



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

**ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A INEFETIVIDADE NA
INCONSTITUCIONALIDADE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO NA ARGUIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 347/2015**

LUIZ GONZAGA FILHO

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO
Área de Concentração: Direitos Humanos

João Pessoa/PB
2022

LUIZ GONZAGA FILHO

**ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A INEFETIVIDADE DA
DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO
NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL
347/2015**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/UFPB) como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direitos Humanos

Linha de pesquisa: Fundamentos Teórico-filosóficos dos Direitos Humanos

Orientadora: Profa. Dra. Lorena de Melo Freitas

Coorientador: Prof. Dr. Bruno Calife dos Santos

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

G642e Gonzaga Filho, Luiz.

Estado de coisas inconstitucional e a inefetividade na inconstitucionalidade do sistema penitenciário na arguição de descumprimento de preceito fundamental 347/2015 / Luiz Gonzaga Filho. - João Pessoa, 2023. 124 f.

Orientação: Lorena de Melo Freitas.

Coorientação: Bruno Calife dos Santos.

Dissertação (Mestrado) - UFPB/CCJ/PPGCJ.

1. Direitos fundamentais. 2. Sistema penitenciário. 3. Estado de coisas inconstitucional. 4. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. I. Freitas, Lorena de Melo. II. Santos, Bruno Calife dos. III. Título.

UFPB/CCJ

CDU 34

LUIZ GONZAGA FILHO

**Estado de coisas inconstitucional e a inefetividade da declaração de
inconstitucionalidade do sistema penitenciário na Arguição de Descumprimento de
Preceito Fundamental 347/2015**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direitos Humanos

Orientadora: Prof.^a Dra. Lorena de Melo Freitas

Coorientador: Prof. Dr. Bruno Calife dos Santos

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu a candidata à defesa, em nível de Mestrado, e o julgou nos seguintes termos: **APROVADO**.

Profa. Dra. Lorena de Melo Freitas (orientadora)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. Bruno Calife dos Santos (coorientador)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. Enoque Feitosa Sobreira Filho

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. Jonabio Barbosa dos Santos

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. Robson Antão de Medeiros

Julgamento: _____ Assinatura: _____

João Pessoa/PB, na data de 29 de agosto de 2022.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus, por traçar meus caminhos, iluminar meus pensamentos e dar força e coragem para concluir mais um objetivo.

À mainha e a painho, Maria e Luiz Gonzaga, que não mediram esforços para este filho.

À Karol, minha irmã, pelo incentivo e inspiração para superar todas as dificuldades.

Às amizades que o curso oportunizou a cultivar, em especial, Bárbara e Rayssa. Obrigado pelas alegrias e dores compartilhadas.

À Rebecca e Roberta, minhas grandes amigas, por toda paciência e companheirismo.

Em especial, agradeço ao Núcleo de Pesquisa Marxismo, Realismo e Direito, em nome da minha orientadora Profa. Dra. Lorena de Melo Freitas e do meu coorientador Prof. Dr. Bruno Calife dos Santos, por todo suporte de imensa valia, paciência e ensinamentos.

Por fim, a todos que, direta ou indiretamente, fizeram parte da minha formação, a todos vocês serei grato.

PSICOLOGIA DE UM VENCIDO

*Eu, filho do carbono e do amoníaco,
Monstro de escuridão e rutilância,
Sofro, desde a epigênese da infância,
A influência má dos signos do zodíaco.*

*Profundissimamente hipocondríaco,
Este ambiente me causa repugnância...
Sobe-me à boca uma ânsia análoga à ânsia
Que se escapa da boca de um cardíaco.*

*Já o verme — este operário das ruínas —
Que o sangue podre das carnificinas
Come, e à vida em geral declara guerra,*

*Anda a espreitar meus olhos para roê-los,
E há de deixar-me apenas os cabelos,
Na frialdade inorgânica da terra!*

(Eu, Augusto dos Anjos, 1912)

GONZAGA FILHO, Luiz. **Estado de coisas inconstitucional e a inefetividade da declaração de inconstitucionalidade do sistema penitenciário na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/2015**. 2022. 124 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa/PB, 2022.

RESUMO

A presente dissertação traz como objeto o precedente colombiano do estado de coisas inconstitucional, adotado no julgamento da Medida Cautelar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/2015, em razão do reconhecimento da inconstitucionalidade do sistema penitenciário brasileiro. A problemática pauta-se nas incongruências da adoção do instituto que busca a inserção de medidas estruturais, flexíveis e monitoráveis para alterar um estado fático e não normativo em diversas áreas, devendo-se debater a definição, as limitações, a validade e a utilização desse precedente em nosso País. Dentre outros pontos indagados, discute-se sobre a inobservância do contexto jurisprudencial do precedente no ordenamento estrangeiro; a inovação do controle concentrado de constitucionalidade não-normativo; a qualidade das medidas cautelares deferidas; e a falta de um processo de monitoramento e avaliação dessas medidas. O problema consiste no seguinte questionamento: “Do modo como o estado de coisas inconstitucional foi adotado, esse instituto possui meios para conduzir a uma superação de violações massivas estruturais aos direitos fundamentais no Brasil?”. A hipótese formulada é a de que o estado de coisas inconstitucional não foi adotado como um instituto adequado para essa finalidade, não se identificando um compromisso com essa aproximação do texto constitucional com a realidade social. Em relação à metodologia, a pesquisa é bibliográfica e documental, considerando-se básica, qualitativa e descritiva.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Sistema penitenciário. Estado de coisas inconstitucional. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/2015.

GONZAGA FILHO, Luiz. **Estado de coisas inconstitucional e a inefetividade da declaração de inconstitucionalidade do sistema penitenciário na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/2015**. 2022. 124 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa/PB, 2022.

RESUMEN

La presente disertación trae como objeto el precedente colombiano del estado de cosas inconstitucional, adoptado en la sentencia de la Medida Cautelar de la Demanda de Incumplimiento del Precepto Fundamental 347/2015, por el reconocimiento de la inconstitucionalidad del sistema penitenciario brasileño. La problemática problema se basa en las inconsistencias de la adopción del instituto que pretende insertar medidas estructurales, flexibles y monitoreables para cambiar un estado no normativo en varias áreas, teniendo que debatir la definición, limitaciones, validez y uso de este precedente en nuestro país. Entre otras cuestiones, discute la inobservancia del contexto jurisprudencial del precedente en el ordenamiento jurídico extranjero; la innovación del control concentrado no normativo de constitucionalidad; la calidad de las medidas cautelares otorgadas; y la falta de un proceso de seguimiento y evaluación de estas medidas. El problema consiste en la siguiente pregunta: “En la forma en que se adoptó el estado de cosas inconstitucional, ¿este instituto tiene los medios para conducir a la superación de violaciones estructurales masivas de los derechos fundamentales en Brasil?”. La hipótesis formulada es que el estado de cosas inconstitucional no fue adoptado como instituto adecuado para tal fin, no identificándose un compromiso con esta aproximación del texto constitucional a la realidad social. En cuanto a la metodología, la investigación es bibliográfica y documental, considerándose básica, cualitativa y descriptiva.

Palabras clave: Derechos fundamentales. Sistema penitenciario. Estado de cosas inconstitucional. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/2015.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
APAC	Associação de Proteção e Assistência aos Condenados
BNMP	Banco Nacional de Mandados de Prisão
CADH	Convenção Americana sobre Direitos Humanos
CCC	Corte Constitucional da Colômbia
CF/CRFB	Constituição Federal
CPP	Código de Processo Penal
Conpes	<i>Consejo Nacional de Política Económica y Social</i>
Depen	Departamento Penitenciário Nacional
EC	Emenda Constitucional
ECI	Estado de coisas inconstitucional (<i>estado de cosas inconstitucional</i>)
FARC	Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia
FUNPEN	Fundo Penitenciário Nacional
IDDD	Instituto de Defesa do Direito de Defesa
INFOPEN	Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias
INPEC	<i>Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario</i>
LEP	Lei de Execução Penal
LGBT	Lésbicas, Gays, Bissexuais e Travestis e Transexuais
MC	Medida Cautelar
MI	Mandado de Injunção
ONG	Organização Não Governamental
PSOL	Partido Socialismo e Liberdade
PDI	<i>Personas deslocaladas internamente</i>
STF	Supremo Tribunal Federal
SU	<i>Sentencia de Unificación</i>
T.	Tutela

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	6
2 CONSTRUÇÃO E PARTICULARIDADES DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL.10	
2.1 DOS INSTRUMENTOS PARA SANAR A INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO NO BRASIL.....	13
2.2 OMISSÃO INCONSTITUCIONAL E EFICÁCIA DAS NORMAS JURÍDICAS.....	17
2.3 RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DAS FALHAS ESTRUTURAIS.....	29
3 TUTELA ESTRUTURAL E PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	36
3.1 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL COLOMBIANO COMO TUTELA ESTRUTURAL.....	39
3.2 CASOS D JURISPRUDÊNCIA DA CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA...	43
3.3 CICLOS DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL.....	50
3.3.1 O sistema penitenciário colombiano.....	52
3.3.2 O caso do deslocamento forçado.....	55
3.4 EFEITOS DAS DECISÕES ESTRUTURAIS NA COLÔMBIA.....	59
4 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 347/2015.....	63
4.1 CONJUNTURA DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO.....	74
4.2 VIOLAÇÃO AOS PRECEITOS FUNDAMENTAIS E CONFIGURAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL.....	79
4.3 DAS CRÍTICAS EMPREGADAS À ADOÇÃO DA TÉCNICA DECISÓRIA.....	82
4.4 DA REPERCUSSÃO DO PRECEDENTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	97
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	104
REFERÊNCIAS.....	107
APÊNDICES.....	118

1 INTRODUÇÃO

Em relação às omissões inconstitucionais, há uma tendência de deixar em evidência aquelas exclusivamente legislativas ou administrativas, desconsiderando-se que a falha de coordenação entre os diversos órgãos e entidades estatais, de certa forma, pode caracterizar um quadro de insuficiência de políticas públicas violadoras de direitos fundamentais. Em um primeiro momento, esta pesquisa busca traçar o papel do Estado para superar essas falhas ou omissões nas políticas públicas, ressaltando-se a atuação do Poder Judiciário nas ações estruturais.

A partir de 1950, quando a Suprema Corte dos Estados Unidos apreciou caso envolvendo a discriminação racial no ensino público, outros países como África do Sul, Argentina e Índia firmaram precedentes de ações estruturais para salvaguardar direitos fundamentais de grupos socialmente vulneráveis. Contudo, esta dissertação volta-se à atuação da Corte Constitucional da Colômbia, em razão da criação e do desenvolvimento da técnica decisória do estado de coisas inconstitucional.

O objeto principal do trabalho consiste na adoção do estado de coisas inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ocorrida no julgamento da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/2015. Considerada um produto do desenvolvimento das demandas estruturais, buscou-se, por meio da declaração da inconstitucionalidade não normativa do sistema penitenciário brasileiro, superar diversas violações de direitos e garantias que atingem a população prisional.

Pode-se conceituar o estado de coisas inconstitucional como uma espécie de ação estrutural caracterizada por seus requisitos mais rígidos, em que se possibilita a declaração da existência da contradição entre as normas constitucionais e a realidade social, diante de uma conjuntura de violações massivas e sistemáticas de direitos fundamentais advindas de falhas estruturais do Estado, podendo-se expedir ordens a órgãos e autoridades para sanar a inconstitucionalidade.

Na Colômbia, a declaração de inconstitucionalidade funciona como um processo de acesso ao diálogo institucional por meio da tutela estrutural, visto que os órgãos envolvidos convergem para a resolução dos conflitos. Após a fase de elaboração e implementação das medidas tomadas, a Corte deve fiscalizar e ponderar os resultados, principalmente através de audiências públicas, de modo a promover, com a participação dos órgãos estatais e da

sociedade civil, a cooperação equilibrada entre os poderes públicos, proporcionando diálogos democráticos em busca de soluções para superar a omissão inconstitucional.

Os requisitos mais recentes elencados pela Corte colombiana para a declaração do estado de coisas inconstitucional são: vulneração massiva de direitos fundamentais que afeta número significativo de pessoas; prolongada omissão de autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantir direitos; adoção de práticas inconstitucionais; não edição de medidas legislativas, administrativas ou pressupostos para evitar a vulneração de direitos; existência de um problema social cuja solução requer a intervenção de várias entidades e adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações; e prevenção de congestionamento judicial.

No Brasil, em 2015, no julgamento da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade, o Supremo Tribunal Federal, adotando a tese do estado de coisas inconstitucional, declarou a inconstitucionalidade do sistema penitenciário brasileiro. A decretação deveria implicar em determinações de medidas estruturais flexíveis, que seriam conduzidas e supervisionadas com a devida contribuição das pessoas, órgãos e poderes afetados.

Desde então, verificam-se algumas decisões embasadas nesse entendimento do Supremo Tribunal Federal, havendo, por exemplo, discussão atual da existência de um estado de coisas inconstitucional quanto à função protetiva ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. O estado de coisas inconstitucional inova o controle de constitucionalidade abstrato, pois possui como objeto as falhas de coordenação do Poder Executivo com o Legislativo que acarretam em deficiências na consecução de políticas públicas. Entretanto, há diversas impropriedades na adoção do precedente que devem ser analisadas nesta dissertação.

Não obstante o mérito da arguição ainda não ter sido julgado, em relação ao sistema penitenciário brasileiro, o STF reconheceu a existência da violação massiva e generalizada dos direitos dos presos, deferindo as seguintes medidas: realização de audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até vinte e quatro horas, contados do momento da prisão; determinação à União para liberar o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional; e ordem, de ofício, à União e aos Estados para encaminhar informações sobre a situação prisional.

Após o impacto controverso do estado de coisas inconstitucional em nosso ordenamento jurídico, observa-se a necessidade de estudar o instituto desde sua origem, contextualizando-o ao Brasil. De forma específica, deve-se verificar as condições dessa

adoção para questionar sua possibilidade prática em reparar as falhas estruturais.

