

**DIREITOS FUNDAMENTAIS: O TREM DOS TRILHOS
ENFERRUJADOS E A SOLUÇÃO TÉCNICA DO ESTADO DE
COISAS INCONSTITUCIONAL.**

**FUNDAMENTAL RIGHTS: THE TRAIN OF RUSTY RAILS AND THE
TECHNICAL SOLUTION OF THE STATE OF THINGS
UNCONSTITUTIONAL.**

Rafaella Marineli Lopes¹

Rubens Beçak²

RESUMO

Os direitos fundamentais tão em voga após a redemocratização trazida pela Constituição Federal de 1988 são drasticamente violados pela inércia dos poderes e autoridades públicas. São inúmeras as omissões inconstitucionais sistemáticas que os vulneram grave e massivamente, gerando no Estado uma vasta falha de ordem estrutural que não pode ser restabelecida pelos remédios constitucionais até então previstos. O instituto do Estado de Coisas Inconstitucional, originado na Colômbia e procedimentalmente inovador, vem tentar suprir essa falha e por ser um desdobramento ativista num Estado Democrático de Direito encontra, sem dúvidas, discussões sobre sua legitimidade.

¹ Mestranda em Direito Público e Especialista em Direito Constitucional e Eleitoral pela Universidade de São Paulo - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP/USP), Bacharel em direito pela Universidade Paulista (UNIP); Advogada E-mail rafaellamarinelilopes@usp.br

² Mestre e Doutor em Direito Constitucional e Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Universidade de São Paulo-USP. Especialista em Gestão Pública pela UFSCAR. Professor Associado da Universidade de São Paulo-USP na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (Graduação e Pós-graduação). E mail prof.becak@usp.br

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais. Estado de Coisas Inconstitucional. Separação de Poderes.

ABSTRACT

The fundamental rights so in vogue after the redemocratization brought by the Federal Constitution of 1988 are drastically violated by the inertia of the powers and public authorities. There are numerous systematic unconstitutional omissions that seriously violate fundamental rights, generating in the State a vast structural failure that can not be restored by the constitutional remedies hitherto envisaged. The institute of the Unconstitutional State of Things, originated in Colombia and procedurally innovative, tries to overcome this failure, and because it is an activist deploy.

KEYWORDS: Fundamental rights. State of Things Unconstitutional. Separation of Powers.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo esmiuçar o instituto do Estado de Coisas Inconstitucional ou, simplesmente, ECI, de origem colombiana, aplicado em casos de graves e sistemáticas violações a direitos fundamentais que afetam um amplo número de indivíduos. Transportado para o Brasil na ADPF 347, de 2015, relacionada ao sistema carcerário, o mesmo encontrou apoiadores e, como sempre, críticos, que chegaram a tratá-lo como uma “arma letal” ao próprio STF.

O primeiro capítulo deve tratar da construção do Estado Democrático de Direito, perpassando pela universalização dos direitos humanos do pós-guerra até a redemocratização trazida pela Constituição Federal de 1988, evidenciando a ausência de remédios constitucionais capazes de controlar as omissões públicas causadoras de graves e massivas violações aos direitos fundamentais dos cidadãos.

O segundo capítulo abordará uma possível resposta encontrada pela Corte Constitucional Colombiana quando cenários de violação massiva dos direitos fundamentais naquele país tornaram-se irrefreáveis. Trata-se da breve apresentação do instituto do Estado de Coisas Inconstitucional, cuja principal referência utilizada será a bibliografia do autor brasileiro Carlos Alexandre de Azevedo Campos, doutor na temática.

O terceiro e último capítulo tratará da importação do ECI pelo Supremo Tribunal Federal, em 2015, relativo ao sistema carcerário. Sem fazer uma abordagem muito ampla da ADPF 347 e das inúmeras mazelas do cárcere, o capítulo se restringirá a tratar do ECI como uma nova técnica dialógica institucional entre os Poderes, defendendo sua face diplomática em detrimento da “supremacia judicial” que lhe foi estigmatizada. Por fim, conclusões.

1. REDEMOCRATIZAÇÃO E (IN) EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: EM QUE O CONSTITUINTE ERROU.

As Cortes Constitucionais de diversos países, inclusive do Sul Global, tem se mostrado ativistas quando o assunto é a efetivação dos direitos fundamentais. A multiplicação, universalização e proteção desses direitos no período pós- segunda guerra passou a ser a base das constituições democráticas modernas e parte de um “movimento histórico”² concatenado em três elementos essenciais: os direitos do homem, a democracia e a paz. (BOBBIO, 1981, p. 5).

A aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, fazendo emergir o que conhecemos hoje como Estado Democrático de Direito. A aplicação do direito constitucional sofreu grandes

² Para Bobbio, existem três momentos necessários de um mesmo movimento histórico: os direitos do homem, a democracia e a paz. Sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais; haverá paz estável, uma paz que não tenha a guerra como alternativa, somente quando existirem cidadãos não mais apenas deste ou daquele Estado, mas do mundo.

transformações³e as Cartas Constitucionais que antes funcionavam como declarações políticas convidativas à atuação dos poderes públicos, agora, reconhecidamente, convertem-se em documentos com força normativa, não mais sujeitos às liberdades do legislador ou à discricionariedade do administrador. (BARROSO, 2013, p. 284)

Enquanto o marco de um novo direito constitucional na Europa Continental foi o constitucionalismo do pós- segunda guerra, no Brasil foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar (BARROSO, 2013, p. 267). Não só no Brasil a constituinte passa a ser uma promessa de grandes transformações sociais, mas em toda América Latina⁴ com seu histórico de inúmeras ondas ditatoriais e graves supressões de direitos.

O direito constitucional ressurgiu como um “símbolo de novas conquistas” capaz de “mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços”, ao que Barroso ousou chamar de “sentimento constitucional”. Sentimento esse questionável pelo autor, inclusive com relação à efetivação dos direitos fundamentais, pois segundo ele tratava-se de uma “mistificação”, um “instrumento de dominação ideológica” repleto de promessas que não seriam honradas, ao que ousou qualificar como uma “insinceridade constitucional”. (BARROSO, 2013, p. 241-269).

Os direitos fundamentais assumem a característica da “multifuncionalidade”, podendo ser classificados em dois grupos: os direitos de defesa (inclusos aqui os direitos de liberdade, igualdade, as garantias, os direitos políticos e parte dos direitos sociais) e os direitos a prestações (normas programáticas, como por exemplo, os direitos sociais de caráter prestacional). Enquanto os primeiros exigem uma abstenção por parte

³ Para Barroso, três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional: a) o reconhecimento da força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. In: Curso de Direito Constitucional. Luis Roberto Barroso.

⁴ O Brasil promulga a sua Carta Constitucional, em 1988, a Colômbia, em 1991, a Argentina, em 1994, a Venezuela, em 1999, o Equador, em 2008, a Bolívia, em 2009 e o México, em 2011.

do Estado, com feição de direitos subjetivos⁵, o segundo grupo exige um comportamento ativo, suscitando diversas dificuldades quando lhe é negada a aplicabilidade imediata e a plena eficácia⁶. (SARLET, 2012, p. 260).

A negação da aplicabilidade dos direitos fundamentais é infeliz e manifestamente manejada pelos detentores dos poderes legislativo e executivo, responsáveis pela concretização do núcleo prestacional de direitos. Nas palavras de Canotilho, bastam serem acionadas as tradicionais “reservas” - ora de lei, ora do possível - precipuamente em termos econômicos e financeiros, ficando o legislador e todos os órgãos responsáveis pela concretização do direito “silentes” (...) afinal, a direção dos direitos sociais constitucionalmente garantidos fica neutralizada pelas omissões legislativas e executivas. (CANOTILHO, 2008, p. 266)

Não sendo pura e simplesmente a falta de uma norma regulamentadora do direito, a omissão legislativa resulta da concatenação de alguns pressupostos⁷ e pode ser conceituada como a inércia intencional do legislador ao descumprir um dever constitucional de legislar por um período de tempo razoável, ocasionando o que a doutrina denomina de “efeito objetivo da violação da Constituição”⁸ (SEGADO, 2009, p. 36-38).

⁵Uma das formulações mais relevantes do direito constitucional contemporâneo refere-se à constatação de uma dupla perspectiva dos direitos fundamentais. A primeira, denominada dimensão subjetiva, relaciona o indivíduo como titular de direito, inclusive do direito de liberdade em relação ao Estado. Já a dimensão objetiva refere-se ao conjunto de princípios e valores que demandam a proteção do Estado aos direitos fundamentais. In: SARLET, I.W. (s.d.). *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. P. 157.

