

O transplante do Estado de Coisas Inconstitucional para o sistema jurídico brasileiro via ADPF

Bruno Barca Cursino

Analista do Ministério Público da União/Apoio Jurídico/Direito. Especialista em Direito Aplicado ao MPU pela Escola Superior do Ministério Público da União.

Resumo: O objetivo deste artigo científico é discutir sobre a viabilidade jurídica da utilização, pelo Supremo Tribunal Federal, da técnica de decisão criada pela Corte Constitucional da Colômbia denominada Estado de Coisas Inconstitucional (ECI). Examina o instituto, o fundamento doutrinário e o instrumento processual adequado para a transposição da jurisprudência constitucional estrangeira para a jurisdição constitucional brasileira. Conclui ser possível a utilização do ECI como técnica de decisão na arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) como expressão do transconstitucionalismo.

Palavras-chave: Estado de Coisas Inconstitucional (ECI). Jurisdição constitucional. Transconstitucionalismo. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

Abstract: The objective of this scientific article is the discussion about the legal viability by Supreme Federal Court to use the decision technique created by Colombian Constitutional Court called unconstitutional state of fairs (ECI). We examined the institute, the doctrinal fundament and procedural instrument suitable for the implementation of foreign constitutional jurisprudence for the Brazilian constitutional jurisdiction. We have concluded to be possible to use the ECI as decision technique in the claim of non-compliance with a fundamental precept (ADPF) as transconstitucionalism expression.

Keywords: Unconstitutional state of affairs (ECI). Constitutional jurisdiction. Transconstitutionalism. Claim of non-compliance with a fundamental precept (ADPF).

Sumário: 1 Introdução. 2 O Estado de Coisas Inconstitucional. 2.1 Origem e evolução jurisprudencial na Corte Constitucional da Colômbia. 2.2 Conceito. 2.3 Pressupostos de configuração. 3 O transconstitucionalismo como fundamento doutrinário para a transposição do ECI do sistema jurídico colombiano para o brasileiro. 4 A ADPF como instrumento processual adequado para utilização do ECI na jurisdição constitucional brasileira. 4.1 A lesão a preceito fundamental. 4.2 Atos do Poder Público. 4.3 Inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesividade. 5 Conclusão.

1 Introdução

O constitucionalismo contemporâneo suplantou integralmente a ideia de constituição apenas como proclamação política. Constituição é norma jurídica, provida de eficácia vinculante sobre todo o sistema jurídico a que confere validade. Após o fim da Segunda Guerra Mundial, palco das atrocidades cometidas pelo nazismo, as novas constituições incorporaram direitos fundamentais como normas autoaplicáveis, que passaram a ocupar a base do ordenamento jurídico do Estado Democrático de Direito, bem como fortaleceram a jurisdição constitucional para assegurar sua supremacia.

O pleno desenvolvimento desse catálogo de direitos fundamentais depende em grande parte da implementação de políticas públicas, as quais devem ser formuladas e concretizadas pelos Poderes Legislativo e Executivo. Nada obstante, haverá situações em que essas políticas públicas se demonstrarão absolutamente ineficazes, ou mesmo inexistentes, de modo que um número expressivo de pessoas experimentará graves violações de direitos fundamentais em face de falhas estruturais do Estado. Verificado esse pernicioso distanciamento entre previsão e concretização constitucional, comprometedor da força normativa e da integridade sistêmica da Constituição, a corte constitucional deverá, sempre que provocada, dialogar com as autoridades competentes para que,

dentro de um tempo razoável, adotem as medidas necessárias para correção e superação dessa situação.

Foi nesse contexto de crise institucional que a Corte Constitucional da Colômbia forjou a técnica de decisão do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), tema que analisaremos. Observado o escopo deste artigo científico, estabelecemos três objetivos de estudo. Inicialmente, examinamos origem, evolução jurisprudencial, conceito e pressupostos de configuração do ECI. Após, considerando que a concretização de direitos fundamentais é uma preocupação comum a todas as ordens do sistema jurídico mundial, discorreremos sobre a possibilidade de transposição do ECI para a ordem jurídica brasileira, com amparo teórico no transconstitucionalismo. Por fim, analisamos a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) como mecanismo processual adequado para o uso do ECI no Supremo Tribunal Federal.

2 O Estado de Coisas Inconstitucional

2.1 Origem e evolução jurisprudencial na Corte Constitucional da Colômbia

A técnica de decisão denominada estado de coisas inconstitucional (ECI) foi concebida pela Corte Constitucional da Colômbia (CCC) e utilizada pela primeira vez na Sentencia de Unificación (SU) – 559, proferida em 6 de novembro de 1997, quando foi julgado caso envolvendo 45 professores que tiveram direitos previdenciários suprimidos pelas autoridades municipais de María La Baja e Zambrano. Naquela ocasião, a CCC constatou que os motivos que determinaram o desrespeito aos direitos dos autores eram decorrentes de falhas estruturais do Estado colombiano, uma vez que não podiam ser imputados a um único órgão, mas sim às diversas esferas integrantes do Poder Público, pois resultavam da execução desordenada e irracional de políticas públicas educacionais.

A partir desse diagnóstico, a CCC concedeu o direito pleiteado pelos professores autores da demanda judicial e, valendo-se

do que denominou de dever de colaboração da Corte constitucional com os demais órgãos do Estado para a consecução de seus fins, declarou o ECI para determinar aos órgãos estatais responsáveis pelas políticas públicas educacionais que tomassem as medidas administrativas e orçamentárias necessárias para a correção das ofensas aos direitos fundamentais de milhares de professores que estavam na mesma situação dos autores.

George Marmelstein (2015) anota com acerto que esta decisão “não traduz a real dimensão do instituto, pois, nesse primeiro caso, o ECI foi mobilizado principalmente como uma ferramenta para evitar a repetição de demandas individuais sobre o mesmo assunto”. Reconhecendo a existência de milhares de professores na mesma situação dos autores, a CCC declarou o ECI com o objetivo de “exigir que fosse construída uma solução uniforme para todos, evitando assim a propositura de várias ações judiciais individuais sobre o mesmo tema”.

A jurisprudência da CCC evoluiu para conferir ao ECI uma nova configuração na Sentença de Tutela (ST) – 153, de 28 de abril de 1998, em que reconheceu o quadro de inconstitucionalidade do sistema prisional colombiano. A Corte assentou o uso da figura do ECI como mecanismo de produção de remédios estruturais¹ para situações configuradoras de graves violações de direitos

1 Os remédios estruturais da CCC são espécie de reforma estrutural concebida pela Suprema Corte dos Estados Unidos para o enfrentamento de casos emblemáticos nas décadas de 1950 e 1960 do século passado: eliminação da segregação racial nas escolas; proteção dos abusos cometidos pela polícia; implementação de tratamento humano nos presídios e hospícios, entre outros. Owen Fiss (2004), professor da Yale Law School, analisou esses processos de redesenho institucional. Suas considerações são aplicáveis ao sistema jurídico brasileiro sem a necessidade de grandes adaptações: “A Constituição estabelece a estrutura do Estado, posto que cria setores, determinando suas respectivas funções e seu inter-relacionamento. Identifica também os valores que informarão e limitarão essa estrutura. Os valores presentes na Constituição norte-americana – a liberdade, a igualdade, o devido processo legal, a liberdade de expressão, de religião, o direito à propriedade, o cumprimento integral das obrigações contratuais, a segurança do indivíduo, a proibição de formas cruéis e incomuns de punição – são ambíguos, pois dão margem a um grande número de interpretações diferentes, via de regra conflitantes. Há, portanto,

fundamentais que atinjam um número expressivo de pessoas e que tenham como causa problemas estruturais, cuja solução demande a atuação coordenada de diversos órgãos do Estado. Segundo seus juizes, o sistema penitenciário colombiano caracterizava-se pela superlotação e pela deficiência de políticas públicas e assistenciais dirigidas aos detentos, encontrando-se nas prisões, como regra, somente violência, corrupção e ausência de oportunidades e medidas para ressocialização dos reclusos.