A pesquisa torna-se significativa considerando a possibilidade de abordagem de direitos de grupos vulneráveis e minorias sub-representadas e a diminuição da distância entre o garantismo textual e a realidade social. Como a inserção de precedente estrangeiro não pode ser feito de modo irrefletido, a análise da ADPF 347/2015 repercute diretamente na sociedade, justificando-se a relevância científica e social do trabalho.

Deve-se examinar os contornos e limitações do ECI, destacando a validade, limites e o meio mais apropriado de sua utilização, visto que invocar um modelo estrangeiro nesses moldes pode ser válido quando considerado todo o conhecimento sobre o tema, bem como as consequências e premissas expressas e implicitamente adotadas, e não apenas o raciocínio isolado contido em um julgado. Destaca-se a comunhão de princípios e aspectos culturais, políticos e sociais que direcionam o tribunal nacional e o colombiano, sendo necessário examinar a presença de reforços ou adversidades ao precedente.

Diante dessa problemática, investiga-se a possibilidade favorável na adoção da tese do estado de coisas inconstitucional no Brasil, apresentando o seguinte problema: *Do modo como o estado de coisas inconstitucional foi adotado, esse instituto possui meios para conduzir superações de violações massivas estruturais aos direitos fundamentais no Brasil?*

A hipótese posta é a de que o estado de coisas inconstitucional não foi adotado como meio hábil de proporcionar uma melhoria na nossa realidade. Como fundamento da ação de controle concentrado, a utilização dessa tese demonstraria apenas a influência do sistema social sobre o jurídico, sem comprometimento com sua adoção para uma maior conformidade do texto constitucional com a realidade fática.

Quanto à metodologia empregada, utiliza-se o método indutivo e considera-se a pesquisa como descritiva, conceituado como aquele que examina o direito como efetivamente é, e não como deveria ser (FREITAS; FEITOSA, 2019). Ademais, corresponde a uma pesquisa básica, qualitativa e explicativa, utilizando-se a técnica documental (fonte primária) e a pesquisa bibliográfica (fonte secundária).

Quanto ao referencial teórico, a dissertação parte da construção traçada na tese “Da inconstitucionalidade por omissão ao ‘Estado de coisas inconstitucional’” (CAMPOS, 2015), que foi utilizada pelo Supremo Tribunal Federal para fundamentar a importação do precedente estrangeiro e a consequente declaração da inconstitucionalidade do sistema penitenciário brasileiro. Para fundamentá-la, traz-se como obras principais: “Estado de Coisas

Inconstitucional” (CAMPOS, 2019); “Más allá del desplazamiento: políticas derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia” (GARAVITO; FRANCO, 2009); “Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó en desplazamiento forzado en Colombia” (GARAVITO; FRANCO, 2010); “Juicio a la exclusión: el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales em el Sur Global” (GARAVITO; FRANCO, 2015); e “Los muros de la infamia: prisiones en Colombia y en América Latina” (ARIZA; ITURRALDE, 2011).

Em relação à organização do trabalho, a dissertação está construída em três capítulos principais. Inicialmente, traz-se um capítulo com um breve contexto sobre a construção e particularidades da omissão inconstitucional. Após, o debate é conduzido aos instrumentos disponíveis para sanar a inconstitucionalidade por omissão, assim como a paulatina modificação da visão do STF em relação ao tema. Ao final, trata-se sobre as falhas estruturais nas políticas públicas, principalmente as que se referem ao Executivo e Legislativo.

O segundo capítulo volta-se à tutela estrutural na proteção de direitos fundamentais, iniciando pelo contexto histórico do surgimento das demandas estruturais, trazendo noções a partir das experiências de outros países, como África do Sul, Estados Unidos e Índia. Evidencia-se o modelo do estado de coisas inconstitucional da Colômbia como demanda estrutural, especialmente os casos do sistema penitenciário colombiano e do deslocamento forçado em virtude de conflitos armados promovidos por grupos paramilitares.

No último capítulo, pauta-se a incorporação de precedentes estrangeiros no ordenamento jurídico brasileiro, trazendo como base a adoção da técnica colombiana na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/2015. Invocam-se como principais críticas suscitadas no manejo da técnica: a inobservância dos ciclos do estado de coisas inconstitucional; a aplicação racional do instituto e da inovação no controle concentrado de constitucionalidade não-normativo; a falta de processo de monitoramento e avaliação da elaboração e implementação das medidas; e a qualidade das medidas cautelares.

2 CONSTRUÇÃO E PARTICULARIDADES DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

O presente capítulo apresenta como escopo o debate sobre a omissão inconstitucional normativa, abordando, em um primeiro momento, a construção do seu conceito e particularidades do tema. Posteriormente, discute-se a possibilidade do reconhecimento da inconstitucionalidade das falhas estruturais, com o intuito de sanar as violações massivas aos direitos fundamentais.

As omissões inconstitucionais, ao contrário do modelo europeu de controle de constitucionalidade por ação, não apresentavam um consistente amparo teórico, havendo, tradicionalmente, a noção de que a omissão legislativa inconstitucional decorreria da inércia do legislador frente a um dever constitucional. Campos (2015, p. 25) nota que esse conceito de omissão inconstitucional gira em torno da obrigação constitucional e da inércia legislativa, ou seja, o controle de constitucionalidade possui como objeto o descumprimento pelo legislador do mandamento constitucional.

Ao definir a omissão inconstitucional, Canotilho (2000, p. 1033-1034) invoca o “silêncio legislativo”. Para o autor, as omissões derivam do não cumprimento de imposições ou de ordens legiferantes, isto é, do descumprimento de normas que vinculam o legislador à adoção de medidas concretizadoras da constituição. Há inconstitucionalidade quando a constituição consagra normas sem densidade suficiente para se tornarem normas aplicáveis por si mesmas, reenviando ao legislador o ato de conferir exequibilidade prática.

Nesse sentido, reflexão de Canotilho (2000, p. 1036-1037) consistente na contraposição entre dever e direito fundamental à legislação:

Embora haja um *dever jurídico-constitucional* do legislador no sentido de este adoptar as medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas da Constituição, a esse dever não corresponde automaticamente um *direito fundamental à legislação*. Daí a insistência na necessidade de institucionalização de formas democráticas tendentes a um maior reforço da protecção jurídica contra omissões inconstitucionais (acções populares, direito de iniciativa legislativa popular, petições colectivas, e, em geral, formas de acentuação da democracia participativa). (...) A inconstitucionalidade da omissão legislativa não se conexas necessariamente com os *prazos ou tempos* dentro dos quais deveria ter havido a *interpositio* legiferante necessária para tornar exequíveis os preceitos constitucionais. De um modo geral, o legislador constituinte fixa prazos quando se trata de *ordens de legislar*. Na hipótese de omissões derivadas do não cumprimento de *imposições constitucionais*, os «momentos» decisivos para a verificação da existência da inconstitucionalidade são mais a *importância e indispensabilidade da mediação legislativa* para dar operatividade prática às normas constitucionais do que a fixação de eventuais limites *ad quem* (CANOTILHO, 2000, 1036-1037).

O estudo sobre as omissões inconstitucionais, até pouco tempo, era quase que monopólio da dogmática constitucional alemã, sendo tratado como excentricidade do modelo constitucional a partir da Lei Fundamental de Bonn. Datada de 1945, previa que os direitos fundamentais eram diretamente aplicáveis e vinculavam os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Em movimento contínuo, foram replicados comandos semelhantes em outros países, como Portugal e Espanha (MENDES; BRANCO, 2021, p. 2505).

Pode-se ressaltar o entendimento de Kelsen (2000, p. 373-374), que aborda que a constituição contém “certas estipulações referentes não apenas aos órgãos e ao procedimento pelo qual serão decretadas as futuras leis, mas também as referentes ao conteúdo dessas leis”. No contexto da Constituição de Weimar (1919), ele notou a existência entre os dispositivos que proíbem e os que prescrevem certo conteúdo para leis futuras. As primeiras tinham, em regra, efeitos jurídicos, enquanto que, em relação às segundas, se o órgão legislativo não emitisse a lei prescrita, dificilmente seria possível vincular consequências jurídicas.

A constituição também pode determinar que as leis devem ter certos conteúdos positivos: assim, ela pode exigir que, se certas matérias forem regulamentadas por lei, elas devem ser regulamentadas do modo prescrito pela constituição (que deixa ao arbítrio do órgão legislativo decidir se essas matérias devem ser regulamentadas) ou, então, a constituição, sem deixar ao órgão legislativo qualquer arbítrio, pode prescrever que certas matérias devem ser regulamentadas do modo determinado pela constituição. A constituição do Reich alemão (Constituição de Weimar), de 1919, contém vários dispositivos referentes ao conteúdo de leis futuras. Assim, por exemplo, o Artigo 121 diz o seguinte: “Por meio de legislação será proporcionada a oportunidade de apoio físico, mental e social a filhos ilegítimos, igual à usufruída pelos filhos legítimos.” Ou o Artigo 151: “A organização da vida econômica deve corresponder aos princípios da justiça, e deve ser destinada a assegurar a todos uma vida digna de um ser humano...” (KELSEN, 2000, p. 373).

Com a atuação do Tribunal Constitucional alemão, precursor no controle da omissão inconstitucional, tornou-se indispensável o desenvolvimento de técnicas de decisão adequadas a corrigir essa forma de afronta à Constituição. De plano, a Corte recusou a possibilidade de substituir o legislador na colmatação de lacunas identificadas, entendendo que a concretização da Constituição pertencia, primordialmente, ao Legislativo, com base na separação dos poderes e no postulado da democracia (MENDES; BRANCO, 2021, p. 2703-2704).

O Tribunal desenvolveu a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, tratando-se de técnica de decisão de caráter mandamental que obriga o legislador a suprimir o estado de inconstitucionalidade. Outra técnica decisória é o apelo ao legislador, em que se afirma que uma situação jurídica ainda se afigura constitucional, devendo o Legislativo efetuar as medidas requeridas para obstar um estado de inconstitucionalidade. Essa técnica

teve relevância principalmente nos casos de incompatibilidade de legislação pré-constitucional, ocasião em que dispunham um prazo ao legislador para adaptar o direito ordinário à nova ordem constitucional (MENDES; BRANCO, 2021, p. 2704-2705).

Na Itália, o tema das omissões normativas possuiu relevância especialmente com a inatividade do legislador frente a supressão da legislação fascista. Ainda que o conceito de omissão inconstitucional da Corte italiana não se distanciasse daquele construído na Alemanha, o que divergia era o modo como os casos eram inicialmente tratados, já que havia comportamento um pouco mais proativo no ordenamento italiano (CAIXETA, 2015, p. 62).

Desse modo, os primeiros pronunciamentos das Cortes Constitucionais direcionaram o tratamento teórico das omissões inconstitucionais. A ideia geral é a de que a Constituição impõe obrigações ao legislador em relação às normas que possuem a qualidade de “imperativa”, que são aquelas em que os órgãos legislativos estão obrigados a dispor em relação a certos objetivos e matérias. Essa qualidade fica mais evidente quando se trata de proceder a tutela dos direitos considerados fundamentais (CAIXETA, 2015, p. 67).

A omissão inconstitucional liga-se a um “enunciado constitucional por meio do qual é previsto um dever constitucional expresso e específico de legislar, restando configurada ausente atuação legislativa durante certo período de tempo razoável”, o que implica em uma violação objetiva à constituição (CAMPOS, 2015, p. 28). Por isso, a violação de normas constitucionais autoaplicáveis estaria fora do campo da inconstitucionalidade por omissão, que é o entendimento mais tradicional da doutrina tradicional brasileira.

O art. 5º, § 1º, da CRFB/88, versa que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, salientando-se que não se estabelece uma vinculação expressa ao legislador, como ocorre em outros modelos constitucionais. Cabe aqui a abordagem das normas constitucionais quanto à aplicabilidade. Entendendo que não há norma constitucional sem eficácia, Silva (2004, p. 81) expõe que certas normas não se manifestam na “plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se emitir uma normação jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida”.

No que toca às normas de eficácia plena, incluem-se as que produzem todos os seus efeitos essenciais ou têm a possibilidade de produzi-los, incidindo direta e indiretamente sobre a matéria que lhes constitui objeto. As normas de eficácia contida incidem imediatamente e produzem ou podem produzir todos os efeitos, mas preveem meios que permitam manter sua eficácia contida em certos limites. Por fim, normas de eficácia limitada são as que não

produzem todos seus efeitos essenciais com a simples entrada em vigor, porque o constituinte, por qualquer motivo, deixou a tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado (SILVA, 2004, p. 82-83).

As normas de eficácia plena possuem aplicabilidade direta, imediata e integral sobre os interesses de sua regulamentação jurídica, enquanto as contidas não possuem aplicabilidade integral, pois sujeitas à restrições previstas ou dependentes de regulamentação que limite sua eficácia e aplicabilidade. As normas limitadas dispõem de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, visto que apenas incidem sobre esses interesses após uma normatividade que desenvolva a eficácia, surtindo efeitos que não são dirigidos aos valores-fins da norma, mas apenas a certos valores-meios e condicionantes (SILVA, 2004, p. 83).

Nessa linha, Campos (2015, p. 25) apresenta vertente que possui relevância neste estudo, em que a omissão verifica-se “não propriamente do descumprimento de um dever específico de legislar e sim em razão as consequências no plano normativo, político e social da inércia legislativa”, ou seja, o foco estaria em torno das consequências da inação do legislador em dar cumprimento à constituição. Essa visão, detalhada nos próximos tópicos, destaca-se principalmente no estudo das ações estruturais em que se debate as omissões generalizadas dos poderes públicos.

2.2 DOS INSTRUMENTOS PARA SANAR A INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO NO BRASIL

A partir do último tópico, volta-se à omissão inconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro. Sinalizando grande virada do sistema de controle de constitucionalidade, a promulgação da Constituição Federal de 1988 possui como marca a existência de um amplo catálogo de direitos fundamentais e sociais, assim como a expansão e fortalecimento da jurisdição constitucional e dos poderes decisórios do Supremo Tribunal Federal.

De acordo com Mendes e Branco (2021, p. 1817), um grande motivo para a mudança no sistema de controle de constitucionalidade foi a substituição de um modelo exclusivista para um amplo direito de propositura. Apesar de o novo texto constitucional preservar o modelo tradicional de controle incidental ou difuso, os autores depreendem que a adoção de outros instrumentos relevantes, como o mandado de injunção, a ação direta de

inconstitucionalidade por omissão e o mandado de segurança coletivo conferiram um novo perfil ao sistema de controle de constitucionalidade brasileiro.

