanto. A diferença primordial entre a obra de ambos, é que os bloqueios institucionais denotam as situações específicas de cada um dos poderes que culminam na falha nos deveres de proteção do Estado face os direitos fundamentais, enquanto as falhas estruturais, na obra de Campos (2016) remontam, além das causas formadoras dos bloqueios institucionais, a falta ou falha na coordenação entre a atividade desses poderes, ou mesmo dentro dos diversos órgãos que compõem os mesmos. Assim, o conceito de falhas estruturais pode ser entendido de forma a englobar os bloqueios institucionais.

de massiva e sistemática violação de direitos é dada por autores como Campos (2016), Ariza (2013), Valle (2016) e por cortes constitucionais ao redor do globo como fundamento para a atuação ativista das próprias cortes. São esses chamados de casos estruturais, que serão objeto de análise do próximo item do presente capítulo.

3.2 Os casos estruturais na jurisprudência estrangeira

O descompasso entre o que dispõe a Constituição e a realidade prática não é exclusividade brasileira. Situações de falhas estruturais permanentes, ou seja, violações massivas de direitos fundamentais, majoritariamente, mas não só, direitos socioeconômicos, causadas por omissões inconstitucionais do poder público, seja pela omissão legislativa, atuação ineficiente e/ou falhas de coordenação dentre os diversos responsáveis, ocorrem em todo o mundo, especialmente nos países que compõem o chamado Sul-global.

Os poderes Judiciários desses respectivos países vêm sendo provocados acerca dessas falhas estruturais permanentes, que, em atuações consideradas ativistas, moldados numa espécie de “neoconstitucionalismo progressista” (GARAVITO, 2011, p. 1671) (*progressive neoconstitutionalism*), têm tratado dos chamados “casos estruturais” (GARAVITO, 2011, p. 1671 *structural cases*). Tais casos tomaram os mais diferentes nomes e formas, como se verá a seguir. (GARAVITO, 2011).

Assim, o presente subitem tem como proposta a análise dos principais casos estruturais ao redor do globo, com a finalidade de verificar como, e se, esses países superaram tais situações.

3.2.1 O caso norte-americano

O pioneirismo das demandas judiciais relativas a falhas estruturais ocorreu nos Estados Unidos da América, na década de 50. No célebre caso de *Brown vs. Board of Education of Toeka*, de 1954, chamado também de *Brown I*, onde a Suprema Corte norte-americana decidiu acerca da segregação racial institucionalizada no sistema de ensino, pondo fim a política existente à época

do *equal but separated* (iguais, mas separados), vigente desde 1896, afirmando a inconstitucionalidade da mesma diante da violação da 14ª emenda da constituição norte-americana (1868), a qual estabelece a *equal protection clause* (cláusula de igual proteção) (UNITED STATES OF AMERICA, 1954).

Contudo, numa atuação política, prospectando a resistência firmada por estados mais conservadores, especialmente dos estados da região Sul, e enfrentando diversas dificuldades, a Corte implementou um método de sentenciamento mais lento e gradual (VALLE, 2016). Para isso, ocorreu um segundo julgamento do caso, chamado de *Brown II*, onde a Corte reconheceu o dever dos conselhos estaduais de educação em formular políticas educacionais, determinando que as cortes estaduais em monitorassem a aplicação do comando judicial, com observância aos “princípios de equidade”. Contudo, apesar de afirmar a inconstitucionalidade da segregação, a Corte Suprema optou por não determinar seu fim imediato, tendo como resultado o massivo descumprimento da ordem pelos conselhos estaduais (CAMPOS, 2016).

Deste modo, na década de 60, a Suprema Corte norte-americana, bem como as cortes distritais passaram a empreender uma postura mais ativista com relação ao caso. Assim, em muitos casos, as cortes acabaram por formular elas próprias as políticas educacionais (CAMPOS, 2016).

Outrossim, Garavito (2011) afirma que, sem que tais medidas ativistas fossem tomadas, é improvável que o fim da segregação racial no sistema educacional norte-americano tivesse ocorrido.

Nos Estados Unidos, no começo dos anos 70, os remédios estruturais continuaram a ser utilizados para a reestruturação dos sistemas distritais de ensino a fim de acabar com a segregação racial e também para melhorar o funcionamento dos presídios e de instituições de saúde para tratamento dos mentalmente incapacitados. Para tanto, as cortes norte-americanas interferiram na formulação e implementação de políticas públicas, bem como nas prioridades orçamentárias (CAMPOS, 2016).

Cumprir destacar outro notório caso da Corte Suprema do Arkansas, onde, em *Holt vs Sarver*, em 1969, chamada também de *Holt I*, identificadas as precárias condições da Prisão-Fazenda Cummins e no Reformatório Rucker, ambos no estado do Arkansas, buscou-se construir uma solução adequada ao caso a partir da cooperação com o respectivo órgão responsável pelos estabelecimentos (VALLE, 2016).

A medida adotada pela Corte não foi suficiente, e logo a mesma se viu novamente acionada em um novo caso, envolvendo as mesmas partes: *Holt vs Sarver*, de 1970, chamada também de *Holt II*. Foi constatada, assim, violação da 5ª e da 8ª emenda à Constituição norte-americana, a *due process clause* (cláusula do devido processo) e a *prohibition of cruel and unusual punishment* (proibição de penas cruéis e degradantes), chegando a Corte estadual a afirmar a “inconstitucionalidade das condições e práticas” ali mantidas, emitindo decisão com detalhado conjunto de providências a serem tomadas visando sanar o quadro (VALLE, 2016).

Em ato contínuo, a Corte do Estado do Arkansas emitiu diversas intervenções judiciais no caso, precedidas de relatórios de acompanhamento. Essa situação continuou até que se entendesse como findo o quadro de violações de direitos (VALLE, 2016).

A conclusão, conforme Valle (2016), restou na existência de um problema estrutural no caso em questão, exigindo da Corte uma intervenção mais incisiva e detalhada, com posterior supervisão jurisdicional quanto ao seu efetivo cumprimento, por diversos relatórios resultando em sucessivas novas decisões de reforço, até que houvesse a mitigação do sistemático quadro de violação de direitos. A Suprema Corte norte-americana chegou a manifestar-se quanto ao assunto, mas não censurou, de forma alguma, a seara estrutural de tais decisões.

3.2.2 O caso colombiano

A Corte Constitucional colombiana (CCC), graças a sua atuação ativista, tanto no controle dos atos e decisões político-administrativas dos demais poderes constituídos quanto na promoção de direitos fundamentais⁹, é considerada um paradigma do ativismo judicial na América Latina e uma das mais ativistas do mundo (CAMPOS, 2016).

⁹ Em sua obra, Campos (2016) cita a atuação da Corte, desde 1992, em casos quanto ao controle dos atos dos Poderes Executivo e Legislativo no que diz respeito às declarações de estado de exceção, ao controle de constitucionalidade da reeleição presidencial e à promoção de direitos fundamentais, sociais e econômicos.

A Constituição da Colômbia, promulgada no ano de 1991, conta com uma extensa lista de direitos fundamentais e, dentre esses, mostra-se particularmente comprometida com uma gama de direitos sociais. Além disso a Carta Maior colombiana garante amplo acesso às ferramentas judiciais, e a este poder significativa competência de controle constitucional sobre os demais poderes instituídos. Finalmente, a Constituição de 1991 estabelece o controle constitucional abstrato por meio das *acciones públicas* (ações públicas) e, no controle concreto, de modo a promover a defesa dos direitos previstos na constituição, as *acciones de tutela* (ações de tutela), ambos podendo ser propostas por qualquer cidadão perante a Corte Constitucional (CAMPOS, 2016).

Especialmente diante de casos de falhas estruturais permanentes, merece nota a SU – 559, de 1997¹⁰. Tratava-se de 45 professores dos municípios de María La Baja e de Zambrano que, mesmo contribuindo obrigatoriamente com 5% de seus rendimentos com o fundo previdenciário, denominado Fondo de Prestación Social, não recebiam a cobertura de saúde ou de seguridade social que lhes era devida. Os réus alegaram falta de recursos orçamentários para tanto (CAMPOS, 2016).

¹⁰ “**CORTE CONSTITUCIONAL-Colaboración armónica con órganos del Estado/ESTADO DE COSAS-Notificación y requerimiento por violación de la Constitución/ACCION DE TUTELA-Notificación de irregularidad a las autoridades públicas y efectos.**

La Corte Constitucional tiene el deber de colaborar de manera armónica con los restantes órganos del Estado para la realización de sus fines. Del mismo modo que debe comunicarse a la autoridad competente la noticia relativa a la comisión de un delito, no se ve por qué deba omitirse la notificación de que un determinado estado de cosas resulta violatorio de la Constitución Política. El deber de colaboración se torna imperativo si el remedio administrativo oportuno puede evitar la excesiva utilización de la acción de tutela. Los recursos con que cuenta la administración de justicia son escasos. Si instar al cumplimiento diligente de las obligaciones constitucionales que pesan sobre una determinada autoridad contribuye a reducir el número de causas constitucionales, que de otro modo inexorablemente se presentarían, dicha acción se erige también en medio legítimo a través del cual la Corte realiza su función de guardiana de la integridad de la Constitución y de la efectividad de sus mandatos. Si el estado de cosas que como tal no se compadece con la Constitución Política, tiene relación directa con la violación de derechos fundamentales, verificada en un proceso de tutela por parte de la Corte Constitucional, a la notificación de la regularidad existente podrá acompañarse un requerimiento específico o genérico dirigido a las autoridades en el sentido de realizar una acción o de abstenerse de hacerlo. En este evento, cabe entender que la notificación y el requerimiento conforman el repertorio de órdenes que puede librar la Corte, en sede de revisión, con el objeto de restablecer el orden fundamental quebrantado. La circunstancia de que el estado de cosas no solamente sirva de soporte causal de la lesión iusfundamental examinada, sino que, además, lo sea en relación con situaciones semejantes, no puede restringir el alcance del requerimiento que se formule.” (COLOMBIA, 1997).

Assim, em sede de *tutela*, a Corte julgou não estarem os 45 docentes que ingressarem com a ação tendo seus direitos fundamentais atendidos pelos entes estatais. Contudo, foi além: buscou a raiz do problema, constatando que aproximadamente 80% dos professores dos referidos municípios encontravam-se na mesma situação, constatando o que, conforme os juízes, seria uma deficiência na política geral de educação, que tinha origem na distribuição desigual dos recursos realizada pelo governo central (CAMPOS, 2016).

Os juízes assim declararam a situação como “*um estado de cosas que pugna com la Constitución Política*” (um estado de coisas que contraria com a Constituição Política) (COLOMBIA, 1997), constatando que o problema era decorrente da atuação de vários entes estatais dos mais diversos níveis, determinou que os demais municípios que encontravam-se nessa situação corrigissem a inconstitucionalidade revelada em um prazo razoável e a remessa de cópias da sentença aos Ministros da Educação e da Fazenda e do Crédito Público, ao Diretor do Departamento Nacional do Planejamento, aos membros do CONPES social, aos Governadores e Assembleias, aos Prefeitos e aos Conselhos Municipais a fim de que fossem tomadas providências (COLOMBIA, 1997).

Campos (2016) ressalta a preocupação da Corte, no caso em questão, em proteger a sua própria estrutura de funcionamento, atestando que este foi o primeiro caso de reconhecimento de um estado de coisas inconstitucional (ECI) pela Corte Constitucional Colombiana (CCC). A situação como estava posta, de massiva violação de direitos fundamentais previdenciários ensejaria fatalmente em um imenso número de demandas buscando soluções para casos idênticos, que causaria um acúmulo de processos. Deste modo, a Corte, em uma postura ativista, estendeu os efeitos da decisão a um número amplo e indeterminado de docentes por meio de uma única ação de tutela.

Em 1998, a Corte Constitucional da Colômbia enfrentou um de seus mais significantes casos, no qual, por meio da *Sentencia T-153*¹¹, declarou a

¹¹ “**ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN ESTABLECIMIENTO CARCELARIO-Hacinamiento.** *Las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos. Esta situación se ajusta plenamente a la definición del estado de cosas*

existência de um estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário em todo o país. No caso, um determinado número de pessoas encarceradas nos presídios federais de Bellavista, em Medellín, e La Modelo, de Bogotá, ingressaram com ações de tutela diante das condições desumanas e da superlotação dos referidos estabelecimentos (ARIZA, 2013).

No curso do processo, a Corte constatou que o quadro de superlotação das penitenciárias no país, resultando em violação de direitos à dignidade humana, à vida, à integridade, à família, à saúde, enfim, toda uma gama de direitos fundamentais previstos constitucionalmente, era uma realidade em todo o sistema prisional do país. Evidenciou-se, assim, a omissão dos atores sociais e políticos envolvidos no que diz respeito a efetivação do plano constitucional diante da absoluta ausência de políticas públicas voltadas ao problema em questão. Os juízes destacaram a total insensibilidade dos agentes públicos face à situação da população carcerária, estando o tema totalmente fora da agenda política, revelando uma inércia legislativa, administrativa e orçamentaria (CAMPOS, 2016).

Libardo José Ariza (2013) descreve a realidade vivida nas prisões colombianas em 1998, que, aliás, muito assemelha-se a realidade do sistema prisional brasileiro:

At the time when the case was brought, the penitentiary system had reached the worst of its crisis. Jails were governed by gangs; overcrowding had reached 40 percent; 44 percent of the prison budget was spent on operational costs, leaving only US\$5 a day to spend on each prisoner; only 34 percent of inmates were enrolled in study or work programs/ there was one guard for every 14 prisoners; one person died every four days/ and 364 prisoners were injured every year.

inconstitucional. Y de allí se deduce una flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios colombianos, tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia, etc. Durante muchos años, la sociedad y el Estado se han cruzado de brazos frente a esta situación, observando con indiferencia la tragedia diaria de las cárceles, a pesar de que ella representaba día a día la transgresión de la Constitución y de las leyes. Las circunstancias en las que transcurre la vida en las cárceles exigen una pronta solución. En realidad, el problema carcelario representa no sólo un delicado asunto de orden público, como se percibe actualmente, sino una situación de extrema gravedad social que no puede dejarse desatendida. Pero el remedio de los males que azotan al sistema penitenciario no está únicamente en las manos del INPEC o del Ministerio de Justicia. Por eso, la Corte tiene que pasar a requerir a distintas ramas y órganos del Poder Público para que tomen las medidas adecuadas en dirección a la solución de este problema. (T-153. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Sala Plena. DJ 28/4/1998) (grifos no original)" (COLOMBIA, 1998).

Assim, a corte declarou esse quadro de falhas estruturais permanente como um Estado de Coisas Inconstitucional, determinando que: fossem notificados o Presidente da República, o Senado, a Câmara, a Turma de Direito Penal da Corte Suprema de Justiça, as Turmas Administrativa e Jurisdicional Disciplinar do Conselho Superior da Judicatura, o Fiscal Geral da Nação, os Governadores e Prefeitos, os Presidentes das Assembleias e os Conselhos Municipais acerca do ECI; determinou que o Instituto Nacional Penitenciário e Carcerário (INPEC), o Ministério da Justiça e do Direito e o Departamento Nacional de Planejamento elaborassem, em três meses, um plano de construção e reforma nas unidades penitenciária, de forma a assegurar os direitos fundamentais dos presos, bem como a realização total de tal plano no prazo de quatro anos; ordenou que os recursos orçamentários e as medidas necessárias do referido plano fossem providenciadas pelo Governo nacional; mandou que a Defensoria do Povo e a Procuradoria-Geral da Nação supervisionassem a execução do referido plano; determinou que o INPEC organizasse, em até quatro anos, a separação dos presos provisórios dos condenados; ordenou ao INPEC e aos Ministérios da Justiça e do Direito e da Fazenda que fossem tomadas providência com o fim de solucionar a carência de efetivo pessoal nas instituições prisionais; determinou que os Governadores, Prefeitos e Presidentes das Assembleias e Conselhos Municipais que criassem em mantivessem presídios próprios; finalmente, ordenou que fossem tomadas todas as medidas necessárias para assegurar a ordem pública e a efetivação dos direitos fundamentais da população carcerária pelo Presidente da República e o Ministério da Justiça e do Direito (COLOMBIA, 1998).

Conforme Ariza (2013), o caso é de tamanha importância por duas razões: a primeira porque a decisão tratou de consolidar e delinear a doutrina do Estado de Coisas Inconstitucional, onde a Corte intervém, de forma incisiva, em casos que são detectadas massivas e sistemáticas violações de direitos fundamentais causadas por falhas estruturais, buscando corrigir tais falhas; segundo, porque esse caso evidencia os desafios quanto à implementação dos direitos fundamentais de segunda dimensão.

Considera-se, outrossim, que a falta de representação política e a inércia dos representantes eleitos com relação à essa população marginalizada,

tornaria impossível a mudança do quadro existente sem a atuação ativista da Corte (CAMPOS, 2016).

Conquanto o caso da *Sentencia T – 153*, de 1998, tratou do mais importante caso relativa à consolidação da doutrina do Estado de Coisas Inconstitucional na realidade colombiana, o caso da *Sentencia T – 025*, de 2004, trata-se, conforme Campos (2016, p. 142), do “[...] mais importante caso de violação massiva de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais – o espetacular caso do deslocamento forçado de pessoas em decorrência do contexto de violência na Colômbia”. Na situação em questão a Corte examinou 108 tutelas demandadas por 1.150 famílias deslocadas por situações de violência em decorrência de conflitos e ações violentas com grupos como as FARC, em muitos casos compostos por partes socialmente vulneráveis, tal como mulheres encabeçando a família, crianças, minorias étnicas e idosos. A situação era tão crítica para tais famílias que foram admitidos a interposição de recursos dispensada a atuação de advogados, diretamente por associações de defesa dessa população ou diretamente pelos próprios prejudicados (CAMPOS, 2016).

No caso em questão, Garavito (2010) considera que a Corte enumerou não apenas as condições necessárias, mas também suficientes para a declaração de um estado de coisas inconstitucional:

Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, cabe destacar los siguientes: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (ii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (iv) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (v) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial. (COLOMBIA, 2004).

Detectou-se, outrossim, a ineficácia ou ausência do poder público, de todas as instâncias, em promover uma solução para o problema em questão. Com efeito, Campos (2016) destaca que a proteção ineficiente dos direitos fundamentais nesse caso específico pôde ser bem identificada na precária

capacidade das instituições constituídas nas três etapas clássicas das políticas públicas: o desenvolvimento, a implementação e o monitoramento.

Assim, restou o caso das pessoas deslocadas em decorrência da violência de grupos paramilitares na Colômbia reconhecido, através da *Sentencia T-025*, de 2004, o estado de coisas inconstitucional. Sequencialmente, a Corte determinou diversas ordens visando superar o problema, direcionadas aos mais diversos órgãos públicos, incluindo o governo nacional, entidades e autoridades locais, as quais sumarizam-se em três. Primeiramente, ordenou que o governo e suas instituições correlacionadas formulassem um plano de ação para resolver a situação de violação dos direitos fundamentais das pessoas deslocadas, sanando assim o ECI. Segundo, determinou que a administração calculasse os custos efetivos para a implementação desse plano, de forma que o orçamento governamental fosse organizado para que ocorresse a implementação. Terceiro, e finalmente, mandou que o governo garantisse, de imediato, o mínimo de direitos básicos àquela população, qual sejam alimentação, educação, saúde, propriedade e moradia (GARAVITO, 2011).

Campos (2016) destaca ainda que a Corte determinou às autoridades legislativas a produção de leis e de um marco regulatório eficiente, com o escopo de proteger a dimensão objetiva dos direitos fundamentais envolvidos.

Contudo, tem-se que o grande mérito da Corte, neste caso, não foi apenas a sentença propriamente dita, mas sim o monitoramento de sua concretização. Inicialmente, a corte integrou na ação diversos setores da sociedade, governamentais e não-governamentais (GARAVITO, 2011). Após a sentença de mérito, a Corte Constitucional monitorou, com auxílio de mais de vinte audiências públicas, contando com além de setores governamentais, membros da sociedade civil organizada, nas quais foram proferidos mais de 289 *autos* com o escopo de monitoramento da implementação das ordens estruturais dadas, tal como a requisição de informações, comunicação de atores, sessões técnicas e avaliação de resultados, em um processo que durou aproximadamente dez anos (2004-2014) (CAMPOS, 2016).

Ressalta-se, finalmente, que o sucesso do uso da ferramenta do ECI pela Corte colombiana não é uma história de completo sucesso. Conforme Valle (2016), recentemente, pela *Sentencia T-388*, de 2013, a Corte enfrenta,

conforme suas próprias palavras, desdobramentos da questão carcerária tratada da *Sentencia T- 153*, de 1998, sendo objeto agora a superpopulação carcerária e a violência que ocorre dentro do sistema em decorrência disso. Esse fato, conforme a autora, revela que a primeira Sentença não foi o suficiente para a resolução do problema, aparentemente estremecendo as bases da ação estrutural tomada. Contudo, a própria Corte Constitucional colombiana afirma que se trata de um problema diferente do que foi tratado em 1998.

3.2.3 O caso sul-africano

No contexto da realidade vivida na África do Sul, o fim do *apartheid*, marca, após três séculos de dominação de uma minoria branca, o início do reencontro do país com as lógicas de uma sociedade materialmente justa e igualitária (VALLE; HUNGRIA, 2012).

O processo de democratização do país foi árduo, encontrando muita resistência dos setores conservadores da sociedade. Em 1996, foi aprovada a nova Constituição sul-africana, com um caráter transformatório, almejando alcançar “uma sociedade baseada em valores democráticos, justiça social e direitos humanos” (VALLE; HUNGRIA, 2012, p. 227-228), buscando, primariamente, atingir um ideal de equidade dado ao regime separatista racial vivido anos antes (VALLE; HUNGRIA, 2012).

Tal contexto nacional tem reflexo nas decisões da Corte Constitucional daquele país, com o viés de materialização dos direitos firmados na Carta Constitucional de 1996. Destaca-se, primeiramente, o caso *Republic of South Africa and others vs. Grootboom vs. Others*, de 2000, onde, em sede recursal, a Corte tratou do caso de 900 (novecentas) pessoas, dentre essas 510 (quinhentas e dez) crianças, que, mesmo inscritas em programa governamental de acesso a moradia, viviam em uma área, chamada Wallacedene, em condições extremamente precárias. Essa população, então, ocupou, com fins de moradia, um terreno particular, o que levou o proprietário a ajuizar a ação buscando o despejo forçado (VALLE; HUNGRIA, 2012).

A Corte considerou o programa habitacional em questão inconsistente com os objetivos firmados pela Constituição de 1996, considerando-o excludente e ineficaz, falhando em prover condições mínimas de habitação, e determinou a

reformulação da política pública habitacional do município em questão, no sentido de corrigir as falhas então constatadas. Assim, a Corte Constitucional sul-africana buscou a efetivação da tutela constitucional como um todo, e não apenas na esfera individual das partes atingidas (VALLE; HUNGRIA, 2012).

O caso sul-africano apresenta seu potencial inovador, e por isso aqui citado, no entanto, em 2008, onde no caso *Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street, Johannesburg Vs. City of Johannesburg, Rand Properties (Pty) Ltda., Minister of Trade and Industry*, em sede recursal, a Corte analisou o pedido relativo ao despejo de mais de 400 (quatrocentas) ocupantes de prédios na cidade de Johannesburgo. A Corte emitiu decisão provisória para que as partes na demanda se “comprometessem significativamente” em: resolver suas diferenças à luz das disposições da Constituição, melhoras as condições das moradias, tornando-as adequadas, devendo, ao fim, reportar os resultados do compromisso (VIEIRA JUNIOR, 2015).

Conforme Chenwi e Tissington (2010, p. 9), esse “compromisso significativo” (*meaningful engagement*) acontece quando comunidades e os órgãos governamentais dialogam, tentando entender as perspectivas em jogo, com o fim de atingir um objetivo em particular. É um espaço neutro, bem estruturado, coordenado, consistente, onde o Estado e a população afetada formam consensos para a solução de casos difíceis, com uma linguagem acessível, permitindo que indivíduos e comunidades sejam tratados como parceiros nos processos de decisão que lhes envolvem.

Não basta, pois, a simples consulta à sociedade civil organizada que alegue representar aquela população afetada, ou entrevistas à domicílio de cada uma das partes em questão: o Estado deve proceder a ambos (CHENWI; TISSINGTON, 2010).

Importante ressaltar, no entanto, que a figura do compromisso significativo não se confunde com a mediação, uma vez que nesta segunda forma, um terceiro é chamado pelas partes em questão para auxiliar na construção de um consenso ou acordo quanto ao objeto controvertido (VIEIRA JUNIOR, 2015).

Valle e Hungria (2012) ressaltam que o elemento criado a partir dos casos Sul-Africanos é duplamente inovador. Primeiramente, dá a exigência, antes da atitude positiva do Poder Judiciário, de um esforço comum democrático

para a solução da lide. Segundo, pois demonstra que a compreensão de que uma intervenção urbana no quesito de habitação atrairá necessariamente o engajamento na busca de uma solução consensual para o problema, acabando por mitigar os efeitos de uma decisão voluntarista, compreendendo tais políticas públicas com a necessidade de um projeto mais compreensivo, trazendo à luz as partes já envolvidas.

3.2.4 O caso indiano

O caso Indiano apresenta um destaque especial em face dos demais casos citados no presente trabalho: a ausência de estrutura institucional relevante à proteção dos direitos fundamentais (CAMPOS, 2016). Quer dizer que a Constituição indiana, vigente desde janeiro de 1950, tem um nítido caráter transicional, não tendo se beneficiado da produção doutrinária relacionada que sobreveio nos anos seguintes. Assim, a jurisprudência indiana tem se construído esse aparato, em sua grande parte, por agregação caso a caso dos direitos relacionado àquele segmento social, a partir da positivação do direito à vida, na cláusula 21^a, do Texto Base da Carta de Índia (VALLE, 2016).

Um desses objetos de interpretação e construção da Corte da Índia foi a *public interest litigation* (PIL), com previsão no art. 32 da Carta indiana. A Corte assim ampliou a legitimidade para sua provocação, de modo que assegurasse um amplo acesso à sua jurisdição, admitindo não só petições individuais na defesa de direitos fundamentais, mas também de órgãos da sociedade civil voltados a defesa desses direitos. (CAMPOS, 2016). Dispensou-se, também, a intermediação de advogado, adotando o chamado modelo epistolar (VALLE, 2016), semelhante a como é procedido com o *Habeas Corpus* no direito brasileiro.