O tribunal constitucional colombiano reconheceu que esse cenário fático se adequava perfeitamente à definição do ECI, uma vez que estava presente a flagrante violação de inúmeros direitos fundamentais dos presos, tais como a dignidade, a vida, a integri-

uma necessidade constitucional: dar-lhe um significado específico, definindo seus respectivos conteúdos operacionais, a fim de possibilitar a definição das prioridades a serem consideradas em caso de conflito. Todos nós, quer como indivíduos, quer como atores institucionais, temos um papel nesse processo. Na sociedade moderna, caracterizada pela onipresença estatal, esses valores determinam a qualidade na nossa existência social – eles pertencem, verdadeiramente, ao domínio público – e, conseqüentemente, o número de vozes que lhes confere significado é tão vasto quanto o próprio público. Os Poderes Legislativo e Executivo, como também as instituições privadas, têm uma voz; da mesma forma deveriam ter as cortes. Os juizes não possuem o monopólio na tarefa de dar significado aos valores públicos da Constituição, mas não há motivos para que silenciem. Eles também podem contribuir para as discussões e debates públicos. A adjudicação é o processo social por meio do qual os juizes dão significado aos valores públicos. A chamada reforma estrutural – o assunto desse artigo – é um tipo de adjudicação, distinto pelo caráter constitucional dos valores públicos e, principalmente, pelo fato de envolver um embate entre o Judiciário e as burocracias estatais. O juiz tenta dar significado aos valores constitucionais na operacionalização dessas organizações. A reforma estrutural reconhece o caráter verdadeiramente burocrático do Estado moderno, adaptando formas de procedimentos tradicionais para a nova realidade social. A reforma estrutural é baseada na noção de que a qualidade de nossa vida social é afetada de forma significativa pela operação de organizações de grande porte e não somente por indivíduos, agindo dentro ou fora dessas organizações. É também baseada na crença de que os valores constitucionais norte-americanos não podem ser totalmente assegurados, sem que mudanças básicas sejam efetuadas nas estruturas dessas organizações. O processo judicial de caráter estrutural é aquele no qual juiz, enfrentando uma burocracia estatal no que tange aos valores de âmbito constitucional, incumbe-se de reestruturar a organização para eliminar a ameaça imposta a tais valores pelos arranjos institucionais existentes. Essa injunction é o meio pelo qual essas diretivas de reconstrução são transmitidas”.

dade física, a saúde e o trabalho. Analisando a história colombiana, a Corte frisou que, ao longo de muitos anos, a sociedade e o Estado foram omissos diante desta realidade, observando com indiferença a tragédia diária das prisões, mesmo sendo configuradora de gritante transgressão da Constituição e das leis correlatas ao tema. Reclamando uma rápida solução para tão grave violação de direitos humanos, e ciente de que a superação dos problemas estruturais do sistema penitenciário não estava ao alcance de uma única entidade estatal, a CCC determinou a diversos órgãos do Poder Público que tomassem as medidas necessárias para a superação desse quadro de inconstitucionalidade sistêmica.

O seguinte trecho da ST-153/1998 sintetiza o raciocínio jurídico empreendido pela CCC.

Al respecto debe recordarse que esta Corporación ya ha señalado que en los casos extremos de omisión de sus obligaciones por parte de las autoridades – situación que se expresa también cuando se presenta un craso, grave, reiterado y prolongado incumplimiento de la ley – los afectados pueden también recurrir a la tutela, siempre y cuando la actitud negligente de la administración vulnere o amenace en forma inminente sus derechos fundamentales. Este es el caso de las situaciones bajo análisis. En efecto, la inacción de las autoridades ha significado la violación sistemática de los derechos de los reclusos, durante décadas, y a pesar de las muchas solicitudes y críticas elevadas con respecto al sistema penitenciario no se percibe ninguna política oficial para modificar de raíz la gravísima situación carcelaria del país.

53. En las sentencias SU-559 de 1997 y T-068 de 1998 esta Corporación ha hecho uso de la figura del estado de cosas inconstitucional con el fin de buscar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general – en tanto que afectan a multitud de personas – y cuyas causas sean de naturaleza estructural – es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades. En estas condiciones, la Corte ha considerado que dado que miles de personas se encuentran en igual situación y que si todas acudieran a la tutela podrían congestionar de manera innecesaria la administra-

ción de justicia, lo más indicado es dictar órdenes a las instituciones oficiales competentes con el fin de que pongan en acción sus facultades para eliminar ese estado de cosas inconstitucional.

Além disso, é fundamental apontar como a CCC destacou a função contramajoritária da jurisdição constitucional nos regimes democráticos, ressaltando, sobretudo, que, no caso da violação ostensiva dos direitos fundamentais dos presos, se estava diante de uma pauta política de solução impopular – “los reclusos son personas marginadas por la sociedad” – e com vítimas desprovidas de representatividade no sistema democrático – “los penados no constituyen un grupo de presión que pueda hacer oír su voz” –, circunstâncias que impulsionaram a Corte a chamar a atenção da sociedade para o Estado de Coisas Inconstitucional instalado no sistema carcerário e a exigir “la toma de medidas por parte de las distintas ramas y órganos del poder, con miras a poner solución al estado de cosas que se advierte reina en las cárceles colombianas”.

Embora seja inegável a disposição demonstrada pela CCC na solução do problema carcerário, o resultado obtido passou longe do almejado. Isso porque o tribunal determinou aos diversos órgãos estatais envolvidos que tomassem as providências necessárias, mas não criou mecanismos de controle judicial pelos quais pudesse acompanhar a efetividade das ações executadas pelos demais atores institucionais. Campos (2015) esclarece que os principais erros cometidos pela CCC foram a diminuta flexibilidade das ordens e a ausência de monitoramento da fase de execução da sentença. Ele aponta que a Corte acreditou, equivocadamente, que a autoridade contida na sua decisão seria suficiente para que os órgãos públicos cumprissem as medidas determinadas. O autor, principal estudioso do ECI no Brasil, avaliou que “a corte pouco se preocupou com a real impossibilidade de as autoridades públicas cumprirem as ordens. Faltou diálogo em torno de como melhor realizar as decisões, não tendo sido retida jurisdição sobre a execução das medidas”.

A CCC não voltou a cometer esses erros no julgamento daquele que se tornou o mais emblemático caso de ECI: o deslocamento forçado de pessoas vítimas de conflitos armados, decidido

na Sentencia de Tutela 025, de 22 de janeiro de 2004. A matéria de fundo envolvia a situação de milhares de famílias que foram obrigadas a abandonar suas residências, empregos e estudos, e migrar para outras regiões da Colômbia, porque ameaçadas pelos conflitos armados promovidos pelas Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (Farc). Vítimas das ações de guerrilha, essas pessoas eram forçadas a se deslocar para proteção de suas vidas e integridade física, e, ao chegarem em regiões ainda não atingidas pelos conflitos armados, estavam absolutamente desprovidas de seus direitos fundamentais, sem nenhum amparo estatal, embora a legislação colombiana lhes conferisse diversos auxílios prestacionais para superação da condição desfavorável advinda do deslocamento interno forçado.