⁶ [...] não há como dissociar, por outro lado, a noção de eficácia jurídica da aplicabilidade das normas jurídicas, na medida em que a eficácia jurídica consiste justamente na possibilidade de aplicação da norma aos casos concretos, com a conseqüente geração dos efeitos jurídicos que lhe são inerentes.

⁷Para Segado, há um conjunto de quatro pressupostos caracterizadores da omissão legislativa: primeiro, há o descumprimento do dever constitucional de legislar, segundo, há o transcurso de tempo razoável, terceiro, há o efeito objetivo de violação da Constituição e, quarto e último, a intencionalidade do legislador. In: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El Control de Constitucionalidad de las Omissiones Legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas. Estudios Constitucionales*, Año 7, Nº 2, 2009, p. 36-38.

⁸ Segundo Fernández Segado, “a omissão legislativa, ainda sendo um comportamento passivo, está longe de ser neutro em suas conseqüências, propiciando efeitos de díspar natureza que tem como comum denominador a violação objetiva da Norma Suprema. (...) A inconstitucionalidade aparece, pois, como a resultante de diferentes pressupostos estritamente interconectados” In: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El Control de Constitucionalidad de las Omissiones Legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas. Estudios Constitucionales*, Año 7, Nº 2, 2009, p. 36-38.

Como bem é sabido, o Legislativo atravança inúmeras realizações dos direitos fundamentais com sua inércia inconstitucional, ora pela ausência de proposituras legislativas, deixando de lado o processo legislativo, ora pela *inertia deliberandi*, na qual apesar de deflagrado o processo legislativo, resta ausente a discussão e a votação da norma regulamentadora. Ainda, a inércia se caracteriza por uma atuação parcial quando o ato legislativo atende apenas em parte ou de modo insuficiente o mandamento constitucional.

A falência prática dos comandos constitucionais não decorre exclusivamente da mora ou ausência legislativa, mas pela sistemática descoordenação entre os poderes, órgãos e entidades públicas responsáveis pela concretização dos direitos fundamentais, cuja dissociação ocasiona bloqueios institucionais que não são solucionados com os remédios constitucionais até então previstos, nem com a imposição de ordens direcionadas a um único órgão ou a um único poder.

A solução é muito mais complexa, pois a omissão da qual pretendemos tratar a seguir atinge uma minoria vulnerável, estigmatizada pela total ausência do poder público, cuja consequência é agrave e sistemática violação dos seus direitos fundamentais pela deficiência dos ciclos de formação e execução de políticas públicas. Decorrente da falta de medidas administrativas, legislativas e orçamentárias, essa violação cíclica de tais direitos ocasiona uma enorme falha estrutural, cuja correção requer uma técnica coordenada entre todos os poderes públicos, órgãos e entidades, a ser adiante apresentada.

2. A TÉCNICA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL (OU SIMPLEMENTE ECI).

Originária da Colômbia, na Sentença de Unificação 559, de 1997, a técnica do Estado de Coisas Inconstitucional ou, simplesmente, ECI, foi declarada pela primeira vez pela Corte Constitucional daquele país quando professores dos Municípios de *María La Baja* e *Zambrano* tiveram seus direitos previdenciários negados pelas autoridades locais. A Corte então reconheceu que no caso dos docentes ocorreu uma

grave falha estrutural gerada pela omissão normativa e executiva, vindo a declarar o ECI e determinando prazo e medidas a serem tomadas pelos demais poderes para correção da inconstitucionalidade, ordenando ainda providências aos órgãos e entidades públicas envolvidas na questão.⁹

A jurisprudência colombiana evoluiu para aplicar o instituto em diversas situações, tais como na *Sentencia T – 068*, sobre os direitos previdenciários negados aos aposentados e pensionistas que demandavam contra a Caixa Nacional de Previdência¹⁰, ou na *Sentencia T -590*, de 1998, sobre a falta de proteção estatal aos defensores de direitos humanos¹¹, ou ainda, na *Sentencia T – 025*, de 2004¹², no caso mais grave de

⁹*Sentencia de Unificación – nºSU-59, de 6 de novembro de 1997.* A Corte Constitucional Colombiana determinou o “dever de colaboração” entre os Poderes, e sua decisão não se limitou às partes do processo, partindo da premissa de que a situação estrutural lesava de maneira permanente o exercício do direito fundamental de um número amplo e indeterminado de pessoas que não instauraram a demanda. Assim, a Corte determinou: 1) declaração do ECI; 2) que os Municípios que se encontrassem em situação similar corrigissem a inconstitucionalidade em prazo razoável, 3) o envio de cópias da sentença a diversas autoridades públicas para providências.