Essa abrangência na possibilidade de ajuizamento de demandas foi o que possibilitou o caso *People's Union for Civil Liberties V. Union of India & Others*, de 2001, no qual uma entidade da sociedade civil ajuizou a demanda em decorrência da crise de fome que ocorria no país por causa da queda não prevista na produção de grãos, que se viu agravada pela inação e ineficiência do Estado para solucionar a questão (VALLE, 2016). A entidade desafiava a política pública de alimentação imposta na Índia, inclusive acusando o governo de

priorizar a estocagem de grãos com a finalidade de exportação ao invés de combater o gravíssimo problema da fome (CAMPOS, 2016).

Deste modo, a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade dos atos do governo, determinando a elaboração de novas políticas públicas voltadas à distribuição de grãos às famílias carentes e de programas de fornecimento de refeições nas empresas e escolas. Com a finalidade de monitorar o cumprimento da determinação e os resultados, a Corte criou, em 2002, uma comissão específica, onde cada um dos membros nomeava conselheiros locais com a tarefa de acompanhar, *in loco*, a efetivação das medidas (CAMPOS, 2016).

Campos (2016) ainda cita que, no ano de 2013, as medidas da Corte da Índia tomadas no caso culminaram na aprovação de um aparato legislativo quanto ao tema, o *National Food Security Act* (Ato Nacional de Segurança Alimentar), visando, como o próprio nome indica, garantir a segurança nutricional, assegurando o acesso à alimentação adequada com preço acessível.

3.2.5 Uma análise geral da jurisprudência alienígena em face dos casos estruturais

O olhar sobre o colacionado jurisprudencial posto acima traz uma ideia acerca de como o Poder Judiciário pode agir positivamente diante de um quadro de falhas estruturais postas pelo poder público, ocasionando a não efetivação dos direitos fundamentais postos pela ordem legal de cada país.

O caso pioneiro, o norte-americano, o caso foi tratado de maneira mais pontual e específica, cuidando-se do (mau) funcionamento de práticas e condições fáticas, bem como os efeitos decorrentes destes, buscando-se, por consequência, efeitos mais específicos do processo de decisão das Cortes constitucionais. No caso em dos presídios, por exemplo, não se buscou a solução do sistema penitenciário como um todo, sim das unidades prisionais envolvidas nos respectivos processos (VALLE, 2016).

Em uma análise do caso Brown (I e II), a decisão da Suprema Corte foi considerada revolucionária pela doutrina internacional, contribuindo para acelerar a discussão acerca do movimento dos direitos civis norte-americanos

dos anos 1960, proporcionando, a partir deste movimento, a construção de uma legislação anti-discriminação no país (GARAVITO, 2011).

No caso das instituições prisionais do estado do Arkansas, Valle (2016) analisa que o bloqueio institucional, mesmo que fosse comum a outros estabelecimentos prisionais, foi enfrentado pela Corte estadual a partir de uma perspectiva local e individual de tais locais e, portanto, com atenção às peculiaridades do caso em questão. Muito embora a afronta ao texto constitucional tenha sido declarada, uma ação mais abrangente não se reputou necessária como no caso colombiano.

Ao tempo que nos Estados Unidos da América, a discussão quanto aos bloqueios institucionais teve em conta a discussão de um modo mais específico (a discriminação no âmbito educacional quanto à formulação de planos educacionais pelos conselhos estaduais de educação ou nas condições de prisões individualmente pontuadas), na Colômbia já se tem a associação dos litígios estruturais à figura da constatação de um estado de coisas inconstitucional em maior âmbito, na perspectiva de macrogestão do problema. Buscam-se as raízes do problema, que passariam desde a fatores internos e externos à questão, com afeto às relações institucionais entre os diferentes braços de atuação do Estado (VALLE, 2016)

Na análise de Campos (2016) não se pode negar, no entanto, o reconhecimento da clara influência dos *structural remedies* (remédios estruturais) norte-americanos, iniciados em *Brown vs. Board of Education of Toeka*, no processo decisório da Corte Constitucional colombiana na modulação da tese do estado de coisas inconstitucional e das seguintes sentenças estruturais.

Na América-Latina o ativismo judicial, principalmente na matéria de direitos socioeconômicos, vem ganhando proeminência especialmente nas últimas duas décadas. As Cortes constitucionais de países como Argentina, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Peru, e outros vêm utilizando de tais técnicas na busca da efetivação dos mais variados direitos fundamentais (GARAVITO, 2011). O pioneirismo da Corte colombiana dentro deste contexto, a proximidade com a realidade constitucional e social brasileira¹² bem como a rica produção

¹² Ambos os países são frutos de colonizações ibéricas, ambos utilizam o sistema legal da *civil law*, a proximidade territorial é um fator a ser considerado, o clima em muitas regiões é

jurisprudencial e doutrinária do tema chamam uma atenção especial à essa realidade.

O professor colombiano César Rodríguez-Garavito (2011) efetuou em sua obra análise magistral das sentenças estruturais providas pela Corte Constitucional colombiana. A partir de uma ótica construtivista¹³, foi possível a análise de seis efeitos de caráter direto, indireto, material e simbólico do caso das vítimas do deslocamento forçado por conta da violência na Colômbia, tratada na *Sentencia T-025*: (i) inicialmente constatou-se um “efeito de desbloqueio” (GARAVITO, 2011, p. 1683) (*unlocking effect*), em que a sentença teve um efeito material, direto e imediato de mexer com as burocracias estatais ao lidar com os problemas das vítimas do deslocamento forçado, proporcionando o fim da inércia estatal e forçando uma ação do governo. Fato, este, reforçado também pela análise de entrevistas com funcionários públicos e especialistas, além da percepção da cobertura da mídia sobre o tema; (ii) observou-se também um “efeito de coordenação” (GARAVITO, 2011, p. 1684) (*coordination effect*), em que a política estrutural antes falhava não apenas pela inércia do poder público, mas pela falta de coordenação entre os diversos braços do poder e a sociedade em geral. Assim, a atuação da Corte em organizar essa atividade voltada à solução do problema proporcionou efeitos materiais diretos e indiretos, que também

semelhante, ambos textos constitucionais foram constituídos numa perspectiva do neoconstitucionalismo em um período de tempo próximo (1998 e 1991) e, em muitos casos, a precária realidade de efetivação dos direitos fundamentais em muito se assemelha.

¹³ Tal análise parte de uma perspectiva, conforme o próprio autor, construtivista. Em contraste com a perspectiva neorrealista, que foca nos efeitos diretos e palpáveis das decisões, com ênfase em métodos de pesquisa quantitativos, mesurando o seu sentido direto e material, a análise construtivista abarca, além das concepções neorrealistas, um estudo dos efeitos indiretos e simbólicos das sentenças (GARAVITO, 2011). Assim, Garavito (2011) explica que, de acordo com a corrente construtivista, a atividade legal (seja ela jurisdicional ou normativa) é agente de mudanças não apenas quando afeta a atividade de grupos ou indivíduos parte na ação em questão, mas também quando produz transformações diretas nas relações sociais as quais envolvem, alterando a percepção dos atores sociais e legitimando a visão de mundo dos litigantes. Isto porque os efeitos indiretos, para esta corrente de análise, podem ter inclusive uma importância maior do que os efeitos diretos que os neorrealistas direcionam seu foco. O professor exemplifica com o fato de que, para além dos efeitos diretos, a decisão da *Sentencia T-025* pode ter contribuído para a mudança da percepção e opinião pública, no sentido de urgência e gravidade, quanto às vítimas do deslocamento forçado, e/ou legitimado e reforçado a atuação das organizações não-governamentais de direitos humanos pelos e a eventual atividade de representantes constituídos pelos direitos dessas pessoas. Essa análise é possível através de métodos de pesquisa que incluem métodos qualitativos e quantitativos focados aos efeitos indiretos e simbólicos das decisões, dando-se, entre outros métodos aplicáveis aos eventuais casos, como pesquisa de indicadores sociais e medição da cobertura midiática antes e depois da decisão, entrevistas *in loco* com profissionais da área pública, especialistas e membros da população beneficiada, com fim de examinar a percepção individual da situação e dos efeitos das estratégias adotadas (GARAVITO, 2011).

resultaram na percepção positiva da atividade estatal; (iii) os “efeitos políticos” (GARAVITO, 2011, p. 1684) (*policy effects*) também foram constatados pelo Professor colombiano, em que a decisão como um todo, seguida de seus mecanismos de implementação e monitoramento, proporcionaram uma resposta direta da atividade política, culminando no Plano Nacional para Cuidado Compreensivo para Pessoas Deslocadas pela Violência. Isso releva, para além dos efeitos materiais constatados, consequências simbólicas, uma vez que o governo adotou uma linguagem e uso de aparato legal próprio na efetivação de direitos fundamentais em sua atividade política e regulação nos anos que seguiram. Cumpre ainda destacar que, de 2003 a 2010 (o julgamento ocorreu em 2004), o orçamento federal colombiano para a efetivação dos direitos das pessoas deslocadas pela violência teve um incremento de mais de dez vezes seu valor inicial; (iv) contemplou-se, ainda, “efeitos participatórios” (GARAVITO, 2011, p. 1685) (*participatory effects*) a partir da decisão para com o caso em questão. O processo dialógico iniciado pela Corte, tanto na ação em si, quanto no monitoramento que a seguiu, proporcionou a participação para além das entidades governamentais nas políticas voltadas ao caso, incluindo todos os outros envolvidos a nível internacional, nacional e local, diretamente do povo ou da sociedade civil organizada. Além disso, como efeito indireto da ação judicial, nos anos que se seguiram observou-se a criação de diversas organizações não-governamentais com a finalidade de participação do processo de monitoramento da decisão, que juntamente com os esforços da Igreja Católica e de setores acadêmicos formaram a Comissão de Monitoramento em Políticas Públicas para o Deslocamento Forçado, com ação efetiva e direta na coleta de dados e ações interventivas quando necessário; (v) A análise do “efeito setorial” (GARAVITO, 2011, p. 1686) (*sectorial effect*) é um caso um pouco mais delicado, onde se busca perceber se a decisão proporcionou uma melhora efetiva para a situação das pessoas vítimas de deslocamento forçado por conta da violência na Colômbia. A carência de material acerca antes da propositura da ação é a principal causa da dificuldade de tal análise e, inclusive, foi uma das causas que levou a Corte Constitucional a declarar um estado de coisas inconstitucional relativo à situação. Contudo, graças ao importante trabalho das entidades da sociedade civil organizada citadas no item anterior, é possível constatar alguma melhora na situação dessas pessoas: educação e saúde eram acessíveis a

aproximadamente 80% dessa população em 2008, mas, no mesmo ano, 98% destes ainda viviam em pobreza, apenas 5,5% tinham moradias adequadas e ínfimos 0,2% tiveram acesso à assistência humanitária de emergência legalmente determinada nos meses que seguiram seu deslocamento. Até 2010 a situação ainda era crescente, com, apenas naquele ano, novas 280.000 (duzentos e oitenta mil) nessas condições. A essa população a decisão da Corte também proporcionou um impacto simbólico, com a percepção e conhecimento dos direitos inerentes a sua condição humana e os meios judiciais a buscá-los; (vi) finalmente, “efeitos reestruturantes” (GARAVITO, 2011, p. 1687) (*reframing effects*) reforçam a ideia que a mudança promovida pelo processo decisório se estende para além da população diretamente atingida por ela. A percepção da população passou de, antes do julgamento, uma consequência da violência armada no país, para, após o julgamento, um problema humanitário que requeria atenção imediata. Isso acabou por pressionar tanto a atuação positiva das entidades governamentais para com o caso, quanto no envolvimento de agências e entidades não governamentais na defesa dos direitos humanos (GARAVITO, 2011).

Tudo isso, no entanto, conforme Garavito (2011), não sugere que as ações estruturais em geral produzem uma totalidade de efeitos positivos, tampouco que os impactos são completamente satisfatórios. Enquanto alguns efeitos, em especial da T-025 (tal como os de desbloqueio e de reestruturação) foram profundos, outros (como os setoriais e de coordenação) se deram de forma moderada. É inegável, porém, que os efeitos desse caso específico foram contundentes, ainda mais quando comparados com outros casos estruturais da própria Corte Colombiana e da jurisprudência mundial.

Propondo uma análise igual à procedida com a *Sentencia T-025*, de 2004, é possível, sob uma ótica construtivista, proceder uma análise de outras sentenças estruturais e seus impactos perante à sociedade. Assim, o Professor Garavito (2011) direciona o estudo à metodologia adotada pela Corte Constitucional Colombiana para, além do caso já citado da *T-025*, os das *Sentencias T-153*, de 1998 e *T-760*, de 2008, onde a Corte analisou a violação de direitos no sistema prisional e no sistema de saúde, respectivamente.

A primeira análise feita é que em todos os casos estudados, os direitos pleiteados são considerados “direitos fortes” (GARAVITO, 2011, p. 1693)

(*strong rights*), ou seja, os direitos pleiteados, bem como suas violações, são caso de importância humanitária, dada a já assentada importância dos direitos fundamentais, sem qualquer distinção ou hierarquização.

Em segundo, enquanto a corte adotou no primeiro caso, a T – 153, uma solução forte, incisiva e pouco dialógica, a qual denomina-se “remédios fortes” (GARAVITO 2011, p. 1693) (*strong remedies*), em que ordenou o governo à diversas medidas, nos demais casos, T-025 e T-760, a Corte adotou um procedimento mais procedimental e dialógico, especialmente quando comparado com a primeira, considerados por Garavito (2011, p. 1693) como “remédios moderados” (*moderate remedies*). No caso das vítimas do deslocamento forçado em decorrência da violência, T-025, ao mesmo passo que restaram estipulados restritos prazos para que fossem dados os encaminhamentos, a Corte abriu espaço para que o governo formulasse como iria proceder, dentro de determinadas balizas. Ainda, no terceiro caso, a T-760, foram determinados prazos e metas para que o governo proveesse acesso básico à saúde para a população e evitasse a falência do sistema, entretanto, a Corte deixou um amplo e dialógico espaço para a atuação governamental (GARAVITO, 2011).

Finalmente, com relação ao monitoramento empreendido, a T-025 se destaca das demais. No curso de mais de 7 (sete) anos que seguiram o julgamento, a Corte empreendeu 21 (vinte e uma) audiências públicas envolvendo entidades governamentais e não governamentais, bem como mais de 100 decisões precedidas de relatórios de acompanhamento. Assim, considera-se que houve um forte processo de monitoramento (GARAVITO, 2011) acerca do cumprimento e efetividade da decisão. Isso se dá em contraste com a T-153, na qual não houve monitoramento algum. Ao invés disso, neste caso, a Corte limitou-se a delegar essa responsabilidade para outras entidades governamentais, sendo, assim, um caso de “fraco monitoramento” (GARAVITO, 2011, p. 1694) (*weak monitoring*). Esse fraco monitoramento repetiu-se no caso da T-760, onde, apesar de a Corte ter estabelecido um processo de monitoramento baseado na T-025, a mesma remanesceu passiva, não empregando audiências públicas, tampouco contando com o auxílio da sociedade civil organizada (GARAVITO, 2011).

De um modo comparativo, a partir da análise empregada, tem-se em cada sentença teve um impacto diferente da na sociedade, conforme constata Garativo (2011): enquanto a *Sentencia T-025* contou com direitos considerados fortes, a sentença contou com remédios moderados, de forma a permitir a atuação governamental, empregando um forte monitoramento para assegurar seu cumprimento, resultou em fortes impactos na sociedade; a *Sentencia T-760*, que também contava com direitos fortes, tendo também uma sentença de remédios moderados, porém, dado ao seu fraco monitoramento, teve impactos considerados moderados; por fim, a *Sentencia T-153*, assim como as demais, contava com fortes direitos, empregou um sentenciamento considerado forte e pouco dialógico, aliado a um fraco, quase inexistente, monitoramento, acabou por resultar em um baixo impacto.

Esse baixo impacto no caso do sistema prisional colombiano ainda pode ser observado em Valle (2016), uma vez que, em 2013, a Corte veio a proferir nova decisão semelhante, a *Sentencia T-388*, onde se enfrenta, conforme a própria ementa, um desdobramento da primeira ação, sendo o tema a superpopulação carcerária e violência decorrente. Apesar da Corte afirmar que o problema agora tratado é outro, percebe-se que pelo fraco impacto causado no primeiro caso, que o problema estaria longe de ser sanado.

De tal análise do caso colombiano, conclui-se que as decisões mais dialógicas tendem a ser mais suscetíveis ao sucesso uma vez que buscam superar diretamente as causas dos bloqueios institucionais, sejam estes a omissão inconstitucional ou a falta de coordenação entre os ramos do poder. A efetivação dos direitos fundamentais, com especial ênfase nos direitos de segunda dimensão, conforme mencionado no primeiro capítulo, normalmente enfrentam resistência dos setores mais conservadores da sociedade, na busca da manutenção do *status quo*. Há sempre quem obtém lucro nas mais extremas situações, seja a indústria farmacêutica em casos onde a população carece de acesso a saúde proveniente do Estado, segurança privada na ausência de provimento do mesmo, ou mesmo setores negligentes e corruptos dentro do próprio Estado. Assim, ao incluir as partes hipossuficientes e setores não governamentais no processo de monitoramento a Corte criou meios para que essas demandas fossem ouvidas, acionando também a opinião pública,

retirando da inércia aqueles setores políticos que podem fazer a diferença no caso (GARATIVO, 2011).

Em uma análise geral, a Corte constitucional colombiana tratou seus casos estruturais a partir de uma perspectiva macro, levando em consideração fatores externos e internos dos problemas que tenham dado causa às falhas estruturais em questão, fazendo com que a solução de tal patologia transcenda as esferas ordinárias de poder. Outrossim, destaca-se o tratamento conferido pela Corte à superação do bloqueio institucional como medida indispensável aos deveres gerais de proteção voltados à dimensão objetiva dos direitos fundamentais (VALLE, 2016).

Além disso, atenta-se à essa experiência pela sistematização própria das ações estruturais, de modo que, dada a gravidade da intervenção proferida pelo poder Judiciário, a instituição de requisitos próprios para primeiro a configuração de um estado de coisas inconstitucional, para depois as medidas estruturais, seguida de um acompanhamento para garantir a efetividade da decisão, mostra um cuidado especial da Corte com a concretização dos direitos em questão, assim como a garantia de que medidas tão drásticas só podem ser tomadas se der de tal forma que seja esse o único meio. Finalmente, a farta produção literária e doutrinária decorrente de tal caso possibilitou que se pudesse observar a importância da abertura do espaço de discussão para tais decisões, assim como do monitoramento que as seguem.

O sucesso do uso das ações estruturais no caso colombiano levou a importação desta prática para os demais países da América do Sul. Além dos casos anteriormente citados, constata-se a ocorrência de litígios estruturais nos moldes colombianos ao largo da América Latina, além do Brasil, que será tratado em tópico específico, a saber, também na Argentina, inicialmente em 2005, no caso *Verbietsky*, tratando sobre a superlotação carcerária, em seguida no caso *Matanza-Riachuelo*, em 2008, com atenção aos problemas relativos ao direito à saúde decorrente da degradação ambiental na bacia do rio Riachuelo¹⁴ (GARAVITO, 2011) e no Peru.

¹⁴ Campos (2016) se aprofunda no caso, onde explica que trata-se de um grupo de moradores e trabalhadores da região que ingressou na Suprema Corte argentina em razão dos problemas de saúde decorrentes da poluição descontrolada por parte das empresas da região na bacia do rio Riachuelo. A situação da região, além de sofrer com a poluição, estava a mercê da ausência de condições básicas de moradia, saúde e educação. A Corte editou, assim medidas

O caso peruano também merece uma atenção especial¹⁵. O Tribunal Constitucional do Peru, em diversos casos, procedeu à importação da ferramenta do ECI nos moldes Corte Constitucional colombiana.

Campos (2016) avalia que o caso peruano acaba por demonstrar que o Tribunal, não sendo criterioso na identificação dos pressupostos de declaração de um estado de coisas inconstitucional, acaba por reduzir sua importância ao utilizá-lo em situações que não ostentam o caráter grave e excepcional dos casos próprios com a necessidade de medidas estruturais correspondentes. Na visão do autor, com a exceção do último caso da carência de políticas públicas voltadas à saúde mental de pessoas em custódia penal, o Tribunal peruano parece equiparar quaisquer inconstitucionalidades a um quadro excepcional de violações massivas de direitos fundamentais decorrentes de falhas estruturais.

Ao “baratear o instrumento” (CAMPOS, 2016, p. 176), como foi feito no caso peruano, a compreensão do tema e o seu desenvolvimento podem restar prejudicados dentro da realidade constitucional de um país, gerando grandes ônus a sua efetividade. A avaliação negativa do uso da tese do Estado de Coisas Inconstitucional no Tribunal Constitucional peruano serve de alerta aos riscos da ubiquidade do ECI e sua respectiva inefetividade em razão de seu uso arbitrário. Desde que utilizado de forma criteriosa, ante da necessidade de garantir a efetividade de direitos fundamentais mínimos para a garantia da

de prevenção de danos futuros mediante sentenças estruturais. As técnicas utilizadas foram foi a constatação de massiva violação de direitos fundamentais (direitos fortes), a emissão de ordens flexíveis, ou moderadas, a abertura do procedimento à ampla participação de especialistas e membros da sociedade civil, seguido de um forte monitoramento, num processo que durou mais de quatro anos, com mais de 100 (cem) decisões interlocutórias reforçando o cumprimento da principal (CAMPOS, 2016). Assemelha-se muito, assim, ao case de sucesso que Garavito (2011) expõe quanto à *Sentencia T-025*.

¹⁵ A Corte declarou pela primeira vez o Estado de Coisas Inconstitucional no *Expediente n. 2579-2003HD/TC*, caso Arellano Serquén, em 2004. No caso as instancias ordinárias do governo recusaram-se a fornecer documento público, conquanto o acesso à informação pública é previsto no inciso V, do artigo 2º da Constituição Peruana. O Tribunal, assim, assentando que o direito à informação tem caráter de dupla dimensão, individual e coletiva, visando uma decisão que tivesse eficácia *erga omnes*, declarou o ECI na situação. Outras declarações do estado de coisas inconstitucional seguiram esse mesmo viés, a saber nos *Expedientes*: n. 319-2004-AC/TC, de 2005, envolvendo o desrespeito à direitos individuais de professores pelo Estado, visando também ampliar os efeitos da decisão; n. 06089-2006-PA/TC, de 2007, em que o Tribunal declarou o ECI em face do desrespeito do princípio da reserva da lei, no caso da incidência de imposto sobre vendas; n. 05561-2007-PA/TC, de 2010, em que foi declarado o ECI diante da obrigatoriedade de advogados por entidades de interpor recursos meramente protelatórios; n. 03426-2008-PHC/TC, de 2010, onde restou declarado o ECI diante da falta de políticas públicas para o tratamento e reabilitação de saúde mental de pessoas sob custódia penal do Estado (CAMPOS, 2016).

dignidade humana, a ferramenta do ECI mostra-se um meio legítimo. Daí a necessidade de que haja o reconhecimento da sistematização e vigência desses pressupostos de aplicação, assim como uma clara compreensão da ferramenta em si (CAMPOS, 2016).

Em um caso diverso, porém com o mesmo sentido, Weaver (2004) atenta que justamente pelo caráter ativista dessas ações estruturais, as mesmas devem ser utilizadas em “caráter excepcional” (GARAVITO, 2010, p. 438) (*carácter excepcional*), exercendo a jurisdição da estrita forma e tempo necessário para a superação do quadro de inconstitucionalidade inicialmente verificado.

O caso da África do Sul também é digno de nota. Enquanto a Corte Constitucional do referido país é criticada por parte da doutrina em sua relutância no uso de sentenças estruturais nos casos em que é provocada (CAMPOS, 2016), a corrente doutrinária denominada neorrealista¹⁶ tece uma dura crítica à Corte pelos considerados baixos impactos da decisão no caso Grootboom. Como argumento para este ponto, cita-se o fato de que a própria autora da ação, Irene Grootboom, oito anos após a sentença da mesma, morreu ainda em uma casa sem condições adequadas de moradia enquanto ainda aguardava a materialização dos efeitos diretos e materiais da decisão. Sob uma ótica construtivista, entretanto, o caso gerou efeitos materiais indiretos e simbólicos que vão desde grande número de pessoas ao redor daquele país que viviam em condições semelhantes tendo sucesso em suas ações a fim de assegurar seu direito à moradia, à criação de políticas públicas de moradia em caráter emergencial. Outrossim, a combinação, no caso narrado, de direitos considerados fortes, remédios fracos e ausência de monitoramento realmente põe em cheque o potencial de impacto de tal decisão (GARAVITO, 2011).

Nesse caso, contudo, iniciou-se a aplicação de uma ferramenta que a partir de uma construção jurisprudencial da Corte sul-africana, assim como o ECI pela Corte colombiana, a fim de assegurar a participação justa e democrática das partes em um processo tão delicado no que diz respeito à democracia e o equilíbrio dos poderes: o Compromisso Significativo.

¹⁶ Vide nota 11.

A refinação dessa ferramenta através dos julgamentos subsequentes, tal como Olivia Road, em 2008, e Joe Solvo, em 2009, trouxe resultados satisfatórios e demandou distintos graus de posterior fiscalização para esses mesmos casos (VIEIRA JUNIOR, 2015).

Valle e Hungria (2012), de um modo geral, consideram que a Corte sul-africana não se deixou seduzir, como as demais cortes constitucionais citadas, pela proposta de protagonismo judicial, ainda que a atuação do Judiciário pudesse ocupar um relevante espaço de poder, este restou em não contribuir para uma sedimentação do processo democrático, igualmente posto no texto constitucional que a Corte guarda. Tal ideal de proteção e aplicação da Constituição pela Corte da África do Sul revela a preocupação de, por um lado, da materialidade às disposições constitucionais, como inclusão social e transformação da realidade, por outro sem prejudicar a estrutura formal de poder e o processo democrático igualmente dispostos na mesma Carta.

O Judiciário, assim, quando instado a tomar uma postura corretiva, busca não o resultado entre os cidadãos no âmbito individual, mas recorre à mecanismos democráticos, buscando o envolvimento e fomento da seara democrática na construção da solução dos problemas. Assim, busca evitar as armadilhas que resultam no enfraquecimento da autoderminação, que pode advir da compreensão equivocada do dever de proteção dos direitos fundamentais (VALLE; HUNGRIA, 2012).

Por fim, o case da Índia, além de revelar que mesmo na ausência de um aparato normativo-institucional relevante, a própria Corte estabeleceu-se como agente de mudanças e efetivação de direitos. Observa-se, assim, que o acesso facilitado ao aparato judicial é assim possível não por previsões legais, mas por construções da própria Corte ante a ausência normativa-institucional mencionada, viabilizando seu papel de guarda dos direitos previstos constitucionalmente (CAMPOS, 2016).