Os juízes da Corte constitucional reconheceram que a política pública de atenção à população deslocada desenvolvida desde o ano de 1997 apresentava resultados insatisfatórios para reverter a situação de vulnerabilidade dos direitos fundamentais desta população. Atribuíram o fracasso à inaptidão institucional dos órgãos responsáveis pela execução das políticas públicas e à destinação insuficiente de recursos financeiros para os programas de atenção às vítimas do deslocamento forçado. Declarado o Estado de Coisas Inconstitucional, dessa vez a CCC tomou o cuidado de não se imiscuir nas atividades típicas dos Poderes Legislativo e Executivo, de modo que, em vez de proferir ordens detalhadas e inflexíveis, valeu-se de um ativismo dialógico², com determinações abertas aos

2 Acerca do ativismo judicial dialógico, George Marmelstein (2015) registra que “o ideal é que o Judiciário não estabeleça, em caráter impositivo, os meios para a solução do problema, pois quem deve estabelecer o como agir são os órgãos responsáveis pela execução do plano. O papel do Judiciário deve ser o de buscar o engajamento de todos na resolução do problema e criar obrigações de resultado, estabelecendo parâmetros para caracterizar a superação do ECI e adotando os mecanismos processuais para pressionar os agentes estatais a cumprirem a política pública elaborada pelos próprios órgãos envolvidos. Há alguns princípios-guias a orientar o nível da intervenção judicial. O primeiro refere-se ao grau da inação dos órgãos estatais. Quanto maior for a situação de abandono e de descaso com a solução do problema por partes dos órgãos competentes maior será a intensidade da atuação judicial. O segundo está relacionado à vulnerabilidade das pessoas envolvidas. Quanto maior for o grau de vulnerabilidade das pessoas afetadas (em razão da privação de direitos

órgãos responsáveis pelas políticas públicas, concentrando sua atuação na coordenação, supervisão e monitoramento do cumprimento dos objetivos estabelecidos na sentença.

A Corte determinou às diversas entidades nacionais e territoriais responsáveis pela elaboração e execução das políticas públicas de atenção à população deslocada que cumprissem integralmente seus deveres constitucionais e legais, bem como adotassem, num prazo razoável e dentro de suas competências, medidas que resultassem na obtenção de recursos financeiros suficientes para sua concretização. Segundo o entendimento dos seus membros, essas ordens não seriam atentatórias ao princípio da separação dos poderes, pois o provimento jurisdicional não teve o objetivo de criar despesa pública sem previsão no orçamento, ou modificar a programação orçamentária definida pelo Poder Legislativo. Tampouco pretendeu fixar novas prioridades à revelia daquilo que foi estabelecido pelo legislador e vinha sendo desenvolvido pelo Poder Executivo. Diante do reconhecimento do ECI, o Poder Judiciário estava aplicando o princípio da colaboração harmônica entre os Poderes com a finalidade de garantir o cumprimento dos deveres de efetiva proteção dos direitos fundamentais desta vulnerável parcela da população, o que reputou como obrigação do juiz constitucional de um Estado Social de Direito.

Outra importante inovação verificada na ST-025/2004 foi a manutenção da jurisdição da CCC mesmo após sua prolação. O tribunal registrou que o julgamento do caso, por si só, não colocaria termo ao ECI. Movido por essa preocupação, nos anos seguintes à decisão, zelou pela sua implementação por meio de um procedimento de acompanhamento contínuo, público e participativo.

e incapacidade de articulação política) maior será a necessidade de uma atuação judicial mais rigorosa. Outro princípio importante relaciona-se à essencialidade do direito afetado: quanto maior for a essencialidade daquele (do ponto de vista do respeito e proteção da dignidade), maior deverá a busca pela sua implementação. Em todo caso, a atuação judicial deve mirar um diálogo para que a solução do problema seja construída pelos próprios órgãos responsáveis. Quanto mais sincero e efetivo for o engajamento dos demais órgãos para a solução do problema, menor deve ser a intervenção judicial”.

Entre os anos de 2004 e 2010, foram realizadas quatorze audiências públicas e proferidas 84 decisões com a finalidade de dar impulso às ordens lançadas na ST-025/2004, solicitar informações das ações concretamente executadas, acompanhar questões específicas, e estabelecer indicadores do grau de efetivação dos direitos da população deslocada (GARAVITO; FRANCO, 2010, p. 84-85).

A adoção de ordens flexíveis, o diálogo constante com os demais atores públicos e privados, e a manutenção de sua jurisdição foram medidas fundamentais para que a CCC obtivesse alto nível de êxito na implementação da ST-025/2004.

É preciso esclarecer que os três casos analisados não foram os únicos em que a CCC declarou o ECI. Razões metodológicas determinaram essa seleção para ilustrar a evolução jurisprudencial do ECI, pois representam a alteração da concepção da Corte sobre os mecanismos decisórios adequados à solução do estado de coisas contrários à Constituição, assim como da relação do tribunal com os demais poderes.

2.2 Conceito

O conceito do ECI pode ser buscado nos estudos dos doutrinadores colombianos que se debruçaram sobre as decisões da CCC. Segundo Lyons, Monterroza e Meza (2011, p. 69-80), trata-se de técnica de decisão criada pela CCC mediante a qual se declara que certos atos (comissivos ou omissivos) são abertamente contrários à Constituição em razão da violação massiva de direitos e princípios nela consagrados, motivando a provocação das autoridades competentes para que, dentro de um tempo razoável, adotem as medidas necessárias para correção e superação desta situação. Peña (2011, p. 8) segue a mesma linha conceitual ao afirmar que o ECI é uma decisão judicial que reconhece a existência de violações massivas, generalizadas e estruturais dos direitos fundamentais, configuradoras de uma realidade empírica contrária aos princípios nucleares da Constituição do Estado, não havendo outro modo de reverter essa grave anomalia senão por meio da atuação coordenada de diversos órgãos estatais.

Os poucos pesquisadores brasileiros que se dedicaram ao tema apresentaram posição semelhante. Os integrantes da Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ, liderados pelo professor Daniel Sarmento, elaboraram representação dirigida ao Partido Socialismo e Liberdade³, que culminou na propositura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347 no Supremo Tribunal Federal (STF), buscando o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional brasileiro. Os autores da representação teceram as considerações abaixo colacionadas a respeito do ECI.

18. A Corte Constitucional da Colômbia – certamente um dos tribunais constitucionais com atuação mais destacada na defesa dos direitos humanos em todo o mundo – vem desenvolvendo uma fecunda técnica decisória, voltada ao enfrentamento de violações graves e sistemáticas da Constituição, decorrentes de falhas estruturais em políticas públicas que envolvam um grande número de pessoas, e cuja superação demande providências variadas de diversas autoridades e poderes estatais. Trata-se do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional.

19. Esta técnica, que não está expressamente prevista na Constituição ou em qualquer outro instrumento normativo, permite à Corte Constitucional impor aos poderes do Estado a adoção de medidas tendentes à superação de violações graves e massivas de direitos fundamentais, e supervisionar, em seguida, a sua efetiva implementação. Considerando que o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional confere ao Tribunal uma ampla latitude de poderes, tem-se entendido que a técnica só deve ser manejada em hipóteses excepcionais, em que, além da séria e generalizada afronta aos direitos humanos, haja também a constatação de que a intervenção da Corte é essencial para a solução do gravíssimo quadro enfrentado. São casos em que se identifica um “bloqueio institucional” para a garantia dos direitos, o que leva a Corte a assumir um papel atípico, sob a perspectiva do princípio da separação de poderes, que envolve uma intervenção mais ampla sobre o campo das políticas públicas.