Até a Emenda Constitucional 16/1965, nosso ordenamento possuía um modelo exclusivamente difuso de controle, não havendo eficácia vinculante em relação aos demais poderes e aos órgãos do Poder Judiciário. Posteriormente, o sistema passou a ser misto, contudo, a mudança não promoveu um aumento significativo do espaço de participação do Supremo Tribunal Federal nos processos político-decisórios, porque não tinha resolvido fatores de fraqueza institucional, consistentes na falta de eficácia vinculante das decisões de inconstitucionalidade e no acesso restrito à jurisdição constitucional concentrada apenas no Procurador-Geral da República (CAMPOS, 2015, p. 39-40).

Com a promulgação da atual Constituição Federal, nos termos do art. 102, o STF foi declarado seu guardião, cabendo-lhe, originariamente, processar e julgar: a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (art. 102, I, “a”); a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º); a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, parágrafo único); a reclamação para a preservação da competência da Suprema Corte e garantia da autoridade de suas decisões (art. 102, I, “l”); o mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais, bem como as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5º, LXXI); o habeas corpus, mandado de segurança e habeas data contra autoridades sujeitas à sua jurisdição (art. 102, I, “d” e “i”).

Ademais, verifica-se a existência do controle difuso pelo STF, incluindo as hipóteses fixadas no julgamento de recurso extraordinário, quando as decisões recorridas contrariarem dispositivo da Constituição Federal; declararem a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; julgarem válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal; e quando julgarem válida lei local contestada em face de lei federal (art. 102, III).

Houve uma expansão dos poderes decisórios de controle de constitucionalidade, inclusive com a ampliação do rol de legitimados ativos para a propositura das ações diretas de inconstitucionalidade, já que, na ordem constitucional anterior, o monopólio do controle concentrado era exercido pelo Procurador-Geral da República, que, subordinado ao Presidente da República e titular de discricionariedade em relação aos temas que deveriam ser

submetidos ao STF, acabava moldando e restringindo o controle apenas aos temas do interesse de determinado Governo (CAMPOS, 2015, p. 40-41).

A Constituição Federal de 1988 afastou essa restrição, pois, com a introdução do sistema de controle abstrato de normas, apresentou ampla legitimação e outorgou o direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade. Ao ampliar essa legitimação para propositura da ADI (art. 103), reduziu-se o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, o que permitiu que praticamente todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal (MENDES; BRANCO, 2021, p. 2491).

Nessa perspectiva, o art. 103 da CRFB/88 versa os legitimados ativos para propositura da ADI e a ADC: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Consta, ainda, no parágrafo único do dispositivo, que o Procurador-Geral da República será previamente ouvido nestas ações.

Das inovações relevantes, expõem-se os dois instrumentos criados para sanar as omissões inconstitucionais: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. Esses institutos são provas da preocupação especial do constituinte em proteger a Constituição contra as omissões ilícitas dos Poderes Legislativo e Executivo, considerados essenciais “para a própria realização do projeto constitucional de garantia dos direitos fundamentais em torno dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade” (CAMPOS, 2015, p. 41).

De competência do STF, a ação de inconstitucionalidade por omissão é mecanismo de fiscalização abstrata, tratando-se de “processo objetivo de guarda do ordenamento constitucional, afetado pela alegada lacuna normativa ou pela existência de um ato normativo reputado insatisfatório ou insuficiente”. Essas ações não se destinam à solução de controvérsia de partes em litígio, pois operam efeitos apenas no plano normativo. Por sua vez, o mandado de injunção propõe-se ao controle incidental concebido para a tutela de direitos subjetivos constitucionais frustrados pela inércia do Poder Público (BARROSO, 2016, p. 108-170).

Pode-se classificar a omissão inconstitucional não só como o inadimplemento absoluto de um dever de legislar (omissão total), mas também a execução falha, defeituosa ou

incompleta desse mesmo dever (omissão parcial), assentando que “a lacuna inconstitucional poderia decorrer de uma mudança nas relações fáticas, configurando para o legislador imediato dever de adequação” (BRANCO; MENDES, 2021, p. 2703).

O art. 103, § 2º, da CRFB/88, dispõe sobre a ADO, preceituando que, declarada a inconstitucionalidade por omissão para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias, não se admitindo a formulação direta da norma faltante, em razão da literalidade do dispositivo. Assim, a sentença possui caráter dúplice, sendo declaratória da omissão legislativa e mandamental quanto à ciência ao poder omissor para adoção das providências necessárias (CAMPOS, 2015, p. 42).

A fiscalização das omissões constitucionais assume maior destaque nos sistemas baseados em constituições compromissórias e dirigentes. Além de organizar e limitar o poder político, elas instituem direitos consubstanciados em prestações materiais exigíveis, assim como impõem metas vinculantes aos poderes constituídos. Por isso, Barroso (2016, p. 170) entende que não se deve acreditar na juridicização plena da política, mas quando houver inefetividade, frustrando a supremacia da Constituição, cabe ao Poder Judiciário suprir o déficit de legitimidade democrática da atuação do Legislativo.

Seguindo, o art. 5º, LXXI da CRFB/88 prevê a concessão do mandado de injunção sempre que “a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Trata-se de instrumento voltado à defesa de direitos subjetivos em face de omissão do legislador ou de outro órgão incumbido de poder regulatório¹.

No mandado de injunção, o interesse processual persiste até a edição da norma regulamentadora, não desaparecendo com a pendência de projeto de lei. Os legitimados ativos são os titulares das posições subjetivas prejudicadas, seja pessoa física ou jurídica, entidade de

1 Nos termos do art. 8º da Lei 13.300/16, que regulamenta o processo e o julgamento do MI, reconhecido o estado de mora legislativa, defere-se a injunção para: determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora (inciso I); e estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado (inciso II). O art. 9º dispõe que a decisão tem eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora, podendo-se conferir eficácia ultra partes ou erga omnes quando for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração. Transitada em julgado, seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator. O art. 11 preconiza que a norma regulamentadora superveniente produz efeitos ex nunc em relação aos beneficiados por decisão transitada em julgado, salvo se a aplicação da norma editada lhes for mais favorável.

classe, associações ou sindicatos. Ainda, assentou-se a aplicação analógica da legislação constitucional e infraconstitucional para admitir impetração de mandado de injunção coletivo.

Em um momento inicial, na hipótese de omissão legislativa, o STF não formulava diretamente a norma faltante para preenchimento de lacuna normativa inconstitucional, ainda que em sede de mandado de injunção. A Corte limitava-se a declarar a mora e dar ciência ao legislador para que pudesse suprir a omissão inconstitucional. Em 2007, em julgamento de MI, a Corte decidiu criar a norma faltante não apenas em favor das partes demandantes, mas para todos os conflitos e ações judiciais análogas. A decisão possuía eficácia erga omnes e perduraria até a regulamentação da matéria, partindo-se da eficácia puramente declaratória para constitutiva-geral².

Assim, o ativismo judicial fica cada vez mais em relevância, visto que a atividade do Supremo Tribunal Federal não se limitou a resolver os casos concretos julgados, ressaltando-se que essa posição vem sendo mantida em julgados posteriores sobre diferentes temas.

2.2 OMISSÃO INCONSTITUCIONAL E EFICÁCIA DAS NORMAS JURÍDICAS

No tocante à omissão inconstitucional, observa-se que o foco principal recai sobre o legislador vinculado às normas constitucionais não-aplicáveis, em que consta o dever de legislar. Essa visão, até certo ponto, é considerada engessada por alguns doutrinadores, visto que apenas a estrutura semântica dos enunciados não poderia ser considerada como critério único e exclusivo de identificação para caracterizar a omissão inconstitucional, devendo-se aprofundar essa revisão para o estudo da tutela estrutural.

Campos (2015, p. 55) expõe que a transformação dos enunciados normativos em realidade concreta “envolve limitações, obstáculos fáticos e variáveis, sociais e institucionais, que podem afetar, em diferentes medidas, diversos dispositivos constitucionais de direitos fundamentais”, isto é, não depende da expressão e da densidade semântica desses enunciados. Nesse sentido, esses problemas de efetividade dos direitos fundamentais extrapolariam argumentos de ordem puramente semântico-estruturais.

2 O julgamento conjunto dos MIs 670, 708 e 712, julgados em 2007, envolveu o exercício do direito de greve dos servidores públicos, previsto no art. 37, VII, da CRFB/88, considerando a ausência da lei exigida para regulamentação. O dispositivo constitucional reconhece o direito de greve, mas preconiza que o exercício deverá se dar nos termos e limites da lei específica. O STF já havia enfrentado o tema, mas essa omissão não tinha sido corrigida, pois sempre se limitou a declarar a mora e dar ciência ao Legislativo para suprir a lacuna. Em virtude disso, o STF formulou diretamente a norma faltante, aplicando, por analogia, a legislação do direito de greve do setor privado (Lei 7.783/89) em favor dos servidores públicos civis, desde que observadas as particularidades, a exemplo dos serviços públicos essenciais.

Para o autor, o problema seria de efetividade de direitos fundamentais, e não de eficácia jurídico-formal dos dispositivos constitucionais. A doutrina tradicional, quanto aos direitos fundamentais em enunciados normativos autoaplicáveis, confundiria os planos da existência desses direitos com o da efetividade, pois há uma concepção de que não poderia ocorrer omissões em torno dessas, “cabendo o ônus da efetividade desses direitos aos demais intérpretes/aplicadores da Constituição, mas não ao legislador” (CAMPOS, 2015, p. 61-62).

Com o intuito de aprofundar o tema, deve-se trazer uma construção teórica acerca da validade e eficácia da norma jurídica, que é um debate que sempre ocupou lugar destaque na teoria do direito. A compreensão do tema depende do modo como se concebe o ordenamento jurídico como um todo, razão pela qual se deve fazer uma breve exposição em relação à norma jurídica em diferentes concepções de direito.

Ao opor direito natural e positivismo jurídico, Troper (2008, p. 21) preconiza que os autores da corrente jusnaturalista têm, no mínimo, o dualismo como traço comum, enquanto os positivistas acreditam na existência de um único direito (positivo), ou, no mínimo, que o trabalho dos juristas não pode ter outro objetivo senão este direito. O positivismo nega a existência do direito natural enquanto o jusnaturalismo reconhece o direito positivo, embora considera que existe, de modo subjacente, um direito natural ao qual deve se sujeitar.

Quanto ao conteúdo do direito natural, este fica sujeito a variações infinitas, pois, se existe sempre uma referência a um ideal de justiça, as idéias que fazemos dele podem ser provenientes das mais diversas ideologias. Por conseguinte, podemos encontrar tanto um direito natural cristão quanto um direito natural nacional-socialista. O jusnaturalismo é o objeto das críticas dos positivistas, e as principais têm como fundamento a recusa ao cognitivismo ético, isto é, a recusa à tese segundo a qual existiriam valores objetivos e passíveis de serem conhecidos. A maioria dos positivistas considera que, pelo contrário, tais valores não existem. Todavia, não se pode, não importa como, conhecer o que é, e, como demonstrou Hume (Tratado da natureza humana, 1740), desse conhecimento não se pode deduzir um dever-ser. Do mesmo modo, as ações são chamadas de corretas ou incorretas não porque possuam realmente a propriedade de ser corretas ou incorretas, mas somente em função de nossas preferências. Portanto, a justiça é, para eles, uma noção apenas e tão somente subjetiva, e, assim, relativa (TROPER, 2008, p. 24-25).

Distinguindo a ciência de seu objeto, ou seja, a ciência do direito e o direito em si, em uma abordagem positivista, este objeto deve ser descrito sem que lhe fossem aplicados julgamentos de valor. Troper (2008, p. 26) aborda duas variantes do positivismo: o normativismo, que pretende construir uma ciência segundo um modelo derivado das ciências empíricas sobre as normas – objeto que não é empírico; e o realismo, que pretende reduzir o

direito a um conjunto determinado de fatos, isto é, o comportamento dos juízes, e fazer da ciência do direito uma ciência empírica.

Tema comum aos positivistas é o da separação do direito e da moral, que não significa que o conteúdo do direito seria moralmente neutro, já que, consoante Troper (2008, p. 27-28), a separação consiste apenas que “o conceito de direito não pode ser definido por referência à moral, mas somente pela autoridade daquele que o enuncia ou por sua eficácia”, pouco importando que estejam ou não de acordo com a moral ou com um ideal de justiça.

Para reconhecer a validade de uma norma, ela deve estar integrada no ordenamento, exigindo-se o cumprimento do processo de produção normativa, em conformidade com os requisitos desse próprio ordenamento. Vigência é o termo com o qual se demarca o tempo de validade de uma norma, ou seja, exprime a exigibilidade de um comportamento, ocorrendo a partir de um momento até que a norma seja revogada. Em geral, começa com a publicação, mas pode ser postergada (FERRAZ JR., 2018, p. 207).

Validade e vigência não se confundem, uma vez que uma norma pode ser válida sem ser vigente, embora a norma vigente seja sempre válida, pois os critérios de reconhecimento da validade são diferentes dos critérios da vigência. Ferraz Jr. (2018, p. 208) preconiza que os critérios de validade são diferentes a depender do tipo da norma (norma legal, decreto, sentença, etc.). Cumprindo o processo prescrito para sua produção, a norma integra-se ao ordenamento e se diz válida, enquanto a vigência exige a observância da sua publicação, que também está prescrito por uma norma do ordenamento.

Sobre o ponto, Kelsen (1998, p. 215) questiona o que fundamenta a validade de uma norma. Dizer que uma norma é vigente ou vinculativa significa que o indivíduo deve se conduzir do modo prescrito. A questão da validade da norma não poderia ser “respondida com a simples verificação de um fato da ordem do ser, [já] que o fundamento de validade de uma norma não pode ser um tal fato”, pois “do fato de algo ser não pode seguir-se que algo deve ser; assim como do fato de algo dever ser não pode seguir que algo é”. Desse modo, o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de outra norma.

A norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, superior, porém a indagação do fundamento dela não poderia se perder no interminável, mas em uma norma que se pressupõe como a última e mais elevada. Como mais elevada, ela tem de ser pressuposta, tendo em vista que não pode ser posta por uma autoridade cuja competência teria de se fundar em uma norma mais elevada. Essa norma pressuposta designa-

se como fundamental, sendo fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa (KELSEN, 1998, p. 217).

O sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico. Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela vida de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por isso, pertence ela à ordem jurídica cujas normas são criadas de conformidade com esta norma fundamental. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito. Não há qualquer conduta humana que, como tal, por força do seu conteúdo, esteja excluída de ser conteúdo de uma norma jurídica. A validade desta não pode ser negada pelo fato de o seu conteúdo contrariar o de uma outra norma que não pertença à ordem jurídica cuja norma fundamental é o fundamento de validade da norma em questão. A norma fundamental de uma ordem jurídica não é uma norma material que, pelo seu conteúdo ser havido como imediatamente evidente, seja pressuposta como a norma mais elevada da qual possam ser deduzidas – como o particular do geral – normas de conduta humana através de uma operação lógica. As normas de uma ordem jurídica têm de ser produzidas através de um ato especial de criação. São normas postas, quer dizer, positivas, elementos de uma ordem positiva (KELSEN, 1998, p. 221).

A norma fundamental é a “instauração do fato fundamental da criação jurídica e pode (...) ser designada como constituição no sentido lógico-jurídico, para a distinguir da Constituição em sentido jurídico-positivo”, sendo o ponto de partida do processo da criação do direito positivo, e não consiste em uma norma posta pelo costume ou pelo ato de um órgão jurídico, mas pressuposta, “na medida em que a instância constituinte é considerada como a mais elevada autoridade e por isso não pode ser havida como recebendo o poder constituinte através de uma outra norma, posta por uma autoridade superior” (KELSEN, 1998, p. 222).

O domínio temporal de validade de uma norma pode ser limitado, pois o começo e o fim de sua validade podem ser determinados por ela própria ou por uma norma mais elevada que regula sua produção. As constituições escritas contêm, em regra, determinações especiais relativas ao processo através do qual podem ser modificadas, ressaltando-se o princípio da legitimidade que determina que a norma de uma ordem jurídica é válida até a sua validade terminar ou até ser substituída pela validade de uma outra norma desta mesma ordem jurídica (KELSEN, 1998, p. 233).

Uma norma válida pode ser vigente e não ter eficácia, pois vigência e eficácia são qualidades distintas, já que a primeira se refere ao tempo de validade, enquanto a segunda está ligada à produção de efeitos. A capacidade de produzir efeitos depende de certos requisitos, sendo alguns de natureza fática e outros de natureza técnico-normativa. Para Ferraz Jr. (2018,

p. 208), uma norma é socialmente eficaz quando encontra condições adequadas para produzir seus efeitos na realidade.

Por sua vez, o vigor ostenta a qualidade imperativa da norma, cuja força pode subsistir mesmo quando já não mais pertence ao ordenamento (como exemplo, a situação em que há a declaração da inconstitucionalidade de uma norma e não foi determinada a suspensão de sua eficácia pelo órgão competente, continuando a ser aplicada pelos tribunais). Assim, é possível que uma norma seja válida, mas ainda não seja vigente, assim como pode não ser válida nem vigente, mas ter força ou vigor, o que fundamenta a produção retroativa de efeitos (FERRAZ JR., 2018, p. 211-212).

Efetividade ou eficácia social é forma de eficácia. Ferraz Jr. (2018, p. 208-209) exemplifica com uma norma que prescreve a obrigatoriedade de um aparelho inexistente para a proteção do trabalhador sendo considerada ineficaz pelo contexto fático, ou seja, a sua ausência não poderia afetar a validade, mas apenas a produção dos seus efeitos. Entretanto, em relação à possibilidade de a ineficácia social poder tornar inválida uma norma, o autor aduz que, diferente de Kelsen, entende que a ausência de efetividade não afeta a validade, pois a norma entrou para o ordenamento, ainda que não tenha produzido efeitos.

De fato, para Kelsen (1998, p. 238), a eficácia “é uma condição da validade, mas não é esta mesma validade”, devendo a diferença ser bem acentuada, pois há quem procure identificar a validade do direito com a sua eficácia. Condena-se essa tentativa não só porque uma norma relativamente ineficaz pode ser considerada válida, e uma norma absolutamente eficaz pode não ser considerada válida, mas também porque, afirmando-se apenas a vigência, não se está em posição de compreender o sentido com o qual o direito se dirige à realidade (KELSEN, 1998, p. 149-150).

Kelsen (1998, p. 235) destaca a conexão entre validade e eficácia do direito, possuindo grande relevância em uma teoria jurídica positivista. Conforme trazido, “o ato com o qual é posta uma norma jurídica positiva é – tal como a eficácia da norma jurídica – um fato da ordem do ser”, ressaltando-se a tarefa de se encontrar entre dois extremos um meio-termo: a primeira tese é a de que “entre validade como um dever-ser e eficácia como um ser, não existe conexão de espécie alguma, [visto] que a validade do Direito é completamente independente da sua eficácia”, enquanto a outra tese, de forma contrária, é que “a validade do direito se identifica com a sua eficácia”.

Em relação a esse ponto, Kelsen (1998, p. 235-236) aborda que a primeira solução do problema tende a uma teoria idealista, enquanto a segunda a uma teoria realista. A primeira seria falsa, pois não se pode negar que uma norma ou um ordenamento jurídico como um todo perde a sua validade quando deixa de ser eficaz e porque existe uma conexão entre o dever-ser da norma jurídica e o ser da realidade natural, já que a norma jurídica positiva, para ser válida, tem que ser posta através de um ato-de-ser (da ordem de ser). De igual forma, a segunda solução seria falsa, já que não se pode negar que há numerosos casos nos quais as normas jurídicas são consideradas como válidas ainda que sejam eficazes ou ineficazes.

Para Kelsen (1998, p. 236), a eficácia de uma ordem jurídica não é, tampouco como o fato que a estabelece, fundamento da validade, ou seja, a resposta à questão de saber por que devem as normas de uma ordem jurídica serem observadas e aplicadas “é a norma fundamental pressuposta segundo a qual devemos agir de harmonia com uma Constituição efetivamente posta, globalmente eficaz”. A partir da norma fundamental, a fixação positiva e a eficácia são tornadas condição de validade, salientando-se que “uma condição não pode identificar-se com aquilo que condiciona” (KELSEN, 1998, p. 236).

Ainda que seja importante, a eficácia social ou a efetividade de uma norma não se confunde com a sua obediência ou observância, ponto relevante neste trabalho. Existem exemplos de normas que não chegam a ser obedecidas, mas podem ser consideradas socialmente eficazes, que são as que “estatuem prescrições reclamadas ideologicamente pela sociedade”, mas que, se efetivamente aplicadas, produziriam tumulto social, como a norma sobre o salário-mínimo na Constituição brasileira, que prevê um valor suficiente para atender às necessidades do trabalhador e de sua família (FERRAZ JR., 2018, p. 209).

Em um sentido técnico, a eficácia tem a ver com a aplicabilidade das normas como mais ou menos apta para produzir efeitos, podendo-se dizer que é mais ou menos eficaz. Para aferir o grau de eficácia, é preciso verificar quais as funções da eficácia no plano da realização normativa, ressaltando-se que “a norma pode ou não depender de outras normas ou, delas prescindindo pode admitir, no entanto, uma restrição por meio de uma futura norma que lhe reduzirá a eficácia” (FERRAZ JR., 2018, p. 210-211). Essa conceituação está intimamente ligada à divisão em normas de eficácia plena, contida e limitada.

Nesse sentido, Bobbio (2001, p. 45-46) assevera que, para estabelecer uma teoria da norma jurídica com fundamentos sólidos, é necessário entender que toda norma jurídica pode ser submetida a três critérios de valoração independentes entre si: se ela é justa ou injusta; se é

válida ou inválida; se é eficaz ou ineficaz. São três problemas distintos, isto é, da justiça, da validade e da eficácia da norma jurídica, consistindo, respectivamente, nos problemas deontológico, ontológico e fenomenológico do direito.

O problema da justiça consiste na correspondência ou não da norma aos valores que inspiram determinado ordenamento jurídico. Para Bobbio (2001, p. 46), todo ordenamento persegue certos fins, isto é, esse problema liga-se ao fato da representação desses fins aos valores a cuja realização o legislador dirige sua própria obra. Se uma norma é ou não é justa equivale a um aspecto do contraste entre mundo ideal e real (que deve ser e o que é), ou seja, norma justa é aquela que deve ser, enquanto que norma injusta é aquela que não deveria ser.

O problema da validade é o da existência da regra como tal, independente do juízo de valor sobre ela ser justa ou não. Diferente do problema da justiça, que se resolve com um juízo de valor, o da validade relaciona-se a um juízo de fato, isto é, trata-se de constatar se determinada regra determinada é jurídica. Para julgar a justiça de uma norma, é preciso compará-la a um valor ideal, enquanto que, para julgar a sua validade, é preciso realizar investigações do tipo empírico-racional (BOBBIO, 2001, p. 46-47).

Esse problema pressupõe que se tenha respondido à pergunta do que se entende por direito. Para decidir se uma norma é válida ou como se uma regra pertence a determinado sistema, deve-se averiguar se a autoridade que emanou tinha o poder legítimo; se não foi abrogada; e se não é incompatível com outras normas do sistema, particularmente com uma norma hierarquicamente superior ou com uma norma posterior (BOBBIO, 2001, p. 47).

Por sua vez, a eficácia consiste no problema de uma norma ser ou não seguida pelas pessoas a quem é dirigida, destinatários da norma jurídica, devendo, no caso de violação, ser imposta pela autoridade que a evocou. Assim, existem normas seguidas universalmente de modo espontâneo e, em consequência, são as mais eficazes; normas que são seguidas somente quando estão providas de coação; normas que não são seguidas apesar da coação; e, por fim, normas que são violadas sem ser aplicada coação (BOBBIO, 2001, p. 47).

Como os três critérios de valoração de determinada norma dão origem a ordens distintas, não se deve conceber essa distinção de problemas em compartimentos estanques. Para demonstrar essas relações de independência, Bobbio (2001, p. 48) formula proposições, isto é, uma norma pode ser válida sem ser eficaz, utilizando, como exemplo, a desaplicação da Constituição da Itália, que havia muitos dispositivos que não eram aplicados.

Existe uma distinção em três teorias reducionistas. A primeira reduz a validade à justiça, afirmando que uma norma só é válida se é justa, possuindo como exemplo histórico a doutrina do direito natural. Há outra teoria que reduz a justiça à validade, havendo como exemplo a concepção positivista no sentido mais restrito do termo. Por fim, há uma teoria que reduz a validade à eficácia, quando tende a afirmar que o direito real é aquele efetivamente aplicado nas relações cotidianas. – o exemplo mais emblemático é dado pelas consideradas correntes realistas da jurisprudência americana (BOBBIO, 2001, p. 54-55).

Por sua vez, Reale (2002) expõe a teoria tridimensional do direito, em que o fato, o valor e a norma compõem o direito, que não seria formado apenas por conceitos lógicos-formais ou por elementos fáticos, mas relacionando-se com o elemento axiológico.

Ao tratar sobre a validade da norma jurídica, o autor preconiza a indispensabilidade de que ela satisfaça a requisitos para tornar-se obrigatória, podendo ser vista sob três aspectos: o da validade formal ou técnico-jurídica (vigência), o da validade social (eficácia ou efetividade) e o da validade ética (fundamento). O primeiro aspecto refere-se à ordem das competências do poder político, ou seja, a legitimidade do órgão emanador da regra, que pode ser subjetiva, no que diz respeito ao órgão em si, ou objetiva, em relação à matéria tratada pela legislação (REALE, 2002, p. 86-88).

Contudo, não basta a validade técnica-jurídica para que a norma cumpra a finalidade, pois há normas, que, “por contrariarem as tendências e inclinações dominantes no seio da coletividade, só logram ser cumpridas de maneira compulsória, possuindo, desse modo, validade formal, mas não eficácia espontânea no seio da comunidade”. A eficácia refere-se “à aplicação ou execução da norma jurídica, ou por outras palavras, é a regra jurídica enquanto momento da conduta humana”, não havendo norma jurídica sem um mínimo de eficácia, de execução ou aplicação no seio do grupo (REALE, 2002, p. 90).

Do exposto já se conclui quão importante é a distinção entre vigência e eficácia, referindo-se esta aos efeitos ou consequências de uma regra jurídica. Não faltam exemplos de leis que, embora em vigor, não se convertem em comportamentos concretos, permanecendo, por assim dizer, no limbo da normatividade abstrata. Um outro aspecto há de grande relevância, que é este: quando uma lei é revogada, ou perde vigência, nem por isso ficam privados de eficácia os atos praticados anteriormente à revogação. Por outro lado, a lei nova, isto é, a vigência de uma nova lei não retroage, não tem eficácia pretérita. (...) Validade formal ou vigência é, em suma, uma propriedade que diz respeito à competência dos órgãos e aos processos de produção e reconhecimento do Direito no plano normativo. A eficácia, ao contrário, tem um caráter experimental, porquanto se refere ao cumprimento efetivo do Direito por parte de uma sociedade, ao “reconhecimento” (Anerkennung) do Direito pela comunidade, no plano social, ou, mais particularizadamente, aos efeitos sociais que uma regra suscita através de seu cumprimento (REALE, 2002, p. 91).

Nessa linha, Reale (2002, p. 91) debate que Kelsen tinha inicialmente uma posição radicalmente normativa, sustentando que o elemento essencial do direito é a validade formal. Posteriormente, ao entrar em contato com o Direito de base costumeira e jurisprudencial dos Estados Unidos, conta que o autor reconheceu, tomado na sua acepção ampla, que o direito pressupõe um mínimo de eficácia. Aqui, pode-se remeter ao terceiro aspecto da regra jurídica, que deveria reunir um fundamento de ordem axiológico, que, em Kelsen, relaciona-se à teoria da norma fundamental (REALE, 2002, p. 259-260).