Além disso, o caso tem como importância reafirmar os efeitos positivos do monitoramento de forma dialógica, tal como no caso da T-025 da Colômbia, gerando um efeito participatório a partir da decisão e reafirmando, no fim, não só os efeitos diretos matérias decorrentes da superação do quadro de falhas estruturais constatado, quanto na existência de efeitos indiretos, tal como

a criação posterior de aparato regulatório e políticas públicas voltadas ao combate à fome no país.

De tudo isso vislumbra-se a marcante dificuldade de efetivação dos direitos fundamentais, em especial diante dos assim chamados direitos sociais, econômicos e do trabalho, ao redor de todo o globo, com ênfase especial ao chamado Sul-Global. Conforme demonstrado no início deste capítulo, essa dificuldade é evidente no contexto brasileiro, de modo que quase diariamente as manchetes dos jornais estampam os mais diversos casos de violações dos mais variados direitos estabelecidos na Carta de 1988. Para isso, assim como na tendência global apresentada, o Supremo Tribunal Federal (STF), por diversas vezes, é instado a manifestar-se quanto à essas violações, muitas vezes decorrentes de falhas estruturais do próprio Estado brasileiro. Inspirado na construção jurisprudencial da Corte Constitucional colombiana, ao ser provocado face a falhas estruturais gerando violações massivas de direitos humanos, o STF veio a declarar um estado de coisas inconstitucional na realidade do sistema prisional brasileiro. No entanto, é necessário um novo entendimento da omissão inconstitucional para que se possa legitimar a medida estrutural seguinte.

3.3 Pressupostos para adequação da tese do Estado de Coisas Inconstitucional à realidade brasileira

Os motivos que levaram o Supremo Tribunal Federal a proceder à importação da ferramenta do Estado de Coisas Inconstitucional no julgamento da ADPF 347/DF, a partir do pedido do postulante, o Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, vão desde as similitudes entre Brasil e Colômbia, especialmente no que tange a ordem constitucional jurídica e as condições político-sociais (CAMPOS, 2016), além do próprio aspecto dos sistemas prisionais de ambas localidades. Primeiramente, para um entendimento adequado do que se procedeu no âmbito da ADPF mencionada, bem como da análise que segue, faz-se mister uma nova compreensão da omissão inconstitucional, visto que a visão dominante na doutrina tradicional se mostra insuficiente para tratar com a deficiência dos deveres de proteção do Estado quanto à tutela dos direitos fundamentais dispostos na Constituição de 1988.

O quadro apresentado no item 2.1 do presente estudo acerca da realidade brasileira demonstra que a atuação do poder público não vem sendo suficiente para assegurar a concretização e a efetividade dos direitos fundamentais. Muitos outros dados poderiam ser apresentados, porém o que se destacou foi apenas uma amostra das situações de falta de realização dos direitos fundamentais na realidade brasileira. Nesse sentido, Campos (2016) aduz que a omissão estatal não viola apenas um enunciado normativo constitucional, mas impede a atuação fática da ordem constitucional como um todo, em especial dos direitos fundamentais vinculados. Ao condicionar a caracterização da omissão inconstitucional apenas aos casos onde há o descumprimento de normas constitucionais de eficácia limitada, dentre essas as normas programáticas, a doutrina tradicional que trata do tema acaba por prejudicar a compreensão deste fenômeno.

Essa visão tradicionalista peca primariamente ao dirigir a atenção exclusivamente a enunciados normativos como objeto do processo de concretização constitucional. Incorre, assim, em “vícios cognitivos e metodológicos” (CAMPOS, 2016, p. 56), onde, ao invés de focar na atuação da norma constitucional num viés concreto, a atenção recai na estrutura dos enunciados normativos constitucionais (CAMPOS, 2016).

Embora tenha grande relevância, a abordagem exclusivamente ou predominantemente processual não é condizente com a compreensão material que visa a concretização da Constituição. O viés doutrinário tradicional, visando uma análise majoritariamente gramatical das omissões inconstitucionais, foi também alvo de crítica de Canotilho (2001), apontando o autor que, influenciadas pela jurisprudência da época das ações de defesa contra as omissões legislativas, a doutrina tradicional não concebia uma imposição fora da semântica textual, restringindo-se a interpretação restritiva das imposições constitucionais.

Assim, uma teoria global da constituição não pode se abster de trazer a problemática na seara da “realização global da constituição de um Estado de Direito Democrático” (CANOTILHO, 2001, p. 302). É requerida a consideração de dimensões metódicas, políticas, teórica-constitucionais, dogmática-constitucionais para a concretização da ordem constitucional, sendo a omissão legislativa apenas um fator do que deve ser considerado (CANOTILHO, 2001).

As análises quanto à doutrina tradicional proferidas pelo mestre de Coimbra mostram-se perfeitamente atuais e aplicáveis ao caso em questão. Desta forma, a corrente tradicional ignora o fato de que a efetividade dos direitos fundamentais depende de mais circunstâncias fáticas para sua concretização de que a mera previsão ou estruturas textuais, mediante as quais estão dispostas.

Reafirma-se que, conforme já foi demonstrado no primeiro capítulo deste estudo, a aplicação dos direitos fundamentais, em sua grande maioria, independentemente de sua dimensão, depende de uma atuação concreta do poder público. A atuação do Estado é necessária tanto de forma absentista, garantindo assim que não haja interferência demasiada na esfera privada, especialmente nos direitos fundamentais de primeira dimensão, quanto de forma ativa, garantindo positivamente as condições mínimas para o exercício desses direitos, e assegurando o pleno exercício dos mesmos em face de terceiros.

A questão é bem sintetizada por Campos (2016, p. 65):

Em síntese, a omissão inconstitucional, máxime a legislativa, pressupõe a falta de condições materiais para o gozo dos direitos fundamentais no momento de atuação concreta da norma constitucional, mesmo se a estrutura semântica dos enunciados não versarem, a princípio, a intermediação normativa. Trata-se de planos e momentos normativos distintos, e o fenômeno da omissão inconstitucional deve vincular-se ao momento de atuação concreta das normas jurídico-constitucionais. Desse modo, a inércia ou a insuficiência do estabelecimento das condições necessárias, até mesmo imprescindíveis, diante de contextos sociais e institucionais particulares, para o gozo dos direitos fundamentais configuram a inação normativa inconstitucional, inclusive a legislativa, passível de correção ou superação judicial, também nos casos de “normas constitucionais de aplicabilidade plena e aplicabilidade imediatas”.

Esse excesso de formalismo apresentado na caracterização da omissão normativa inconstitucional acaba por prestigiar a eficácia das formas dos dispositivos constitucionais em detrimento da real efetividade do plano constitucional e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais ali dispostos. Deste modo, dois pontos importantes são deixados de lado pela ótica tradicional: a relevância superior dos direitos fundamentais na ordem constitucional moderna e a realização prática desses direitos (CAMPOS, 2016).

A omissão inconstitucional, assim, deve dizer respeito à deficiência da garantia de um todo, quando se fala da materialização dos direitos fundamentais, de modo que a proteção deficiente dos direitos fundamentais, seja de qualquer dimensão, ressaltada a eficácia horizontal e vertical desses direitos, pode ser um

pressuposto de omissão. Ao reduzir-se a aplicação da omissão inconstitucional a normas de eficácia limitada, deixa-se de lado os direitos fundamentais contidos implicitamente no texto, bem como a efetividade do projeto constitucional disposto nos artigos 1º e 3º da Carta de 1988 (CAMPOS, 2016).

Atenta-se, outrossim, para a distinção da omissão inconstitucional e do silêncio eloquente, ou seja, a omissão deliberada com relação a um direito fundamental, sobrepondo-se um direito face o outro no caso em questão. Campos (2016) afirma que o que permite o aplicador do direito fazer esta distinção é o princípio da proporcionalidade. Tal princípio é a ferramenta metodológica que permitirá saber, respeitando-se a autonomia e a margem epistêmica do ente público em questão, se foram observadas as exigências do dever de proteção integral dos direitos fundamentais, caso contrário, este terá incorrido em uma omissão inconstitucional. Assim, esse juízo independerá da tipologia dos enunciados normativos correspondentes.

Tal princípio se trata de fator de limitação da atuação discricionária do poder do Estado, servindo de escudo à defesa dos direitos e garantias previstos na Constituição. Age, portanto, de forma a compatibilizar a consideração das realidades não computadas pelo direito formal, ou por este marginalizadas, no prisma do Direito Constitucional, projetado sobre realidade concreta e com a mais larga esfera de incidência possível, como um escudo das garantias constitucionais (BONAVIDES, 2006).

Não se encontra, no entanto, expressamente previsto na Constituição do Brasil de 1988, tampouco na norma geral de direito escrito, porém pode ser constatado como norma esparsa dentro do texto da Carta Magna. Extrai-se de sua incidência em outros princípios que lhe são afins, com destaque especial ao princípio da igualdade, entre outros, de forma implícita no texto. Além disso observa-se tal princípio não apenas como sendo de caráter constitucional, sendo também um princípio geral do direito (BONAVIDES, 2006).

Em aplicação ao caso aqui em estudo, este princípio, dentro da já assentada proibição da proteção deficiente dos direitos fundamentais, dispõe a ideia que a atuação estatal só será legítima se oferecer, em favor dos direitos fundamentais dos cidadãos, uma proteção que observe o princípio da proporcionalidade, de forma a coibir a inação ou atuação deficiente do Estado,

exigindo que o mesmo adote medidas, as quais forem, suficientes para a garantia e proteção eficaz desses direitos (CAMPOS, 2016).

Em suma, as omissões estatais inconstitucionais, especialmente aquelas que culminam em violações massivas de direitos fundamentais em decorrência de falhas estruturais, devem assim ser reconhecidas não apenas pelo desacordo forma com o texto normativo, mas também da falha na transformação desse texto em realidade. Caso haja, por parte dos poderes constituídos, uma deficiência no cumprimento do disposto no texto constitucional que enseja na não materialização dos direitos lá disposto, tem-se uma realidade contrária à Constituição. O grau dessa incompatibilidade e os fatores políticos institucionais que as cercam determinarão se essa contradição jurídico-material será caracterizada como um estado de coisas inconstitucional, com a necessidade de medidas estruturais com o fim da superação desse quadro.

Os requisitos para a declaração de um ECI, bem como seu conceito, serão objeto de análise do próximo item deste capítulo.

3.4 Uma doutrina do Estado de Coisas Inconstitucional adequada ao Direito Constitucional brasileiro

Do que até aqui foi tratado no presente estudo, observa-se que por variados motivos, os direitos fundamentais constituem uma série de conquistas dos mais diversos segmentos sociais ante o Estado, positivados nas cartas constitucionais dos respectivos países visando formas de garantir a vida digna inerente à condição humana. Diante desses direitos, o mesmo Estado tem o dever não só de se abster de cometer abusos em face de seus cidadãos, mas de tomar atitudes positivas com a finalidade de assegurar a prática desses direitos, seja num dever prestacional, como de garantia à saúde, ou o dever de proteção, face a eficácia horizontal desses direitos, como o de segurança.

No entanto, quando o aparato estatal falha em seu dever de prestação ou de proteção ensejando a não materialização do disposto no texto constitucional, este incorre em uma omissão inconstitucional. Tais falhas, por sua vez, podem decorrer não apenas de casos pontuais de omissão normativa, ou da ineficiência de um agente estatal específico, mas sim de bloqueios

institucionais e falhas de coordenação entre as diversas instâncias de poder constituídas, sendo assim chamadas de falhas estruturais.

Deste modo, ao constatar-se violações massivas e sistemáticas de direitos em decorrência dessas falhas estruturais, ante a impotência dos demais poderes em dar uma solução viável à situação posta, parte da doutrina defende que haja uma atitude incisiva do Poder Judiciário em oferecer essa solução. As Cortes Constitucionais, ao redor do globo, em especial no chamado Sul-Global, têm tratado dessas falhas estruturais com atitudes ativistas das mais diversas formas. Com destaque especial à Corte Constitucional colombiana, que dado ao seu relativo sucesso no enfrentamento desses casos, bem como diversas semelhanças com a realidade brasileira, teve a sua metodologia importada pelo Supremo Tribunal Federal no tratamento das chamadas falhas estruturais: o Estado de Coisas Inconstitucional.

Essa doutrina, conforme Ariza (2013) defende a intervenção, de caráter estrutural, da Corte Constitucional nos casos onde a mesma detecta uma massiva e sistemática violação de direitos fundamentais em decorrência de deficiências nos arranjos institucionais do Estado em questão. Ao aplicar essa doutrina quando detectada falhas estruturais, a Corte declara a existência de uma realidade contrária à Constituição. A partir dessa declaração, a Corte passa a delimitar e criar políticas públicas, alocar os recursos necessários com a finalidade da solução do problema, implementar direitos sociais e econômicos, atividade estas que seriam de competência dos poderes Executivo e Legislativo dentro do modelo tradicional de separação de poderes.

Deste modo, a Corte vai de encontro a defesa não só de um direito fundamental individualmente considerado, mas do complexo e conexo sistema de direitos fundamentais como um todo, em sua dimensão objetiva, em decorrência não de enunciados pontuais, mas de toda a Constituição. Ao declarar o ECI diante de graves violações de direitos, busca-se conduzir o Estado a observar os pressupostos básicos da dignidade da pessoa humana e a garantia desses direitos (CAMPOS, 2016).

Resta evidente que a ferramenta do ECI é deveres incisiva. Ela mexe na estrutura dos três poderes tradicionalmente constituídos, com a dinâmica de atuação e com o próprio balanço entre estes. Por esse motivo, a Corte, ao

proferir a declaração, deve ser cautelosa, sistemática e rigorosa com relação à identificação de seus pressupostos.

Campos (2016), a partir de uma minuciosa análise dos pressupostos elencados pela Corte Constitucional Colombiana na *Sentencia T – 025*, de 2004¹⁷, elencou quatro pressupostos para a identificação de um estado de coisas inconstitucional: (i) constatação de um quadro de violação massiva e contínua de diferentes direitos fundamentais, afetando um amplo número de pessoas; (ii) omissão reiterada e persistente do poder público no cumprimento do seu dever de defesa e promoção dos direitos fundamentais; (iii) a superação do problema passa pela expedição de remédios e ordens voltados a atuação de não apenas um órgão do poder constituído, mas de um conjunto destes; (iv) a potencialidade de um número elevado de demandas judiciais em decorrência dessa violação de direitos, produzindo um congestionamento do aparato judiciário.

O primeiro componente para o reconhecimento e posterior declaração de um estado de coisas inconstitucional diz respeito à dimensão e extensão do dano causado pela ausência ou falha no dever de atuação estatal (ARIZA, 2013).

Para Campos (2016, p. 180), a configuração desse primeiro pressuposto:

[...] (i) não se trata de violação a qualquer forma constitucional, mas apenas àquelas relativas, direta ou indiretamente, a direitos fundamentais, e não basta qualquer violação da de direitos, mas apenas aquela especial e qualitativamente massiva, sistemática e contínua; (ii) não basta o envolvimento de um direito fundamental específico, e sim de uma variedade desses (liberdades fundamentais, direitos sociais e econômicos, dignidade humana, mínimo existencial); (iii) não se trata de violações que alcancem populações locais e restritas, e sim um número elevado e amplo de pessoas e grupos, máxime, minorias e grupos vulneráveis.

O segundo pressuposto trata das falhas estruturais do Estado, de modo a englobar as falhas de coordenação na atuação das diversas entidades que compõem o aparato estatal ou os bloqueios institucionais explicitados no início desse capítulo. Bloqueios estes, que por sua vez, podem decorrer: de pontos cegos na atividade legislativa; da falta de percepção da necessidade de atuação, inclusive diante do ineditismo das questões tratadas; do ônus político de um posicionamento em questões socialmente complexas; da hipertrofia do

¹⁷ Vide capítulo 2, item 2.2

caráter simbólico da legislação; da má relação entre os diversos órgãos da administração dentro do próprio pacto federativo; o excesso de centralização em favor da União neste mesmo pacto, e; a complexidade inerente das atividades administrativas, especialmente quando confrontada com a (má) alocação de recursos. Tais bloqueios vêm assim, a gerar uma omissão inconstitucional diante do dever de proteção e promoção por parte do Estado.

Assim, o ECI é dado causa não pela atuação de um agente estatal específico, mas do mal funcionamento do Estado como um todo, de forma estrutural e histórica (ARIZA, 2013).

O terceiro pressuposto é, conforme Ariza (2013), possivelmente o mais controverso dentre os outros, uma vez que corresponde à adoção de mecanismos cujo escopo diz respeito às competências inerentes dos demais poderes constituídos, tal como a edição de normas, a alocação de recursos e a formulação de políticas públicas voltadas à solução do problema posto. Assim como a causa do ECI é dada pela falha de diversos entes do poder público, a decisão visando a solução do problema deve ser dada visando o amplo número de responsáveis pelo mesmo (CAMPOS, 2016).

Por fim, dado a gama de direitos fundamentais atingidos, bem como da quantidade de pessoas cujos direitos a qual fazem jus não são atendidas pelo Estado, o quarto e último pressuposto trata da possibilidade de congestionamento do poder judiciário em decorrência do grande número de possíveis demandas a serem resolvidas.

No caso colombiano, o grande número de *acciones de tutela* pela mesma causa serem um indicativo de que um setor do Estado colombiano pode estar violando direitos fundamentais de forma massiva e profunda. Além disso, tal fator se dá por razões de eficiência, uma vez que a obrigação de apreciar todas as demandas causaria um colapso da administração do Poder Judiciário. Deste modo, dado a eficácia *erga omnes* da decisão, visando uma situação macro, a declaração do ECI pode dar uma resposta à diversos casos semelhantes em uma única decisão (ARIZA, 2013).

Contudo, ao passo que utilizar-se desse critério em países como a Colômbia, onde se tem um fácil acesso à jurisdição da Corte Constitucional através das *acciones de tutela* faz todo o sentido, Campos (2016) aponta que em contextos como o brasileiro, onde a Constituição criou ferramentas que

dificultam o acesso à jurisdição do STF, agravadas pela própria jurisprudência do Supremo, para o acesso de organizações e movimentos em defesa dos direitos fundamentais à tutela da jurisdição concentrada não faz tanto sentido. Afinal, a exigência de tal pressuposto na realidade brasileira serviria apenas para a manutenção do *status quo*.

Nesse sentido, os quatro pressupostos supracitados não são apenas necessários para a declaração de um estado de coisas inconstitucional, de modo a firmar um uso transparente e coerente de uma medida tão drástica, com vias de não cair na ubiquidade e conseqüente inefetividade, tal como ocorreu no Peru, garantindo assim o caráter excepcional de tal classe de ação, mas são suficientes para sua aplicação. Dito de outro modo, ao constatar tais pressupostos, é dever da Corte aplicar esta figura de modo a garantir o dever de proteção do Estado com relação aos direitos fundamentais (GARAVITO, 2010). Excetua-se, novamente, o último pressuposto com relação ao caso brasileiro em razão das condições já explanadas.

Após a análise acerca dos pressupostos e da evolução jurisprudencial da Corte Constitucional Colombiana, bem como da doutrina internacional que surgiu a partir desta, Campos (2016, p. 187) conceitua o Estado de Coisas Inconstitucional como:

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

O processo que declara a existência de um ECI é, por essência, uma ação estrutural, que visa sanar as falhas estruturais que geram a violação massiva de direitos fundamentais. Assim como no caso norte-americano, os casos estruturais tratam-se de “litígios de direito público” (CHAYES *apud* CAMPOS, 2016, p. 188) (*public law litigation*), onde as cortes são instadas a decidirem não casos entre particulares conforme o direito privado, mas sim com demandas relacionadas ao poder público, seja em decorrência de leis e preceitos constitucionais, sobre mudanças sociais em larga escala, inclusive políticas públicas, onde as cortes em questão são lançadas normalmente a um papel ativista (CAMPOS, 2016).

Sendo assim, a ação de declaração do ECI, por essência, um litígio de direito público, esta vincula a aplicação de remédios estruturais. Tais remédios são decisões voltadas a sanar aquelas falhas estruturais do Estado (GARAVITO, 2010).

A declaração do ECI, com afirmação de seus pressupostos, configura uma “senha” ou um “passaporte” para as cortes proferirem sentenças estruturais. As “ordens estruturais” são comandos voltados a alcançar as mudanças institucionais que caracterizam o litígio de direito público. Não se trata apenas de determinar obrigações de fazer dirigias às autoridades públicas para o cumprimento de prestações específicas. Os remédios estruturais voltam-se à reestruturação de instituições do governo e às alterações sistêmicas necessárias a assegurar a tutela de direitos fundamentais, que podem alcançar medidas legislativas, administrativas, regulatórias e orçamentárias (CAMPOS, 2016).

Tais remédios, conforme Garavito (2011), podem ocorrer de forma monológica, onde a Corte emite ordens precisas, numa relação prática de causa e efeito, ou dialógica, onde delimita-se prazos e objetivos, de modo mais alinhado com o princípio da separação dos poderes instituídos, colocando a cargo dos demais poderes o desenho e implementação de tais medidas. Assim, quanto mais monológicas as decisões, estas são consideradas “fortes” e pouco flexíveis, outrossim, quanto mais dialógicas e abertas forem essas decisões, as mesmas serão consideradas mais “fracas”.

Essa decisão põe-se como um meio de atingir a finalidade primária da declaração do ECI, a impulsão do aparato estatal para a solução das falhas estruturais que deram ensejo a inicial à declaração. Essa função implica por si a necessidade de um “*processo de seguimento*” (GARAVITO, 2010, p. 438) (processo de seguimento), onde a Corte integra os atores envolvidos nos casos estruturais, sejam eles públicos ou privados, a fim de promover um processo de colaboração no sentido de proceder o acompanhamento da materialização dos efeitos da decisão estrutural (CAMPOS, 2016).

Os resultados do estudo proferido pelo Professor Garavito (2011) indicam que um processo decisório mais dialógico, com remédios estruturais mais abertos, seguido de um monitoramento também dialógico, aberto, participativo, e por consequência democrático, como ocorreu na *Sentencia T-025*, de 2004, tende a ter maiores impactos em relação à superação do ECI,

numa razão de direitos fortes, remédios moderados e um forte monitoramento. Em contraste, no entanto, decisões rígidas e monológicas, ou ainda que moderadas, conforme nas *Sentencias T-153*, de 1998, e *T-760*, de 2008, respectivamente, quando não acompanhadas de um forte processo de monitoramento, tendem a não atingir os impactos desejados.

Esse maior impacto das decisões com tendências mais dialógicas ocorre em razão do enfrentamento de dois obstáculos comuns à implementação e materialização dos direitos fundamentais de segunda dimensão, a resistência política, especialmente dos setores mais conservadores, e a capacidade institucional para a efetivação desses direitos. Ao empoderar um amplo número de envolvidos, incluindo-os no processo de monitoramento, a corte desencadeia efeitos diretos e indiretos que podem vir a auxiliar na superação da resistência política. Em segundo lugar, as Cortes legitimam sua atuação democrática e a sua capacidade de atingir uma solução adequada à problemas de matriz complexa, tal como os que caracterizam um ECI. Ao integrar especialistas, autoridades públicas e políticas, entidades da sociedade civil organizada e os próprios envolvidos na causa, a Corte pode vir a superar suas limitações de conhecimento técnico, quantitativo de recursos e pessoal (GARAVITO, 2011).

Por motivos óbvios, as cortes não podem perpetuar a vigilância sobre o caso, muito menos assentar o ECI como uma realidade permanente. Afinal, o próprio motivo da declaração de um estado de coisas inconstitucional, com subsequente emissão de remédios estruturais, com acompanhamento da materialização dos efeitos da decisão, é a efetiva superação dessa realidade de massiva e sistemática violação de direitos fundamentais geradas por falhas estruturais. Conforme Campos (2016, p. 211), “a participação das cortes deve seguir apenas até cessarem as violações de falhas estruturais que lhe deram causa e serviam de fundamentos jurídicos e empíricos”.

Nesse sentido, Garavito (2010) considera que a avaliação acerca da superação de um Estado de Coisas Inconstitucional se dá a partir dos mesmos critérios utilizados pela Corte para a sua declaração. Em outras palavras, um ECI encontra-se superado quando, após procedida uma análise avaliativa detalhada, constata-se que não estão mais lá as condições que motivaram a sua evocação. É indispensável, assim, contar com um processo avaliativo de resultados

detalhado, metódico, válido e confiável, de forma que os indicadores resultantes sejam suficientemente claros e precisos.

Nesse sentido, o autor procede um teste numérico para avaliar a superação ou não do ECI, dividido em 5 (cinco) passos. Primeiro, fixa-se os indicadores de medição da superação, sendo estes os mesmos que deram ensejo à declaração inicial. Segundo, fixa-se tais indicadores dentro de duas dimensões: a dimensão de processo, que diz respeito ao desenho, avaliação e implementação das políticas públicas; e avaliadores de resultado, que medem a prática efetiva desses direitos. Terceiro, determina-se valores distintos às dimensões de processo e resultado, sendo os desse último conferido um peso maior, uma vez que o objetivo de todo esse processo é a concretização desses direitos. Quarto, determina-se valores objetivos a cada indicador dentro de cada dimensão, no entanto não se pode definir valores diferentes a estes, pois estar-se-ia hierarquizando os direitos fundamentais na dimensão de resultado, tampouco pode-se considerar os valores de processo uns mais valorosos que os outros dentre si, de modo que a única diferença de valores seria a indicada no ponto terceiro. O quinto e último passo seria a fixação de uma pontuação adequada para a superação do ECI, devendo os indicadores apresentar um somatório adequado para que seja constatado a sua superação (GARAVITO, 2010).

Em outras palavras, numa determinada ação, delimita-se quatro direitos que deram ensejo a declaração de um estado de coisas inconstitucional, na dimensão de resultado, e quatro na dimensão de processo. Assim, delimita-se uma pontuação de 80 (oitenta) para a primeira categoria, onde divididos igualmente, resultariam em 20 (vinte) pontos considerando cada direito, e 20 (vinte) pontos para a avaliação do processo, que divididos entre os quatro aspectos, totalizariam 5 (cinco) pontos para cada, totalizando 100 (cem) pontos. Após um acompanhamento detalhado dos resultados e do processo decorrentes da decisão, seria feita uma avaliação quantitativa com a razão do cumprimento ideal ao quanto foi conquistado. Se o resultado for considerado satisfatório, em equidade, em todas as categorias, tem-se o ECI como superado. Caso contrário, tem-se a continuidade do ECI com a continuidade da adoção de medidas voltadas à sua superação.