3 A representação instrui a petição inicial da ADPF n. 347 e está listada no sítio do STF como o item “6 – Documentos comprobatórios – Documentos comprobatórios 2”.

A sentença que reconhece a existência de um estado de coisas contrário à Constituição é a “senha de acesso” (CAMPOS, 2015) que permite ao tribunal constitucional proferir ordens catalisadoras do diálogo institucional entre os diversos órgãos integrantes dos três Poderes do Estado, objetivando a produção de remédios estruturais para situações configuradoras de graves violações de direitos fundamentais que atinjam um número expressivo de pessoas e que tenham como causa problemas estruturais, cuja solução reclame a atuação coordenada de todos os responsáveis pela elaboração, execução e financiamento das políticas públicas correlatas.

Marmelstein (2015) sistematiza o processo de diálogo institucional entre os Poderes da seguinte forma:

Esse processo de diálogo institucional é o que se pode extrair de mais valioso do modelo colombiano. A declaração do Estado de Coisas Inconstitucional é, antes de mais nada, uma forma de chamar atenção para o problema de fundo, de reforçar o papel de cada um dos poderes e de exigir a realização de ações concretas para a solução do problema. Entendida nestes termos, o ECI não implica, necessariamente, uma usurpação judicial dos poderes administrativos ou legislativos. Pelo contrário. A ideia é fazer com que os responsáveis assumam as rédeas de suas atribuições e adotem as medidas, dentro de sua esfera de competência, para solucionar o problema. Para isso, ao declarar o estado de coisas inconstitucional e identificar uma grave e sistemática violação de direitos provocada por falhas estruturais da atuação estatal, a primeira medida adotada pelo órgão judicial é comunicar as autoridades relevantes o quadro geral da situação. Depois, convoca-se os órgãos diretamente responsáveis para que elaborem um plano de solução, fixando-se um prazo para a apresentação e conclusão desse plano. Nesse processo, também são indicados órgãos de monitoramento e fiscalização que devem relatar ao Judiciário as medidas que estariam sendo adotadas.

A linha de ação segue o seguinte esquema: (a) identificação e prova do quadro de violações sistemática de direitos, por meio de inspeções, relatórios, perícias, testemunhas etc. → (b) declaração do Estado de Coisas Inconstitucional → (c) comunicação do ECI aos órgãos relevantes, sobretudo os de cúpula e aos responsáveis pela adoção de medidas administrativas e legislativas para a solução do

problema → (d) estabelecimento de prazo para apresentação de um plano de solução a ser elaborado pelas instituições diretamente responsáveis → (e) apresentação do plano de solução com prazos e metas a serem cumpridas → (f) execução do plano de solução pelas entidades envolvidas → (g) monitoramento do cumprimento do plano por meio de entidades indicadas pelo Judiciário → (h) após o término do prazo concedido, análise do cumprimento das medidas e da superação do ECI → (i) em caso de não-superação do ECI, novo diagnóstico, com imputação de responsabilidades em relação ao que não foi feito → (j) nova declaração de ECI e repetição do esquema, desta vez com atuação judicial mais intensa.

A análise do desenvolvimento jurisprudencial do ECI pela CCC denota que essa nova técnica decisória se diferencia daquelas tradicionalmente utilizadas no controle de constitucionalidade pelo objeto de valoração da inadequação constitucional. Enquanto as técnicas de nulidade total, parcial, de interpretação conforme e manipulativa de efeitos aditivos possuem a norma jurídica – ou sua ausência – como centro da discussão, nas decisões em que se reconhece o ECI, a contrariedade com a Constituição repousa na realidade empírica dos fatos. A sentença que declara o ECI busca a correção de políticas públicas que se demonstraram inexistentes ou absolutamente ineficazes, ou seja, existe legislação regulamentadora do direito fundamental violado, o que não há é capacidade institucional dos diversos organismos responsáveis por sua implementação, caracterizando “quadro de deficiência de políticas públicas, de distanciamento entre previsão e concretização normativa, de modo a implicar a realização incompleta do que previsto na Constituição” (CAMPOS, 2015). É por essa razão que as sentenças declaratórias de ECI produzem ordens estruturais destinadas a uma pluralidade de órgãos públicos, estabelecendo um modelo de relacionamento colaborativo entre os três Poderes na construção de soluções complexas e duradouras para as políticas públicas deficientes.

2.3 Pressupostos de configuração

A sedimentação do conceito do Estado de Coisas Inconstitucional como técnica de decisão à disposição da Corte

constitucional confrontada com uma realidade fática de graves violações de direitos fundamentais ameaçadoras da força normativa e integridade sistêmica da Constituição pode causar inquietude ao intérprete. Sempre que o juiz constitucional se deparar com situações configuradoras de graves violações de direitos fundamentais, estará legitimado o reconhecimento do estado de coisas contrário à Constituição? Parece-nos que não. A evolução jurisprudencial da CCC culminou com o estabelecimento das condições necessárias para a utilização desse mecanismo decisório, ou seja, é imprescindível que estejam presentes os pressupostos de configuração do ECI para que a técnica decisória possa ser utilizada, sob pena de o Judiciário exercer indevida ingerência nos demais Poderes.

A CCC sistematizou na ST 025/2004 os pressupostos de configuração do ECI: 1) violação massiva e generalizada de direitos constitucionais fundamentais que afete significativo número de pessoas; 2) omissão prolongada das autoridades no cumprimento do seu dever de garantir esses direitos; 3) permanente necessidade de buscar no Judiciário a garantia do direito violado; 4) ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias em envergadura suficiente para evitar a violação dos direitos; 5) existência de um problema social, cuja solução reclame a atuação conjunta e coordenada de diversos atores públicos e privados acompanhada de significativo aporte financeiro; e 6) virtual congestionamento do sistema judiciário caso todos os titulares dos direitos violados judicializem a questão.

Precursor das pesquisas acadêmicas destinadas a possibilitar a transposição do ECI para a realidade jurídico-constitucional brasileira, Campos (2015) analisou os seis pressupostos de configuração estabelecidos pela CCC e propôs a adoção de três requisitos mais adequados ao nosso modelo de jurisdição constitucional.

Em síntese, são três os pressupostos do estado de coisas inconstitucional:

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

(b) A falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e até judiciais, verdadeira “falha estatal estrutural”, que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação;

(c) A superação dessas violações de direitos exige a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes – são necessárias mudanças estruturais, novas políticas públicas ou o ajuste das existentes, alocação de recursos, etc.

O primeiro pressuposto formulado por Campos se conecta com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais; o segundo pressuposto é denotativo da inexistência, ou falência, de políticas públicas para a promoção dos direitos fundamentais violados; e o terceiro reclama a atuação conjunta e coordenada do Estado na construção dos remédios estruturais necessários para superação do quadro de violação sistêmica dos direitos fundamentais objetivamente considerados.