Reale (2002, p. 58-59) aduz que os sentidos da palavra “direito” correspondem a três aspectos: “um aspecto normativo (o Direito como ordenamento e sua respectiva ciência); um aspecto fático (o Direito como fato, ou em sua efetividade social e histórica) e um aspecto axiológico (o Direito como valor de Justiça)”. O problema da tridimensionalidade do Direito foi objeto de estudos sistemáticos, ante a demonstração de que onde houver um fenômeno jurídico, há sempre um fato subjacente, um valor e uma regra ou norma, vislumbrando que esses elementos não existem separados, mas coexistem em uma unidade concreta.

A partir da exposição sobre a norma jurídica, deve-se traçar sobre a sua incidência, instituto responsável por transformar os fatos em fatos jurídicos, entendidos como os atos que são previstos em normas e capazes de produzir efeitos desejados pelo direito. Pontes de Miranda (2013, p. 59) preceitua que os fatos jurídicos têm importância fundamental, considerando que sobre o conjunto de fatos incide a regra jurídica. Ele expõe a teoria dos planos dos fatos jurídicos separada em existência, validade e eficácia.

Após os primeiros planos, o fato pode produzir efeitos no plano de eficácia, ou seja, irradiar os efeitos que a norma prescreve de forma abstrata. No plano da existência, verificam-se os requisitos que farão com que o fato jurídico exista, enquanto que, no da validade, supõe-se a existência do fato jurídico. O plano da eficácia pressupõe a existência do fato jurídico e a sua não nulidade. É no plano da eficácia que deve ocorrer a incidência da norma, apenas sendo possível em virtude da distinção entre o mundo fático e o jurídico, além da distinção entre os planos dos fatos jurídicos (MIRANDA, 2013, p. 59).

Para avançar no presente tema, deve-se abordar a concepção da teoria estruturante do direito, que propõe a tarefa de estruturar a ação jurídica. Müller (2007, p. 9-10), partindo do questionamento do que é a norma jurídica, aduz que o paradigma positivista não formulou conscientemente a pergunta, tendo em vista uma abordagem que confunde a norma jurídica com o texto da norma. Na visão de Müller, o modelo positivista da atividade jurídica, como

subsunção aos conceitos de uma norma jurídica acabada e fornecida, “nunca esteve em condições de promover uma tal estruturação da práxis” (CHRISTENSEN, 2007, p. 234).

Por essa razão, ele entende que esse modelo “fracassa diante de inúmeros problemas individuais, o que ficou patente no final do século XIX e conduziu às conhecidas tentativas de ‘superação’ no decorrer do século XX”, afetando questões fundamentais como a problemática do “ser e dever ser”. Os discursos antipositivistas caíram nessa armadilha do paradigma positivista, pois “corrigem em cima de fenômenos de superfície, [e] não transcendem o paradigma positivista a partir da concepção da norma”, não se necessitando de um antipositivismo, mas de uma teoria pós-positivista do direito (MÜLLER, 2007, p. 10-11).

Segundo Müller (2007, p. 10), algumas características são consideradas “abstrações duradouras” do positivismo na ciência jurídica, como a separação de norma e realidade. Para ele, a estrutura da norma e a normatividade do direito deveriam passar ao primeiro plano como pontos de vista da concretização do direito, ou seja, busca integrar na teoria da norma o que Kelsen consideraria inconciliável (ser e dever ser), pois “vista com olhos da teoria pura do direito, seria decididamente impura” (MÜLLER, 2007, p. 250).

Nota-se uma concepção de uma teoria do direito que “se torna realista e não obstante não dissolve a pretensão normativa do direito”, havendo por indutivo esse novo paradigma, visto que “desenvolve os seus esquemas conceituais de forma intrajurídica: partindo dos problemas do próprio universo jurídico, sem ‘dedução’ filosófica ou ‘transferência’ de cima e sem colonização por visões de mundo advindas de fora” (MÜLLER, 2007, p. 11-12).

Ele é indutivo por trabalhar de baixo para cima: não começa com a teoria abstrata, mas com as tarefas comuns da práxis jurídica e com o seu entorno social. (...) Ele é, portanto, indutivo à medida que principia com a dogmática do direito positivo e examina sempre de novo as inferências subsequentes para a metódica, a teoria, a teoria constitucional e a linguística jurídica com base nos seus efeitos para a dogmática. Ele é, por fim, indutivo com vistas à questão da interdisciplinariedade: o seu conceito composto de norma inclui o trabalho das ciências sociais no trabalho jurídico. Ele concebe a atividade dos juristas como atividade social, é portanto refletido em termos de teoria da ação; e com vistas ao seu enfoque linguístico ele abrange, por fim, decididamente a dimensão pragmática (MÜLLER, 2007, p. 12).

Müller (2007, p. 19) propõe à ciência do direito “a tarefa não mais de buscar a delimitação a respeito do realismo das ciências naturais”, mas a de analisar a “particularidade das normas jurídicas e de perguntar de que maneira atuam os elementos da realidade social dentro dos distintos passos da concretização do direito”. O positivismo jurídico, ao conceber o direito como um sistema sem lacunas e a decisão como subsunção estritamente lógica com a

supressão de todos os elementos do ordenamento social não espelhados no texto da norma, deixa-se levar por uma ficção inaceitável na prática (MÜLLER, 2007, p. 19).

Consoante Christensen (2007, p. 236-237), o positivismo clássico questiona “como uma norma jurídica compreendida como previamente dada pode ser aplicada e propõe como solução o modelo da subsunção”, aparecendo a norma jurídica como mero texto e o trabalho do jurista apenas como classificação conceitual. Ocorre que a teoria estruturante do direito pretende superar essa restrição da racionalidade científica à dimensão estática, partindo não do conceito abstrato de norma jurídica, elaborado independentemente da realização do direito, mas da sua realização concreta.

Com o raciocínio de que a teoria e a prática possuem igual importância, Müller (2007, p. 274) propõe acabar com o “conceito tradicional” da norma, consistente na noção de que não passam do “dever ser”, não tendo nada a ver com o “ser”, ao contrário, “elas devem se sobrepor ‘sobre’ os fatos do ‘ser’ com o objetivo de dominá-los”:

Eu, então, abandonei o velho paradigma e comecei a elaborar, sempre com casos práticos, uma nova noção da norma jurídica: como uma noção composta (de ser e de dever-ser, de campo normativo e campo factual, de dados lingüísticos e dados reais na concretização prática, e – finalmente – de dados lingüísticos primários e secundários). E, portanto, ao lado desse modelo estático da estrutura da norma, elaborar um modelo dinâmico da gênese dessa norma: isto é, ela não é desde já feita pela legislação, mas somente pelo trabalho da prática, o trabalho da concretização (MÜLLER, 2007, p. 274).

Segundo Müller (1999, p. 45), quando juristas tratam sobre “a” constituição e “da” lei, referem-se ao seu texto e ao seu teor literal, mas há novo enfoque consistente em “uma não-identidade de texto da norma e norma”. O teor literal de uma prescrição juspositiva é comparada a uma “ponta de iceberg”, servindo à formulação do programa da norma, enquanto que a normatividade não é produzida por esse texto, pois resulta dos “dados extralingüísticos de tipo estatal-social”, isto é, “de um funcionamento efetivo, de um reconhecimento efetivo e de uma atualidade efetiva desse ordenamento constitucional para motivações empíricas na sua área”, que são dados que não poderiam ser fixados no texto (MÜLLER, 1999, p. 45).

Normatividade não significa “nenhuma força normativa do fático, tampouco a vigência de um texto jurídico ou de uma ordem jurídica”, mas pressupõe a concepção da norma como um modelo ordenador materialmente caracterizado e estruturado. Designa-se como “a qualidade dinâmica de uma norma, assim compreendida, tanto de ordenar à realidade que lhe subjaz – normatividade concreta – quanto de ser condicionada e estruturada por essa realidade – normatividade materialmente determinada” (MÜLLER, 2007, p. 40).

Em oposição à vigência, a normatividade é a regulamentação vinculante da vida social, não podendo assim caber aos textos de normas, mas somente às normas jurídicas criadas pelo operador jurídico como sujeito do processo de concretização. “Normatividade” é a propriedade dinâmica que a norma jurídica compreendida como modelo de ordenamento materialmente caracterizado possui para influenciar a realidade que lhe deve ser correlacionada (normatividade concreta) e ser nisso, por sua vez, influenciada pela própria realidade (normatividade materialmente determinada) (CHRISTENSEN, 2007, p. 238).

Concebe-se o trabalho jurídico como um processo a ser realizado no tempo, assim como os enunciados nas codificações como textos de normas. A norma jurídica criada no caso está “estruturada segundo ‘programa da norma’ e ‘âmbito da norma’; ela é, portanto, um conceito composto que torna o problema tradicionalmente irresolvido de ‘ser e dever ser’ operacional e trabalhável”. Com isso, dualismos considerados irrealistas como “norma/caso” e “direito/realidade” poderiam ser “aposentados como a ilusão da ‘aplicação’ do direito como subsunção ou silogismo”, uma vez que são “representações centrais fracassadas do positivismo histórico” (MÜLLER, 2007, p. 11).

De modo simplificado, Santos (2013, p. 254-258) sintetiza os referidos elementos:

- a. Texto normativo: a) enunciado linguístico normativo que não constitui a norma, mas deve ser considerado no contexto social e comunicativo em que se insere; b) são dados de entrada do processo de concretização da norma; c) devem ser colocados no início do processo de concretização da norma, como ponto de partida deste processo; e) o legislador não cria normas, mas dados de entrada, pontos de partida para o processo de concretização;
- b. Programa normativo: a) seria o resultado da interpretação dos dados da linguagem jurídica do texto; b) o intérprete deve trabalhar com este conjunto de linguagem de forma indutiva, ou seja, extraindo de casos práticos e mesmo da jurisprudência a construção do seu significado; c) o programa normativo delimita o âmbito de aplicação do texto normativo. É uma consequência do Estado Democrático de Direito e a melhor interpretação prévia destes textos tomando por base esta premissa; c) o programa normativo não é a norma em si, mas um juízo de valor formulado sobre o texto, como, por exemplo, o entendimento jurisprudencial ou doutrinário;
- c. Âmbito material/de fato: são os dados reais do caso; os fatos do caso. Todos os elementos reais do caso que possam contribuir para a análise da situação que se pretende decidir. Há referência ainda ao âmbito do caso. Este elemento configuraria uma redução analítica do âmbito material – dados reais do caso – para os dados reais relevantes para construção da teoria do caso em voga. Visa a facilitação do trabalho, tendo em vista que não são todos os dados reais que são vitais para compreensão do caso;
- d. Âmbito normativo: é construído a partir da análise do âmbito material e do programa normativo. Neste caso se nota um entrelaçamento entre “ser” e “dever-ser” e não uma separação, como concebe a teoria positivista. Para construção do âmbito normativo é necessário se ater aos dados reais, programa normativo, sem descurar de uma visão interdisciplinar – de outras ciências, como sociologia, etc. –, para se ter uma real dimensão deste elemento;
- e. Norma jurídica: é construída a partir da união do âmbito normativo (que contém o âmbito material/de fato) – e o programa normativo (que contém a primeira interpretação do texto normativo);

f. Norma-decisão: é a aplicação individualizada da norma jurídica, esta considerada como o resultado da união do âmbito normativo e do programa normativo, que em si já consideraram o âmbito material e o texto normativo (SANTOS, 2013, p. 254).

Quanto à concretização da constituição, Müller (2007, p. 144) considera a constituição um dado de linguagem, enquanto a “concretização” seria um processo de linguagem. A relação entre texto e realidade constitucional dinamiza-se na estruturação da norma jurídica, ou seja, por meio do trabalho jurídico que efetiva a validade das normas. A partir da integração do ser e do dever-ser na norma, a realidade constitucional passa a compor a estrutura da norma, não se podendo falar na contraposição abstrata da constituição à realidade constitucional. A integração de texto e realidade constitucional será efetuada no momento de construção da norma jurídica, durante o processo de concretização.

A teoria estruturante do direito, concebida como uma noção que compreende a metodologia, a teoria (da norma) jurídica e da Constituição, relacionando-se uns com os outros, apresenta-se bastante relevante nesta pesquisa, especialmente quanto ao debate sobre o texto e a realidade constitucional. A relação entre direito e realidade encontra-se dinamizada no enfoque teórico e a concretização prática é concebida como processo real de decisão.

2.3 RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DAS FALHAS ESTRUTURAIS

Apontou-se o entendimento de que, tradicionalmente, a omissão inconstitucional encontra-se ligada aos enunciados constitucionais classificados como de “eficácia limitada” e que não são autoaplicáveis, contendo ordens específicas ao legislador infraconstitucional. Essa visão da omissão consistente apenas como inércia legislativa ou administrativa pode não corresponder à realidade fática, considerando a possibilidade de originar da falta de coordenação entre poderes, órgãos e entidades estatais – são as falhas estruturais.

Autores como Campos (2015, p. 56-57, 84) são favoráveis à leitura da possibilidade das falhas estruturais como omissões inconstitucionais, visto que a visão fundada em “critérios puramente semântico-estruturais, formalista por natureza e reducionista em resultado”, pode favorecer a debilidade dos direitos fundamentais diante de casos de inércia deliberada do Poder Legislativo, de impossibilidade real de consenso parlamentar ou de autênticos “pontos-cegos legislativos”.

Haveria omissão inconstitucional quando a falta de políticas públicas “encerrarem uma proteção deficiente dos direitos fundamentais, independentemente da tipologia dos enunciados constitucionais correspondentes”, pois essa ausência de políticas públicas satisfatórias pode surgir a partir de falhas estruturais e não da inércia específica de um órgão e entidade. Envolvida em uma falha estrutural, a omissão pode implicar a vulneração massiva, contínua e generalizada desses direitos, tratando de hipótese grave de problema social, a ponto de a solução reclamar a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações (CAMPOS, 2015, p. 85).