Campos (2016) assenta a importância da fixação de um patamar mínimo de proteção relativa à efetividade dos direitos em questão, especialmente considerado na dimensão de resultado, de modo que a conclusão da Corte pela superação do ECI conquanto os níveis de materialização dos níveis não foram totalmente satisfatórios ensejaria na perpetuação da proteção deficiente desses direitos.

A utilização dos remédios estruturais, de diversas formas por Cortes Constitucionais dos mais diversos países, com especial enfoque para o chamado Sul-Global, demonstram que o enfrentamento das chamadas falhas estruturais, dada pela inércia dos poderes democráticos constituídos, a saber o Executivo e o Legislativo, seja este por bloqueios institucionais ou por falhas na coordenação de atuação dos mesmos, se mostra como uma solução viável para a superação dessas falhas, garantindo o dever de proteção dos direitos fundamentais por parte do Estado. O especial uso da ferramenta do Estado de Coisas Inconstitucionais pela Corte Constitucional Colombiana, aliado ao aporte doutrinário que sucedeu tais decisões, trouxe uma sistematização compatível com a realidade Latino-americana para o uso de tais remédios estruturais. Assim, ao menos, compreendeu o Supremo Tribunal Federal no momento em que a técnica de decisão foi importada e utilizada no julgamento da ADPF n. 347/DF, de 2015.

Deste modo, o próximo, e último, item deste capítulo dedica-se a uma análise da importação da ferramenta do Estado de Coisas Inconstitucional procedida pelo STF na tentativa de resolução das falhas estruturais existentes no sistema prisional brasileiro.

3.5 A importação da ferramenta do Estado de Coisas Inconstitucional no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF – 2015, pelo Supremo Tribunal Federal

Conquanto a categoria explícita do Estado de Coisas Inconstitucional foi apresentada formalmente no Supremo Tribunal Federal apenas no julgamento da ADPF n. 347/DF, as bases para a utilização de tal ferramenta já vinham sendo sedimentadas no decorrer do histórico de atuação da Corte. A Corte Suprema brasileira é reconhecida internacionalmente pelo seu caráter

ativista na defesa dos direitos fundamentais (GARAVITO, 2011; BARROSO, 2012; VIEIRA JÚNIOR, 2015; CAMPOS, 2016).

Vieira Júnior (2015) aponta que, num primeiro momento, no que diz respeito justamente ao controle das políticas públicas, a autocontenção do STF para com o a sua atuação ativista era regra. Quase de forma inflexível, a Corte tratou o princípio da separação dos Poderes na forma do artigo 2º da Constituição Federal, sendo esta uma cláusula pétrea conforme dispõe o artigo 60, parágrafo 4º, inciso III do mesmo texto. Com o tempo, passou a admitir-se, de forma excepcional, o controle das políticas públicas pelo Tribunal, quando a atuação dos poderes vinha a violar normas programáticas que as comandavam.

O ciclo das políticas públicas era, via de regra, competência dos poderes democráticos instituídos, a saber do Executivo e do Legislativo. Contudo, diante da omissão desses poderes na efetivação dessas políticas, o Poder Judiciário assumiria essa incumbência. Foi na seara do julgamento da ADPF 45, de 2004, de relatoria do Ministro Celso de Mello, que o STF assume para si a competência desse controle, reconhecendo, no entanto, a excepcionalidade de sua atuação. É justamente nesse momento que as bases hermenêuticas para o julgamento da ADPF n. 347 vieram a se concretizar no âmbito da Corte (VIEIRA JÚNIOR, 2015).

Outrossim, o tratamento da a matéria que trata da precariedade condições dos cárceres brasileiros é recorrente no âmbito da Suprema Corte brasileira. Valle (2016) menciona os seguintes julgamentos: no REExtRG 580.252, de 2017, de então relatoria do Min. Teori Zavascky, com voto proferido ainda em 2014, onde restou decidida a responsabilidade Estado, com o dever de indenizar, por danos causados aos detentos por insuficiência das condições legais de encarceramento. Ressalta-se que neste caso, o Min. Roberto Barroso, em seu voto, no ano de 2015, mencionou pela primeira vez a experiência da Corte Constitucional Colombiana no âmbito do STF, apresentando a tese do Estado de Coisas Inconstitucional (VIEIRA JÚNIOR, 2015); na ADI 5170, proposta em 2014, de relatoria da Min. Rosa Weber, ainda pendente de julgamento, onde se discute de modo mais amplo a responsabilidade civil do Estado nos termos do julgamento anteriormente citado; do REExtRG 592.591, interposto em 2008, e julgado em 2015, de relatoria do Min. Ricardo Lewandowsky, onde o Supremo decidiu, de forma unânime, que o Poder Judiciário pode determinar ao Estado a

realização de obras em presídios para garantir os direitos fundamentais dos presos; no RExtRG 641.320, proposta em 2011 e ainda pendente de julgamento, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, onde discute-se se pode o preso cumprir sua pena em regime menos gravoso ante a falta de vagas em estabelecimento prisional adequado.

Conclui-se, assim, que as más condições do sistema prisional brasileiro já não eram assunto estranho ao Supremo Tribunal Federal antes da propositura da ADPF 347, tendo sido a matéria discutida em diversas outras ocasiões.

Em maio de 2015, o Partido Socialismo e Liberdade, em parceria com a clínica de direitos fundamentais da UERJ, representado pelo advogado e professor dr. Daniel Sarmiento, ajuizou a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, posteriormente autuada sob o número 347, em que pugnavam o reconhecimento de massivas e sistemáticas violações de direitos fundamentais da população carcerária, que ensejaria na caracterização de um Estado de Coisas Inconstitucional e na consequente determinação de uma série de medidas para a superação desse quadro.

As condições do sistema prisional brasileiro foram apresentadas no início deste capítulo. Constatam-se nessa realidade as mais diversas violações de direitos, desde falta de condições sanitárias de humanas devida, passando pela falta de acesso à trabalho e educação, até a criação de um ambiente propício para a ocorrência das mais graves barbáries, em desconformidade com o que dispõe o texto constitucional e a Lei de Execuções Penais (Lei federal n. 7.210/84). Conforme Campos (2016), essas condições de violações massivas e generalizadas de direitos fundamentais satisfazem o primeiro pressuposto para a configuração de um ECI.

Em segundo lugar, esse quadro de violações de direitos está intimamente ligado à omissão contínua e reiterada do poder público na adoção de providências, gerando assim as chamadas falhas estruturais. Conquanto existe todo um aparato normativo e fático versando sobre a garantia de direitos fundamentais à população encarcerada no Brasil, vislumbra-se o defeito e a ineficiência estrutural das políticas públicas voltadas ao caso. Outrossim, aponta-se a ausência de eficácia das medidas legislativas e orçamentárias existentes,

incorrendo o estado em omissão inconstitucional na falha dos deveres de proteção dos direitos fundamentais (CAMPOS, 2016).

O terceiro pressuposto encontra base no fato de que, para a superação desse quadro, é necessária a emissão de medidas voltadas às mais diversas instâncias dentre todos os Três Poderes. A atuação eficaz e coordenada de todo o aparato estatal, e não apenas de um órgão específico, é essencial para a redução ou eliminação do ECI. Trata-se de um litígio estrutural, onde é necessária a criação de políticas públicas, edição de normas, alocação de recursos e pessoal, correção das políticas existentes que se reputarem defeituosas em relação a matéria e ajustes nas próprias instituições. Além disso, considera-se improvável que os poderes democráticos tomem uma atitude para a mudança desse quadro, dado ao pouco prestígio, ou até aversão popular ao tema. Os cidadãos que se encontram em liberdade reputam a essa sua indignação pelas falhas das políticas de segurança pública no país, cujos números alarmantes também foram demonstrados no início deste capítulo. Assim, a ausência de representação política dos presos, bem como a impopularidade dos mesmos diante da população em geral faz com que quase nenhum político venha a lutar pela aplicação de recursos na melhoria de condições dessas pessoas (CAMPOS, 2016).

Finalmente, o quarto e último pressuposto, ligado ao potencial aumento exponencial de demandas judiciais travando ou prejudicando os trabalhos do próprio Poder Judiciário encontra-se no já existente elevado número de ações judiciais visando a responsabilidade civil do Estado por decorrência de danos causados aos presos pelas más condições nos cárceres (CAMPOS, 2016). Além disso, o número elevado de julgamentos no próprio STF tratando do tema é um indicativo para que essa questão não seja um mero temor futuro, mas sim uma realidade vigente (VALLE, 2016).

Resta evidente, assim como foi decidido em caráter liminar na ADPF 347¹⁸ pelo Min. Marco Aurélio de Mello, em 2015, a existência de um estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

¹⁸ "CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO

O pleno do Tribunal, ao apreciar o pedido de liminar, julgou parcialmente procedente os pedidos formulados pelo postulante determinando, conforme voto do Ministro Relator, que os juízes e tribunais: (i) motivassem expressamente, em caso de determinação ou manutenção de prisão provisória, o porquê dessa ao invés de outras medidas alternativas; (ii) em até 90 (noventa) dias passassem a realizar audiências de custódia, devendo o preso comparecer diante da autoridade judiciária no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas após a prisão; (iii) que considerassem, fundamentadamente, a situação precária do sistema penitenciar brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante a execução da mesma; (iv) estabelecessem, sempre que possível, penas alternativas à prisão. Quanto ao Poder Executivo, restou determinado que a União liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN para a finalidade o qual foi criado, e para que a União e os estados emitissem relatórios com informações claras e precisas sobre a situação do sistema prisional.

O julgamento ainda aguarda sua decisão definitiva, a qual ainda, até a data de entrega da presente monografia sequer foi posto em pauta.

Ainda que a declaração de um estado de coisas inconstitucional ocorresse em sede de decisão liminar proferida pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, a decisão é considerada como o ápice do caráter ativista da Corte. Esse ativismo é ponto de debate pela doutrina nacional e internacional, sendo apontados todos os tipos de vantagens e perigos inerentes dessa postura. Assim, o seguinte e final capítulo do presente estudo dedica-se à uma análise não somente do julgamento proferido pelo STF na ADPF 347/DF, mas uma crítica da ferramenta do Estado de Coisas Inconstitucional como um todo,

MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão” (BRASIL, 2016).

especialmente do caráter ativista no qual sua aplicação se pauta. Derradeiramente, há de se reconhecer os avanços que a ferramenta trouxe na tutela dos direitos fundamentais, propondo-se soluções aos problemas que lhe são intrínsecos, garantindo os instrumentos de proteção desses direitos.

4 UMA ANÁLISE CRÍTICA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E DOS ATIVISMOS ESTRUTURAIS

A declaração de um estado de coisas inconstitucional na ADPF 347/DF gerou grande polêmica no meio jurídico. Muito disso se deu pelo fato inegável de que a ferramenta do ECI configura um ativismo judicial (CAMPOS, 2016; GARAVITO, 2011; VALLE, 2016; VIEIRA JUNIOR, 2015; ARIZA, 2013). Ao agir deste modo, as cortes assumem papéis típicos dos demais poderes instituídos, tal como a (re)definição da agenda de governo, apontamento de omissões inconstitucionais e de falhas estruturais, o estabelecimento da necessidade de novas políticas e diretrizes orçamentárias e a coordenação da atuação do governo com o sequente monitoramento de resultados das medidas impostas. Nesse sentido, não se afastam os problemas próprios do ativismo judicial ao uso da ferramenta, especialmente na subsequente tomada de medidas estruturais. Como base no exposto, a primeira parte do presente capítulo é dedicada a uma análise crítica do instituto, no que tange aos riscos à ordem democrática e funcional do Estado brasileiro. Em um segundo momento, busca-se tratar de uma visão construtiva para o caso. Ou seja, reconhece-se os méritos da criação da Corte colombiana, discutido no capítulo anterior, a uma possível solução para os problemas apontados, com vias de conferir maior caráter democrático e legítimo ao uso da ferramenta.

4.1 Apenas mais um caso de ativismo judicial?

Para uma compreensão adequada do tema, é necessário inicialmente tratar do que é a figura do ativismo judicial. Destarte, pontua-se que esse fenômeno não se confunde com a figura da judicialização. Conforme Barroso (2012) a figura da judicialização se trata da análise de matérias, pelo Poder Judiciário, com larga repercussão política ou social, que normalmente seriam substratos de debates nas instâncias políticas tradicionais, a saber o Congresso Nacional e o Poder Executivo. Em outras palavras, esse fenômeno da judicialização envolve a transferência de poder para juízes e tribunais em questões afetas aos demais poderes. Contudo, isso se dá dentro da atuação ordinária do próprio Judiciário.

A judicialização se dá por três causas principais: a primeira é o próprio processo de redemocratização pelo qual passou o Brasil, tendo seu ápice na promulgação da Constituição de 1988. Assim, se deu a expansão do Poder Judiciário, e conseqüentemente a demanda por justiça na sociedade brasileira; em segundo lugar, a Carta de 88 trouxe inúmeras matérias que outrora eram deixadas apenas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária, assim como uma ampla carta de direitos. Nesse sentido, na medida em que uma questão é disciplinada em uma norma constitucional, torna-se, potencialmente, em uma pretensão jurídica em uma eventual demanda judicial; a terceira, e última, causa da judicialização é o próprio sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Ao importar o método de controle constitucional incidental e difuso, característico do sistema norte-americano, aliado com os controles por ação direta, característico das cortes europeias, o sistema brasileiro ganha uma notável abrangência. Deste modo, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser dirigida ao STF (BARROSO, 2012). Sendo assim, a judicialização é um fato, uma circunstância do próprio desenho institucional brasileiro (BARROSO, 2015).

De outro modo, o ativismo judicial é uma escolha do julgador de um modo proativo e expansivo de interpretação constitucional quanto ao seu sentido e alcance. Esse fenômeno, por sua vez, se dá em situações de retração dos outros Poderes, de um certo distanciamento da classe política com a sociedade como um todo, dificultando que as demandas sociais sejam atendidas de forma eficaz pelo Estado (BARROSO, 2012). Tal interpretação expansiva e extensiva da Constituição, de acordo com Dworkin (2010), pressupõe certa objetividade dos princípios morais, especialmente contra o Estado, como é o caso, em linhas gerais, do direito à igualdade, seja no âmbito escolar ou em face das forças repressivas estatais, por exemplo.

O ativismo judicial tem origem na jurisprudência dos Estados Unidos da América. Em um primeiro momento a atuação da Suprema Corte foi de teor conservador, de modo a legitimar a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para invalidação de leis que garantiam direitos sociais em geral, em um período chamado Era Lochner, que compreendeu de 1905 a 1937. A situação se inverteu, quase que completamente, a partir da década de 50, com a chamada Era Warren (1953-1969), com o marco do já mencionado caso *Brown vs. Board*

of *Education of Topeka*, de 1955, que envolvia a segregação racial no sistema de ensino norte-americano, e seguindo-se outros julgados de caráter mais progressista em matéria de direitos fundamentais (BARROSO, 2012).

A princípio, essa postura ativista encontra duas objeções dentro de outras correntes teóricas. A primeira se trata da corrente cética, a qual afirma que não há de se falar em direitos morais inerentes à condição humana em face do Estado a não ser aqueles expressamente positivados em documentos legais. A segunda trata-se da corrente de deferência judicial, a qual, ao contrário da teórica cética, admite a existência de direitos morais em face do estado para além daqueles positivados, contudo, reconhece não ter os tribunais competência sobre o reconhecimento de tais direitos, e sim das instituições democráticas (DWORKIN, 2010).

A partir da supramencionada corrente deferente, fala-se no princípio da autolimitação judicial – ou autocontenção judicial (SARMENTO, 2009) –, também oriundo da jurisprudência norte-americana, devendo ser adotado com determinados cuidados. Canotilho (2003, p. 1309) trata do tema:

O princípio da autolimitação dos juízes continuará a ter sentido útil se com ele se quer significar a não inadmissibilidade de juízos de valor na tarefa de interpretação concretização-constitucional (existentem em qualquer actividade interpretativa), mas a contenção da actividade dos tribunais dentro dos limites da função jurisdicional. Isso implica desde logo, reflexão sobre a respectiva precompreensão e disciplina na invocação de elementos de interpretação valorativos. Isso apontará, em geral, para os limites de cognição dos juízes quanto aos vícios: cabe-lhes conhecer dos vícios de consititucionalidade dos actos normativos mas não dos vícios de mérito (oportunidade política dos actos e uso do poder discricionário pelo Parlamento e Governo).

O binômio ativismo-autolimitação judicial encontra-se presente em boa parte dos países que adotam o modelo de supremas cortes ou tribunais constitucionais com competência para exercer o controle de constitucionalidade de leis e atos dos demais Poderes. Importante destacar que o movimento entre essas duas posições se relaciona diretamente com o grau de prestígio dos demais poderes. O cenário brasileiro é palco de uma persistente crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade inicialmente no âmbito do Poder Legislativo, e mais atualmente alcançando também o Poder Executivo, de forma a alimentar a expansão do judiciário nessas direções que, em nome da ordem constitucional, prolata decisões que supre omissões, chegando, por

vezes, a inovar na ordem jurídica, editando normas e interferindo em políticas públicas (BARROSO, 2012), com destaque especial aos julgados do Supremo Tribunal Federal mencionados no presente trabalho monográfico nesse sentido.

De um modo geral, as decisões ativistas se apresentam em diferentes dimensões e formas relativas especialmente ao contexto a qual se inserem. Logo, tais decisões consistem em práticas decisórias de diferentes relevos, e, assim, não se pode reduzir a critérios únicos de identificação (CAMPOS, 2016).

O professor norte-americano William P. Marshall (2002) subdivide a prática do ativismo judicial em sete categorias, as quais chama de pecados, a saber: (i) Ativismo Contramajoritário, que consiste na relutância das cortes em submeter-se às decisões dos poderes democraticamente eleitos; (ii) Ativismo Não-Originalista, tratando da proposital falha das cortes em submeter-se ao sentido estrito do texto legal ou à vontade originária do legislador; (iii) Ativismo Procedimental, na qual as cortes recusam-se a seguir os precedentes judiciais; (iv) Ativismo Jurisdicional, nos quais as cortes desrespeitam os limites da própria atividade jurisdicional; (v) Criatividade Judicial, onde a postura ativista se dá a partir da criação de novos direitos dentro da doutrina constitucional; (vi) Ativismo Remedial (ou Ativismo Estrutural), tratando-se do uso do poder jurisdicional para impor obrigações aos demais poderes instituídos ou submeter instituições governamentais à supervisão do cumprimento de remédios estruturais, e; (vii) Ativismo Partidário, no qual o julgador usa do poder judicial que lhe é conferido par atingir fins partidários.

A utilização de ações estruturais, que se pautam no uso de remédios estruturais (e aqui se inclui a ferramenta do ECI) encontra-se abrangido na classificação de Marshall (2002) como uma forma de ativismo estrutural. A declaração do ECI, assim como a utilização de tutelas estruturais, é um exercício expansivo do controle das omissões dos demais poderes e no dever de proteção dos direitos fundamentais. Representa, ainda que com largo fundamento jurídico, um caráter político.

O ativismo inerente das tutelas estruturais, incluída nesta a ferramenta do Estado de Coisas Inconstitucional, não se presume diretamente ilegítimo. As diversas faces e dimensões do ativismo judicial deve se analisar dentro dos fatores e circunstâncias onde o mesmo se dá e do quão incisiva é a medida tomada com relação aos demais poderes.

Essa postura ativista só poderá ser justificada como um programa baseado em mais do que as meras preferências pessoais dos juízes, mas sim na existência moral de direitos inerentes à condição humana (direitos fundamentais) (DWORKIN, 2010) e se, no caso concreto, o exercício do poder judicial se dá dentro dos limites institucionais mais ou menos claros impostos pela norma constitucional em regência e pelas diferentes variáveis políticas e sociais (BARROSO, 2012).

O julgador ativista no sentido estrutural não aceita a deferência ao legislador ou a agentes administrativo em razão de capacidade central ou jurídico-constitucional de outro poder. Assume assim, uma perspectiva que não apenas interpreta e aplica as normas, ou de como utiliza tais instrumentos, mas de como se porta em face de decisões prévias ineficazes ou da inércia de outros poderes (CAMPOS, 2016). Além disso, considera-se que independentemente do contexto em que se situa o ativismo, se o mesmo ocorrer de forma antidialógica será, em qualquer hipótese, ilegítimo. Ou seja, o Judiciário não pode e nem deve assumir que a interpretação constitucional seja sua tarefa exclusiva. A definição da construção coordenada de uma solução entre os poderes deve se dar por um processo dialógico, garantindo não só a legitimidade (CAMPOS, 2016), mas também a efetividade do processo (GARAVITO, 2011). Deste modo, para além dos pressupostos próprios para a declaração de um estado de coisas inconstitucional, impõe-se mais um parâmetro para a atuação das Cortes: o ativismo estrutural deve se dar de forma dialógica (CAMPOS, 2016).

Com efeito, Campos (2016) afirma ainda que se a violação massiva de direitos fundamentais, em decorrência de falhas estatais, é um dos pressupostos para a declaração de um ECI, não há como recusar o uso dessa ferramenta para superar tal quadro. Outrossim, alinha-se com a observação de Barroso (2012, p. 19) ao concluir que o ativismo judicial é “[...] um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura”. Mesmo com a excepcionalidade e os pressupostos inerentes da ferramenta do ECI, há de se reconhecer que a prática possui “efeitos colaterais”. Tais efeitos assim, devem ser estudados e analisados com cautela. Destacam-se, dentre diversos, os riscos da ordem democrática e funcional do Estado, as quais serão destrinchadas a seguir.

4.1.1 Riscos da ordem democrática

Já no preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Legislador Constituinte Originário firmava o seu objetivo promulgação daquele texto constitucional em instituir um Estado Democrático. Concepções primárias definiram a democracia, por muito tempo, como o mero respeito ao princípio majoritário. Em outras palavras, entendia-se democracia como o governo da maioria. (LIPKIN, 2008; SARMENTO, 2009; RIANI, 2013; CAMPOS, 2016).

Ao mesmo passo, o preâmbulo constitucional da Carta de 1988 busca positivar uma concepção mais moderna de democracia, pautada no próprio republicanismo, o qual busca um sistema com maiores nuances, complexo, que inclui o sistema representativo e o respeito à direitos e liberdades (LIPKIN, 2008)¹⁹. Sendo assim, não mais cabe o entendimento da estrutura democrática como uma regra da vontade da maioria em detrimento dos direitos fundamentais das minorias (RIANI, 2013).

Contudo, o viés proativo das cortes, tanto referente à judicialização quanto ao ativismo judicial, sofre constrições pelo seu caráter antidemocrático. Os órgãos do Poder Judiciário não são agentes públicos eleitos. Por mais que desembargadores e ministros dos tribunais superiores passem por um certo crivo dos demais Poderes, esses não estão sujeitos à vontade popular, muito embora desempenhem, também, um papel político, inclusive de invalidar os atos desses outros Poderes (SARMENTO, 2009).

A possibilidade de, em uma nação democrática, um Poder não democrático invalidar ou alterar os atos de um Poder investido desse caráter é alvo de críticas (LIPKIN, 2008). A possibilidade da decisão de órgãos como o Supremo Tribunal Federal sobrepor-se a uma decisão do Presidente da República, sufragado por milhões de votos, ou do Congresso Nacional, cujos membros foram postos lá conforme a vontade popular é identificada na doutrina tradicional como dificuldade contramajoritária (BARROSO, 2012).

¹⁹ Lipkin (2008) entende o republicanismo com um duplo propósito: dispersar o poder dentro do próprio Estado e conquistar um consenso deliberativo. À república cumpre opor-se ao caráter democrático-majoritário, o qual pode gerar a supressão da vontade de minorias diante da vontade da maioria.

Dentro dessa dificuldade contramajoritária, teóricos acusam a ilegitimidade democrática de tais juízes, não sujeitos ao voto popular, incidirem e sobreponem decisões de agentes eleitos (SARMENTO, 2009). Campos (2016) aponta que essa objeção democrática se dá a partir de três pilares: a superioridade do Legislativo como representante dos anseios populares; a ideia de autogoverno popular; e os riscos da supremacia judicial.

A repartição de poderes em terras brasileiras ocorre a partir da teoria tripartite difundida por Montesquieu, a partir da qual ao Legislativo compete, apoiado na própria Constituição, especialmente no princípio da Legalidade, estampado em seu artigo 5º, inciso II, alterar a ordem jurídica, criando novos direitos e obrigações ou excluindo os existentes. Dentro dessa ótica, os Poderes eleitos, em especial o Poder Legislativo, têm a atribuição de representar a sociedade de forma mais próxima, dentro de seus respectivos anseios e dificuldades regionais. A cada dois anos, o processo eleitoral se dá com esse fim primário: representatividade (RIANI, 2013). Na mesma linha, Riani (2013) ainda reforça que o Poder Judiciário possui a competência de decisão com força de verdade legal dentro da ordem jurídica vigente, de modo a ser independente e imparcial, fazendo coisa julgada. Deve decidir conflitos qualificados por pretensões resistidas ou em processos objetivos de controle de constitucionalidade, inclusive contra atos do próprio poder público. Nesse sentido, também se sustenta a afirmação de que o Judiciário não passa pelo processo de sufrágio.

Essa contestação apontada por Riani (2013) se dá porque cabe justamente ao Poder Judiciário o caráter contramajoritário. Isso é essencial para o exercício da função jurisdicional. Conforme já explicitado, a Constituição desempenha dois grandes papéis. O primeiro é de estabelecer balizas para a atuação dos Poderes dentro das regras do jogo democrático, garantindo a participação popular e assegurando a alternância dos ocupantes dos cargos de poder. Outra é assegurar os direitos e garantias fundamentais da forma debatida no primeiro capítulo, independente da vontade política de quem circunstancialmente tenha mais votos. Barroso (2012) exemplifica a situação onde há dez pessoas em uma sala, oito católicos e dois mulçumanos, em que, por mais que fosse a vontade da maioria, não poderia o grupo maior deliberar jogar o grupo menor pela janela pelo simples fato de estarem em maior número.

Uma das ferramentas que serve de escudo à essa minoria é, justamente, a Constituição, tendo como seu guardião e intérprete final, o Poder Judiciário, especialmente na figura do Supremo Tribunal Federal. Afinal, sem as devidas contenções, a tirania da maioria é tão prejudicial quanto qualquer outra tirania (LIPKIN, 2008).