Na nossa leitura, o autor formulou os três requisitos de configuração do ECI por meio da aglutinação dos cinco primeiros pressupostos estabelecidos pela CCC, refutando, porém, o virtual congestionamento do sistema judiciário, que nas palavras da CCC significa que, “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”. A descon sideração desse pressuposto se deve à inexistência de instrumento processual semelhante a *acción de tutela*⁴ no ordenamento jurídico

4 A adequada compreensão dessa decisão é obtida a partir da leitura do artigo 86 da Constituição Política da Colômbia, fonte primária da ação de tutela: “Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual

brasileiro; logo, a manutenção desse requisito seria descabida limitação à utilização do ECI, inviabilizadora do uso dessa técnica de decisão no STF. Ao contrário do que acontece no Brasil, em que o controle de constitucionalidade é misto, convivendo lado a lado os modelos concentrado e difuso, na Colômbia o controle é unicamente concentrado, sendo a CCC o órgão jurisdicional incumbido de julgar as questões constitucionais. Por isso, é preciso compreender que, na condição de juízo máximo da ação de tutela, a CCC desenvolveu o ECI – entre outros motivos – para funcionar como técnica de decisão dotada de efeito *ultra parts* na solução dos inúmeros casos idênticos de graves violações de direitos fundamentais que lhe eram submetidos, ao passo que, como será estudado adiante, a transposição do ECI para a jurisdição constitucional brasileira ocorreu por meio da ADPF, instrumento de controle concentrado de constitucionalidade em que a lesão ao preceito fundamental decorrente de ato do poder público é considerada abstratamente num processo objetivo, cuja legitimidade processual ativa da ação, por força de sua regulamentação legal, é a do restritivo rol do art. 103 da CF, mostrando-se acertada, no caso brasileiro, a desconsideração do virtual congestionamento do sistema judiciário como pressuposto de configuração do ECI.

3 O transconstitucionalismo como fundamento doutrinário para a transposição do ECI do sistema jurídico colombiano para o brasileiro

Antes de discorrermos sobre a ADPF como instrumento processual adequado para utilização do ECI na jurisdição constitucional brasileira, ou seja, demonstrarmos que os pressupostos de con-

revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

figuração deste preenchem os requisitos necessários para o manejo daquela, é preciso verificar uma questão logicamente antecedente. É possível a transposição de uma técnica de decisão formulada por Corte Constitucional estrangeira (no caso, a CCC) para o STF? A resposta nos parece afirmativa e tem suporte doutrinário na teoria do transconstitucionalismo, elaborada pelo professor Marcelo Neves. O escopo deste artigo não permite o estudo aprofundado do transconstitucionalismo, por isso visitaremos apenas seus conceitos e ideias fundamentais, necessários para demonstrarmos a possibilidade da transposição da jurisprudência constitucional estrangeira para o sistema jurídico nacional.

Neves (2009) apoia sua teoria nas características estruturais da sociedade moderna erigida a partir das revoluções constitucionais do final do século XVIII. Ele aponta um incremento da complexidade social, resultado da crescente autonomia das esferas de comunicação obtidas com a liberdade religiosa, política, econômica, científica e artística, que impulsionou um amplo processo de diferenciação sistêmico-funcional. Com isso, a sociedade moderna se tornou multicêntrica, com pluralidade de sistemas e códigos-diferença, cada qual com uma racionalidade, todos com pretensão de universalidade, gerando tensões no processo de integração sistêmica da sociedade complexa. Apesar dessa complexidade, a sociedade moderna exsurge como verdadeira sociedade mundial, “apresentando-se como uma formação social que se desvincula das organizações políticas territoriais, embora estas, na forma de Estados, constituam uma das dimensões fundamentais à sua reprodução”. O autor adverte que o conceito de sociedade mundial não deve ser confundido com o de ordem internacional, que diz respeito às relações entre Estados, representando apenas uma das dimensões daquela (NEVES, 2009, p. 22-27).

Essa sociedade mundial multicêntrica compreende, entre tantos outros, os sistemas político e jurídico, acerca dos quais Neves (2009, p. 30-32) tece as seguintes considerações:

A política diferencia-se primeiramente como sistema funcional da sociedade mundial, distinguindo-se de outras esferas de comuni-

ção. A essa forma primária de diferenciação do sistema político mundial, a funcional, associa-se secundariamente a sua diferenciação *segmentária* em “sistemas políticos (territoriais)”. Esses, por sua vez, passam por uma terceira diferenciação mediante a distinção entre o Estado e as outras organizações políticas do respectivo sistema territorial, conforme o esquema “centro/periferia”. [...] Essas observações referentes à política podem ser analogamente aplicadas ao direito, na medida em que “o acoplamento estrutural do sistema político e do sistema jurídico através da Constituição não tem correspondência no plano da sociedade mundial”. [...] Mas a força crescente dos sistemas baseados primariamente em expectativas cognitivas, seja no plano estrutural (economia, técnica e ciência) ou semântico (meios de comunicação de massa) da sociedade mundial, tornou praticamente imprescindível a emergência de uma “nova ordem mundial” concernente não só a processos de tomada de decisões coletivamente vinculante, mas também a mecanismos de estabilização de expectativas normativas e regulação jurídica de comportamentos. Isso significa uma transformação no sentido de uma contrapartida normativa à expansão dinâmica do momento cognitivo da sociedade mundial.

Centrando seu estudo no sistema jurídico da sociedade mundial, o autor teoriza o “entrelaçamento de ordens estatais, internacionais, supranacionais, transnacionais e locais no âmbito de um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, a partir do qual se tem desenvolvido o transconstitucionalismo da sociedade mundial”. Essas ordens multiníveis comunicam-se por meio de racionalidades transversais promovendo aprendizado mútuo. Nesse passo, o transconstitucionalismo tem o escopo de delinear novas formas de relacionamento entre ordens jurídicas diversas – mas que se encontram no mesmo sistema funcional da sociedade mundial, o direito, – vinculadas a um único código binário (lícito/ilícito), todavia, com programas e critérios diversos, provocadoras de diferenciação no interior do sistema jurídico mundial. Ele explica que essa diferenciação não se limita à segmentação “entre ordens jurídicas estatais com âmbitos territoriais de validade delimitados”, há, também, “diferenciação de ‘níveis’ entre ordem jurídica estatal, supranacional e internacional”, e, por fim, “diferenciação fun-

cional de ordens jurídicas transnacionais, desvinculadas, por sua transterritorialidade, do direito estatal” (NEVES, 2009, p. 34 e 116).

A interpenetração das ordens diferenciadas no interior do sistema jurídico não é criação do transconstitucionalismo. Isso já ocorria, como aponta o autor, na relação entre o direito internacional clássico e o direito interno, na medida em que a norma internacional podia ser incorporada ao direito estatal pelo processo formal de ratificação. O que o transconstitucionalismo apresenta de novo é o hodierno entrelaçamento das múltiplas ordens jurídicas independentemente de formalidades, de intermediação dos agentes políticos da sociedade mundial, isto é, sem a necessidade de tratados ou processos previstos na legislação de regência dos atores governamentais e não governamentais. Essa “situação ganha relevância quando se considera que, em grande parte, as ‘pontes de transição’ entre ordens jurídicas desenvolvem-se diretamente a partir dos seus respectivos centros, ou seja, os seus juízes e tribunais”. Diante dessa constatação, Neves conclui que o sistema jurídico também é multicêntrico, uma vez que, “na perspectiva do centro (juízes e tribunais) de uma ordem jurídica, o centro de uma outra ordem jurídica constitui uma periferia”, causando situação de “relações de observação mútua, no contexto da qual se desenvolvem formas de aprendizado e intercâmbio, sem que se possa definir o primado definitivo de uma das ordens, uma *ultima ratio* jurídica” (2009, p. 117).

São construídas redes de “conversação constitucional” entre os múltiplos subsistemas jurídicos da sociedade mundial, os quais se relacionam “no plano reflexivo de suas estruturas normativas que são vinculantes e dispõem de primazia”, de modo que as diversas ordens não podem ser estruturadas hierarquicamente, pois “a incorporação recíproca de conteúdos implica uma releitura de sentido à luz da ordem receptora”. Assim, “as cortes constitucionais citam-se reciprocamente não como precedente, mas como autoridade persuasiva” no enfrentamento dos “litígios globais” de questões constitucionais: i) direitos fundamentais ou direitos humanos; e ii) organização, limitação e controle do poder. Impõe-se, por conseguinte, o “diálogo transconstitucional” (NEVES, 2009, p. 118-122).