¹⁰*Sentencia T – 068, de 5 de março de 1998* – A Corte Constitucional Colombiana proferiu um conjunto de decisões que atingiu um conjunto de instituições determinando que: 1) a declaração do ECI; 2) que a Caixa Nacional da Previdência resolvesse o direito de fundo dos demandantes em 48 horas; 3) que a ação fosse comunicada a diversas autoridades públicas, 4) a comunicação da decisão ao Procurador Geral da Nação e ao Controlador-Geral da República para que vigiassem o cumprimento da sentença e o exercício diligente e eficiente das respostas pela Caixa Nacional de Previdência às petições de aposentados e pensionistas; 5) comunicação ao Defensor do Povo para velar pelo respeito aos direitos humanos dos aposentados e pensionistas, devendo informações sobre a situação à Corte Constitucional.

¹¹*Sentencia T -590, de 1998.* A falta de proteção estatal aos defensores de direitos humanos motivou a declaração do ECI, tendo a Corte: 1) feito um chamado à prevenção a todas as autoridades da República para que cessasse a situação inconstitucional; 2) solicitado ao Procurador Geral da Nação e ao Defensor do Povo para que dessem especial proteção à vida dos defensores dos direitos humanos; 3) feito um chamado à prevenção a todos os habitantes da Colômbia para que defendessem e difundissem os direitos humanos como fundamento de convivência pacífica, 4) determinado a comunicação da sentença ao Presidente da República e à Alta Comissária para defesa dos direitos humanos da ONU na Colômbia, bem como a outras autoridades públicas competentes.

¹²*Sentencia T – 025, de 2004.* A Corte Constitucional Colombiana expediu nesse caso a decisão mais completa que conduziu à declaração do ECI, e o mais complexo conjunto de ordens dirigido à superação desse estado: 1) declaração do ECI; 2) Comunicação ao Conselho Nacional para a Atenção Integral à População Deslocada pela violência a declaração do ECI para que este formulasse a implementasse um plano de ação; 3) comunicação ao Ministro do Interior e da Justiça que intercedesse a Governadores e Prefeitos para que adotassem decisões coerentes com o plano nacional de atenção à população deslocada, bem como que oportunizassem a participação nos processos decisórios das organizações e entidades representativas da população deslocada, devendo comunicar essas decisões ao Conselho Nacional para a Atenção Integral à População Deslocada pela Violência até 31 de março de 2004; 4) ordenar ao Conselho Nacional para a Atenção Integral à População Deslocada pela Violência que adotasse o programa de ação com cronograma preciso de forma a superar as deficiências de capacidade institucional denunciadas na sentença, devendo cumprir todas as metas, assegurando às pessoas deslocadas o gozo efetivo do mínimo de proteção de seus direitos, no prazo máximo de seis meses; 5) comunicar aos Ministros da Fazenda e Crédito Público e das Relações Exteriores, assim como ao Diretor Nacional de Planejamento, acerca do

violação de direitos humanos enfrentado pela Corte no deslocamento forçado de pessoas em decorrência do contexto de violência promovida pelas FARC. (GARAVITO; FRANCO, 2010, p. 50-52).

Na Corte Constitucional Colombiana, a declaração do ECI sempre acompanhou a violação de direitos fundamentais, sociais e econômicos, como se pode perceber pelas sentenças emitidas. Assuntos que tradicionalmente eram decididos por meios políticos e próprios de uma política democrática, começam a ser amparados pelos juízes constitucionais ou são fortemente condicionados por decisões judiciais. Essa dinâmica política foi intensificado após mudanças do cenário político trazidas pela Constituição de 1991, que intensificou o Poder Judiciário e a sua independência (UPRIMNY, 2007, p. 52-67).