Temos aqui, conforme Sarmento (2009), uma questão de dosagem. Se as imposições de limites para as decisões da maioria podem ser justificadas em nome da democracia, evitando assim uma ditadura da maioria, o exagero no uso desse poder revela-se antidemocrático, por restringir a possibilidade de o povo decidir os próprios caminhos do país. Afinal, ainda se tratando do texto da Carta Constitucional de 1988, " todo o poder emana do povo" (BRASIL, 1988). Ocorre que, dentro da atribuição do Judiciário de guarda e interpretação constitucional, diante da amplitude (a qual chega a ser considerada vagueza) de algumas normas constitucionais, quem as interpreta acaba por participar do seu processo de criação, pois as materializa no caso concreto (SARMENTO, 2009). Essa atribuição, a partir da ponderação de princípios no método de julgamento pelos juízes, a partir da ótica da discricionariedade e cosmovisão que habita cada julgador deve ser vista com ressalvas. Afinal, o julgador é um ser humano, carregado de experiências de vida, boas ou ruins, adquiridas por toda a sua vivência, sendo essas limitadas por essa mesma vivência (STRECK, 2013). Ou seja, a decisão proferida pelo juízo não pode, sob pena de ferir o princípio democrático, depender da consciência do juiz. Inclui-se aqui o chamado "livre convencimento", "busca da verdade real", cintando-se apenas alguns artifícios que escondem a subjetividade do julgado (STRECK, 2013).

Nesse contexto surge a primeira crítica quanto ao caráter antidemocrático do ativismo judicial. Pois, uma vez que ao juiz, sendo este um ser humano dotado de toda uma experiência de vida, não eleito justamente em decorrência do princípio contramajoritário inerente de sua atividade, que pode ou não estar atento a autolimitação judicial, lhe é conferido uma atribuição que se confunde quase com um poder constituinte permanente ao criar o direito adequando-o ao caso fático, isso se dá em detrimento da atividade inerente do Legislativo. Este segundo, justamente pelo seu caráter democrático, é mais adequado para responder a necessidade de criação ou não de direitos dentro de seu âmbito de atuação (SARMENTO, 2009).

À lei, processada pelos meios institucionais democráticos, observados os valores e fins constitucionais, compete eleger dentre das diversas visões de mundo que compõem uma sociedade pluralista aquilo que deve reger a sociedade. Ao Judiciário cabe agir apenas caso essa atuação vá contra o que manda a Constituição, não deve, jamais, buscar suprimir a política, tampouco a democracia, através da supressão do parlamento (BARROSO, 2012).

Outra crítica feita à ênfase excessiva do caminho judicial para a efetivação de direitos para além do processo democrático é o possível esquecimento de outros espaços importantes para a concretização da Constituição, enfraquecendo as possibilidades de participação democrática e da mobilização cívica do cidadão (SARMENTO, 2009).

É verdade que a atividade das cortes constitucionais pode vir a promover o engajamento popular na causa em pauta. Prova disso são as sentenças dialógicas com os seguintes monitoramentos que acabaram por trazer efeitos indiretos e diretos favoráveis à democracia, como no caso colombiano, citado no capítulo anterior (GARAVITO, 2011). Ou ainda, a participação das partes diretamente envolvidas pode mobilizar a discussão sobre o tema levando a impulsionar a atividade legislativa como ocorreu no caso norte-americano e, também, no colombiano. Contudo, a inclusão da participação popular no processo decisório pode vir a resultar em uma solução construtiva para o caso, como no caso sul-africano observado no capítulo anterior. Entretanto, tais consequências positivas só se deram graças a atitudes proativas das cortes responsáveis em incluir o povo, seja no processo decisório ou nos momentos de efetivação do comando judicial, através de um chamado ativismo dialógico (CAMPOS 2016), conforme também estudado no capítulo anterior.

Caso o ativismo judicial se der de forma antidialógica (e esse é o maior risco), essa prática será extremamente prejudicial ao envolvimento da sociedade como um todo, deslegitimando por completo a atuação judicial. Lembrando-se que, em se tratando de ativismo judicial, a competência tradicional da corte já se encontra extrapolada, estando, assim, o viés discricionário do julgador revelado, a imposição de parâmetros se encontra dentro dessa mesma discricionariedade.

A supramencionada mobilização cívica vai ao encontro da democracia participativa, em especial no ciclo das políticas públicas por meio da ampla participação popular, o que não ocorre nas vias judiciais onde o juiz ou corte

assumem o protagonismo desse processo. Tal processo se dá não apenas pelas vias democráticas tradicionais, dos quais se entende os Poderes Executivo e Legislativo, que inegavelmente sofrem com crises de representatividade. É, portanto, possível e imprescindível a participação popular diretamente na gestão pública, seja por meio de conselhos populares, conselhos participativos, consultas públicas, entre outros (RIANI, 2013).

Ao recorrer-se sempre ao Judiciário como salvação para os problemas de (falta de) efetividade constitucional, acaba-se por revelar um outro problema inerente do ativismo judicial: o enfraquecimento do autogoverno do povo. Em outras palavras, o recurso excessivo à instância judicial pode acabar por afastar do cenário de luta por direitos pessoas e movimentos que não pertençam a esse âmbito (SARMENTO, 2009). Cria-se um ambiente excludente, que, novamente, cercearia a seara democrática.

Finalmente, o último pilar da crítica ao ativismo judicial no âmbito democrático consiste no erro de se atribuir ao Poder Judiciário o papel de único intérprete da Constituição. É fato que aos juízes cabe o papel de intérprete constitucional, especialmente, ao STF, cabe a palavra final desta interpretação (BARROSO, 2012). Contudo, o caráter republicano do Estado brasileiro, disposto pela Constituição de 1988, preconiza uma divisão de poderes, de modo a nenhum Poder estatal possa ser superior ao outro, mantendo-se, assim, o princípio da harmonia entre os Poderes. Entretanto, no momento que o Judiciário passa a entender-se como único e final intérprete constitucional, concentrando o poder e a palavra final do Estado em si, tem-se a supremacia judicial. Quando isso ocorre, o julgamento da corte constitucional toma o lugar do espaço democrático exercido pela sociedade, desenvolvido pelos demais poderes instituídos (LIPKIN, 2008).

Esse fenômeno é o mais facilmente perceptível dentro do próprio fenômeno do ativismo judicial. Sarmento (2009) explica que no Brasil é muito comum associar-se a defesa do ativismo judicial às posições sociais progressistas. Neste quadro fático, àquele que critica os possíveis excessos da discricionariedade judicial pode, inclusive, ser taxado de conservador. Isso se ocorre uma vez que o Judiciário brasileiro talvez tenha pecado muito mais por omissão, do que por ação. Um bom exemplo a ser citado é a análise da evolução do tratamento da corte superior acerca das omissões inconstitucionais, que

repousa no capítulo 1.3 deste trabalho. Acompanha-se, nesse sentido, o histórico da própria corte dentro do binômio da autocontenção e ativismo judicial, de modo que houve, conforme mencionado, uma virada jurisprudencial em meados de 2000 com o viés de assumir-se uma postura mais ativista, em detrimento da autocontenção praticada até então.

Como exemplos da postura ativista do Judiciário brasileiro, ainda cabe mencionar a concessão de medicamentos em demandas em face dos entes estatais dos três níveis da federação, tendo em luz a efetivação do direito à saúde preconizado no artigo 6º da Carta Maior, que se dá inclusive em face de medicamentos não padronizados pelos órgãos de controle do Estado. Outro caso notório é este que se trata no presente trabalho, a ADPF 347, de 2015, onde garantiu-se direitos já previstos constitucionalmente a pessoas encarceradas, contudo coordenou-se a atuação dos demais Poderes para a efetivação desses direitos.

Contudo, o paralelismo entre ativismo e questões sociais, conforme prega-se no Brasil não existe. Em diversas situações o Poder Judiciário pode ter uma atuação de bloqueio a mudanças importantes promovidas pelos poderes democráticos em favor de eventuais minorias, buscando manter o *status quo*. Isso ocorreu na chamada Era Lochner, nos Estados Unidos da América, onde o ativismo judicial da Suprema Corte foi o meio encontrado para barrar a edição de legislação trabalhista e outras esferas que implicariam na esfera econômica em proveito de classes sociais menos favorecidas (SARMENTO, 2009). Anteriormente a isso, ainda nos EUA, o ativismo judicial foi o meio utilizado para legitimar a segregação racial alvo do posterior movimento por direitos civis liderado por Martin Luther King Jr. com especial ênfase na década de 1960.

Em outras partes do mundo, tal qual Canadá, Israel, África do Sul, Nova Zelândia, a crescente judicialização demasiada da política é apontada por Hirshl (*apud* SARMENTO, 2009) como uma tentativa das elites econômicas e culturais, que teriam perdido espaço dentro do âmbito democrático, na busca de sua manutenção hegemônica no poder. O ponto aqui é, resumidamente, que não se pode falar em bons ou maus ativismos judiciais (STRECK, 2013), ao se dar tamanho poder aos juízes, estar-se-á, também, sujeito às suas discricionariedades.

Conforme Lipkin (2008), a supremacia judicial representa uma interrupção, cessão, parcial ou absoluta do processo democrático. Esse pilar do ativismo judicial confunde importantes filtros de deliberação democrática com o resultado do processo em si. Ao monopolizar em seu favor a função de intérprete da Constituição, os juízes confundem o importante papel de “aconselhar o rei com a imposição do próprio decreto real” (LIPKIN, 2008, p. 10), ou seja, ao agir para além de suas atribuições, impõem o produto final da ordem democrática ao povo ao invés de auxiliar que esse mesmo povo decida seus rumos dentro da ordem constitucional por meio de suas atribuições inerentes.

Enquanto temos uma composição das cortes constitucionais, dentro dessa ótica de supremacia judicial, que favoreça a efetivação de direitos fundamentais, podemos também ter uma composição de cortes constitucionais que restrinjam direitos a fim de manter a hegemonia social vigente. Streck, Barretto e Oliveira (2010, p. 8) defendem ser um risco demasiadamente grande delegar tamanho poder ao Judiciário, pois, por mais que o processo democrático esteja fragilizado, a "a democracia é algo muito importante para ficar à mercê do gosto pessoal dos representantes do Poder Judiciário". Entende-se aqui que conferir tantos poderes às cortes constitucionais pode ser um caminho sem volta. Ao tempo que conferimos à poderes não-eleitos a solução para as omissões, não somente normativas, mas também fáticas, dos entes estatais na concretização e proteção dos direitos fundamentais, estaremos a mercê de julgadores com mandatos de décadas, que não estão sujeitos ao crivo do voto popular. Concedendo ou restringindo direitos, tamanho poder nas mãos de poucos é um risco real à ordem democrática.

Se é verdade que o processo político majoritário, ou a própria democracia participativa tem seus – graves – vícios, é também verdade que o judiciário não está imune a esses riscos, uma vez que os juízes não estão imunes à política, tampouco a quaisquer outras falhas humanas. O Judiciário enfrenta, assim como os demais poderes, notórias deficiências (SARMENTO, 2009), as quais serão tratadas no próximo subitem deste capítulo.

A possível juristocracia é justamente uma das críticas tecidas por Streck (2015) em artigo de opinião na plataforma Conjur ao tratar da importação da tese do Estado de Coisas Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 347. Neste trabalho, o autor propõe a reflexão de que, se o Brasil, dado a

realidade que vivemos, está eivado de disparidades entre o texto constitucional e a realidade, seria o Judiciário responsável a dar as diretrizes para sanar tais inconstitucionalidades, definindo quais dessas prioridades são mais urgentes em relação as outras? Segue assim a discordância com a tese, apontado a amplitude em que se situa a tese do ECI, permitindo que as diretrizes nacionais estejam nas mãos dos juízes, incorrendo, assim, nos perigos inerentes do ativismo judicial como um todo, em especial da supremacia judicial. Afinal, a competência para a eleição de tais diretrizes é feita pelos poderes democraticamente eleitos, e não pelo Judiciário. Nesse sentido, dado a abrangência do caso, seria como entregar a regência do Brasil ao Supremo Tribunal Federal (STRECK, 2015).

O ponto central é de que as políticas públicas não estão e nem devem estar à disposição do Judiciário. Para Riani (2013), as políticas públicas envolvem muito mais do que o Judiciário em sua atividade preconizada constitucionalmente pode oferecer para sua formulação e implementação. Substituir o processo político democrático pelo judicial é transferir a responsabilidade para tanto a uma aristocracia togada. Resumindo a questão, “[...] não dá para fazer um estado social com base em decisões judiciais” (STRECK, 2015, p. 1). Seguindo essa linha de entendimento, Campos (2016) defende que, muito embora o ativismo judicial produza riscos democráticos, em casos como na declaração de um estado de coisas inconstitucional, onde constata-se uma massiva violação de direitos fundamentais decorrente de um padrão elevado de inércia ou omissão política dos Poderes democráticos, este será justificado. Sustenta que, existentes as falhas estruturais, em especial a paralisia parlamentar e administrativa quanto a determinadas matérias que culminam nos extremos qualificadores de um ECI, o ativismo judicial acabaria se mostrando o único instrumento apto a superar tal quadro.

Nesse cenário, não se trata, pois, de uma situação de normalidade institucional, no caso em voga, as estruturas políticas tradicionais fracassaram, as políticas públicas mostram-se insuficientes, pontos cegos legislativos, falta de vontade política, bloqueios e desacordos políticos não se resolvem (CAMPOS, 2016), ainda quando se resolvem, muitas vezes proporcionam instrumentos normativos meramente simbólicos (NEVES, 2011). Tal quadro não se resume à letra morta da lei: pessoas tem seus direitos fundamentais, das mais diversas

dimensões, negados por culpa, total ou parcial, do Estado. Tais fatores demonstram a incapacidade da democracia parlamentar, em especial a brasileira, de resolver os problemas que assolam a efetividade dos direitos fundamentais. Campos (2016, p. 246) afirma que “Nesse cenário de fracasso político, a objeção democrática ao ativismo judicial estrutural não possui qualquer sentido prático”.

Ainda nesse sentido, o argumento de supremacia do Legislativo bem como da impossibilidade ou mitigação do autogoverno popular não encontraria sentido diante da gravidade da situação, onde normalmente sequer direitos fundamentais básicos são assegurados, ou, em se tratando de minorias malvistas socialmente, como no caso dos presos, onde sua representação democrática encontra-se prejudicada (CAMPOS, 2016). Não se trata, outrossim, de uma criação ou extensão de direitos, ou de uma inovação nesse sentido, que estaria à mercê de uma ampla discricionariedade do julgador, mas sim de direitos constitucionais já prescritos pela Constituição vigente que vêm tendo sua efetivação negada.

Com efeito, não há que se falar em uma deliberação democrática majoritária minimamente consistente e consciente sem direitos aos direitos fundamentais dos partícipes, o que de incluir a garantia de liberdades individuais e condições materiais mínimas para garantia do exercício de cidadania. Dito de outro modo, “sistema de diálogo democrático não tem como funcionar de forma minimamente adequada se as pessoas não tiverem condições de dignidade ou se seus direitos, ao menos em patamares mínimos, não forem respeitados” (BARCELLOS, 2005).

Ao Poder Judiciário cabe a tarefa de guarda da Constituição, e assim deve fazê-la, mesmo em face dos outros Poderes. A guarda e materialização do texto constitucional passa, principalmente, pela efetividade dos direitos fundamentais. A Constituição deve ter um sentido material, de modo a ser um instrumento de transformação da realidade, e não de conformação com esta (CANOTILHO, 2001). Assim, eventual ação contramajoritária, quiçá ativista, diante de graves casos, como os que dão ensejo a um ECI, seria a favor da ordem democrática, e não contra esta (BARROSO, 2012). Ressalta-se que, neste ponto, não se trata que qualquer situação ou de qualquer ativismo judicial. A questão aqui tratada é quanto a situações de inércia estatal geradora de

quadros massivos de violação de direitos fundamentais. Contudo, sustenta-se a afirmação de que atuação tão incisiva do Poder Judiciário é sim prejudicial à ordem democrática.

Não se rejeita aqui a importância da ferramenta do Estado de Coisas Inconstitucional e das subsequentes sentenças estruturais na tutela dos direitos fundamentais diante desses extremos casos. Ao contrário, defende-se aqui que no cenário atual que passa o Brasil, o ECI mostra-se necessário. Porém, a ênfase na seara judicial em excesso pode muito bem causar uma acomodação da sociedade diante da atividade democrática, bem como prejudicar a imagem da própria política. Exemplo disso é muito bem lembrado por Barroso (2012), onde a discussão no Supremo Tribunal Federal quanto ao uso de células tronco embrionárias em pesquisas teve uma repercussão social e consequente “participação” mais ativa da população do que a discussão ocorrida sobre o mesmo tema nas casas legislativas, o que, originalmente requer (e assim se sustenta uma sociedade democrática) uma atenção muito maior do povo. Além disso, os riscos da supremacia judicial são reais.

Por mais que o processo decisório se dê de forma dialógica, recorrendo a especialistas, e no processo de monitoramento seja dado espaço para o envolvimento de alguns setores da sociedade civil, isso, por si só, não pode ser equiparado a uma participação democrática. Afinal, a decisão última no caso caberá sempre ao juiz ou corte, que, mais uma vez, não são sujeitos ao crivo da democracia, criando-se um possível cenário de governança por juízes. Por óbvio, esse fator não somente geraria um abalo nos princípios da separação e harmonia entre os Poderes, mas na ordem democrática como um todo. Esse risco é agravado na medida em que a decisão já se trata de uma postura ativista da Corte Suprema, já se pondo, por mais que necessário no momento, acima dos demais Poderes, sendo o Poder Judiciário o seu próprio controle, conforme o próprio nome já se refere, trata-se da autolimitação judicial.

Finalmente, sustenta-se certa razão aos argumentos trazidos por Lênio Streck em sua coluna no Conjur, de modo que, por mais que hajam pressupostos necessários para o reconhecimento de um ECI, o conceito ainda se mostra muito abrangente, favorecendo a discricionariedade do julgador na aplicação do fato. Porém, do modo que já restou afirmado acima, não se mostra razoável ao Estado manter-se nessa postura omissiva diante da tutela dos

direitos fundamentais; o ativismo judicial, por mais perigoso que seja, mostra-se, talvez, a única saída prática para essa situação. Reforçada a isso o fato de que consensos políticos demoram anos para se formar, assim como uma renovação política outros quatro anos, não há como saber quando viriam as mudanças necessárias através das vias ordinárias. Lembra-se aqui que o foco dos direitos fundamentais são as vidas humanas, sendo, por sua vez, encontram-se afetadas por falhas de atuação do Estado. A espera por um consenso, em situações extremas mostra-se algo desarrazoado.

Claro e evidente, portanto, a necessidade de evolução da tese do Estado de Coisas Inconstitucional para garantir a atuação do Supremo Tribunal Federal de forma a garantir tais direitos sem, contudo, sem deixar de lado a necessidade de se resguardar, da melhor forma possível, a ordem democrática.

4.1.2 Riscos da ordem institucional

Aliado aos riscos à ordem democrática brasileira, ao conferir-se tamanho poder ao Judiciário, a prática do ativismo judicial, com enfoque especial no ativismo judicial do tipo estrutural, acaba por ignorar a própria questão da falta de capacidade institucional e fática do Judiciário (SUSTEIN; VERMULLE, 2002).

De início, o primeiro risco que se apresenta com a utilização das ferramentas de que dispõe o ativismo judicial estrutural no sentido institucional, inclusive na seara da tese do Estado de Coisas Inconstitucional, é um abalo aos princípios da separação e harmonia entre os Três Poderes, positivados no artigo 2º da Constituição do Brasil de 1988. Em geral, apresentam-se três critérios para a definição das funções estatais: o orgânico, o qual se define a partir do órgão que desempenha determinada atribuição; o material, que se dá conforme a substância ou conteúdo do ato praticado; e residual, que surge apenas para a função administrativa, assumindo as demais funções que não se encaixam nas definições dos demais Poderes (RIANI, 2013).

A repartição de poderes em terras brasileiras ocorre a partir da teoria tripartite difundida por Montesquieu, a partir da qual ao Legislativo compete, apoiado na própria Constituição, especialmente no princípio da Legalidade, estampado em seu artigo 5º, inciso II, alterar a ordem jurídica, criando novos direitos e obrigações ou excluindo os existentes. Os elementos que caracterizam

o regime jurídico da função desse Poder, que tem força jurídica para impor o dever de não se pautar em norma anterior, exceto a Constituição são o orgânico e o material. Excetua-se os casos previstos no texto constitucional deste caso, como as medidas provisórias, leis delegadas e o decreto autônomo (artigo 84, inciso VI, alínea 'b') (RIANI, 2013).

Na mesma linha, o Poder Judiciário possui a competência de decisão com força de verdade legal dentro da ordem jurídica vigente, de modo a ser independente e imparcial, fazendo coisa julgada. Deve decidir conflitos qualificados por pretensões resistidas ou em processos objetivos de controle de constitucionalidade, inclusive contra atos do próprio poder público. Sua função, deste modo, sob uma ótica material, é uma decisão com força legal de verdade que põe a termo uma disputa jurídica. Sob a perspectiva orgânica, sua função é de competência dos órgãos componentes desse poder definidos pelo artigo 92, incisos de I a VIII da Constituição (RIANI, 2013).

Por fim, a Poder Executivo possui uma função administrativa sobre, conforme a Carta de 1988, não só os atos administrativos propriamente ditos, mas todos os atos sob a guarda da lei e apreciáveis pelo Judiciário. Seu regime jurídico de residualidade tem como característica a subordinação à lei, a autoexecutoriedade e o controle jurisdicional (RIANI, 2013).

Riani (2013), reconhece uma quarta função para além das acima mencionadas, a função política. Esta compreende um conjunto de atividades discricionárias decorrente da ordem constitucional e limitado por esta e com a finalidade desta. Dito de outro modo, é a atividade pela qual todos os Poderes, bem como os órgãos independentes (Ministério Público e Tribunais de Contas), no manejo de suas atribuições constitucionais, buscam a realização da Constituição, de forma a manterem uma relação dinâmica.

Ao agir de forma a interferir na agenda legislativa, julgar a eficiência das políticas públicas existentes, delimitar novas políticas públicas, enfim, tomar para si a competência de outros Poderes, o Judiciário acaba por extrapolar qualquer separação tradicional entre tais Poderes. O problema aqui posto não é o fato de supostamente estar ferindo a separação entre estes por si só. Inclusive, conforme Campos (2016), essa separação rígida não é aquela que requer o caráter transformativo e inclusivo da Constituição de 1988. Pelo contrário, a Carta requer

[...] um modelo dinâmico, dialógico, cooperativo de poderes que, cada qual com ferramentas próprias, deve compartilhar autoridade e responsabilidades em favor da efetividade da Constituição e do seu núcleo axiológico e normativo: os direitos fundamentais (CAMPOS, 2016, p. 306).

A reflexão que se faz é que se cada Poder instituído tem uma competência definida, ele deve ter uma estrutura adequada, ou ao menos voltada, para atender tal competência. Indaga-se se o por que teria o Judiciário melhor competência no quadro fático para tomar as atribuições dos demais Poderes. Além disso, deve ser analisado a própria estrutura do Poder Judiciário, visando entender caso este tenha competência para assumir tais funções, ele teria capacidade para tanto. Finalmente, o objeto de debate neste item que compõe o terceiro e derradeiro capítulo desta monografia é, se tendo capacidade de assumir tais competências, e de fato assumindo, teria o Judiciário capacidade de avaliar a possibilidade econômica para a efetivação de determinadas políticas públicas, prestigiando certos direitos fundamentais em detrimento de outros.

Para além da capacidade democrática superior dos Poderes sujeitos ao crivo do voto popular, entende-se assim o Executivo e o Legislativo, para responder aos anseios do povo dentro de um Estado Democrático de Direito, conforme citado anteriormente, a questão aqui é de capacitação de fato para tratar de questões complexas e de difícil previsibilidade.

A dita incompetência do Judiciário frente ao Poder Executivo fica clara na obra de Sustain e Vermulle (2002), de modo que segundo os autores, os diversos ramos da administração pública, por seus órgãos e agências, encontram-se em uma melhor posição de entender e analisar de os resultados de uma legislação tem finalidade prática, ou não, dentro de seu ramo especializado de atuação. Da mesma forma, cabe a este inferir se determinada atividade será prejudicial ou ajudará a provir uma solução adequada para a situação. Tal fato, por sua vez, é decorrente da própria complexidade inerente da atividade administrativa, pelo caráter abrangente e residual que lhe é inerente (RIANI, 2013), esse Poder dispõe de uma gama considerável de funcionários das mais diversas especialidades, seja jurídica, econômica, social, sanitária, política, etc. Tal infinidade de funcionários públicos teriam assim maior especialidade para tratar da implantação de políticas públicas, seus impactos socioeconômicos, bem como a aceitação social das mesmas.

Outrossim, a possível superioridade do Poder Legislativo frente ao Judiciário decorreria da mesma gama de especialidades a qual compõe as Casas Legislativas. No âmbito federal, os 594 (quinhentos e noventa e quatro) parlamentares que compõem o Congresso Nacional, aliados ao seu corpo de assessores, possuem os mais diversos conhecimentos e formações, além do fato da mais próxima representatividade com setores específicos da sociedade, do que se comparado com os 44 (quarenta e quatro) ministros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, todos com formação na área do Direito.

Conforme mencionado alhures, se é bem verdade que o processo democrático brasileiro, em particular a democracia participativa, bem com a própria atuação dos Poderes frutos dessa ordem democrática, o Legislativo e o Executivo, têm seus vícios, o Poder Judiciário não está alheio a muitas das mesmas falhas. Sustain e Vermule (2002) apontam que grande parte dos teóricos, tanto defensores da maior deferência judicial face às decisões de outros Poderes, quanto os defensores de posturas mais inovadoras e proativas do Judiciário, falham em reconhecer que os juízes são, como qualquer pessoa, suscetíveis a limitações físicas, limitações informativas, tendenciosidades, corrupção, ou qualquer forma pouco confiável de atuação.

Além de limites humanos, o próprio Judiciário enfrenta problemas estruturais, tal como a sobrecarga de trabalho, dado ao alto número de demandas versus o número insuficiente de magistrados, que acaba por comprometer a qualidade do serviço jurisdicional prestado. Observa-se, ainda, lacunas na formação desses magistrados, decorrentes de falhas no ensino jurídico, focado numa metodologia formalista e pouco (ou nada) interdisciplinar, aliado aos hiatos intrínsecos das bases da educação brasileira (SARMENTO, 2009).

A própria morosidade da justiça comum é um exemplo gritante de falhas na prestação jurisdicional. Tais falhas ou barreiras de atuação ganham ainda maior proeminência quando o assunto são questões complexas em sua essência, tal como falhas em políticas públicas que dão ensejo à declaração de um estado de coisas inconstitucional. Assim, essa questão envolve a eventual deferência do Poder Judiciário diante dos demais Poderes com razão a qual destes estaria mais habilitado a melhor conduzir a matéria (BARROSO, 2012).