Vejamos o magistério do Neves (2009, p. 129-131):

O que caracteriza o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas é, portanto, ser um constitucionalismo relativo a (soluções de) problemas jurídico-constitucionais que se apresentam simultaneamente a diversas ordens. Quando questões de direitos fundamentais ou de direitos humanos submetem-se ao tratamento jurídico concreto, perpassando ordens jurídicas diversas, a “conversação” constitucional é indispensável. Da mesma maneira, surgindo questões organizacionais básicas da limitação e controle de um poder que se entrecruza entre ordens jurídicas, afetando os direitos dos respectivos destinatários, impõe-se a construção de “pontes de transição” entre as estruturas reflexivas das respectivas ordens. Portanto, para que o transconstitucionalismo se desenvolva plenamente é fundamental que, nas respectivas ordens envolvidas, estejam presentes princípios e regras de organização que levam a sério os problemas básicos do constitucionalismo. [...] A esse respeito, cabe enfatizar que, embora a sociedade mundial, até o momento, seja orientada primariamente por expectativas cognitivas (ver *supra* pp. 28 s.), o transconstitucionalismo parece ser a alternativa mais promissora para a fortificação de sua dimensão normativa [...]. O transconstitucionalismo, como modelo de entrelaçamento que serve à racionalidade transversal entre ordens jurídicas diversas, abre-se a uma pluralidade de perspectivas para a solução de problemas constitucionais, melhor adequando-se às relações entre ordens jurídicas do sistema jurídico heterárquico da sociedade mundial.

Com suporte nos argumentos doutrinários apresentados, defendemos a possibilidade de o STF dialogar com as diversas ordens do sistema jurídico mundial. Aliás, essa abertura para observação e aprendizado recíprocos é realidade no âmbito do STF, onde é possível identificar decisões envolvendo direitos fundamentais em que legislação e jurisprudência estrangeiras foram utilizadas como *ratio decidendi*⁵. Portanto, não há óbice para que o mesmo ocorra em rela-

5 Neves (2014, p. 193-214) cita, entre outras: o *Habeas Corpus* n. 82.424/RS, DJ. 19 mar. 2004; a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.112/DF, DJ. 26 out. 2007 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510/DF, DJ. 5 jun. 2008.

ção ao ECI – mecanismo de produção de remédios estruturais para situações configuradoras de graves violações de direitos fundamentais que atinjam um número expressivo de pessoas e que tenham como causa problemas estruturais –, desenvolvendo-se mais um processo de entrelaçamento de ordens jurídicas na busca de respostas e soluções para problemas constitucionais. É de se ressaltar que o próprio ECI pode ser visto como produto do transconstitucionalismo, uma vez que a Suprema Corte dos Estados Unidos utilizou remédios estruturais (*structural remedeis*)⁶ para solucionar problemas sistêmicos de violação de direitos humanos muito antes das decisões da CCC, que foram reconhecidamente inspiradas na jurisprudência norte-americana⁷.

O cuidado que o STF deve ter, assim como qualquer outra Corte constitucional aberta ao transconstitucionalismo, é o de não praticar o transplante imediato e acrítico do direito estrangeiro, postura negligenciadora dos processos internos de autovalidação da sua ordem jurídica, o que ignoraria a proposta de transversalidade reflexiva entre os múltiplos sistemas e resultaria num indesejado modelo de colonialismo constitucional.

6 “Os remédios estruturais tiveram origem nas decisões da Suprema Corte norte-americana para implementar Brown [Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954)]. Não podendo determinar o fim da segregação racial de imediato, ante as reações negativas dos Estados do Sul, a Suprema Corte determinou a implementação aos poucos sob a supervisão contínua das cortes distritais. Nos Estados Unidos, os remédios estruturais também foram utilizados para a reestruturação de escolas distritais, de 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 sobre as prioridades orçamentárias” (CAMPOS, 2015).

7 A CCC reconheceu o diálogo transconstitucional na *ST-1030/00* ao afirmar que “Al respecto cabe señalar que la figura del estado de cosas inconstitucional parte de buscar una protección objetiva de los derechos fundamentales. En el derecho comparado, hunde sus raíces en una aguda controversia doctrinal y jurisprudencial que surgió, desde finales de los años cincuenta en los Estados Unidos, entre los defensores de la ‘political question doctrine’ y aquellos partidarios de los ‘structural remedies’”.

4 A ADPF como instrumento processual adequado para utilização do ECI na jurisdição constitucional brasileira

A ADPF foi criada pelo constituinte originário de 1988 e atualmente encontra previsão no art. 102, § 1º, da CF/1988⁸. A regulamentação deste dispositivo constitucional ocorreu pela Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999. O STF assevera que a ADPF foi regulamentada para servir como instrumento integrativo dos modelos difuso e concentrado de controle de constitucionalidade, possibilitando ao tribunal a apreciação direta de atos estatais atentatórios a cláusulas fundamentais da ordem constitucional antes insuscetíveis de figurar como objeto de controle em processo objetivo (BRASIL, 2014).

A legislação ordinária criou duas espécies de ADPF, denominadas pela doutrina constitucional como autônoma e incidental. A ADPF autônoma está insculpida no art. 1º, caput⁹, e a incidental no art. 1º, parágrafo único, inciso I¹⁰, ambos da Lei n. 9.882/1999. Barroso (2012, p. 263) discorre sobre as características das duas espécies com a propriedade que lhe é costumeira:

No caso da arguição *autônoma*, além do pressuposto geral da inexistência de qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade (o que lhe dá um caráter de subsidiariedade), exige-se (i) a ameaça ou violação a preceito fundamental e (ii) um ato estatal ou equipará-

8 Art. 102, § 1º: “A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

9 Art. 1º, *caput*: “A arguição prevista no §1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”.

10 Art. 1º, parágrafo único, inc. I: “Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre a lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”.

vel capaz de provocá-la. Trata-se, inequivocamente, de uma ação, análoga às ações diretas já instituídas na Constituição, por via da qual se suscita a jurisdição constitucional abstrata e concentrada do Supremo Tribunal Federal. A legitimação é a mesma da ação direta de inconstitucionalidade, o parâmetro de controle é mais restrito – não é qualquer norma constitucional, mas apenas preceito fundamental – e o objeto do controle é mais amplo, pois não se limita aos atos normativos e estende-se aos três níveis de poder.

Já a arguição batizada – não sem certa impropriedade – como *incidental* pressupõe, em primeiro lugar, a existência de um litígio, de uma demanda concreta já submetida ao Poder Judiciário. Seus outros requisitos, que são mais numerosos que os da arguição autônoma, incluem, além da subsidiariedade e da ameaça ou lesão a preceito fundamental, a necessidade de que (i) seja relevante o fundamento da controvérsia constitucional e (ii) se trate de lei ou ato *normativo* – e não qualquer ato do Poder Público.