Foi nessa *Sentencia T-025, de 2004*, que os pressupostos autorizadores da aplicação da técnica do ECI foram elencados, cuja concatenação dos mesmos acaba por gerar um conceito do que é o próprio estado de coisas. Objetivas e racionais, evitando assim uma aplicação judicial discricionária, as hipóteses de declaração do ECI foram assim definidas:

“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 vários derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; ii) La prolongada omisión de las autoridades em el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho calculado; iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuesta les necesarias para evitar la vulneración de los derechos; v) 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 um nível de recursos que

prazo para cumprimento das metas; 6) prevenir a todas as autoridades nacionais e territoriais para que prestassem auxílio e atenção à população deslocada independentemente de ordens judiciais por meio de tutelas; 7) ordenar às entidades governamentais envolvidas que instruísem as pessoas deslocadas, de maneira imediata, clara e específica acerca de seus direitos básicos; 8) determinar que as entidades governamentais examinassem e decidissem, de forma fundamentada e dentro do prazo máximo de quinze dias, os pedidos de ajuda para moradia e restabelecimento socioeconômico; 9) ordenar à *Red de Solidariad* que, no prazo máximo de oito dias, avalie a situação objetiva das pessoas deslocadas demandantes nesta Sentencia e dê-lhes acesso imediato às ajudas humanitárias previstas e a orientação adequada acerca do acesso aos programas de auxílio de saúde, medicamentos, educação para menores, moradia e restabelecimento econômico; 10) comunicar a decisão ao Procurador-Geral da Nação e ao Defensor do Povo para que acompanhassem ao cumprimento da decisão.

demanda um esfuerzo presupuestal adicional importante; vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieren a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una maior congestión judicial.¹³

Em que pese a Corte elencar seis pressupostos autorizadores para aplicação da técnica, a doutrina brasileira elenca didaticamente quatro requisitos, suficientes a caracterizar o tal estado de coisas. Em primeiro lugar, deve-se verificar a violação massiva e generalizada de direitos fundamentais atingindo um número amplo de indivíduos. Em segundo, a omissão pública deve ser reiterada e persistente, de modo a se perpetuar no tempo sem uma resposta efetiva. A omissão generalizada dos poderes, autoridades e órgãos e os conseqüentes bloqueios institucionais devem ocasionar uma falha estrutural gerando, por fim, o risco do Judiciário ser assolado com inúmeras ações relativas a essa vulneração. (CAMPOS, 2016, p. 180)

Tratados os pressupostos, o estado de coisas inconstitucional pode ser definido como uma técnica de decisão aplicada pela corte e juízes constitucionais em situações de graves falhas estruturais do Estado que violam severa e sistematicamente os direitos fundamentais de um amplo número de indivíduos, restando declarada a absoluta contradição entre os comandos normativos constitucionais e a realidade social, o que motiva a corte e os juízes constitucionais a expedirem ordens estruturais a um amplo conjunto de órgãos e autoridades para que formulem, implementem e executem políticas públicas voltadas à superação dessa realidade inconstitucional. (CAMPOS, 2016, p. 21)

Pode ainda ser qualificado como um “mecanismo jurídico” utilizado pelo juiz constitucional atento às falências estruturais que repercutem sobre os direitos fundamentais, indo além da resolução de casos particulares, assumindo a figura de um “agente de transformação social”, cumprindo o papel constitucional de “garantidor” da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, superando as violações destes por meio de decisões que exijam a atuação coordenada e dialógica entre as autoridades e poderes públicos (HERNÁNDEZ, 2003, p. 227-228).

¹³Trecho extraído da *Sentencia T-025, de 2004*. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em 4 de Janeiro de 2019, 10h51min.

A principal preocupação da doutrina relativa ao ECI talvez seja em saber qual o alcance real do instituto na efetivação dos direitos fundamentais após sua declaração e a emanção de ordens pelas Cortes Judiciais. Essas ações seriam apenas um primeiro passo de um ativismo judicial estrutural¹⁴ eficiente.

Para César Rodríguez Garavito, autor colombiano expoente na temática, a visão pouco concreta das decisões estruturais sobre as fases de implementação e monitoramento das políticas públicas enfraquece o instituto, pois perde de vista a visão realista da amplitude dos efeitos da decisão. Para o autor, o ECI exige uma visão construtivista, que depende da construção do Direito e da Sociedade como um todo, não se fazendo exigências apenas aos poderes públicos e autoridades, mas também à sociedade, exigindo a participação civil e a formação de opinião pública sobre as falências estruturais do Estado. (GARAVITO, 2009, p. 448).