Questões de ordem técnica ou científica de grande complexidade, tal como tratam-se as políticas públicas, sejam demarcações de terras, reforma agrária, saúde pública, segurança, ou em obras de grande relevo, como transposições de rios ou construção de usinas geradoras de energia, demandariam conhecimentos qualificados para além daquele que possui qualquer juiz ou pessoa sem estudo aprofundado quanto ao assunto. Assim, a questão da capacidade judicial diante do caso deve ser sopesada de maneira criteriosa pelo julgador antes de emitir qualquer parecer quanto ao assunto (BARROSO, 2012). Além disso, constatam-se falhas originárias na formação do magistrado, de modo que ao lidar com questões de grande escala, em especial quando trata de casos estruturais, a decisão acaba por gerar, conforme visto na análise de Garavito (2011), não somente efeitos diretos e materiais, mas também efeitos indiretos e imateriais.

Tais efeitos sistêmicos podem fugir da previsibilidade e desejo daquele que proferiu a sentença, de modo que os mesmos não sejam necessariamente positivos, como aconteceu na *Sentencia-T25* da Corte Constitucional Colombiana mencionada no capítulo anterior. Barcellos (2008, p. 131) afirma que o juiz, dado muitas vezes ao próprio ensino jurídico voltado à magistratura, ou por cultura, via de regra, está voltado à preparação para a solução de demandas que envolvam casos concretos, chamado de “microjustiça”, que compreende normalmente efeitos entre das partes litigantes. Isso, por sua vez, além da cultura jurídica formada e da falta de conhecimento, especialmente frente aos demais Poderes, pode ter causa em falhas do próprio Judiciário, onde o alto número de processos dificulta, senão impossibilita, uma análise aprofundada de cada caso em questão.

Para se ter uma ideia, em 31 de outubro de 2017, apenas o Supremo Tribunal Federal, justamente a quem caberia julgar casos de maior magnitude e amplitude, como uma eventual declaração de um estado de coisas inconstitucional, com seus 11 (onze) ministros, tem 46.471 (quarenta e seis mil quatrocentos e setenta e um) processos em tramitação. Em uma conta aritmética simples, são 4.225 (quatro mil duzentos e vinte e cinco mil) processos para cada Ministro. Desta totalidade imensa de processos na Suprema Corte brasileira, 16.277 são de competência originária (BRASIL, 2017). Tais números absurdos demonstram que é humanamente impossível que se dê uma atenção

dedicada caso a caso, de forma e compreender os possíveis efeitos indiretos de cada decisão proferida.

Tais efeitos indiretos podem ser entendidos como efeitos sistêmicos da sentença, que compõem a chamada macrojustiça, envolvendo a extensão ou abrangência daquilo que se define como resultado final para além dos limites tradicionais das lides que circundam o Judiciário, porém de forma inesperada. (BARCELLOS, 2008). E, conforme demonstrado em momento anterior, pelo fato do juiz não estar sujeito à esfera democrática, este sequer é passível de responsabilização política caso não atente a tais efeitos, seja por omissão deliberada ou não, ao contrário dos mandatários de cargos dos Poderes Legislativo e Executivo.

Outra questão que se correlata diretamente a essa falta de conhecimento técnico dos juízes é o conhecimento da capacidade financeira do Estado de investir em determinadas políticas públicas em detrimento de outras ou de sua própria operacionalidade. É a chamada teoria da reserva do possível.

A materialização dos direitos constitucionais, conforme amplamente debatido ao decorrer deste trabalho, envolve ações negativas ou positivas do poder público. Tais ações positivas podem visar a atuação efetiva estatal, tal como prover saúde e educação, ou com relação aos deveres de proteção em relação a esses direitos, de modo a garantir a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, o maior exemplo disso são as políticas de segurança pública como uma busca à efetivação do direito à segurança. De uma forma ou de outra, essa gama de ações depreende custos. A Constituição, assim, de forma incisiva através das normas constitucionais programáticas define quais direitos deverão ser atingidos primariamente, bem como quais objetivos devem orientar a ação do poder público (BARCELLOS, 2005). Contudo, conforme também se verificou no decorrer deste trabalho, a mera positivação desses direitos com mandos expressos no texto constitucional não vem sendo suficiente, e esse é o grande ponto aqui debatido: como obrigar o Estado brasileiro a cumprir aquilo que determina a Constituição.

O abismo entre o texto constitucional e a realidade é gritante. Para tanto, Streck (2015) afirma que o Brasil real, quando posto lado a lado com a Constituição, é um país inconstitucional. Nesse sentido, cabe imaginar o cenário onde, em um Brasil eivado de inconstitucionalidades como já demonstrado,

algumas dezenas de arguições de descumprimentos de preceitos fundamentais fossem ajuizadas simultaneamente para garantir direitos, na forma da declaração de um Estado de Coisas Inconstitucional com subsequentes implementações de políticas públicas, dispêndio de custos, etc. Agora, imaginemos que o Estado, já com seu orçamento voltado à garantia de outros direitos fundamentais, ou ainda, os mesmos direitos em outras regiões desse país continental, seja condenado a esse remanejamento ou desprendimento de recursos, independente de alegar ser financeiramente possível ou não. Nos parece claro que não seria viável o cumprimento dessas determinações, podendo inclusive comprometer a atuação da própria máquina estatal (VEIRA JÚNIOR, 2015).

A tese da reserva do possível tem suas origens no Tribunal Constitucional Alemão, na década de 1970. Naquele caso, julgava-se um conflito de normas, onde a primeira restringia o acesso ao ensino superior em uma referida universidade a fim de garantir o bom funcionamento da própria instituição em face de outra que determinava a universalidade do acesso ao ensino em instituição de sua escolha. Concluiu-se assim que tal acesso universal ao ensino estaria limitado à possibilidade financeira da instituição de absorver tal aluno (PIMENTA, 2012). Além disso, nesse julgado restou o reconhecimento de que caberia ao legislador (e isso se adequa perfeitamente à realidade brasileira) o reconhecimento da existência de limitações orçamentárias à realização de direitos positivados em dispositivos constitucionais, eis que é responsabilidade deste a elaboração do orçamento estatal. Nesse sentido, o indivíduo só poderia exigir do Estado aquilo que o possa ser oferecido dentro de condições razoáveis. (PIMENTA, 2012).

Em suma, a reserva do possível trata-se da ideia de que a efetivação de direitos fundamentais está submetida à capacidade financeira do Estado, pois dependem dos recursos dispostos pelo poder público. A avaliação de tal capacidade financeira é tarefa do Poder Legislativo, uma vez que este é o Poder que detém a palavra final quanto ao orçamento do poder público (PIMENTA, 2012), e subsidiariamente ao Poder Executivo, uma vez que este elabora o plano orçamentário para análise do Congresso Nacional. Isso não significa, entretanto, um esvaziamento da obrigação do Judiciário de demandar prestações objetivas do Estado que impliquem custos a este, muito pelo contrário. O que se atenta

aqui é uma necessidade de sopesamento entre o interesse de um indivíduo ou de um grupo e o interesse da coletividade representada pelo Estado social (ALEXY, 2008). Trata-se, assim, de uma ponderação de princípios, conforme Alexy (2008), onde o julgador deve avaliar se, na situação fática, é possível atender àquela pretensão, àquele direito fundamental na forma de princípio, em razão de princípios formais da competência do Legislativo democraticamente eleito e com essa função. A solução será dada conforme cada caso concreto, conforme demonstrado no primeiro capítulo deste trabalho.

Essa ponderação de princípios terá um relevo especial quando se tratar de direitos fundamentais sociais mínimos, ou seja, direito à moradia, educação fundamental, patamar mínimo de assistência médica, um padrão mínimo de sobrevivência e existência digna. Ao deparar-se com casos envolvendo esse mínimo existencial, deve o julgador, no processo de ponderação, dar maior relevo a estes se comparado com princípios orçamentários (ALEXY, 2008).

De outra banda, percebe-se que a banalização do uso desse argumento (a reserva do possível) pelo Poder Executivo, de todos os níveis da Federação, sem qualquer tipo de comprovação, vem contribuindo para o enfraquecimento da tese no contexto brasileiro (VIEIRA JUNIOR, 2015). Entretanto, essa é uma causa real de limite aos direitos fundamentais que deve ser levada a sério.

De qualquer modo, para que o Judiciário pudesse ter a visão geral necessária que pudesse sopesar as urgências sociais e se é orçamentariamente possível implementar as medidas estruturais requeridas para que sejam superadas as falhas estruturais, seria imperativo que este dispusesse das estruturas hoje presentes nos demais Poderes, em especial no Poder Executivo (VIEIRA JUNIOR, 2015). O que de fato, conforme demonstrado anteriormente, sequer tem para solucionar com celeridade e efetividade todas as demandas que lhe são impostas.

Deve o Poder Judiciário, contudo, reconhecer suas limitações e procurar entender a causa da melhor forma possível antes de deferir demandas que implicariam em gastos demasiados pelo Estado, tal como ocorre em casos de ativismos estruturais.

A despeito de tais críticas, Campos (2016) defende que, por mais que reconhecidos a suposta superior capacidade prática dos demais Poderes instituídos, bem como as possíveis deficiências do Poder Judiciário, o autor defende que, em razão dos já assinalados pressupostos para a declaração de um estado de coisas inconstitucional – a violação massiva de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais e por essas agravada –, demonstrariam que o legislador e o administrador não se encontram mais adequados para proteger os direitos fundamentais. Em especial, ao se tratar de direitos de grupos marginalizados como os presidiários, é relevante a dúvida de que haverá alguma atuação positiva vindo desses Poderes.

Por mais que houvesse melhor capacidade ou falhas do Judiciário, o autor defende que a proteção deficiente dos direitos fundamentais e a falha nas políticas públicas denunciam que é preciso fazer algo para superar essas falhas estruturais. Se os Poderes Legislativo e Executivo falharam em suas funções, mesmo com os aparatos institucionais que dispõem, cabe ao Judiciário, como guardião da ordem constitucional, e, neste caso, último defensor desta ordem, tomar uma atitude proativa em prol da solução (CAMPOS, 2016). Nessa ótica, a superação de violações massivas de direitos fundamentais não pode esperar quatro anos por uma eventual renovação dos políticos eleitos, sendo essa a sanção política para os gestores públicos ineficientes. Nesse sentido, é irreal esperar que o Executivo e o Legislativo tenham melhor capacidade de solucionar o estado de coisas inconstitucional declarado se foi justamente a atuação falha destes poderes que o deu ensejo (CAMPOS, 2016).

A respeito da reserva do possível, Campos (2016), apoiado em autores como Gilmar Ferreira Mendes e Ricardo Lobo Torres, e consoante com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (PIMENTA, 2012) afirma que as limitações orçamentárias do Estado não são oponíveis aos direitos sociais mínimos que compõem o mínimo existencial. Contudo, a obra não confere atenção especial ao tema.

Por mais que se reconheça aqui que a teoria da separação e harmonia dos poderes não pode ocorrer de forma estática, devendo se dar, especialmente, em respeito à teoria dos direitos fundamentais. É importante ressaltar que especialmente no caso que enseje na declaração de um ECI, a ordem estrutural

e a funcionalidade dos poderes já foi dada como comprometida (CAMPOS, 2016).

Não se pode, conforme Campos (2016, p. 308) adotar-se um “formalismo vazio”. Nesse sentido, a declaração de um estado de coisas inconstitucional tem um fim prático essencial, qual seja a impulsão do aparato estatal para que se desenvolvam políticas públicas necessárias para que cessem as violações massivas de direitos que deram, originalmente, ensejo à declaração (GARAVITO, 2010).

Contudo, não é a separação dos Poderes o problema aqui encontrado, afinal, no caso de um ECI, tais Poderes encontram-se estagnados e não deram em tempo hábil, solução para a falta de materialidade dos direitos fundamentais. Mais do que isso, podem, inclusive, ter sido a causa desse desrespeito. Os problemas aqui encontrados, de ordem institucional, tratam-se da inexistência de capacidade superior do Judiciário face aos outros Poderes de dar solução a esses problemas nas vias ordinárias, seja por questões estruturais dos demais que podem oferecer uma solução, seja pelos limites e falhas do próprio Judiciário.

Precisa ser reconhecida que os Poderes democráticos possuem, sim, estrutura mais adequada para a efetivação dos direitos fundamentais. Não só democraticamente falando, mas institucionalmente. Com um corpo de funcionários expressivamente amplo, das mais diversas especialidades, o Executivo e o Legislativo podem atingir áreas que o Judiciário passa ao largo. O mau funcionamento de tais instituições, no entanto, põe em cheque a sua capacidade para tanto. Daí a importância da atuação positiva do Judiciário, não para resolver tudo por conta própria, mas para impulsionar o aparato estatal, de modo que medidas eficazes sejam tomadas para a superação das inconstitucionalidades que assolam terras brasileiras.

É bem verdade que os juízes não podem pensar muito de si mesmos, conforme lembra Streck (2015). Ao agir de forma antidialógica, fomentando a supremacia judicial, o Judiciário acabaria por se isolar com seus defeitos, tornando-se mais uma instituição limitada tentando resolver os problemas de (falta de) materialização dos direitos fundamentais de forma ineficaz. E, convenhamos, mais instituições ineficientes são a última coisa de que o Brasil

necessita nesse momento em que caminha-se a passos largos para o retorno ao mapa da fome da ONU, o qual à tantas custas saiu no início da última década²⁰.

O Judiciário, conforme bem demonstrado, não é imune de falhas. A morosidade, onerosidade e limites de capacitação dos juízes são apenas alguns fatos que se pode citar para retratar o quadro vivido por esse Poder. Cumpre assim, citação da obra de Campos (2016, p. 318) no sentido de cautelas que deve tomar a Corte brasileira antes de analisar casos estruturais:

Em suma: para transformar instituições em mau funcionamento, o STF precisa, primeiro, preparar-se para não se juntar a esse grupo de instituições. Ele deve, antes, se organizar para poder cumprir um bom papel na solução dos litígios estruturais. É o que se espera de uma corte constitucionais em casos que apresentam quadros tão acentuados de violações de direitos fundamentais, mas, ao mesmo tempo, de soluções tão complexas: que não seja inerte, mas que também não tente resolver tudo sozinha; que não seja arrogante, reconhecendo e consertando os próprios defeitos a tornar possível sua atuação em litígios estruturais. Ou seja, tanto assertiva quanto humilde e dialógica, o que significa equilibrar persuasão e negociação. Enfim, que adore sempre soluções que tenham a efetividade como propósito, impedindo que a Constituição de 1988 seja uma carta de promessas vazias.

Não se nega, outrossim o uso do ECI. Muito pelo contrário, a tese tem seus méritos e apresenta-se como uma possível ferramenta ao auxílio para conferir efetividade aos direitos dispostos na Constituição de 1988, em especial aqueles que de forma mínima garantam uma vida digna para a população. Contudo, o ECI é uma ferramenta poderosa, levando consigo todos os riscos do próprio ativismo judicial. A tamanho poder deve ser conferido limites e balizas de atuação, afinal, o poder concentrado nas mãos de poucos é um risco para qual o Estado Democrático de Direito não pode suportar.

A evolução, outrossim, é necessária. Não somente do Poder Judiciário em si, com a finalidade de dar bom funcionamento a sua própria atividade jurisdicional, mas da tese do Estado de Coisas Inconstitucional como um todo, e de como esse Poder pode agir ao deparar-se com as falhas

²⁰ Como o Brasil saiu do Mapa da Fome. E por que ele pode voltar <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/07/23/Como-o-Brasil-saiu-do-Mapa-da-Fome.-E-por-que-ele-pode-voltar>; Entrevista: Brasil pode voltar ao mapa da fome da ONU, diz economista do Ibase <http://epocanegocios.globo.com/Economia/noticia/2017/10/epoca-negocios-entrevista-brasil-pode-voltar-ao-mapa-da-fome-da-onu-diz-economista-do-ibase.html>; Entrevista: Brasil pode voltar ao mapa da fome da ONU, diz economista do Ibase <https://istoe.com.br/entrevista-brasil-pode-voltar-ao-mapa-da-fome-da-onu-diz-economista-do-ibase/>; Fome volta a assombrar famílias brasileiras <https://oglobo.globo.com/economia/fome-volta-assombrar-familias-brasileiras-21569940>.

estruturais. E é justamente essa evolução que o próximo item deste capítulo passa a propor.

4.2 A necessidade de um passo adiante

Para melhor ou para pior, uma coisa é fato: o ativismo judicial estrutural vem dando resultados. Isso restou demonstrado nos casos da jurisprudência internacional citados no capítulo anterior. Contudo, é igual fato que tais práticas ativistas não são perfeitas. Questões democráticas e institucionais põem em cheque sua real efetividade aliada a possíveis consequências.

A tese do Estado de Coisas Inconstitucional tem seus grandes méritos em sistematizar o uso do ativismo estrutural pelas cortes constitucionais, além de buscar dar uma maior legitimidade e efetividade com o monitoramento que segue a partir da decisão judicial.

Em tratando-se de uma prática ativista em sua essência, o ECI é evitado de riscos e possíveis falhas. Por mais que autores defendam que ela busque legitimidade democrática, e que o Judiciário não atue sozinho, agindo de forma dialógica, de modo a evitar a supremacia judicial e sanar as insuficiências deste Poder, as insuficiências mostram-se, ainda, evidentes.

O que se propõe neste ponto, diante de tudo que já foi aqui apresentado, é um avanço para a teoria, de modo a possibilitar a mitigação dos problemas apresentados anteriormente. Não se tem o objetivo de sanar todas as falhas, ou de apresentar uma solução definitiva para tanto. Este tema, por si só, seria o suficiente para uma nova monografia de envergadura. Visa-se aqui apresentar caminhos e balizas de atuação de forma a lapidar a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional.

4.2.1 Restrições ao uso

Para a declaração de um estado de coisas inconstitucional – e esse é um dos grandes méritos da construção da Corte Constitucional Colombiana – é necessário o preenchimento de quatro pressupostos pré-estabelecidos. São eles: a constatação de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais; a omissão reiterada e persistente de autoridades públicas quanto

a essas violações; o alcance orgânico (estrutural) das medidas necessárias para a superação desse quadro, e; a possibilidade dessas violações tornarem-se um número incontável de demandas judiciais, impossibilitando uma atuação eficaz do Judiciário (CAMPOS, 2016). Tais pressupostos são, conforme Garavito (2010), não somente necessários para a constatação de um ECI, mas suficientes. Para além disso, é importante conservar o caráter excepcional do uso da ferramenta (GARAVITO, 2010), uma vez que seu uso impõe um desgaste para a própria ferramenta, que pode tender à ubiquidade quando submetida a excessos, e para a Corte, por meio de um desgaste político (CAMPOS, 2016).

O desgaste político se dá, pois, como muito bem lembra Riani (2013), mesmo o Judiciário possui, além de sua função jurisdicional tradicional, uma função política. Isso ocorre toda a vez que os juízes, no uso regular de suas atribuições, interferem na atuação de outros Poderes, seja para conceder tratamentos médicos que foram denegados pelas vias estatais ordinárias, condenar o Estado ao pagamento de indenizações, no controle de constitucionalidade, e, com ainda maior relevo, em posturas ativistas, tal qual a declaração de um Estado de Coisas Inconstitucional. Esse desgaste pode ser entre as relações dos próprios Poderes instituídos, bem como com relação ao público, dado a publicidade dos atos judiciais, excetuados os protegidos por sigilo de justiça. Um bom exemplo disso, inclusive já citado no presente trabalho monográfico, é a cobertura midiática e a discussão popular em torno do julgamento no Supremo Tribunal Federal da constitucionalidade de pesquisas científicas envolvendo células tronco embrionárias.

Vale lembrar que os juízes são seres humanos e, por consequência, são seres dotados de emoções, experiências, possibilidades de sucessos e fracassos (STRECK, 2013). Apesar do caráter contramajoritário inerente da atividade judicial (BARROSO, 2012), podem, como qualquer pessoa, ser sensíveis a opinião pública. Não do mesmo modo que sofreriam os mandatários de cargos eletivos, mas na forma de pressão popular, críticas midiáticas, etc.

O desgaste da própria ferramenta é outro fato que merece nota. Campos (2016) cita como exemplo maior do uso, conforme ele, indevido da ferramenta pelo Tribunal Constitucional do Peru, de modo que a ubiquidade do uso levou, para além do desgaste da própria corte, a ineficácia da tese. Para que esse fato não ocorra, o aturo assenta para a necessidade da presença conjugada

dos dois primeiros pressupostos para a declaração de um ECI, bem como a rigidez desses pressupostos.

Na análise dos casos do Tribunal peruano apresentado na obra de Campos (2016), utiliza-se para criticar o uso desmedido da ferramenta, sob pena torna-la ubíqua e prejudicar sua compreensão. O autor critica, ainda, que não foi dado o devido respeito aos pressupostos para o uso da ferramenta. Contudo, constata-se que havia sim a violação massiva e sistemática de violação de direitos fundamentais positivados na ordem constitucional daquele país, ao menos da maioria daqueles, e, portanto, a satisfação dos primeiros pressupostos para a declaração de um ECI.

O primeiro caso relatado diz respeito a uma magistrada que teve seu direito de obter cópias de documentos pessoais negados por autoridades públicas. Verificou-se, outrossim, que se tratava de uma prática recorrente por essas autoridades. Destarte, denota-se uma clara afronta ao direito à informação da demandante, previsto no artigo 2º da Constituição Peruana. Além disso, constata-se ferir a integridade moral, honra e reputação da mesma, dispostos no mesmo artigo 2º, uma vez que esta estaria sendo impedida de comprovar sua idoneidade. Além disso, seu direito à ampla defesa (art. 139) estaria sendo cerceado pela falta de acesso a um documento seu por direito, com o fim de comprovar algo. Tudo isso em decorrência da negativa do Estado em lhe fornecer um documento (PERU, 1993).

Outro caso citado é a violação de direitos individuais dos professores pelo Ministério da Educação e o Ministério da Finanças peruano. O próprio Campos (2016) admite, em análise de caso, haver uma violação massiva de direitos fundamentais no caso, portanto, não se faz necessária análise mais aprofundada. Entretanto, cumpre destaque o fato do Tribunal ter usado a declaração do estado de coisas inconstitucional para ampliar os efeitos da decisão, inclusive admitindo no texto da decisão.

O caso dos advogados contratados por órgãos do Estado para ingressar com recursos sem nenhuma probabilidade de sucesso, tendo um mero caráter protelatório, demonstra violações aos direitos dos demandantes e da coletividade, devido ao mau uso do aparato jurisdicional. Tal fato claramente fere o direito à duração razoável do processo, disposto logo no artigo 2º da Constituição peruana, assim como os direitos em questão dos demandantes. E,

maior que isso, o direito de acesso à justiça de toda a coletividade, que se encontrava prejudicado pelo grande número de recursos protocolados com mero caráter protelatórios, inundando a máquina judicial de forma a atrapalhar seu bom funcionamento (PERU, 1993).

Por fim, o caso da falta de políticas públicas para o tratamento de enfermos mentais em custódia penal do Estado restou também admitido por Campos (2016) ser um caso apropriado para a declaração de um estado de coisas inconstitucional.

Conquanto a intenção do Tribunal Constitucional Peruano fossem outros senão o acesso às tutelas estruturais, discorda-se, com todo o respeito, de Campos, afirmando-se que os requisitos para a declaração de um ECI encontravam-se presentes e preenchidos. Não se nega, contudo, que o uso demasiado da tese ensejou em sua posterior inefetividade, bem como o desgaste daquela corte.

O caso peruano foi um entre tantos outros na jurisprudência que demonstram que mesmo preenchidos todos os pressupostos para a declaração de um ECI, os mesmos não garantem, por si só, seu caráter excepcional.

O catálogo de direitos fundamentais em Constituições modernas tal qual a brasileira, peruana ou colombiana, é extenso e abrangente. Direitos das mais diversas dimensões são abraçados por esses documentos. Desde direitos de votar e ser votado, de acesso à documentos, de peticionar às autoridades competentes, direitos voltados às relações de consumo, até os direitos sociais mínimos para uma condição de vida digna, tal qual saúde, educação, moradia, etc. (ALEXY, 2008). Isso se dá em contraste à necessidade de excepcionalidade da tese do ECI. O ponto que aqui se quer chegar é: o condicionamento à declaração de um estado de coisas inconstitucional apenas a violações massivas e generalizadas não é o suficiente para garantir o caráter excepcional da ferramenta.

Não se quer dizer, entretanto, que há uma hierarquia com relação aos direitos fundamentais. Não é isso. Porém mostra-se imperativo, tanto como forma de criar balizas de atuação para as cortes constitucionais, quanto para cingir a discricionariedade do julgador em questão, evitando assim a supremacia judicial ou demais riscos à ordem democrática e institucional que decorram desta discricionariedade excessiva, restringir o uso da ferramenta para casos da mais

extrema importância e delicadeza. Além disso, busca-se garantir a própria imagem política da corte qual será incumbida do julgamento, quanto garantirá que a ferramenta não cairá em ubiquidade, sendo usada só em casos excepcionais.

No mesmo sentido, o uso de ativismos judiciais, com enfoque especial ao ativismo estrutural, é sempre algo perigoso. A atuação incisiva da Corte, seja qual for, invadindo a esfera de atuação dos demais Poderes implica nos mais diversos riscos de ordem democrática e institucional, conforme já demonstrado. Limitar o uso das tutelas estruturais pelo Judiciário vêm em encontro a uma maior estabilidade do próprio Estado Democrático de Direito. Afinal, conforme muito bem lembram Streck, Barretto e Oliveira (2010) assim como os direitos fundamentais, do modo demonstrado no capítulo inicial deste trabalho, a própria democracia é uma conquista – frágil, por sinal – que precisa ser preservada.

Assim, nos parece adequado uma adequação justamente no primeiro pressuposto para a declaração de um ECI. Ao invés da necessidade de constatação de uma violação massiva e generalizada de direitos fundamentais, passaria a ser necessária a constatação de tal violação de direitos fundamentais que compõem o chamado mínimo existencial. Essa ponderação terá um relevo especial quando se tratar de direitos fundamentais sociais mínimos, ou seja, direito à moradia, educação fundamental, patamar mínimo de assistência médica, um padrão mínimo de sobrevivência e existência digna. Ao deparar-se com casos envolvendo esse mínimo existencial, deve o julgador, no processo de ponderação, dar maior relevo a estes se comparado com princípios orçamentários

Conforme já mencionado, trata-se de direitos sociais mínimos para a garantia de condições de uma vida digna. Alexy (2008) aponta que sem recorrer-se a comparações, é praticamente impossível determinar o que exatamente integra tais direitos mínimos, afinal, conforme a história mundial demonstra, tais padrões são mutáveis de acordo com o espaço e o tempo que se encontram. Atribuir a tarefa de positivação de tais direitos ao legislador seria renunciar a um padrão jurídico-constitucional para aquilo que estes têm o dever de garantir.