Ao fixar como critério da omissão a eficácia jurídico-formal dos enunciados constitucionais, a doutrina minimizaria os problemas de efetividade dos direitos fundamentais, o que equivaleria a retirar a realização prática desses direitos (CAMPOS, 2015, p. 85). Outrossim, Pessoa (2019, p. 64) aborda que a principal dificuldade enfrentada pelos direitos humanos – ou pelos direitos fundamentais, positivados no âmbito do Estado – diz respeito a sua aplicabilidade, razão pela qual o maior problema não seria o fundamento desses direitos, mas a sua garantia.

O critério da eficácia jurídico-formal deve ser substituído por outro de inclinação mais material, que dê conta dessa abrangência de situações nas quais a efetividade, ou realização prática dos direitos fundamentais possa ser ameaçada. O imperativo constitucional de legislar, pressuposto necessário para a configuração da omissão legislativa inconstitucional, deve ser vinculado ao dever estatal geral de proteção dos direitos fundamentais. O critério de identificação da omissão legislativa deve, portanto, deslocar-se de considerações puramente formais, ligadas à heterogênea tipologia das normas constitucionais, teoreticamente construída a partir de elementos exclusivamente semânticos, para alcançar elementos materiais que prestem para avaliar os efeitos negativos da ação omissiva absoluta ou parcial do legislador sobre o exercício concreto dessas diferentes gerações de direitos fundamentais. Esses critérios materiais devem ser indiferentes à tipologia formal dos enunciados normativos (CAMPOS, 2015, p. 65-66).

Deve-se fazer uma reflexão, trazendo o problema crucial no debate acerca do direito a questão de se é possível uma fundamentação para um campo prescritivo e se dele é possível extrair um conhecimento descritivo. Essa questão divide a filosofia do direito entre os jusnaturalistas, que tentam encontrar um fundamento imanente ou transcendente, anterior ou superior ao direito e desvinculado de sua base social, e os juspositivistas, pela qual o fundamento do direito “é autorreferente e indiferente àquelas questões que Kelsen afirmaria como próprias da sociologia, da política, mas nunca do direito” (FEITOSA, 2013, p. 79).

Para Bobbio (2004, p. 13-16), a ilusão de um fundamento absoluto dos direitos humanos é infundada, havendo dificuldades: a expressão “direitos do homem” é muito vaga;

existe o relativismo histórico, que modificou o rol de direitos dos homens ao longo do tempo; os direitos humanos são heterogêneos, de modo que existem pretensões diversas e talvez incompatíveis entre si; e, por fim, os direitos humanos são antinômicos, o que significa que o desenvolvimento deles não pode ser feito paralelamente, ou seja, a realização integral de uns impede a dos outros. Um fundamento absoluto e inquestionável poderia mascarar posições conservadoras e impedir o desenvolvimento de novos direitos, devendo-se buscar a sua prática e efetividade, assim como os meios de protegê-los.

A discussão sobre fundamentação dos direitos humanos de que a única forma de “negar o caráter contextual, temporal, relativos, enfim, dos mesmos, obrigaria, teoricamente, a afirmá-los como dotados de um fundamento prévio, independente da história e acima dos humanos, portanto resgatando uma concepção jusnaturalista” foi percebida por Bobbio (FEITOSA, 2013, p. 82). Nesse sentido, essa visão imobiliza a luta pela transformação das relações sociais, como a forma jurídica, “na medida em que têm em comum o fato de defender um fundamento anterior e superior para o direito existente” (FEITOSA, 2013, p. 83).

Não obstante se considere mais fácil criticar os fundamentos jusnaturalistas como inversão na concepção do direito, a noção do direito positivo é igualmente ideológica quando se apresenta como lei neutra, “válida para todos, mas se esconde que esta lei guarda os interesses das classes dominantes” (FREITAS; FEITOSA, 2016, p. 371). Por isso, Freitas (2012, p. 227-228) assevera a adoção de uma atitude crítica (cientificamente cética) em relação ao programa dos direitos humanos.

Os direitos humanos limitam-se a meras garantias formais e não comprometidas com sua concretização, “mas ao mesmo tempo em que impera um criticismo, o ceticismo não é absoluto, considerando uma esperança em uma concepção material dos direitos humanos”. A tradição jurídica faz leitura completamente idealista dos direitos humanos, acarretando a descrição da forma jurídica como um mundo ideal em alguns setores da teoria do direito. Com base nessa idealização, discute-se um fundamento supra-histórico dos direitos humanos, considerado “fonte de ilusão jurídica que confunde as circunstâncias de se ter um direito potencialmente com o fato decisivo de sua não-concretização” (FREITAS, 2012, p. 228, 234).

Examinando a concepção que tenta legitimar os direitos humanos, incorre-se em uma argumentação jusnaturalista, “que se camufla nas ilusões referenciais dos juristas quando definem direito como a busca da justiça” (FREITAS, 2012, p. 237). Como o próprio direito parte de uma condição de desigualdade, embora a humanidade aparente ser o fim e o meio dos

direitos humanos, não é todo humano que figura efetivamente como seu destinatário, pois, “para alguns humanos, resta apenas o plano formal de ‘ter direitos a...’, enquanto que para outros ‘ter direitos’ se concretiza no exercício deles” (FREITAS, 2012, p. 238).

Esses direitos são considerados garantias sem eficácia e comprometimento com sua concretização, assumindo um papel de discurso, pois são utilizados como ferramenta ideológica a serviço do liberalismo, do capitalismo e dos interesses econômicos. O programa atual de direitos humanos possui essa base individualista e liberal, em que sua ineficácia serve para a manutenção do status quo através de discursos ideológicos, objetivando a justificação das desigualdades sociais e a nutrição de um sentimento de falsa esperança de mudança da ordem social (FREITAS, 2012, p. 232-233; DOUZINAS, 2009, p. 19-20).

Kurz (2003) questiona como se pode aceitar intervenções militares ocidentais que matam mais inocentes do que as atrocidades dos ditadores e terroristas, trazendo que a guerra pela ordem do mundo é conduzida em prol da liberdade dos mercados, assim como em prol dos direitos humanos, visto que estes não são imagináveis sem a forma do mercado. Deve-se lidar com uma relação paradoxal, que é o “reconhecimento por meio do não-reconhecimento, ou, inversamente, não-reconhecimento justamente por meio do reconhecimento”.

Essa aparente contradição resta dissolvida se questionarmos a definição de ser humano que subjaz a esse paradoxo. A primeira fórmula dessa definição consiste na noção de que o ser humano é, em princípio, um ser solvente, o que naturalmente significa que um indivíduo inteiramente insolvente não poderia ser, em princípio, um ser humano. Entretanto, entendendo a definição de ser humano em uma relação social, verifica-se a indicação de que se trata de um sujeito do sistema produtor de mercadorias, ou seja, a capacidade de entrar numa relação jurídica está ligada à capacidade de participar de alguma maneira no processo de valorização do capital (KURZ, 2003).

Freitas (2012, p. 228) pensa em uma inversão do programa dos direitos humanos, aduzindo que um programa contemporâneo não pode focar apenas nas garantias formais, bem como em uma suposta inerência destes ou de seu fundamento anterior e superior a vida social. Abordar de forma ideal os direitos humanos têm o condão de fazer dele “mera estrutura de justificação para garantir a conservação de estruturas sociais perversas em detrimento de todo o conjunto social, subsumido a rubrica de ‘excluídos’, sem se questionar de que e por quem”, já que o sistema que fundamenta e legitima a ideologia dos direitos humanos identifica-se com a tradição liberal-clássica (FREITAS, 2012, p. 229).

Os direitos humanos exercem função de linguagem de segunda ordem no universo jurídico, correspondendo a mero discurso político-jurídico, quase retórico, utilizado como ratificação da própria ordem jurídica. Embora haja confusão entre o plano normativo e o concreto, frente a insuficiência do plano formal destes direitos, sua materialização pode ser impossível de se alcançar, o que não significa “a defesa de uma imediata extinção do direito, porque enquanto sociedade cindida economicamente, outra forma mais eficaz não haveria de garantir o controle social e uma sobressaltada pacificação” (FREITAS, 2012, p. 234, 238).

Conforme Pessoa (2019, p. 67), dentro desta perspectiva crítica e realista dos direitos humanos, seu discurso não é neutro, já que o reconhecimento e posituação destes não se mostraram suficiente para a garantia de sua efetividade, ressaltando-se que o grande desafio enfrentado atualmente é a sua concretização. A aplicação destes direitos não pode ficar condicionada à discricionariedade do Poder Judiciário, que está sujeito às interferências políticas, que atendem aos interesses de um partido ou um grupo específico.

Ainda que haja essa problemática em torno da idealização dos direitos humanos, é inegável perceber como eles promovem conquistas pontuais que ultrapassam os limites de sua ineficácia de concretização dos direitos que se intitulam como humanos. Pessoa (2019, p. 67) aduz que a atuação dos tribunais pode possibilitar a efetivação de direitos às minorias socialmente vulneráveis, entretanto, deve-se ter cautela com a inadequação deste meio, pois atribuir essa responsabilidade à discricionariedade do Poder Judiciário, visto que não está livre das influências ideológicas, políticas e da corrupção generalizada.

Assim, é necessário tratar sobre o papel assumido pelo Judiciário e seus limites, com o intuito de abordar a tutela estrutural na proteção dos direitos fundamentais. Deve-se trazer o entendimento de Maus (2010), com o escopo de fazer uma crítica à jurisprudência de valores, objetivando demonstrar o perigo da atuação do Tribunal Federal Constitucional em substituição ao Parlamento na tarefa de construir os valores da sociedade alemã.

Segundo Maus (2010, p. 210), as competências institucionais dos poderes contemporâneos é muito distinto da concepção de Montesquieu. Preocupado com a liberdade, o autor idealiza o sistema de repartições de funções estatais para garanti-la, identifica três funções: o poder legislativo, em que o príncipe ou o magistrado cria leis e corrige ou anula aquelas que foram feitas; o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, em que ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança e previne

invasões; e o poder executivo daqueles que dependem do direito civil, em que ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares (MONTESQUIEU, 2000, p. 167).

Na concepção de Montesquieu (2000, p. 167-168), quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade porque se pode temer que o monarca ou o senado crie leis para executá-las tiranicamente. Também não haveria liberdade se o poder de julgar não fosse separado do poder legislativo e do executivo, visto que, unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador, assim como, se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Em Maus (2010), há a reflexão de que a sociedade torna-se acomodada ao projetar o Poder Judiciário como instância moral, encarnando-se o superego desta. Há uma ligação com a psicanálise, já que o ideal seria que, aos poucos, a criança relativize a palavra do pai, constituindo-se como indivíduo. A sociedade órfã promove a infantilização dos sujeitos, considerando que “indivíduos e coletividades podem ser ainda mais facilmente dirigidos e transformados em objetos administrados pela legalidade objetiva e pelos mecanismos funcionais da sociedade industrial evoluída” (MAUS, 2010, p. 15).

Na família, como na sociedade, a importância da figura do pai para a constituição do eu e das “massas” retrocede. Uma consciência individual não mais se forma na confrontação com o pai dominante, mas, em seu lugar, entram diretrizes sociais diretas. A sociedade é cada vez menos integrada pelo poder pessoal a cujo titular ainda se possa transmitir um superego de formação clássica. Os dois processos conduzem a relações em que o poder não é mais claro e palpável na medida em que, ao mesmo tempo, a capacidade de exame autônomo dos mandamentos sociais torna-se cada vez menos evoluída na socialização individual (MAUS, 2010, p. 15).

Ante a complexidade de uma sociedade cujos valores objetivos estão sendo questionados, reconhece-se o modelo da delegação do superego, já que a formação do consenso seria alcançada pela centralização da “consciência” social no Judiciário. Se a justiça eleva-se à condição de instância moral superior da sociedade, ela se subtrai aos “mecanismos sociais de controle aos quais (...) todos os aparelhos estatais de uma forma de organização política democrática deveriam se submeter”, ou seja, há o exercício de um direito “superior” moralmente enriquecido em relação a outros poderes estatais (MAUS, 2010, p. 18-19).

Expõe-se um trecho em que se aborda o aspecto do cidadão que se depara com o Poder Judiciário em relação às expectativas jurídicas:

Assim, enriquecido por aspectos morais, o âmbito das “proibições” legais pode ser ampliado ao bel-prazer para o âmbito das esferas extrajurídicas de liberdade.

Somente mais tarde, por ocasião de um processo judicial é que o cidadão toma conhecimento do que lhe era “proibido” e aprende, para o futuro, a deduzir (de forma extremamente incerta) das decisões judiciais o que é “permitido”. Os âmbitos prévios de liberdade do indivíduo transformam-se, assim, em um produto da atividade decisória judicial, fabricado caso a caso. Essa inversão dos polos das expectativas jurídicas é intensificada não apenas por usurpações dos tribunais, mas também pela própria estrutura da lei. No Direito moderno, é típica a multiplicação de conceitos de teor moral, como “de má-fé”, “inconsciente” ou “condenável”, que se tornam pontos de acesso de representações morais do juiz nem sempre racionais, mas extremamente tradicionalistas (ou, no caso da jurisprudência sobre as manifestações de bloqueio: politicamente arbitrárias) (MAUS, 2010, p. 23).

A expectativa externa que se apresenta ao Judiciário se expressa “não apenas nas demandas de cláusulas jurídicas, mas também na confiança reinante da população na justiça”, ou seja, uma instituição que, da perspectiva do terceiro imparcial superior, “proporciona uma decisão objetiva, neutra e, por conseguinte ‘justa’ às partes litigantes envolvidas em situações e interesses concretos” (MAUS, 2010, p. 23). O “puerilismo” da crença na justiça se expressa principalmente nos casos justamente em que se espera do Tribunal Constitucional uma correção do próprio comportamento cívico (MAUS, 2010, p. 23-24).

A conversão da Constituição em um “ordenamento de valores” confere às disposições constitucionais uma imprecisão que permitiria complementar os princípios constitucionais positivados ao “bel-prazer” com outros aspectos. Nas ponderações de valores do Tribunal Constitucional, surgem critérios de eficiência que não encontram o mínimo de ponto de referência no texto constitucional, ou seja, “as garantias de liberdades escritas da Constituição são submetidas (...) à reserva das legalidades próprias não escritas dos aparelhos econômicos e políticos” (MAUS, 2010, p. 38).