As transformações sociais por meio de sentenças estruturais¹⁵ podem ser alcançadas sim, porém desde que existente um processo aberto e participativo na fase de implementação das medidas emanadas judicialmente juntamente com o monitoramento pelas Cortes da execução de suas ordens, devendo ser estabelecidos critérios de superação do ECI (GARAVITO, 2009, p. 449). A Corte Constitucional poderá, por exemplo, criar comissões específicas, com o auxílio de especialistas, exigir relatórios periódicos, audiências públicas e até mesmo procedimentos para o acompanhamento nas fases de implementação e monitoramento das políticas públicas.

Em suma, o ECI é uma técnica legítima de atuação judicial das Cortes Constitucionais em busca da proteção e efetivação dos mandamentos constitucionais quando se está diante de um grupo vulnerável que tem seus direitos fundamentais grave e sistematicamente violados pela completa inércia dos poderes e autoridades públicas.

¹⁴ “O ECI é exemplo destacado de ativismo judicial. O autor Carlos Alexandre de Azevedo Campos destaca, dentro de outras dimensões por ele apontadas, a dimensão estrutural do instituto que, segundo ele, “é a interferência rígida e incisiva sobre as decisões dos demais poderes, faltando-lhes com deferência legal ou epistêmica, ou ocupando espaços tradicionais de atuação deles”.

¹⁵ Ou “structuralinjunctions”, termo cunhado pela primeira vez pelo Professor Owen Fiss, determinam reforma estrutural em larga escala na busca da efetivação dos direitos fundamentais podendo ter múltiplos alcances legislativos, administrativos ou orçamentários. FISS, Owen M. *The Civil Rights Injunction*. Bloomington: Indiana University Press, 1978.

Os seus efeitos estão para além da mera declaração ou da emanação de ordens por meio de uma sentença estrutural. A Corte Constitucional deve se preocupar, sobretudo, com as fases posteriores à declaração, quais sejam a de implementação e monitoramento das políticas públicas, pois isso é o que definirá, de fato, o sucesso ou não da aplicação do instituto.

Sua aplicação consiste em um tipo de judicialização em que a máxima instância do Judiciário passa a emitir ordens aos demais poderes a fim de que os mesmos saiam da cômoda inércia e possam dialogar conjuntamente para solucionar a falha estrutural instalada ou, pelo menos, tentar solucioná-la.

3. CRÍTICAS E A PROPOSTA DIALÓGICA RELACIONADAS À TÉCNICA DO ECI.

O grande problema das constituições modernas foi que os reformistas se preocuparam em criar novos direitos constitucionais, mas deixaram de lado a organização dos poderes responsáveis pela sua efetividade. Modificar a letra constitucional para proteção social e alavanque dos direitos fundamentais não foi suficiente. Preservou-se uma organização de poderes arcaica e elitista do século XIX, denominada por Gargarella como uma “sala de máquinas” da Constituição, engrenagem responsável por todo movimento constitucional, mas que, paradoxalmente, rejeita os ideais sócio-democráticos das novas constituições. (GARGARELLA, 2006, p.15)

Assim, se de um lado temos impressos mandamentos constitucionais elucidando o comprometimento social, de outro se consolidou uma organização político-institucional anacrônica impedindo a prática dos direitos constitucionais e o empoderamento popular que tanto se busca. Essa transição bem pouco sucedida ao

neoconstitucionalismo, a pouca efetividade dos direitos fundamentais, o desencanto com a política e a corrupção da máquina pública, o interesse dos autores políticos em despolitizar temas sensíveis, são alguns dos fatores que alimentam intervenções judiciais em determinados assuntos. (UPRIMNY, 2007, p.52-59).

Para Barroso, a judicialização¹⁶ conta com três causas principais: a redemocratização, fortalecedora do Judiciário e que aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira, a constitucionalização abrangente, trazendo para a Constituição matérias antes resolvidas pelo processo político e pela legislação ordinária e, por fim, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que permite que qualquer questão política ou moralmente relevante seja alçada no STF por inúmeros legitimados (BARROSO, 2012, p. 4).

Fator de risco ou não, para uns a busca judicial pela resolução de assuntos que a seara política não se presta a resolver tem lá suas virtudes. Permite, pois, evitar abusos políticos e das maiorias contra as minorias, viabiliza o desencadeamento de processos de transformação política, autoriza o juiz constitucional a cumprir com seu papel democrático e pode até funcionar como um mecanismo de mobilização social, uma vez que empodera certos grupos sociais, facilitando ações sociais e políticas. (UPRIMNY, 2007, p.60).