Para esses casos, os princípios constitucionais existentes, tal como a dignidade humana, não oferecem um padrão racionalmente controlável. Assim, incumbe ao Judiciário a tarefa de encontrar um padrão para esse mencionado

mínimo existencial, a partir do princípio da igualdade fática. Tal princípio, fundamento do próprio Estado Social, exige um marco orientador baseado no nível de vida efetivamente existente. Dito de outras palavras, é uma questão de traçar um padrão mínimo de vida digna condizente com o contexto social, espacial e temporal da população de uma determinada localidade (ALEXY, 2008).

Assim, como comumente ocorre em questões relativas a direitos fundamentais, de uma questão de ponderação de princípio, deverá se dar de forma racional. No cenário brasileiro, essa questão já é matéria praticamente consensual dentro do Supremo Tribunal Federal²¹ e, para tanto, evoca-se o artigo XXIV da Declaração Universal de Direitos Humanos, que, em seu item '1', dispõe que é direito de todo o ser humano um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e serviços sociais indispensáveis e seguridade social (ONU, 1948). A partir desses termos, é possível ter uma boa noção dos direitos componentes do mínimo existencial.

²¹ "EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS "ESCOLHAS TRÁGICAS" - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO -PRINCÍPIO "JURA NOVIT CURIA" - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL. [...] A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À "RESERVA DO POSSÍVEL" E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS "ESCOLHAS TRÁGICAS". – [...] A noção de "mínimo existencial", que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV)." (BRASIL, 2011).

Ressalta-se, contudo, que tal alteração estaria longe de inviabilizar o uso da ferramenta. De uma breve análise dos casos mais proeminentes em que foi declarado um estado de coisas inconstitucional, cita-se a *Sentencia T-025, T-153 e T-760*, bem como do mais recente caso Colombiano relativo aos presídios, a *T-388*, e o caso do sistema prisional brasileiro na ADPF 347, constata-se que todos trataram de direitos fundamentais componentes do chamado mínimo existencial.

Ainda, ao condicionar a declaração de um ECI a violações ao mínimo existencial, outro potencial problema para a efetivação dos direitos fundamentais estaria mitigado: o da reserva do possível. Conforme já demonstrado no item I deste capítulo, diversos autores, alinhados com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, reconhecem que o princípio da prioridade dos Poderes democráticos para constatação dos limites orçamentários do Estado, tão usado na defesa de entes federativos omissos quanto aos deveres de garantia e proteção dos direitos fundamentais, muitas vezes de forma ubíqua, não é oponível aos direitos sociais mínimos para a existência humana digna. Alexy (2008) de forma mais moderada, mas ainda favorável a tese, reconhece que na ponderação entre a reserva do possível e os direitos componentes do mínimo existencial, este segundo deve ter um peso consideravelmente maior.

Por fim, no sentido de garantir maior segurança quanto aos riscos democráticos de um eventual ativismo estrutural, trazendo também garantias à ordem institucional do Estado, e garantindo a imagem política do Supremo Tribunal Federal e a efetividade da ferramenta que se advoga por essa maior rigidez no primeiro pressuposto para a declaração de um estado de coisas inconstitucional: que tais direitos violados sejam direitos sociais mínimos necessários para a garantia da dignidade humana, ou seja, componham o chamado mínimo existencial.

4.2.2 Compromisso Significativo

O ativismo judicial, notadamente o ativismo estrutural, vem ganhando especial proeminência na efetivação dos direitos fundamentais nos países de cultura ocidental, com especial enfoque nos países que compõem o Sul-global. Tais posturas, no entanto, dão ensejo a um novo debate, que busca estabelecer

quais os limites de atuação do Poder Judiciário diante de um Estado Democrático moderno e o quão prejudicial pode ser dar aos juízes tamanho poder.

Nesse sentido, afirmou-se os riscos desse ativismo na seara democrática em respeito à superioridade dos Poderes democraticamente eleitos, em especial o Legislativo, para responder aos anseios populares, a possível prejudicialidade para o autogoverno popular, de modo a prejudicar a atuação e a consciência democrática da população dentro dos espaços destinados a tanto, e ainda os riscos de recorrer a ditos bons ativismos no tocante a uma possível supremacia judicial.

De caráter institucional, restou esclarecido terem os demais Poderes maior competência e estrutura para os fins aos quais se objetivam – legislar, delimitar e avaliar políticas públicas, alocar recursos orçamentários, discutir questões de cunho técnico-científico, etc. –, isso em face das possíveis insuficiências do próprio Poder Judiciário, que falha, inclusive, na prestação da atividade jurisdicional e quanto ao reconhecimento dos próprios limites orçamentários do Estado. Ao declarar um Estado de Coisas Inconstitucional, e, conseqüentemente, utilizar-se de tutelas estruturais, o Judiciário acaba tomando para si e assumindo todos os riscos supracitados. São riscos que, diante de situações de massivas e sistemáticas violações de direitos fundamentais, justificam-se serem tomados, contudo, são demasiadamente graves dentro de um Estado Democrático de Direito para que sejam tomados a esmo.

A necessidade de adequação a determinados pressupostos para a declaração de um ECI, aliado a necessidade de afirmação de seu caráter excepcional, bem como uma eventual maior restrição para que sejam consideradas para o uso de ferramenta tão agressiva somente violações ao chamado mínimo existencial são formas de mitigar o caráter discricionário do modo de agir das cortes, buscando garantir maior segurança ao processo democrático. Ao lado disso, restou bem comprovado na análise de Garavito (2011) às sentenças da Corte Constitucional Colombiana que maior abertura democrática, tanto nas ordens proferidas, quanto no processo de acompanhamento tende a dar resultados mais efetivos do que a tomada de posturas unilaterais e autoritárias. Em outras palavras, maiores aberturas para o espaço democrático têm mostrado resultados positivos. Entretanto, mesmo que as cortes abram espaços de fiscalização para agentes alheios ao espaço judicial,

tal qual entidades da sociedade civil organizada, ou até mesmo para a população em geral, ou as ordens sejam de caráter aberto, determinando que sejam tomadas determinadas medidas, porém deixando as especificações para os órgãos públicos especializados, os tribunais ainda terão um papel ativista, autoritário e, porque não, prepotente.

Já restaram delimitados no decorrer deste trabalho os riscos que posturas como acima descritas oferecem para sociedades democráticas. Ainda, ao agir sozinho, o Judiciário pode, muitas vezes, fazer mais mal do que bem (STRECK, 2015). As tutelas estruturais tomadas pelo Judiciário em casos da declaração de um estado de coisas inconstitucional, por mais que possivelmente abertas, ainda sim são determinações judiciais. Nesses casos, o Judiciário determinará o que tem que ser feito no caso, o que está errado e o que está certo, por quem tem que ser feito, e muitas vezes até como tem que ser feito, sem que haja estrutura própria, conhecimento técnico específico e legitimidade democrática para tanto. Nesse sentido, a experiência sul-africana no tratamento de tutelas estruturais tem muito o que enriquecer para o tema aqui tratado: falamos do Compromisso Significativo.

A expressão (*meaningful engagement*) foi utilizada pela primeira vez pela Corte Constitucional sul-africana²² no caso *Grootboom*, que tratava-se de litígio relacionado a questão de direito à moradia, em 2008, e posteriormente aperfeiçoada em decisões posteriores. No caso originário, a Corte emitiu ordem em caráter liminar para que os litigantes (poder público e moradores) se comprometessem significativamente em: resolver suas diferenças e dificuldades à luz da Constituição; melhorassem as condições de moradias nos edifícios objetos do litígio, e; reportassem, periodicamente, os resultados desse compromisso (VIEIRA JUNIOR, 2015).

De modo particularmente inovador e essencialmente diferenciado da postura ativista que se apresenta como um traço marcante das experiências constitucionais mais recentes, a Corte da África do Sul assume para si um papel construtivista na potencialização de um ambiente democrático e dialógico na solução de questões estruturais. Exige, assim, a exigência de um engajamento prévio das partes e dos interessados na busca de soluções consensuais e

²² Vide item 2.3 do capítulo 3.

valoriza o potencial democrático para tanto (VALLE; HUNGRIA, 2012). Nas vezes que a Corte africana aplicou a metodologia inovadora do Compromisso Significativo os resultados foram satisfatórios, demandando ainda uma fiscalização ativa por parte do Judiciário (VEIRA JUNIOR, 2015).

Assim, esse processo trata-se de um “espaço neutro”, onde membros da comunidade, entidades e o poder público falam e são ouvidos, de forma a tentar entender cada ponto de vista, com o fim de atingir um objetivo em comum ou solucionar uma divergência. Isso deve se dar de forma estruturada, coordenada, consistente e aberta, de modo que todos os envolvidos sejam tratados como parceiros no processo decisório em questão (CHENWI; TISSINGTON, 2010).

Deve se dar, outrossim, da forma mais aberta e democrática possível (CHENWI; TISSINGTON, 2010), assim como o processo de monitoramento das sentenças da Corte Constitucional colombiana descritos por Garavito (2011), e anteriormente citados nesse trabalho monográfico, com consultas públicas, cobertura midiática, não se limitando em ouvir apenas os representantes das comunidades, mas também seus membros. Em outras palavras, a proposta aqui é transformar o processo decisório nos casos das tutelas estruturais também num espaço democrático, o mais aberto possível, conduzido pelas cortes constitucionais, com fim da solução da lide em questão. Valle (2016) considera que, com isso, exclui-se como possibilidade a resposta das partes pela inação, ou a afirmação que determinado agente envolvido na demanda nada possa fazer.

Agir do modo preconizado pelo Compromisso Significativo deve, ou deveria ser o modo de atuação padrão das entidades governamentais democraticamente eleitas para qualquer uma de suas atividades, antes de tomadas de decisões relevantes, como no próprio desenho de políticas públicas (CHENWI; TISSINGTON, 2010). No caso de ações estruturais, o momento que esse compromisso deve se dar é logo em caráter liminar. Reconhecidos os pressupostos para a concessão de uma decisão de tal cariz, a corte deve determinar desde logo a reunião das partes para que alcancem o referido Compromisso Significativo, devendo o Judiciário atuar em seu papel fiscalizador, de modo a garantir que as partes estão fazendo o possível para tanto.

Porém, não se vislumbra modo coercitivo de obrigar as partes a engajarem significativamente. É uma obrigação democrática das partes envolvidas, em especial dos mandatários de cargos eletivos, aos quais ônus político maior virá no momento do pleito eleitoral, a cada quatro anos, via de regra. Porém, é clara a vantagem das partes de terem uma voz ativa na construção de um consenso, por mais dificultoso que possa ser, ainda mais se comparado a ter uma decisão judicial imposta, a qual lhes possa implicar em maiores ônus.

Há, no entanto, possibilidade de que o Compromisso posto não atinja os resultados necessários para uma solução efetiva à falha estrutural que deu ensejo à declaração de um estado de coisas inconstitucional. Nesses casos, tal violação massiva de direitos fundamentais não pode aguardar uma possível renovação política, para iniciar-se a discussão com novos atores. Defende-se aqui, deste modo, que, e apenas nesses casos, o Supremo Tribunal Federal tome a questão para decisão final. Lembrando, outrossim, que tal decisão deve seguir os moldes já preconizados no presente trabalho, do modo mais aberto e dialógico possível, seguido de um monitoramento dos efeitos da mesma forma.

Cumprе ressaltar que a tese do Compromisso Significativo é uma criação jurisprudencial da Corte Constitucional sul-africana, do mesmo modo que o Estado de Coisas Inconstitucional se tratou de uma criação da Corte Constitucional colombiana. Sendo assim, em igual parâmetro, Chenwi e Tissington (2010) ressaltam que não há previsão expressa para o uso do Compromisso Significativo na constituição da África do Sul. Contudo, esta é possibilitada por diversos dispositivos no correr do texto constitucional. Assim como no contexto sul-africano, e do modo procedido com o ECI, a importação de tal ferramenta deve encontrar aporte no sistema jurídico do país importador. Assim ocorre com o Compromisso Significativo no contexto brasileiro, conforme ensina Vieira Junior (2015, p. 32):

Interessante constatar que a Constituição brasileira, em seu preambulo (papel do Estado destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais); em seus fundamentos (cidadania, dignidade da pessoa humana e exercício do poder, direta ou indiretamente, pelo povo – art. 1º, II e III, e parágrafo único da CF); em seus objetivos fundamentais (construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos sem preconceitos de qualquer espécie – art. 3º, I, II, III e IV); em seus

direitos e garantias fundamentais e na parte referente à administração pública (direito a receber informações dos órgãos públicos, direito de petição aos Poderes Públicos, direito de obter certidões em repartições públicas, participação dos usuários na administração pública e direitos dos usuários na prestação de serviços públicos – art. 5º, XXXIII e XXXIV, art. 37, § 3º, art. 175, parágrafo único, II, da CF); e em seus direitos sociais (art. 6º, *caput*), fornece o lastro para amparar uma solução dialógica, talvez não idêntica, mas inspirada no modelo sul-africano.

Nesse modelo de atuação, o Poder Judiciário, por sua vez, constatada a necessidade de uma postura proativa para com a solução de falhas estruturais, atuaria não com a garantia do resultado para com os cidadãos individualmente considerados, em um modo comum ao modelo de microjustiça a qual está habituado. Ao invés disso, busca a recondução de seus meios e ferramentas para impulsionar os mecanismos democráticos deliberativos, apostando em um maior envolvimento da cidadania na construção da solução para os problemas postos, de um modo mais adequado ao modelo de macrojustiça peculiar ao caso (VALLE, HUNGRIA, 2012). Fazendo isso, valoriza-se, ainda mais, a construção coordenada para uma solução dos problemas postos através de um processo verdadeiramente dialógico desde a sua origem, conforme busca Campos (2016) em sua obra.

A construção e agregação da ferramenta do Compromisso Significativo vem de modo a agregar a ferramenta aqui debatida do Estado de Coisas Inconstitucional. Ao chamar as partes envolvidas para a construção de uma solução consensual dentro dos limites impostos pela Constituição juntamente com os Poderes democráticos instituídos, o Judiciário apresentaria uma compressão mais adequada da própria ordem constitucional e do Estado Democrático de Direito. A decisão ganharia assim maior caráter democrático, e, portanto, maior legitimidade; ter-se-ia a segurança de que as partes técnicas mais adequadas para a solução dos conflitos seriam ouvidas; evitar-se-ia riscos de uma supremacia judicial, prejudicial tanto por questões democráticas, quanto por questões institucionais.

4.2.3 Balizas de atuação

Por mais que possuam a intenção de efetivar o plano constitucional, com especial enfoque aos direitos fundamentais, em qualquer uma das formas

de abordagem apresentadas no presente trabalho, seja o Compromisso Significativo ou o Estado de Coisas Inconstitucional, ou até mesmo os demais casos mencionados no capítulo anterior como os ocorridos na Índia e nos Estados Unidos da América, a técnica utilizada pelas cortes foi o censurável ativismo judicial. Isso ocorre porque, para além da interpretação expansiva de suas atribuições e competências, as cortes passaram a atuar além dos limites preconizados pela legislação vigente. Conta-se apenas com o bom-senso das cortes, pelo princípio da autolimitação judicial, para contenção de eventuais excessos.

Reconhecendo a importância da ferramenta do Estado de Coisas Inconstitucional, e alinhado com o raciocínio deste trabalho, no sentido modificar o primeiro pressuposto para o reconhecimento de um ECI à violação massiva e sistemática de direitos fundamentais sociais mínimos, e a inclusão na metodologia de atuação durante o processo da prática do Compromisso Significativo, o Projeto de Lei do Senado (PLS) n. 736, de 2015 (BRASIL 2015), de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares vem nesse sentido:

Altera as Leis nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, e 13.105, de 16 de março de 2015, para estabelecer termos e limites ao exercício do controle concentrado e difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, dispor sobre o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional e o compromisso significativo²³.

Destarte, Vieira Junior (2015) destaca que esse Projeto de Lei traz o Senado Federal e, conseqüentemente, o Congresso Nacional, para o centro dos debates constitucionais mais modernos sobre tentativas de buscar a concretização do texto constitucional, em especial no que diz respeito à direitos fundamentais mínimos que assegurem condições de vida dignas. Outrossim, trata de impor balizas de atuação a ações importantes, porém, e com todos os seus riscos e defeitos, notadamente ativistas.

Em uma análise dos principais pontos da proposta, seu artigo 2º diz respeito a uma alteração no artigo 9º da Lei 9.882/99 (BRASIL, 2015), o qual foi vetado pelo Presidente da República à época, Fernando Henrique Cardoso. Em seu texto original, o referido artigo vetado permitiria que o Tribunal poderia

²³ Lei federal n. 9.882/99: Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal.
Lei federal n. 13.105/2015: Código de Processo Civil.

cassar o ato normativo que ferisse o preceito fundamental objeto da ADPF, anulando processos e efeitos subsequentes. Na justificativa do veto, o Excelentíssimo Presidente da República alegou tratar-se de uma intervenção excessiva do Judiciário em face do Poder Legislativo, de modo contrário aos princípios constitucionais da separação de harmonia entre os Poderes (BRASIL, 1999).

Na nova redação, o artigo traria a positivação dos pressupostos para a declaração de um estado de coisas inconstitucional, da seguinte forma:

Art. 9º-A. O Supremo Tribunal Federal poderá reconhecer o estado de coisas inconstitucional como fundamento para o deferimento de pedido de medida liminar ou para a decisão definitiva de mérito na arguição de descumprimento de preceito fundamental, caso verificados, cumulativamente, os seguintes pressupostos:

I – Constatação de um quadro de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, perpetrada pelo Estado, por ação ou omissão, que afete número significativo de pessoas e impeça a preservação do mínimo intangível assegurador da dignidade humana;
II – Falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e judiciais, que gere a violação sistemática dos direitos, a perpetuação ou o agravamento dessa situação;
III – previsão expressa, no texto constitucional, de políticas públicas que necessitem de concretização.

De início, conforme já mencionado, e alinhado com o que aqui se advoga, constata-se no inciso I a necessidade de que os direitos, os quais foram violados de maneira massiva e sistemática, sejam aqueles que compõem o mínimo intangível assegurador da dignidade humana, ou seja, pertençam ao chamado mínimo existencial. Esse ponto, por todas as razões demonstradas anteriormente neste capítulo, é meritório, e vai ao encontro com o tema aqui defendido. Trata-se, portanto, da junção dos dois primeiros pressupostos descritos por Campos (2016): a constatação de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais e que tais violações sejam em decorrência de omissões estatais.

O inciso II também vai ao encontro com o tema defendido na presente monografia ao tratar da falta de coordenação entre os diversos ramos do Estado que ensejam na violação massiva descrita no inciso I. Entretanto, é no inciso III que repousa a primeira crítica: a necessidade que haja previsão constitucional expressa da necessidade de políticas públicas para a concretização do direito fundamental em questão. Ou seja, condiciona-se a declaração de um estado de coisas inconstitucional à normas programáticas de eficácia limitada específicas.

Conforme evidenciado por Alexy (2008), o mínimo existencial é relativo com relação ao tempo e ao espaço em que se encontra, de modo que não é possível atribuir-se ao Legislador a responsabilidade de dispor com exatidão acerca desse direito, competindo ao Judiciário sopesar caso a caso. Portanto, não é na Constituição que vão estar sempre positivadas todas as condições para a constatação de um mínimo existencial, ainda mais se houver a necessidade que haja a ordem imperativa de agir.

A Constituição dispõe de diversos direitos, mas não necessariamente de forma expressa na necessidade de políticas públicas para sua implementação. A necessidade de ordem constitucional expressa para tanto limitaria, de forma demasiada o uso da ferramenta do ECI e, portanto, o acesso às medidas necessárias para a superação do quadro constatado de violação de direitos. A imposição de tal fator contrasta, ainda, com os deveres de proteção para com os direitos fundamentais, independentemente de sua dimensão, base da própria tese do Estado de Coisas Inconstitucional. O Estado incorre em omissões não somente quando deixa de cumprir dispositivos constitucionais programáticos, mas sim quando falha ou é omissivo na defesa dos direitos fundamentais como um todo (CAMPOS, 2016).

Ainda, caso o desejo seja de conferir efeito à dispositivos constitucionais de eficácia limitada, há outros meios jurídicos de o fazer. A saber, é possível ingressar com um Mandado de Injunção ou uma Ação de Inconstitucionalidade por Omissão, no caso de omissões legislativas, ou inclusive ações populares ou ordinárias com obrigações de dar, fazer ou de não fazer, no caso de haver norma destinada a tanto, cominada com possíveis sanções para o descumprimento de tais normas. A declaração de um ECI pressupõe que as ferramentas ordinárias não são efetivas para a solução do caso concreto, respeitada seu caráter excepcional.

Em derradeiro, quanto à positivação dos pressupostos do ECI, não se constata a asserção do caráter excepcional da ferramenta, apesar das restrições impostas. Para tanto, inclusive um dos pressupostos apresentados na obra de Campos (2016) dispõe que superação do quadro de violação de direitos constatado exigiria a adoção de medidas remediais. Reconhece-se que com a inserção da ferramenta do Compromisso Significativo, tais medidas não viriam, necessariamente, pelo Judiciário, contudo, a necessidade de uma atuação

coordenada e a tomada de medidas conjuntas e em caráter remedial devem constar como pressupostos também para a declaração de um estado de coisas inconstitucional.

Continuamente, o artigo 9-B estabelece que, o reconhecimento do ECI deverá resultar na determinação da celebração de um Compromisso Significativo entre o Poder Público e as partes afetadas. E aí, reside a segunda crítica ao referido Projeto de Lei do Senado.

A restrição da participação no processo do Compromisso Significativo apenas às partes diretamente envolvidas, positivado no parágrafo único do artigo 9-B, bem como no inciso II, do artigo 9-D, mitiga o caráter democrático da própria ferramenta. A abertura deve ser a mais ampla possível (CHENWI; TISSINGTON, 2010), ao menos de modo a integrar especialmente entidades (nacionais ou internacionais) envolvidas na defesa de direitos humanos e entidades de classe com vinculação pertinente, por exemplo Conselhos Federais de Medicina, Farmácia, Enfermagem, Psicologia, e outros, em casos envolvendo questões de saúde. A eventual integração desse tipo de observado externo ao debate pode vir a enriquecer a perspectiva de análise em questão, bem como o arcabouço de possíveis soluções a partir de experiências de um cariz que as partes tradicionalmente envolvidas dificilmente poderiam (VALLE, 2016).

Os direitos fundamentais positivados pela Constituição de 1988, em especial aqueles necessários a condições mínimas de vida digna que não forem cumpridos ou estiverem sendo desrespeitados são justamente aqueles que devem ter prioridade na atuação do Estado, de forma a garantir um dos fundamentos da própria República Federativa do Brasil, positivado no primeiro artigo da Constituição de 1988, a dignidade da pessoa humana. O artigo 9-C do Projeto que é aqui objeto de estudo diz respeito às diretrizes do Compromisso Significativo tomado a partir da declaração de um ECI. Contudo, no inciso VII do referido artigo, faz-se menção ao respeito à legitimidade dos Chefes do Poder Executivo na definição de prioridades da ação governamental, e aí repousa nossa terceira crítica.

Ora, a declaração de um estado de coisas inconstitucional, dentro dos pressupostos já aqui exaustivamente debatidos, em especial na seara do referido projeto de Lei, pressupõe a violação massiva e sistemática de direitos fundamentais que compõem condições mínimas para a dignidade humana. Tais

direitos devem ser a prioridade do Estado, e, estando todos esses positivados pela Constituição, não há sequer que se falar em prioridade dos Chefes do Poder Executivo para decidir quaisquer prioridades senão a efetivação de tais direitos, em especial esses quem vêm sendo violados.

No mesmo referido artigo, inciso VI, §1º e 2º, há menções à reserva do possível, também tema de amplo debate neste mesmo capítulo. A visão aqui, a qual se está de acordo, é que por mais que haja um favorecimento maior no sopesamento entre os direitos que compõem o mínimo existencial e a reserva do possível, esta segunda ainda há de ser observada. Não é possível, muito menos aconselhável, que o Estado gaste mais do que arrecada, tampouco que deixe de investir em determinados direitos em um patamar mínimo para investir em outros. Porém, igualmente não é concebível que se deixe de investir em saúde, educação, seguridade social, segurança pública para investir-se em propaganda estatal, viagens de índole duvidosa ao redor do mundo, diárias excessivas, compra de aparatos de luxo para o uso de mandatários de cargos eletivos, etc.

Especialmente nos parágrafos 1º e 2º do referido artigo, propõe-se um controle especial sobre o uso do argumento da disponibilidade financeira do estado, respectivamente dispondo que poderá o Judiciário se valer de requisições à órgãos de controle como Tribunais de Contas para a avaliação real de tal disponibilidade, e o enquadramento em crime de improbidade administrativa quando se busque fraudar tais dados para criar obstáculos à efetivação do processo em questão.

Ao final das tentativas de acordo, no entanto, é possível que as partes nele envolvidas não tenham chego a um consenso. Tal possibilidade é abarcada pelo Projeto de Lei do Senado n. 736, de 2015, de modo que o artigo 9-D, inciso VI, dispõe que há a previsão de arbitramento do Judiciário se findo o processo, sendo os resultados, de acordo com o art. 10, comunicados aos órgãos do poder público aos quais são destinados fixadas as condições e o modo de interpretação dos preceitos fundamentais objetos do processo. Contudo, e aqui está a nossa quarta crítica, não há a positivação de balizas de atuação para esse processo decisório.

No correr deste estudo, demonstrou-se que as decisões devem ocorrer de forma aberta e dialógica conforme Garavito (2011), sob pena,

inclusive, de sua efetividade. O Judiciário, representado pelo Supremo Tribunal Federal, no caso, deve emitir ordens flexíveis, de modo a possibilitar o cumprimento pelas partes dentro de um prazo adequado, contudo na forma mais ajustada às suas especialidades. Deixando de legislar nesse sentido, abre-se novamente espaço para uma maior discricionariedade do julgador, podendo incorrer em novas posturas demasiadamente ativistas, com todos os riscos e prejuízos que acompanhariam essa postura.

Finalmente, no que trata as alterações na Lei federal n. 13.105, de 2015, o artigo 3º propõe um acréscimo à referida Lei do artigo 1.041-A, de modo a acrescentar a possibilidade de aplicação do que está disposto neste Projeto de Lei, não apenas na ADPF, mas também no julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral.