Maus (2010, p. 184), quanto aos direitos humanos, preconiza que, na práxis constitucional atual, os clássicos princípios jurídicos são convertidos em seu oposto, ou seja, “a base social não mais controla os aparelhos estatais na defesa dos direitos de liberdade”, mas, inversamente, passa a ser controlada da perspectiva deles. Essa dinamização prejudica a dimensão do “direito jurídico-subjetivo dos cidadãos contra o poder público que constituía desde sempre a ratio essendi dos direitos de liberdade modernos e reforça o efeito que já está dado com sua transformação em um ‘sistema de valores objetivos’” (MAUS, 2010, p. 184).

Observa-se um fenômeno que acarreta mudanças estruturais nas funções do Judiciário, passando os direitos fundamentais, além da perspectiva de direitos subjetivos de defesa dos cidadãos, a serem visualizados a partir do reconhecimento da dimensão objetiva, como valores do Estado. O que se nota é uma intervenção judicial, que inicialmente era

prevista para resolução de conflitos de interesse, expandindo-se para a proteção dos direitos fundamentais, o controle de constitucionalidade e a interação entre os poderes públicos.

Como tentativa de materialização dos direitos humanos, deve-se discutir sobre as ações estruturais, tema principal do capítulo seguinte, para esclarecer como os juízes e as cortes atuam nessas demandas quando há violações de direitos fundamentais que envolvem atribuições normalmente conferidas aos demais poderes e órgãos públicos, considerando a noção da necessidade de decisões judiciais que atuem no núcleo dessas falhas estruturais.

3 TUTELA ESTRUTURAL E A PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O presente capítulo inicia-se com o contexto histórico das demandas estruturais, trazendo noções a partir das experiências de outros países. Após, fica em evidência o modelo do estado de coisas inconstitucional colombiano como demanda estrutural, devendo-se tratar sobre os casos mais relevantes, como o sistema penitenciário colombiano e o caso do deslocamento forçado em razão de conflitos armados promovidos por grupos paramilitares.

De início, verifica-se o surgimento das ações estruturais no contexto do movimento dos direitos civis nos Estados Unidos como instrumento de atuação para o reconhecimento do direito à igualdade. A opção pela judicialização dessas demandas por direitos foi motivada pela descrença na obtenção de mudanças através do Legislativo e na convicção em uma Suprema Corte progressista. O primeiro grande precedente envolvendo falhas estruturais que violavam direitos fundamentais se deu a partir do julgamento do caso “Brown vs. Board of Education of Topeka”, em 1954, que havia como objeto a eliminação da segregação racial no sistema de ensino no sul dos Estados Unidos³.

Além de incentivar o movimento dos direitos civis a acreditar que as mudanças sociais eram possíveis e que deveriam ser obtidas através da litigância judicial, a decisão cristalizou a resistência dos brancos sulistas a essas mudanças e radicalizou a política, gerando reações violentas ao movimento da população favorável ao fim da segregação. Essas reações demonstram as dificuldades que foram enfrentadas para a implementação da decisão, proferida nesse ambiente de disputa e de mudanças que exigiam reformas na estrutura do sistema público de ensino e a transformação do status quo (DANTAS, 2019, p. 20).

Os pedidos formulados nessa demanda estrutural buscavam realizar uma complexa reforma que transformaria o sistema de ensino público segregado em um sistema unitário e não racial. Para atingir tal objetivo, “as medidas usuais de implementação das decisões, como as contempt power e a execução forçada de ordens preestabelecidas não eram suficientes”, já que esses casos exigiam “a utilização de novos instrumentos como medidas complementares, a elaboração de planos judiciais e o estabelecimento de um cronograma ou calendário de execução, além do ajuizamento de novas ações” (DANTAS, 2019, p. 21)⁴.

3 O STF remete à decisão do “Brown vs. Board”, no julgamento da ADPF 347. No voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes, ele comparou-a ao precedente estrangeiro e disse que não se trata apenas de “expedir uma liminar que suspenda determinados atos, ou expedir determinadas orientações, mas há uma exigência de que haja acompanhamento, sob pena de o esforço que se está a fazer aqui resultar pouco significativo” (BRASIL, 2015).

4 Em relação à decisão do caso “Brown vs. Board of Education of Topeka”, pode-se citar as impressões de Weaver (2004, p. 1619-1620): “The development of structural remedies is generally attributed to the United

Fiss (2003) preceitua uma nova espécie de adjudicação denominada de “structural reform”, ressaltando-se que os valores constitucionais não podem ser totalmente garantidos sem mudanças básicas nas estruturas dessas organizações:

Structural reform is premised on the notion that the operation of large scale organizations, not just individuals acting either beyond or within these organizations, affects the quality of our social life in important ways. It is also premised on the belief that our constitutional values cannot be fully secured without basic changes in the structures of these organizations. The structural suit is one in which a judge, confronting a state bureaucracy over values of constitutional dimension, undertakes to restructure the organization to eliminate a threat to those values posed by the present institutional arrangements (FISS, 2003).

Após as demandas estruturais que possuíam como objeto a segregação escolar, foram ajuizadas diversas ações envolvendo a população carcerária nos EUA. Esses casos envolvem uma minoria estigmatizada e vulnerável de indivíduos que não tem voz no processo político pelo estigma social que carregam e pelo fato de não votarem. Esse grupo não conta com a “simpatia” dos contribuintes e cidadãos, que são desfavoráveis ao gasto de recursos públicos, inclusive por entenderem que condições degradantes dos presos constituem uma justa retribuição pelos crimes cometidos (DANTAS, 2019, p. 25).

Em 2011, houve o julgamento do caso “Brown v. Plata”, considerada uma das ações estruturais mais relevantes, que possuía como objeto a superlotação carcerária na Califórnia, cujo sistema prisional continha 80.000 vagas e cerca de 156.000 detentos. A Corte da Califórnia determinou a elaboração de um plano para a redução da superlotação para o percentual. Após o descumprimento dessa determinação, determinou-se a soltura de 46.000 presos detidos por crimes de menor periculosidade, com fundamento na Oitava Emenda à Constituição, que prevê a proibição às penas cruéis e degradantes (DANTAS, 2019, p. 26-27).

A Índia, marcada pela desigualdade social, com milhares de pessoas vivendo em condições de pobreza extrema, possui uma organização hierarquizada de sociedade que confere status diferenciados a seus cidadãos, privilegiando alguns poucos integrantes das elites locais. Essa extrema desigualdade social faz com que a concretização dos direitos

States Supreme Court’s holding in *Brown v. Board of Education* (Brown I). In that litigation, although the Court held that the Topeka, Kansas school district was illegally segregated, the Court was unwilling to order immediate desegregation. Instead, the Court adopted a slow moving approach and deferred a remedy until its decision in *Brown II*. The Court ordered the district to end segregation with ‘all deliberate speed’. As a result, the immediate effect of the decision was to leave black students in the same classrooms as before with no change in conditions. Many believe that the Court had no choice but to go slow in *Brown*. Had the Court ordered an immediate end to segregation, it would have encountered massive resistance and might have encouraged white flight, leading to the closing of public schools throughout the South. For an institution like the United States Supreme Court, dependent as it is on public respect as well as on the willingness of public officials to follow its decisions, such consequences might have been devastating”.

fundamentais, em especial os socioeconômicos, constitua ponto central do constitucionalismo indiano (DANTAS, 2019, p. 33-34).

Há enfrentamento de questões envolvendo o direito à moradia e à alimentação, que foram vinculados a outros direitos sociais como o direito à vida, permitindo sua exigibilidade imediata, judicialização e concretização. A situação do acesso à justiça indiano é tema de diversas pesquisas, sendo relevante expor:

People in India are ill served by courts, especially the lower courts at the district and municipal levels. India's courts are congested with cases, not because people resort to them excessively, but because, relative to the size of India's population, there are few courts and fewer judges (about one judge per 100,000 people). The lower courts, or subordinate judiciary as they are called in India, have a large proportion of cases that have been pending for a decade or more. It is not surprising, therefore, that much of the literature that paints a positive view of India's judiciary is focused on the Supreme Court, located in the country's capital, New Delhi, and the High Courts, located in the state capitals. The people who have access to these courts are necessarily elites, although some of the members of this elite group do act on behalf of the poor and disadvantaged people, and seek to secure their rights and entitlements (SURDASHAN; 2006, p. 154).

Por sua vez, a África do Sul possui uma Constituição que favorece o ajuizamento de ações estruturais sob o ponto de vista normativo, em especial para a concretização de direitos socioeconômicos, uma vez que o texto constitucional prevê o mesmo status para tais direitos em comparação aos direitos civis e políticos, ambos possuindo exigibilidade direta e imediata, havendo decisões sobre a moradia da população desabrigada e o direito à saúde de mulheres grávidas portadoras de HIV (DANTAS, 2019, p. 37-38).

The Constitutional Court of South Africa is not challenged in the same way as the courts of India and Colombia have been to find a way in which to render socioeconomic rights directly justiciable. The Constitution itself does not grant a separate status to civil and political rights and thus all the rights in the Bill of Rights appear to be justiciable. Thus, of the three Constitutions we are considering, the Constitutional Court of South Africa was provided with the best textual basis upon which to develop strong doctrines that render these rights meaningful for the poor. Unfortunately, the Court has weakened these rights significantly through its consistent refusal to specify their content and through the adoption of a vague jurisprudential approach founded on the notion of "reasonableness" (BILCHITZ, 2013, p. 68-69).

A Colômbia possui uma Corte Constitucional bastante ativa no que se refere ao controle das práticas e das ações do Executivo e Legislativo, assim como na promoção dos direitos fundamentais, sociais e econômicos. Ela participa fundamentalmente no avanço da proteção e promoção de direitos, sendo essencial para a satisfação do projeto de "constitucionalismo transformativo". Para Campos (2015, p. 97), dentre outros direitos, a

Corte assegurou: igualdade religiosa; proteção da identidade social, cultural e econômica das comunidades nativas; descriminalização do consumo de drogas e da eutanásia; e proibição de o legislador criminalizar as hipóteses de aborto, ressaltando-se que, nessas decisões, a Corte procurou dirigir a atividade legislativa.

No campo dos direitos sociais, houve decisões em favor da realização dos direitos sociais e econômicos, a exemplo dos temas ligados ao direito à saúde e aos serviços de seguridade social; proteção ao idoso; extensão de benefícios de pensão e aposentadoria em respeito à isonomia; tratamento igualitário entre empregados sindicalizados e não sindicalizados; objeção de incidência tributária sobre o consumo de bens de primeira necessidade; intervenção na indexação dos salários dos servidores públicos; e a situação precária inconstitucional das penitenciárias (CAMPOS, 2015, p. 98).

3.1 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL COLOMBIANO COMO TUTELA ESTRUTURAL

Para aprofundar o tema, deve-se detalhar o estado de coisas inconstitucional colombiano a partir de sua origem. Conforme exposto neste capítulo, os modelos de tutelas estruturais foram desenvolvidos por diversos países em contextos diferentes.

Em 1991, com a promulgação da Constituição colombiana, verificou-se uma massiva atuação da Corte Constitucional e o desenvolvimento cada vez mais notório da tutela estrutural, visando um maior fortalecimento contra os regimes autoritários. No mesmo sentido, o contexto da América Latina da época, entre a década de 1980 e a de 2000, os países aqui situados passaram por um intenso período de mudanças em suas constituições, como o Brasil em 1988, o Paraguai em 1992, o Peru em 1993, o Equador em 1998 e 2008, a Venezuela em 1999 e a Bolívia em 2009, ou introduziram grandes reformas, como a Costa Rica em 1984, o México em 1992, e a Argentina em 1994 (YEPES, 2011, p. 1587).

A maior parte dessas constituições citadas foram impactadas, de uma maneira ou de outra, por dois eventos, um político e um econômico. O primeiro evento consistia na emergência de uma nova onda de ditaduras que afetaram a América Latina, enquanto o segundo foi a adoção de reformas neoliberais e programas de ajuste econômico no final da década de 1980 (GARGARELLA, 2014, p. 13).

O período dos governos militares obrigou alguns países, como a Colômbia e o Brasil, após a retomada da democracia, a reconstruir substantivamente suas organizações constitucionais. Esse movimento implicou, muitas vezes, em uma concessão de status especial aos diferentes tratados de direitos humanos assinados pelos países durante as décadas anteriores, com o escopo de proteger os direitos que foram sistematicamente violados pelos governos ditatoriais (GARGARELLA, 2014, p. 14; PISARELLO, 2011, p. 185-186).

As novas mudanças constitucionais podem ser entendidas como respostas diretas para as crises sociais dos anos anteriores. A maioria dos países latino-americanos adotaram constituições mais dedicadas aos direitos sociais, econômicos e culturais, garantindo proteção ao meio ambiente, cultura, saúde, educação, alimentação, moradia, trabalho, vestuário, etc. Algumas delas incluíram garantias de equidade de gênero, incluindo mecanismos de democracia participativa, referendo ou consulta popular, introduziram o direito ao recall e reconheceram o direito às ações afirmativas (GARGARELLA, 2014, p. 15-16).

Pisarello (2011, p. 194-195) aponta que a Constituição da Colômbia (1991) outorgou à questão da “exigibilidade judicial dos direitos” um papel central (arts. 11 a 77). Ela procurou que o regime de proteção dos direitos estivesse repousado sobre outros mecanismos de tutela, desde as atuações legislativas e administrativas à própria atuação cidadã e popular. A Corte Constitucional foi instituída com amplo acesso à sua jurisdição e significativas competências e poderes de controle sobre os atos dos outros autores do governo, possuindo a guarda da integridade e supremacia da Constituição (art. 241).

The 1991 Constitution was not the product of a triumphant revolution but rather grew out of a complex historical context as a consensual attempt to broader democracy in order to confront violence and political corruption. In theses circumstances, some political and social forces that were traditionally excluded from formal politics played an important role in the Constituent Assembly, namely demobilised guerrilla groups, indigenous communities and religious minorities. The Assembly's composition was thus very pluralist by Colombian electora standards (YEPES, 2006, p. 128).