Por outro lado, há quem diga ser ilegítimo o ativismo das Cortes, uma vez que os juízes não são eleitos democraticamente para revisarem decisões de cunho político que devem ser tomadas pelos representantes eleitos, o que fere, em tese, a Separação de

¹⁶Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro. A seguir, uma tentativa de sistematização da matéria. In: BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 12 de Abril de 2019.

Poderes. Há autores que defendem, nesse sentido, a superioridade do Legislativo para interpretar a Constituição, restando para a Corte o papel residual quando houver erro manifesto do legislador¹⁷ (THAYER, 1893, p. 155-156). Waldron afirma a prejudicialidade na tomada de decisões finais pela Corte em uma sociedade democrática, cabendo ao legislador a função de dizer o direito (WALDRON, 1993, p.32). Kramer, numa vertente mais radical, propõe o fim da própria revisão judicial, defendendo a ideologia de “constitucionalismo popular” e de ser o povo o titular da palavra final sobre os significados constitucionais. (KRAMER, 2001, p. 160)

Levando em consideração as virtudes e os riscos da judicialização, cabe aqui defender o ECI como uma forma de ativismo judicial estrutural ponderada, pois uma vez declarado, a Corte passa a interferir no ciclo de políticas públicas inexistentes ou deficientes, atuando em esferas próprias do Executivo e do Legislativo, sem que o juiz constitucional, contudo, tome para si a capacidade técnica para detalhar as políticas públicas. Compete à Corte o papel de catalisar a efetivação dos direitos por meio da emissão de ordens direcionadas aos demais poderes e autoridades, a formulação de normas e ações administrativas, o redirecionamento de recursos orçamentários, o monitoramento e a implementação das políticas públicas e o controle dos resultados das ordens emanadas. (MACHADO; VILLALOBOS, 2014, p. 95)

Declarado somente na presença de pressupostos objetivos autorizadores, cumpre repetir que a técnica do ECI é aplicada em casos de avançadas e sistemáticas omissões inconstitucionais, em que os direitos fundamentais são gravemente violados, atingindo um número amplo de indivíduos pela inércia dos poderes e ausência de políticas públicas, cuja solução é a intervenção judicial de forma estruturada e dialógica, visando a ordenação dos poderes para a real concretude das premissas constitucionais, tendo em vista não existir um único poder responsável pela enorme falha estrutural que se instala.

¹⁷ Essa ideia é a interpretação feita por Thayer, denominada “deferência” ou “autorrestrição judicial”.

O ECI é uma proposta de construção dialógica para uma proteção mais eficaz dos direitos fundamentais. Juízes e Cortes, apesar de não deterem a palavra final sobre o significado de uma Constituição, devem sim garantir a efetividade do seu conteúdo. E é justamente essa a proposta do ECI, buscando, por meio de um “processo dialógico” entre os poderes e autoridades públicas, a “construção coordenada” de uma rede de mecanismos que consigam efetivar as promessas constitucionais. A técnica traz uma proposta equilibrada entre constitucionalismo e democracia, possibilitando que sejam feitas “correções recíprocas no campo da hermenêutica constitucional”, tendo por base o diálogo. (CAMPOS, 2016, p. 248)

Dialógica essa criticada pelo saudoso Teori Zavaski, que via essa tratativa entre STF e Congresso como uma “monólogo institucional”, em que o Supremo “exortaria o Congresso a legislar em determinado sentido, num certo prazo. (...)”, o que, para o Ministro, era incompatível com os modelos constitucionais de solução de omissão ou insuficiência da atividade legislativa.¹⁸

A proposta dialógica inserida no ECI, contudo, busca uma aproximação entre os poderes para suprir, justamente, as falhas de comunicação entre eles existentes. Seu efeito é desbloqueador, pois rompe o “equilíbrio institucional perverso que bloqueia o funcionamento da democracia e o cumprimento dos direitos (...) estremecendo e abrindo instituições públicas que tem tido falhas crônicas no cumprimento de suas obrigações e que se mostram impermeáveis aos mecanismos usuais de responsabilidade política” (GARAVITO; FRANCO, 2010, p. 50). A declaração desta técnica busca, sobretudo, a superação dos bloqueios políticos que se dão ora pela falta de vontade política e de interesse em proteger os direitos de minoria, ora pela legislação ineficiente ou inexistente, o que resulta em um completo fracasso político.