Ainda se tratando de incompletudes do referido Projeto, resta evidente que o mesmo deixa de lado preceitos importantes ao estudo e compreensão da tese do Estado de Coisas Inconstitucional, tal como falhas estruturais, bloqueios institucionais, deveres de proteção, e tantos outros aqui já tratados. Isso em contraste ao quase primor com o qual se trata, e com razão, questões do Compromisso Significativo, inclusive com conceituação. É imperativo, com vias ao enriquecimento do tema e a estabilização de conceitos, que tais fatos sejam abarcados pelo Projeto de Lei.

Outra questão que merece nota é ausência de regulação, sequer menção, para além do processo decisório, do monitoramento que o deve seguir. Garavito (2010; 2011), Ariza (2013), Campos (2016), e tantos outros autores, ao tratarem da tese do Estado de Coisas Inconstitucional, afirmam da imperativa importância do monitoramento que se fez seguir após o processo decisórios, especialmente nos moldes da *Sentencia T-025*, da Corte Constitucional Colombiana. Tal ação tem relação direta com a efetividade a implementação e materialização das ordens proferidas pela Corte, ou, no caso concreto, inclusive do compromisso homologado. Deste modo, carece, novamente, de regulamentação nesse sentido.

Mencionada a questão da homologação do acordo, paira a dúvida, também, por ausência de menção no Projeto, de o que ocorre após das partes firmarem o compromisso significativo. Não é mencionado ainda se este documento terá valor de título executivo, se será homologado por sentença, se

poderá ser homologado em parte caso o documento não condiga com os pressupostos da tese do Compromisso Significativo. Enfim, novamente é omissa o projeto.

A positivação da matéria apresenta-se como de suma importância para a temática em questão. Isso porque ela promove tanto a imposição de balizas para atuação do Poder Judiciário, de modo a obrigar tais decisões a se utilizarem do compromisso significativo antes de partirem para as tutelas estruturais, cujos motivos foram já explicitados no decorrer do item anterior deste capítulo, quanto reafirma a importância da participação do Poder Legislativo na discussão de assunto de tamanha relevância para a positivação dos direitos fundamentais, questões de ativismos judiciais e legitimidade democrática. Ainda, impondo-se balizas de atuação para a atividade jurisdicional, por mais que possa se chegar a recorrer a tutelas estruturais, o caráter ativista das decisões é mitigado, e, por isso, merece novamente atenção especial.

Mostra-se imperativo o aprimoramento do Projeto de Lei do Senado n. 736/2015, de modo a sanar todas as omissões ora apontadas, e, sempre bom, aprimorar ainda mais o texto normativo. Para tanto, lembra-se que Chenwi e Tissington (2010) apontam que o Compromisso Significativo não está adstrito a questões judiciais, sendo perfeitamente adequado também para a formulação de políticas públicas, discussões legislativas, enfim, tudo que envolva e necessite de abertura e legitimidade democrática.

A participação da sociedade em geral, especialmente da comunidade acadêmica e de operadores do direito, tem muito a enriquecer nessa discussão, e não podem ser deixados de fora. O Projeto tem seus méritos, é inovador, porém tem muito o que avançar para que possa, de fato, tornar-se uma Lei efetiva que venha a cumprir sua função real de proporcionar uma nova ferramenta na efetivação dos direitos fundamentais, garantindo a legitimidade democrática e institucional que requer o Estado Democrático de Direito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por diversas razões, os direitos fundamentais constituem um espaço privilegiado dentro do texto constitucional. Para além disso, conforme bem foi assentado no decorrer deste trabalho monográfico, o respeito aos direitos e garantias fundamentais constituem as próprias bases do Estado Democrático de Direito. Para a efetivação desses direitos, as políticas públicas cumprem um papel fundamental. Contudo, a eleição das prioridades desta não estão a plena escolha dos mandatários de cargos públicos. A Constituição, dotada de caráter dirigente, estabelece quais políticas e caminhos devem ser tomados para a concretização do plano constitucional, vinculando a atividade do poder público para esse fim.

Contudo, mesmo com a Constituição de 1988 e o ordenamento jurídico oferecendo condições e coordenando as ações do Estado para a efetivação dos direitos fundamentais, o que facilmente se percebe é que muitos desses direitos estão adstritos apenas ao texto formal da Constituição, passando ao largo da realidade.

Bloqueios institucionais, sejam eles legislativos ou executivos acabam influenciando diretamente no quadro acima mencionado. Tais bloqueios se dão seja pela sub-representatividade das populações marginalizadas, falta de vontade política, pontos cegos legislativos, o favorecimento de questões políticas no detrimento de questões técnicas, a normatização sem compromisso com a realidade, gerando legislações simbólicas e a própria complexidade inerente das atividades que ensejam na efetivação das políticas públicas. Aliado a todos esses fatores, a falta de coordenação na atuação dos vários braços do poder público culmina nas chamadas falhas estruturais.

Falhas estruturais são falhas de atuação do Estado para com o dever de proteção dos direitos fundamentais. Refletem diretamente na inefetividade ou ausência de políticas públicas voltadas a garantia desses direitos, gerando situações de sistemáticas e massivas violações de direitos fundamentais. Tudo isso em decorrência posições omissivas do Estado. Isso, contudo, não é exclusividade da realidade brasileira. Diversos países do globo, com enfoque especial para o chamado Sul-global, enfrentam ou enfrentaram situações, que, em decorrência nas semelhanças pelo adotado modelo tripartite de separação

de Poderes, tiveram essas demandas apreciadas pelos respectivos Judiciários. A análise da experiência internacional é enriquecedora, de modo que através de diversas abordagens, encaminhamentos foram dados para buscar a solução de tais demandas.

Via de regra, tratam-se de ativismos judiciais, especialmente do tipo estrutural. Ou seja, o Judiciário assume papel proativo para além de suas competências positivadas, a partir de uma interpretação expansiva dessas, visando dar uma resposta que julgue mais adequada para o caso que lhe é posto. No caso dos ativismos judiciais estruturais, os juízes buscam determinar ações dos outros Poderes, de modo a corrigir omissões ou insuficiências, mandando que se tomem determinadas medidas de competência originária desses Poderes. Basicamente, no caso em questão, estaria o Judiciário legislando, direcionando orçamentos, priorizando políticas públicas e outras medidas nesse sentido. Tudo isso em prol da solução da lide que lhe foi apresentada.

Entre Brasil e Colômbia constata-se muitas similitudes: constituições modernas, programáticas e transformadoras, com ampla carta de direitos fundamentais; proximidade territorial; clima; tipo de colonização vivido; realidades sociais semelhantes. Todos esses fatores foram levados em conta na importação da experiência colombiana pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347, no ano de 2015, que tratava da violação de direitos fundamentais no sistema carcerário brasileiro.

A Corte Constitucional Colombiana outrora enfrentara caso semelhante. Para esse caso, assim como outros diversos casos estruturais, a Corte criou uma metodologia de atuação. Trata-se do Estado de Coisas Inconstitucional. Ao constatarem-se (i) violações massivas e sistemáticas de direitos fundamentais (ii) em decorrência de falhas estruturais, que por sua vez se deram por omissões estatais, (iii) onde a única possível solução para o caso está na imposição de remédios estruturais, aliado ao (iv) risco de um número elevado de demandas judiciais em razão do número de pessoas atingidas e dos direitos violados, prejudicando gravemente a atividade jurisdicional, a corte declara um Estado de Coisas Inconstitucional. Esses quatro fatores são pressupostos suficientes e necessários para tal declaração, a partir da qual a

Corte passa a emitir ordens estruturais com a finalidade da solução do quadro constatado. Considera-se, assim, o Estado de Coisas Inconstitucional como uma “chave de acesso” às tutelas estruturais.

A partir da análise da experiência colombiana, as decisões nela encontradas mostraram-se mais suscetíveis ao sucesso quando se deram de modo mais aberto, ou seja, fixaram o que deveria ser feito, estabelecendo prazos e metas, no entanto deixaram as questões pontuais, mais técnicas, ao órgão estatal competente para tanto. Seguido a isso, o monitoramento das decisões mostrou-se diretamente atrelado ao sucesso das mesmas. Após a sentença, são chamados, para além das partes incluídas no processo e dos órgãos responsáveis pela fiscalização da ordem pública (Ministério Público, Defensoria Pública, órgãos de controle, etc.) entidades da sociedade civil organizada com razão de ser envolvidas na causa em questão. Assim, o processo se seguiu por quanto tempo foi necessário, com a fiscalização ativa de todas as partes, procedendo-se audiências públicas e reuniões, resultando em diversas decisões intermediárias, com a finalidade da superação do ECI. Deste modo, que os mesmos fatores que deram ensejo à declaração do ECI cessarem, este estará superado. Um caso emblemático, muito citado neste estudo, foi a *Sentencia T-025*, da Corte Constitucional Colombiana, de 2004, que tratou do deslocamento forçado de pessoas em razão da violência urbana no país.

A tese foi importada para terras brasileiras, e encaixa-se perfeitamente com a ótica interpretativa de omissões inconstitucionais para com os atos do poder público, e não somente as normas jurídicas de eficácia limitada, tese já outrora defendida. A crítica que se busca fazer aqui, para além do caso específico do julgamento da ADPF 347/2015, é da própria tese. Claro, de uma breve análise, constata-se que não foi perfeita a importação no caso em tela, tampouco dialógica, como deveria ser. Aliás, não nos pareceu que houve uma completa compreensão da ferramenta do ECI pelos próprios ministros do STF. Entretanto, o tema em questão mostra-se demasiadamente extenso, para além da proposta que se debate aqui, podendo muito bem dar ensejo a outro trabalho monográfico.

Não restam dúvidas de que o uso da tese do Estado de Coisas Inconstitucional constitui-se em um ativismo judicial, mais especificamente do tipo estrutural. E, sendo um ativismo judicial, incorre nos riscos e prejuízos

inerentes dessa postura, onde destaca-se, via de regra, a superioridade da legitimidade democrática dos Poderes sujeitos ao crivo do voto popular para representar os anseios populares. Contudo, tal superioridade estaria prejudicada diante dos próprios bloqueios institucionais já constatados como pressupostos para a declaração de um ECI. As instituições não estão funcionando normalmente no caso em questão, o que legitimaria uma postura mais ativista dos juízes. Do mesmo modo, o risco à prejudicialidade ao autogoverno popular também é olvidado diante dos próprios pressupostos na declaração de um ECI, afinal, as populações em questão, como no sistema carcerário, são totalmente marginalizadas, com pouca ou nenhuma representação dentro da ordem democrática. Finalmente, e aí se considera o maior risco – não que não se constatem nos outros, porém naqueles os riscos são flexibilizados diante dos pressupostos – é o da possibilidade de uma supremacia judicial. Ao dar tamanho poder aos juízes, com amplitude na discricionariedade de decidir, pode se criar uma aristocracia togada em detrimento da democracia constituída. Confia-se, outrossim, no princípio autolimitação judicial para que isso não ocorra, contudo, duvida-se que apenas isso seja suficiente.

Ainda, observam-se, para além da ordem democrática, riscos da ordem institucional. A harmonia e o balanço dos Três Poderes já se encontram abalados na situação em questão, onde o próprio mau funcionamento das instituições acabou por gerar as falhas estruturais que ensejaram na declaração de um ECI. Entretanto, ao tomar posturas tão proativas para com a tutela dos direitos fundamentais, o Judiciário acaba deixando de lado a qualidade institucional superior dos demais poderes, com relação a conhecimentos específicos e quadros técnicos, para atuação na proteção desses direitos, em especial no ciclo das políticas públicas. Isso em face das insuficiências sofridas pelo próprio Judiciário, seja pela formação insuficiente dos magistrados, a limitação no agir e a superlotação da máquina jurisdicional. No mesmo sentido das limitações dos juízes, está a incapacidade dos mesmos em reconhecer as limitações orçamentárias do poder público, a chamada reserva do possível. Argumento este que, por mais que tenha sua utilização banalizada na defesa de entidades omissas no cumprimento de direitos, tem sua relevância. Afinal, a atuação do governo demanda dinheiro, sendo que mesmo o Estado tem limites financeiros.

Por fim, reconhecendo-se a importância da tese do Estado de Coisas Inconstitucional na superação das falhas estruturais geradoras de massivas e sistemáticas violações de direitos fundamentais, ao mesmo passo que se identifica diversas falhas e insuficiências na tese para com o sistema democrático-institucional brasileiro, a presente monografia considera, no sentido de aprimorar a tese, uma mitigação, ou até superação, dessas questões, visando o aprimoramento da tese.

Primeiramente, a consideração que se faz é no sentido de restringir a aplicabilidade da ferramenta do ECI. Por diversas razões, a ferramenta deve mandar um caráter de excepcionalidade, seja pelos riscos que se incute com o uso para com a ordem do Estado Democrático de Direito, ou mesmo para com a própria efetividade da ferramenta. Assim, ao invés de considerar-se, como primeiro pressuposto a violação de qualquer direito fundamental, propõe-se que seja restrito para a constatação da violação dos direitos fundamentais componentes do mínimo existencial. São, estes, condições básicas de saúde, educação, segurança, previdência social, ou outros direitos, conforme decida o Judiciário, que se adequem as condições mínimas de dignidade humana relacionadas ao espaço e contexto da sociedade ao tempo da demanda.

Aliado a isso, é importante conferir maior legitimidade democrática para o próprio processo decisório. Para isso, a partir da experiência sul-africana, sugere-se a inclusão da ferramenta do Compromisso Significativo. Após a declaração de um Estado de Coisas Inconstitucional, ao invés de decidir por conta própria, o juiz ou corte agiria como impulsionador da democracia, congregando as partes, o poder público, setores da sociedade civil organizada, num processo de construção conjunta da solução, delimitando prazos e objetivos, à luz do texto constitucional. A inclusão dessa ferramenta ao processo poderia vir a mitigar questões como a ilegitimidade democrática da corte, o prejuízo ao autogoverno popular, os riscos da supremacia judicial, e a própria insuficiência do Judiciário para tratar de questões tão complexas, congregando um conjunto de esforços e impulsionando o funcionamento das instituições. Caso, e somente assim, o Compromisso não lograsse sucesso, o julgador passaria à sentença estrutural, ainda dentro dos parâmetros já impostos pela própria tese do Estado de Coisas Inconstitucional.

Finalmente, considera-se adequada a positivação de legislação regulando a matéria, pelas vias ordinárias do Poder Legislativo, de modo a incluir tal Poder na construção de uma solução para o caso aqui posto. De fato, a imposição de balizas para a atuação do Judiciário nesses casos deve ir além do princípio da autolimitação judicial, cingindo-se, assim, os riscos de uma supremacia judicial. Constata-se, outrossim, a existência de um projeto de Lei nesse sentido, o Projeto de Lei do Senado n. 736, de 2015, abrangendo a tese do ECI e do Compromisso Significativo. Porém, de uma análise mais aprofundada, percebe-se que o mesmo ainda necessita de muito desenvolvimento, carecendo da percepção e abrangência de vários importantes aspectos de ambas as teorias, sendo saudável a maior participação da sociedade e da comunidade acadêmica para a construção do mesmo.

As principais teses aqui trabalhadas, tanto do Estado de Coisas Inconstitucional e suas nuances, quanto do Compromisso Significativo, são relativamente novas dentro do direito constitucional moderno. São teorias que muito vem a agregar para conferir efetividade aos direitos fundamentais e, conseqüentemente, ao próprio plano constitucional. Contudo mostram-se insuficientes, necessitando de ulterior desenvolvimento, carecendo de um maior engajamento da comunidade jurídico-acadêmica para tanto.

Entende-se, outrossim, que o conhecimento adquirido deve ser usado para melhorar, se não o mundo, ao menos os espaços em que insere. Buscou-se, aqui, não uma simples análise ou discorrer da tese. O presente trabalho teve como objetivo maior, a partir do reconhecimento da importância da efetividade dos direitos constitucionalmente firmados e do uso das ferramentas aqui tratadas para tanto, encontrar possíveis soluções para a falta de efetividade dos direitos fundamentais, máxime os que compõem o mínimo existencial, que tanto carecem dentro da realidade vivida por muitos brasileiros.

REFERÊNCIAS

ALEY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARIZA, Libardo José. The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia**. New York: Cambridge University Press, 2013. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/biblioteca/documentos/Daniel_Bonilla_Maldonado-Constitutionalism_of_the_global_South_the_activist_tribunals.pdf> Acesso em: 18/10/2017.

BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: Rio de Janeiro: **Revista de Direito Administrativo**, Edição abril/junho de 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620>> acesso em: 23/08/2017.

_____. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais: orçamento participativo e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/375090/mod_folder/content/0/6.O.1%20BARCELLOS.%20Constitucionalizacao%20das%20politicass%20publicas.pdf?forcedownload=1> Acesso em: 05/11/2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: Os conceitos Fundamentais e Constituição do Novo Modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática. In: **(Syn)thesis: Cadernos do Centro de Ciências Sociais da Universidade do Rio de Janeiro**. Vol. 5. N. 2. Rio de Janeiro: UERJ, 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>> Acesso em: 18/10/2017.

BERCOVICCI, Gilberto. **A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro**. Ano 36. Edição n. 142. Abril/junho de 1999. Disponível em: <<http://staticsp.atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/08/Constitui%C3%A7%C3%A3o-dirigente-e-garantia.pdf>> Acesso em: 23/08/2017.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 7ª ed. Rio de Janeiro: Elsevir, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 23/08/2017.

_____. IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua**: Trimestral – PNAD Contínua, 2º Trimestre de 2017. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/trabalho/2217-np-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-trimestral/9173-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-trimestral.html?t=h>> Acesso em: 18/10/2017.

_____. IBGE. **Pesquisa Nacional Por Amostra de Domicílios**: síntese de indicadores 2015. Rio de Janeiro: IBGE, 2015. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv98887.pdf>> Acesso em: 18/10/2017.

_____. IBGE. **Síntese de indicadores sociais**: uma análise das condições de vida da população brasileira. Rio de Janeiro: IBGE, 2016. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv98965.pdf>> Acesso em: 18/10/2017.

_____. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**: Dez/2014. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf> Acesso em: 18/10/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n. 708-DF**. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa – SITEM. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. 31 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>> Acesso em: 23/08/2017.

_____. Congresso Nacional. **Lei federal n. 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm> Acesso em:

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.815-DF**. Requerente: Associação Nacional dos Editores de Livros – ANEL. Requeridos: Presidente da República e outros. Relatora: Min. Carmen Lúcia, 29 de janeiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>> Acesso em: 23/08/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão n. 3.682-MT**. Requerente: Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso. Requerido: Presidente da República e outros. Relator: Min. Gilmar Mendes. 06 de setembro de 2007. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=485460>>
Acesso em: 23/08/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n. 708-0 - DF**. Impetrante: SINTEM – Sindicato dos Trabalhadores da Educação no Município de João Pessoa. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. 31 de outubro de 2008. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497635>>
Acesso em: 18/12/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário n. 639337**. Recorrente: Município de São Paulo. Recorrido: A.D.O. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=098747>>
Acesso em: 18/12/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Estatísticas do STF**. 2017. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoInicio>> Acesso em: 05 nov. 2017.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional: A problemática da Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais pela Administração Pública Brasileira Contemporânea**. 2006. 246 fls. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito. Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em:
<<http://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/5703/t.PDF?sequence=1>> Acesso em: 23/08/2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 1ª ed. Salvador. Editora JusPodivm. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2ª ed. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2001.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2003.

CARVALHO, Claudia Paiva. Desafios democráticos para a constituição dirigente: entre vinculação e abertura constitucional. Brasília: **Revista Jurídica da Presidência**, 2012. Vol. 14. N. 103. Edição junho/setembro. Disponível em:
<<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/96>> Acesso em: 23/08/2017.

CARVELLI, Urbano; SCHOLL, Sandra. **Evolução histórica dos direitos fundamentais**: Da Antiguidade até as primeiras importantes declarações nacionais de direitos. Ano 48. Edição n. 191. julho/setembro de 2011. Disponível em:
<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242914/000926858.pdf?sequence=1>> Acesso em: 23/08/2017.

CHENWI, Lilian; TISSINGTON, Kate. **Engaging meaningfully with government on socio-economic rights: a focus on the right to housing.** University of the Western Cape Community Law Centre. Cape Town: Socio-economic Rights Institute of South Africa, 2010. Disponível em: <https://docs.escri-net.org/usr_doc/Chenwi_and_Tissington_-_Engaging_meaningfully_with_government_on_socio-economic_rights.pdf> Acesso em: 18/10/2017.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia de Tutela nº 153.** Manuel José Duque Arcila, Jhon Jairo Hernández y Otros. Gobierno Federal. Relator: Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, DC, 28 de abril de 1998. Bogotá, 28 abr. 1994. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm>>. Acesso em: 18 out. 2017.

_____. Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia de Unificación nº 559.** Docentes de Maria de la Baja y Docentes de Zambrano. Fondo de Prestación Social. Relator: Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, DC, 6 de novembro de 1997. Bogotá, 6 nov. 1997. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em: 18 out. 2017.

_____. Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia de Tutela nº 025.** Abel Antonio Jaramillo, Adela Polanía Montaña, Agripina María Nuñez y otros. Red de Solidaridad Social, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Protección Social, el Ministerio de Agricultura, el Ministerio de Educación, el Inurbe, el Incora, el SENA, y otros. Relator: Magistrado Ponente Manoel José Cepeda Espinosa. Bogotá, DC, 22 de janeiro de 2004. Bogotá, 22 jan. 2004. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 18 out. 2017.

COSTA, Marli Marlene Moraes da; REIS, Suzéte da Silva. Aportes Teóricos Sobre a Fundamentabilidade dos Direitos Fundamentais Sociais. In: CUSTÓDIO, André Viana; VIEIRA, Reginaldo de Souza (organizadores). **Estado, política e direitos:** políticas públicas e direitos sociais. Criciúma: Ed. Unesc, 2011.

DANTAS, Miguel Calmon. O dirigismo constitucional sobre as políticas públicas. **Anais do XVII Encontro Preparatório Nacional do CONPEDI.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/miguel_calmon_teixeira_de_carvalho_dantas.pdf> Acesso em: 23/08/2017.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**, trad. e notas de Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes. 2010.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Trial nº 347, U.S. 483.** Brown vs. Board of Education of Topeka. Relator: Chief Justice Warren. Washington, DC, 17 de maio de 1954. Washington, . Disponível em:

<<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/case.html>>. Acesso em: 18 out. 2017.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FERRARI, Regina Maria Macedo ney. **Normas constitucionais programáticas**: normatividade, operatividade e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública: 2016**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2016. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/01/Anuario_Site_27-01-2017-RETIFICADO.pdf> Acesso em: 18/10/2017.

FUZARI, Tiago de Souza. **Constituição Dirigente e Ação Estatal: A importância dos meios participativos na implementação de políticas públicas**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação de Direito. Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pouso Alegre, 2016. Disponível em: <<https://www.fdsm.edu.br/mestrado/arquivos/dissertacoes/2016/01.pdf>> Acesso em: 23/08/2017.

GARAVITO, César Rodriguez. Cuándo cesa el estado de cosas inconstitucional del deslucamento? Más allá del desplazamiento, o como superar un estado de cosas inconstitucional. In: _____. **Mas allá del desplazamiento**: Políticas, Derechos y Superación del dasplazamiento forzado em Colombia. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2010.

_____. Beyond the courtroom: The impact of judicial activism in socioeconomic tight in Latin America. **Texas Law Review**. vol 89:1669. University of Texas School of Law: Texas. 2011.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição (Die normative Kraft der Verfassung)**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

LIPKIN, Robert Justin. What's Wrong with Judicial Supremacy?: What's Right About Judicial Review?. **Widener Law Review**, Chester, v. 1, n. 14, p.08-85, 01 dez. 2008. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1309757>. Acesso em: 05 nov. 2017.

MARSHALL, William P.. Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism. **University Of Colorado Law Review**, Cape Hill, v. 73, n. 1, p.101-140, 03 set. 2002. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=330266>. Acesso em: 05 nov. 2017.

MENDES, Marcelo Barroso. **A Constituição Dirigente e a Constituição de 1988**. 2008. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/580098> Acesso em 23/08/2017.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. – 3ª ed. - São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2011.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 12ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

PERU. Constituição (1993). **Constituição da República do Peru de 1993**. Disponível em: <https://www.migraciones.gob.pe/documentos/constitucion_1993.pdf> Acesso em: 05 nov. 2017

PIMENTA, Roberto Lyrio. As normas constitucionais programáticas e a reserva do possível. **Revista de Informação legislativa**. Ano 49. Edição n. 193. janeiro/março. Brasília: Senado Federal, 2012. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496554/000940642.pdf?squence=1>> Acesso em: 23/08/2017.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa de 1976**. Texto original sem reformas. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/parlamento/documents/crp1976.pdf>> Acesso em: 23/08/2017.

RIANI, Frederico Augusto d'Avila. Constituições Programáticas, Funções Estatais, Políticas Públicas e a (In)competência do Judiciário. Florianópolis: **Sequencia UFSC**, 2012. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2013v34n66p137>> Acesso em: 23/08/2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p.1-39, jan. 2009. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/15-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil.riscos-e-possibilidades-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. Uma abordagem hermenêutica acerca do triangulo dialético de Canotilho ou de como ainda é válida a tese da Constituição dirigente (adequada a países de modernidade tardia). In: LEITE, George

Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coordenação). **Direitos Fundamentais e Estado constitucional**: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **O que é isto?: Decido conforme minha consciência?**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. **RechtD: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 1, n. 2, p.75-83, jun. 2009. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47/2401>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

_____. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo**. 2015. Publicado na coluna semanal do autor no portal Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

SUSTEIN, Cass; VERMULLE, Adrian. Interpretation and institutions. **John M. Olin Program In Law And Economics Working Paper**, Chicago, v. 2, n. 156, p.03-55, 07 jan. 2002. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1279&context=law_and_economics>. Acesso em: 05 nov. 2017.

THEODORO, Marcelo Antonio. **Direitos fundamentais & sua concretização**. Curitiba: Juruá, 2002.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Estado de Coisas Inconstitucionais e Bloqueios Institucionais: desafios para a construção da resposta adequada. In: BOLONHA, Carlos; BONIZZATO, Luigi; MAIA, Fabiana. **Teoria Institucional e Constitucionalismo Contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2016.

_____; HUNGRIA, Ana Luiza Hadju. Implementação gradual de direitos socioeconômicos: construtivismo constitucional na Corte Constitucional sul-africana. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 4. São Leopoldo: UNISINOS, 2012.

VICTORINO, Fabio Rodrigo. Evolução da Teoria dos Direitos Fundamentais. **Revista CEI**. Brasília, out/dez 2007. Ano XI. n. 39.

VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. **Separação dos Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo**: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal. Texto para Discussão n. 186. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado Federal: 2015. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td186>> Acesso em: 18/10/2017.