Nosso estudo tem o objetivo de analisar a utilização do ECI como técnica de decisão na denominada ADPF autônoma. Isso porque, nessa modalidade, ao contrário da incidental, podem ser combatidos *atos* do Poder Público que violem preceitos fundamentais, ou seja, ato de qualquer dos poderes públicos, no âmbito federal, estadual, distrital ou municipal. Retomando o quanto foi dito anteriormente, no ECI, *a contrariedade com a Constituição repousa na realidade empírica dos fatos*, logo, a ADPF incidental não se presta para tal fim, uma vez que exige lesão a preceitos fundamentais decorrentes de *lei* ou *ato normativo*. Isso posto, passaremos a demonstrar a viabilidade da ADPF autônoma como instrumento processual adequado para discussão do ECI no STF, nos valendo, sobretudo, das balizas hermenêuticas lançadas no julgamento da medida cautelar da ADPF n. 347, na qual se discute o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

4.1 A lesão a preceito fundamental

A CF/1988 e a Lei n. 9.882/1999 não estabeleceram o sentido da locução preceito fundamental, de modo que coube aos doutri-

nadores e ao STF desvendarem seu significado. Os estudiosos do Direito Constitucional afirmam que a fluidez da expressão dificulta a elaboração de um catálogo taxativo. Entretanto, verifica-se entre eles forte consenso de que um conjunto de normas constitucionais inegavelmente possui essa qualificação¹¹. Esse consenso recai sobre os princípios fundamentais, reunidos no Título I da Constituição (arts. 1º a 4º), os direitos e garantias fundamentais, reunidos no Título II da Constituição (arts. 5º a 17), as normas protegidas direta ou indiretamente pelas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º), e os denominados princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII). A jurisprudência do STF compartilha dessa posição. O min. Gilmar Mendes, relator da ADPF n. 33, fez as considerações expostas abaixo no julgamento da medida cautelar requerida.

Parâmetro de controle – É muito difícil indicar, *a priori*, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e o julgamento da arguição de descumprimento. Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional. Assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais (art. 5º, dentre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da Constituição, quais sejam, a forma federativa de Estado, a separação de Poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico. Por outro lado, a própria Constituição explicita os chamados “princípios sensíveis”, cuja violação pode dar ensejo à decretação de intervenção federal nos Estados-Membros (art. 34, VII). (BRASIL, 2004).

Desse modo, resta claro que o primeiro pressuposto de configuração do ECI – *quadro de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo de pessoas* – satisfaz o requisito da lesão a preceito fundamental da Constituição. Com efeito, o autor da ADPF n. 347 sustentou que o Estado de

11 Nesse sentido: (MENDES; BRANCO, 2013, p. 1244-1247); (NOVELINO, 2012, p. 328); (BULOS, 2015, p. 334) e (LENZA, 2012, p. 357-358).

Coisas Inconstitucional das prisões brasileiras afronta os seguintes preceitos fundamentais da CF/1988: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a proibição de tortura e de tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), o direito de acesso à justiça (art. 5º, XXXV), a vedação de penas cruéis (art. 5º, XLVII, e), a garantia do preso ao respeito da sua integridade física e moral (art. 5º, XLIX), o devido processo legal (art. 5º, LIV e LV), a presunção de inocência (art. 5º, LVII), e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança (art. 6º). O ministro Marco Aurélio, relator da ADPF n. 347, foi claro no julgamento da medida cautelar ao reconhecer que “os direitos apontados como ofendidos consubstanciam preceitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, vedação de tortura e de tratamento desumano, assistência judiciária e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos”, no que foi seguido por todos os ministros da Corte.

4.2 Atos do Poder Público

O art. 1º da Lei n. 9.882/1999 estabelece que cabe arguição de descumprimento de preceito fundamental para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de *ato do Poder Público*. Segundo Barroso e Barcellos (2007, p. 248-264), sob a locução ato do Poder Público poderão ser abrigados leis e atos normativos de qualquer dos entes federativos, inclusive os anteriores à CF/1988, atos em geral da Administração Pública, decisões judiciais, atos de tribunais de contas, entre outros. Logo, o segundo pressuposto de configuração do ECI – *falta de coordenação entre atos legislativos, administrativos, orçamentários e judiciais, a denominada “falha estatal estrutural”, responsável pela violação sistemática dos direitos e agravamento da situação* – preenche este requisito da ADPF autônoma.

Esse juízo de adequação foi realizado pelo STF no julgamento da ADPF n. 347-MC. O ministro Marco Aurélio reconheceu que a falha estatal estrutural é causada por atos (comissivos e omissivos) do Poder Público, que, na espécie, resultaram na violação dos preceitos fundamentais da Constituição no tratamento dos presos.

A responsabilidade pelo estágio ao qual chegamos, como aduziu o requerente, não pode ser atribuída a um único e exclusivo Poder, mas aos três – Legislativo, Executivo e Judiciário –, e não só os da União, como também os dos estados e do Distrito Federal. Há, na realidade, problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal. Falta coordenação institucional. O quadro inconstitucional de violação generalizada e contínua dos direitos fundamentais dos presos é diariamente agravado em razão de ações e omissões, falhas estruturais, de todos os poderes públicos da União, dos estados e do Distrito Federal, sobressaindo a sistemática inércia e incapacidade das autoridades públicas em superá-lo. [...] A responsabilidade do Poder Público é sistêmica, revelado amplo espectro de deficiência nas ações estatais. Tem-se a denominada “falha estatal estrutural”. As leis existentes, porque não observadas, deixam de conduzir à proteção aos direitos fundamentais dos presos. Executivo e Legislativo, titulares do condomínio legislativo sobre as matérias relacionadas, não se comunicam. As políticas públicas em vigor mostram-se incapazes de reverter o quadro de inconstitucionalidades. O Judiciário, ao implementar número excessivo de prisões provisórias, coloca em prática a “cultura do encarceramento”, que, repita-se, agravou a superlotação carcerária e não diminuiu a insegurança social nas cidades e zonas rurais. (BRASIL, 2016).

O ministro Barroso pontuou em seu voto que na ADPF n. 347 não há, como de costume, a indicação de um ato específico do Poder Público, mas sim um conjunto de ações e inações que resultam no estado de coisas contrários à Constituição por falha estrutural do sistema. Portanto, no ECI, a lesão a preceitos fundamentais é resultado de ações e omissões de inúmeros órgãos do Poder Público, situação bastante para legitimar o manejo da ADPF.

4.3 Inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesividade

Esse requisito da ADPF também é denominado de regra da subsidiariedade e está consagrado no art. 4º, § 1º, da Lei n. 9.882/1999: “Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver outro meio eficaz de sanar a

lesividade”. O STF aduz que a subsidiariedade – requisito de ordem infraconstitucional – deve ser interpretada com prudência, sob pena de impedir o exercício da ADPF, ação constitucional vocacionada a viabilizar, *numa dimensão estritamente objetiva*, a realização jurisdicional de direitos básicos, de valores essenciais e de preceitos fundamentais contemplados no texto da Constituição da República.

A doutrina dominante segue a orientação jurisprudencial e ressalta que esse requisito deve ser visto como a impossibilidade de a lesão a preceito fundamental ser sanada com a mesma efetividade proporcionada pela ADPF. Barroso e Barcellos (2007, p. 248-264) pontuam que a questão fundamental está na *eficácia* do “outro meio” a que a lei faz remissão, motivo pelo qual a subsidiariedade deve ser analisada ante os demais processos objetivos previstos na Constituição.

Considerando que a decisão na ADPF é dotada de caráter vinculante e contra todos, quando esses efeitos forem decisivos para o resultado que se deseja alcançar, dificilmente uma ação individual ou coletiva de natureza subjetiva poderá atingi-los. É por esse fundamento que merece adesão a posição intermediária e melhor, que vem conquistando a doutrina e a jurisprudência, no sentido de que, tendo em vista a natureza objetiva da ADPF, o exame de sua subsidiariedade deve levar em consideração os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional.