CONCLUSÃO

¹⁸ Voto do Min. Teori Zavascki na ADI 4650, que questionava as formas de financiamento privado de campanhas. Disponível em: stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4650%2E+ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4650%2EACMS%2E%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/pyskmyv. Acesso em: 29 de Setembro de 2019.

As falhas estruturais que se instalaram após a redemocratização trazida pela Constituição de 1988 não podem ser valer de remédios constitucionais eficientes para serem sanadas. O legislador, como bem disse Gargarella, preocupou-se, erroneamente, em trazer os direitos, sem prever ou efetuar mudanças nos mecanismos existentes responsáveis pela efetivação dos mesmos. Como um trem-bala colocado em trilhos enferrujados, os direitos estão dependentes de mecanismos de efetividade que não conseguem mais operar.

Diante do caos e da desordem, e de um total “estado de coisas inconstitucional”, não há dúvidas sobre a legitimidade do STF para emitir decisões que superem os bloqueios políticos e institucionais existentes, retirando os demais poderes da inércia, catalisando novas políticas públicas e coordenando as ações das autoridades, além de monitorar os resultados.

A declaração da técnica do ECI não é ilegítima quando o cenário das omissões inconstitucionais gera total desordem e caos. Amparada na existência de todos os pressupostos objetivos necessários à sua declaração, o ECI pode ser aplicado quando presente uma violação grave, massiva e sistemática de direitos fundamentais em que um amplo número de pessoas são atingidas em decorrência da omissão reiterada e persistente das autoridades públicas, havendo assim a real necessidade de medidas que superem esse estado de coisas e mitiguem a potencialidade de inúmeras demandas congestionarem ainda mais o Judiciário.

A frente de parâmetros objetivos muito bem definidos, a judicialização na busca da real eficácia dos direitos fundamentais pode ocorrer de forma equilibrada, ficando a cargo dos juízes constitucionais assumirem o diálogo institucional entre os demais poderes e autoridades, a fim de que novas políticas públicas sejam implementadas, ou então sejam amplificadas e melhoradas as já existentes. Cabe à Corte tomar para si o papel de agente de “transformador social” quando tal competência lhe é uma garantia constitucional e quando ninguém mais o faz.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARIZA, Libardo José. The economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia. In: MALDONADO, Daniel Bonila. **Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia**. New York: Cambridge University Press, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. (2015). A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: SARMENTO, Daniel (Coord.) **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense.

BOBBIO, Norberto (1981). **Presente y porvenir de los derechos humanos**. Anuário de Derechos Humanos. Vol. 1. . Madrid: Universidad Complutense.

BONAVIDES, Paulo (2004). **Jurisição Constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)**. Revista Estudos Avançados nº51. São Paulos: USP/ Instituto de Estudos Avançados.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. (2011). **Atualidades do Controle Judicial da Omissão Legislativa Inconstitucional**. Direito Público Ano VIII, nº 42.

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

_____ (2016). **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Jus Podium.

CANOTILHO, José Joaquim G. (2001). **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora.

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

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais**. Op.cit, p. 57-63

GARGARELLA, Roberto, DOMINGO, Pilar, & ROUX, Theunis. **Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?** Aldershot: Ashgate, 2006.

HERNANDEZ, Clara Inés Vargas. La Garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano em sede de acción de tutela: el llamado "estado de cosas inconstitucional". **Revista del Centro de Estudios Constitucionales** Año 1, N° 1. Universidad de Talca, Chile, 2003.

NEDEL, José. **A Teoria Ético-Política de John Rawls**. Porto Alegre: EDPUCRS, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2003.

POGREBINSCHI, Thammy. **Judicialização ou Representação? Política, direito e democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César (Coord.). **Más allá del desplazamiento. Políticas, Derechos y Superación del desplazamiento forzado em Colombia**. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2009.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César, & RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. (s.d.). **Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transforma el desplazamiento forzado em Colombia**. Bogotá: Dejusticia, 2010.

SANCLEMENTE MACHADO, Daniela; LASPRILLA VILLALOBOS, Carlos José. **El Juez de Tutela como Arquitecto del Estado Social de Derecho**. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma Teoria. In: **Arquivos de Direitos Humanos** Vol. 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

YEPES, Rodrigo Uprimny. A Judicialização Política na Colômbia: Casos, Potencialidades e Riscos. **SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos**. Vol. 6, 2007.

Submetido em 30.09.2019

Aceito em 07.10.2019