Nesse contexto, considerando que o terceiro pressuposto de configuração do ECI é a necessidade de mudanças estruturais (novas políticas públicas ou o ajuste das existentes, alocação de recursos etc.), que exigem a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão e sim a uma pluralidade destes, temos que o requisito da subsidiariedade da ADPF está preenchido, haja vista que o ECI não decorre pura e simplesmente da inconstitucionalidade de alguma norma, tampouco de uma omissão legislativa inconstitucional, mas sim de violações massivas, generalizadas e estruturais dos direitos fundamentais, configuradoras de uma *realidade empírica* contrária aos princípios nucleares da Constituição. O voto do ministro Edson Facchin na ADPF n. 347-MC estabelece

com clareza a inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesividade no caso do ECI do sistema prisional.

Entende-se atendido também o pressuposto da subsidiariedade, haja vista que não se impugna a constitucionalidade de lei ou ato normativo a atrair a propositura da ação direta de inconstitucionalidade ou declaratória de constitucionalidade. Tampouco, subjaz discussão acerca da omissão do dever de legislar ou de providência de índole administrativa a provocar a jurisdição constitucional. Em verdade, aponta-se uma situação em que as normas existentes e as providências administrativas não se mostram adequadas e suficientes à proteção dos direitos fundamentais dos presos, sejam os condenados definitivamente, sejam os provisórios. Diante de tal moldura e da relevância da controvérsia veiculada nos autos, admite-se a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental na espécie. (BRASIL, 2016).

Dessarte, a ADPF é o instrumento processual adequado para provocar o STF nos casos extremos em que o Estado de Coisas Inconstitucional resta configurado, pelo fato de que a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade e a ação de inconstitucionalidade por omissão não proporcionam, cada qual pela sua particularidade, a produção de remédios estruturais para a solução de situações configuradoras de graves violações de direitos fundamentais que atinjam um número expressivo de pessoas e que tenham como causa problemas estruturais, cuja solução demande a atuação coordenada de diversos órgãos estatais.

5 Conclusão

O estudo demonstrou que a técnica de decisão do Estado de Coisas Inconstitucional passou por um progressivo processo de aprimoramento na CCC desde a sua concepção até a aquisição da substância e contornos atuais, embora o objetivo sempre tenha sido a superação de graves e massivas violações de direitos fundamentais decorrentes de falhas estruturais em políticas públicas. Inicialmente, a CCC aplicou o ECI como mecanismo para evitar

a repetição de demandas individuais sobre o mesmo assunto (SU-559/1997). Após, a técnica foi aperfeiçoada e passou a ser utilizada para a produção de remédios estruturais quando a solução do problema demandasse a atuação coordenada de diversos órgãos do Estado. Entretanto, a diminuta flexibilidade das ordens e a ausência de monitoramento da fase de execução da sentença demonstraram que o ECI ainda não havia atingido a formatação ideal (ST-153/1998). Por fim, a CCC preservou a característica de produção de remédios estruturais, e, em vez de proferir ordens detalhadas e inflexíveis, empregou o ativismo dialógico, caracterizado por determinações abertas aos órgãos responsáveis pelas políticas públicas, concentrando sua atuação na coordenação, supervisão e monitoramento do cumprimento dos objetivos estabelecidos na sentença declaratória do ECI (ST-25/2004).

Verificamos a possibilidade de transposição da jurisprudência constitucional estrangeira para a jurisdição constitucional nacional por meio de um processo de troca de experiências entre Cortes abertas para o debate, aprendizado e influência recíprocos no enfrentamento dos litígios globais envolvendo direitos fundamentais. O transtitucionalismo indica que os bons resultados advindos da utilização do ECI na Colômbia podem servir de inspiração e modelo para a superação de graves casos de violação de direitos fundamentais decorrentes de falhas estruturais do Estado brasileiro.

Após, vimos que a ADPF autônoma é o instrumento processual adequado para utilização do ECI na jurisdição constitucional brasileira.

Nesse passo, a ADPF n. 347, em que se busca o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional brasileiro, será uma grande oportunidade para constatar se o STF está aberto à compreensão, discussão, reflexão e eventual aproveitamento de decisões proferidas por outros tribunais, visto que o mesmo problema de concretização de direitos fundamentais pode se apresentar em diversas ordens do sistema jurídico mundial.

Por fim, é o modelo virtuoso de ECI consagrado na Sentença T-25/2004 que esperamos seja adotado pelo STF no julgamento

de mérito da ADPF n. 347: ativismo judicial dialógico produtor de ordens estruturais flexíveis destinadas a uma pluralidade de órgãos públicos, estabelecendo um modelo de relacionamento colaborativo entre os três Poderes na construção de soluções complexas e duradouras para as políticas públicas deficientes do sistema prisional brasileiro.

Referências

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. Direitos fundamentais, questões ordinárias e jurisdição constitucional: limites e possibilidades da arguição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 62, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 33-MC. Relator: min. Gilmar Mendes, julgamento em 29.10.03, *DJ* de 6 ago. 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 126-MC. Relator: min. Celso de Mello. Decisão monocrática, julgamento em 19.12.2007, *DJE* de 1º fev. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 127. Relator: min. Teori Zavascki. Brasília. Decisão monocrática, julgamento em 25.2.2014, *DJE* de 28 fev. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347-MC. Relator: min. Marco Aurélio, julgamento em 9.9.2015, *DJ* de 19 fev. 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da inconstitucionalidade por omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”*. 2015. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, 2015.

_____. Devemos temer o “estado de coisas inconstitucional”? *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional>>. Acesso em: 7 jul. 2016.

_____. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. O ativismo judicial contemporâneo no Supremo Tribunal Federal e nas cortes estrangeiras. In: SEMANA DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ, 10, 2015. *Painel...* Fortaleza: UFC, 2015.

_____. O estado de coisas inconstitucional. *Jota*. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acesso em: 27 mar. 2016.

_____. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural#_ftnref7>. Acesso em: 21 dez. 2015.

COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. Sentencia n. SU-559/97. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em: 3 dez. 2015.

_____. Corte Constitucional da Colômbia. Sentencia T-153/98. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acesso em: 6 dez. 2015.

_____. Corte Constitucional da Colômbia. Sentencia T-25/04. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 22 dez. 2015.

FISS, Owen. As formas de justiça. In: SALLES, Carlos Alberto (Coord.). *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Dejusticia, 2010.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LYONS, Josefina Quintero; MONTERROZA, Angélica Matilde Navarro; MEZA, Malka Irina. La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, v. 3, n. 1, p. 69-80, 2011. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4767667.pdf>> Acesso em: 27 jan. 2016.

MARMELSTEIN, George. O estado de coisas inconstitucional – ECI: apenas uma nova onda do verão constitucional? *Direitos Fundamentais*, 2 out. 2015. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2015/10/02/o-estado-de-coisas-inconstitucional-eci- apenas-uma-nova-onda-do-verao-constitucional/>>. Acesso em: 3 dez. 2015.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulos Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. Do diálogo entre as cortes supremas e a corte internacional de direitos humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. *Revista de informação legislativa*, v. 51, n. 201, p. 193-214, jan./mar. 2014. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/502958>>. Acesso em: 25 mar. 2016.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Forense; Método, 2012.

PEÑA, Gabriel Bustamante. *Estado de cosas inconstitucional y políticas públicas*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Ciências Políticas e Relações Internacionais da Pontifícia Universidade Javeriana, Bogotá, 2011. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10554/1617>>. Acesso em: 28 jan. 2016.