A Constituição colombiana estabeleceu um controle misto de constitucionalidade. Há o controle abstrato por meio das “acciones públicas”, propostas diretamente na Corte por qualquer cidadão, assim como o controle concreto em sede de revisão das decisões judiciais nas “acciones de tutela”, previsto no art. 86 da Constituição da Colômbia. Essas últimas são consideradas uma forma de proteção judicial direta, em que se possibilita a reclamação de qualquer pessoa à proteção de direitos fundamentais, quando ameaçados pela ação ou omissão

de autoridade pública, remetendo-se o caso à Corte Constitucional para eventual revisão (CAMPOS, 2015, p. 91; PISARELLO 2011, p. 186)⁵.

Nesse sentido, Yepes (2011, p. 1604) assevera que a promulgação da Constituição desembocou em uma nova categoria de ativismo judicial, que levou a uma importante e cada vez maior judicialização de temas específicos referentes à políticas públicas. O Poder Judiciário ganhou maior influência sobre questões que costumavam ser atribuições do Executivo e Legislativo, visto que os países latinos que adotaram Constituições sociais mais robustas desenvolveram uma interessante e imaginativa prática judicial de cumprimento dos direitos sociais (GARGARELLA, 2014, p. 16).

Nas últimas décadas, a Colômbia experimentou formas importantes de judicialização da política em diversos campos, como a luta contra a corrupção política e pela transformação das práticas políticas; o controle dos excessos governamentais, em especial nos estados de exceção; a proteção de grupos minoritários e da autonomia individual; a proteção de populações estigmatizadas ou em situações de debilidade manifesta; e a gestão da política econômica, devido à proteção judicial dos direitos sociais.

Com base nos “structural remedies”, como resposta a essas situações estruturais, o juiz constitucional elaborou o estado de coisas inconstitucional, definindo-se como uma técnica decisória em que, diante de quadro de violações massivas de direitos fundamentais advindas de falhas estruturais do Estado, possibilita a declaração da existência de contradição entre a Constituição e a realidade social, expedindo-se ordens estruturais a instar órgãos e autoridades para que, em suas funções e em tempo razoável, corrijam a realidade inconstitucional (HERNÁNDEZ, 2003, p. 211; LYONS; MONTERROZA; MEZA, 2011, p. 71-72).

Para proteger a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a Corte Constitucional toma como medida o reconhecimento da vigência de um estado de coisas inconstitucional. A decisão possui como escopo “conduzir” o Estado a observar a dignidade da pessoa humana e

5 As “acciones de tutela” são previstas no art. 86 da Constituição da Colômbia, em que há a previsão de que: “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 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”.

as garantias dos direitos fundamentais em graves violações por omissão dos poderes públicos. O juiz constitucional depara-se com uma realidade social necessitada de transformação e falhas estruturais e impasses políticos que implicam “a improbabilidade de o governo superar esse estágio de coisas contrário ao sistema de direitos fundamentais sem que o seja a partir de uma forte e ampla intervenção judicial” (CAMPOS, 2015, p. 87).

Após a fase de elaboração e implementação das medidas, a Corte Constitucional deve monitorar e avaliar os resultados da decisão por meio de audiências públicas, com a participação dos órgãos estatais e parcelas interessadas da sociedade civil, promovendo diálogos democráticos em torno das melhores soluções. As sentenças estruturais, contendo ordens flexíveis e sujeitas a acompanhamento, buscam promover a colaboração harmônica e deliberativa entre os poderes para superar a omissão inconstitucional (CAMPOS, 2015a).

Considerando a sistemática omissão estatal, “incluída a omissão legislativa, a Corte busca estabelecer um modelo coordenado de ação, que alcança diferentes atores, voltado a reverter o quadro de massiva transgressão de direitos fundamentais” (CAMPOS, 2015, p. 89-90), interferindo em escolhas políticas e assegurando que essas medidas sejam concretizadas e surtam efeitos reais. O Poder Judiciário interfere e determina a confecção de leis e políticas públicas, em vez de deixar os Poderes Executivo e Legislativo livres para decidir quando dirigir esforços para enfrentar o quadro inconstitucional.

O ECI não possui previsão normativa, sendo uma criação jurisprudencial da Corte colombiana no julgamento da SU-559, datada de 1997. Destaque-se as razões invocadas:

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

Desse modo, o estado de coisas inconstitucional possui como objeto principal a

intervenção estrutural da Corte Constitucional colombiana nos casos em que se detecta um bloqueio institucional que gere a violação sistemática a um grande número de pessoas. A principal consequência consiste no cumprimento das funções de criar políticas públicas, alocar recursos e implementar direitos sociais e econômicos, tipicamente, de competência do Poder Legislativo (ARIZA, 2013, p. 129).

Os juízes constitucionais não mais se limitariam a uma decisão com efeitos interpartes, mas a uma verdadeira dimensão estadista, adotando decisões de níveis que transcendem a esfera dos casos particulares, cuja execução envolve a atuação coordenada de diferentes autoridades públicas, servindo de catalisador à atividade administrativa do Estado, a fim de modificar uma realidade social (HERNÁNDEZ, 2003, p. 205-206).

Para Lyons, Monterroza e Meza (2011, p. 72-73), a figura do estado de coisas inconstitucional é controversa, uma vez que rompe com padrões tradicionais dos efeitos interpartes, tendo em vista que, no âmbito da declaração da realidade fática contrária à Constituição, o Tribunal assume um maior compromisso com a sociedade, especialmente com os vulneráveis, na medida em que há a busca de soluções definitivas para os problemas de natureza estrutural, adotando decisões que perpassam o caso concreto e exigindo o trabalho em conjunto de diferentes autoridades públicas.

3.3 CASOS DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA

Desde 1997, quando da criação do estado de coisas inconstitucional, ainda que de forma esparsa, a Corte da Colômbia aplicou a técnica em algumas oportunidades: a) docentes municipais contribuintes de fundo previdenciário com cobertura de saúde negada (SU-559/1997); b) ineficiência administrativa na resposta às petições de aposentados referentes a cálculos e diferenças previdenciárias (T-068/1998); c) superlotação carcerária e das condições das penitenciárias colombianas (T-153/1998); d) não convocação de concurso público para notários (SU-250/1998); e) ausência de políticas públicas para a proteção de defensores de direitos humanos (T-590/1998); f) mora no pagamento das verbas de aposentadoria (T-525/1999) e g) deslocamento forçado de pessoas em função dos conflitos armados internos (T-025/2004) (CAMPOS, 2015, p. 108-129).

De modo a demonstrar o contexto histórico em que a teoria do estado de coisas inconstitucional foi criada, o presente tópico expõe os temas e casos específicos, bem como as

respectivas medidas tomadas, com o intuito de traçar a mudança da técnica decisória na Corte Constitucional da Colômbia.

Consoante exposto no tópico passado, a primeira ocasião em que houve a declaração do ECI foi na SU-559, de 1997, em um caso que 45 professores, que contribuíam com 5% de seus subsídios para um fundo previdenciário, não recebiam cobertura de saúde ou de seguridade social. Havia a alegação, por parte dos agentes municipais, de escassez de recursos orçamentários para o custeio, ainda que o desconto sobre os subsídios dos professores fossem obrigatórios (CAMPOS, 2015, p. 108).

Na ocasião, a Corte Constitucional entendeu pela declaração da inconstitucionalidade, visto que a situação era recorrente em muitos municípios, determinando-se a correção da problemática e a comunicação aos Ministros da Educação e da Fazenda e do Crédito Público, ao Diretor do Departamento Nacional de Planejamento, aos membros do CONPES Social, aos Governadores e Assembleias, aos Prefeitos e aos Conselhos Municipais para providências.

Campos (2015, p. 111) assevera que, no julgamento deste caso, além de procurar resolver um problema estrutural, houve uma preocupação da Corte em proteger sua própria estrutura de funcionamento, pois a decisão poderia ocasionar uma grande quantidade de tutelas com o mesmo pedido e causa de pedir, motivo pelo qual houve a extensão dos efeitos a um número amplo e indeterminado de pessoas por meio de uma única ação de tutela.

No ano seguinte, em 1998, foi declarado novamente o ECI na Sentencia T-068, que tinha como objeto a mora da Caixa Nacional de Previdência em enfrentar milhares de petições de aposentados e pensionistas dirigidas a obter atualizações e pagamentos de diferenças das verbas previdenciárias. Para a Corte, havia um “quadro insuportável de ineficiência administrativa, vulnerando permanentemente o direito fundamental de petição dos administrados, e gerando grande quantidade de acciones contra a entidade previdenciária” (CAMPOS, 2015, p. 112).

Ante a deficiência administrativa, dentre outras medidas, a Corte declarou o estado de coisas inconstitucional, determinando à Caixa Nacional de Previdência a resolução do direito de fundo dos demandantes, assim como ordenou a comunicação da decisão ao Ministro da Fazenda e do Crédito Público e ao Ministro do Trabalho e da Seguridade Social, ao Chefe do Departamento Administrativo da Função Pública, à gerência e à subdireção de prestações econômicas da Caixa Nacional de Previdência Social para que corrigissem a situação.

No mesmo ano, houve uma das decisões mais relevantes desde a criação do estado de

coisas inconstitucional na Colômbia. A Sentencia T-153/1998 possuía como objeto o sistema penitenciário colombiano, envolvendo, principalmente, a superlotação carcerária e as condições desumanas de penitenciárias localizadas em Medellín e em Bogotá. À época, o tema estava em evidência, pois o sistema penitenciário havia alcançado o ápice da crise, havendo uma grande quantidade de ações de proteção ajuizadas por presos (ARIZA; ITURRALDE, 2011, p. 54).

A Corte reconheceu que o quadro de superlotação das penitenciárias colombianas acarretava a violação massiva dos direitos à dignidade humana, à vida, à integridade física, à família, à saúde, enfim, a um amplo conjunto de direitos fundamentais. Evidenciou-se a omissão permanente do Estado e da sociedade, havendo uma indiferença dos atores sociais e políticos correspondendo a uma “tragédia diária dos cárceres”, de forma que o problema não era apenas de ordem pública, mas um grave problema social (CAMPOS, 2015, p. 114).

Consignou-se a absoluta ausência de políticas públicas para resolver ou minimizar a situação. Destacando a insensibilidade dos gestores públicos com a população carcerária, os juízes entenderam que o tema estava fora da agenda política, revelando-se o estado permanente de inércia legislativa e administrativa em face dos graves problemas sociais. Apesar do desvirtuamento da finalidade do tratamento penitenciário e da configuração da violação de tratados internacionais sobre a ressocialização de presos e o caráter especial das prisões preventivas, o Estado permanecia inerte à situação (CAMPOS, 2015, p. 115).

Em razão de sua relevância, traz-se inteiramente o dispositivo da decisão transcrito para avaliar as medidas tomadas pela Corte:

Primero. – **ORDENAR** que se notifique acerca de la existencia del estado de cosas inconstitucional en las prisiones al Presidente de la República; a los presidentes del Senado de la República y de la Cámara de Representantes; a los presidentes de la Sala Penal de la Corte Suprema Justicia y de las Salas Administrativa y Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura; al Fiscal General de la Nación; a los gobernadores y los alcaldes; a los presidentes de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales; y a los personeros municipales.

Segundo. – **REVOCAR** las sentencias proferidas por la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, el día 16 de junio de 1997, y el Juzgado Cincuenta Penal Municipal de Bogotá, el día 21 de agosto de 1997, por medio de las cuales se denegaron las solicitudes de tutela interpuestas por Manuel José Duque Arcila y Jhon Jairo Hernández y otros, respectivamente. En su lugar se concederá el amparo solicitado.

Tercero. – **ORDENAR** al INPEC, al Ministerio de Justicia y del Derecho y al Departamento Nacional de Planeación elaborar, en un término de tres meses a partir de la notificación de esta sentencia, un plan de construcción y refacción carcelaria tendente a garantizar a los reclusos condiciones de vida dignas en los penales. La Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de Nación ejercerán

supervigilancia sobre este punto. Además, con el objeto de poder financiar enteramente los gastos que demande la ejecución del plan de construcción y refacción carcelaria, el Gobierno deberá realizar de inmediato las diligencias necesarias para que en el presupuesto de la actual vigencia fiscal y de las sucesivas se incluyan las partidas requeridas. Igualmente, el Gobierno deberá adelantar los trámites requeridos a fin de que el mencionado plan de construcción y refacción carcelaria y los gastos que demande su ejecución sean incorporados dentro del Plan Nacional de Desarrollo e Inversiones.

Cuarto. – **ORDENAR** al Ministerio de Justicia y del Derecho, al INPEC y al Departamento Nacional de Planeación, en cabeza de quien obre en cualquier tiempo como titular del Despacho o de la Dirección, la realización total del plan de construcción y refacción carcelaria en un término máximo de cuatro años, de conformidad con lo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo e Inversiones.

Quinto. – **ORDENAR** al INPEC y al Ministerio de Justicia y del Derecho la suspensión inmediata de la ejecución del contrato de remodelación de las celdas de la Cárcel Distrital Modelo de Santafé de Bogotá.

Sexto. – **ORDENAR** al INPEC que, en un término máximo de tres meses, recluya en establecimientos especiales a los miembros de la Fuerza Pública que se encuentran privados de la libertad, con el objeto de garantizar su derecho a la vida y a la integridad personal.

Séptimo. – **ORDENAR** al INPEC que, en un término máximo de cuatro años, separe completamente los internos sindicados de los condenados.

Octavo. – **ORDENAR** a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que investigue la razón de la no asistencia de los jueces de penas y medidas de seguridad de Bogotá y Medellín a las cárceles Modelo y Bellavista.

Noveno. – **ORDENAR** al INPEC, al Ministerio de Justicia y del Derecho y al Ministerio de Hacienda que tomen las medidas necesarias para solucionar las carencias de personal especializado en las prisiones y de la Guardia Penitenciaria.

Décimo. – **ORDENAR** a los gobernadores y alcaldes, y a los presidentes de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales que tomen las medidas necesarias para cumplir con su obligación de crear y mantener centros de reclusión propios.

Undécimo. – **ORDENAR** al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, y al Ministro de Justicia y del Derecho que, mientras se ejecutan las obras carcelarias ordenadas en esta sentencia, tomen las medidas necesarias para garantizar el orden público y el respeto de los derechos fundamentales de los internos en los establecimientos de reclusión del país (COLÔMBIA, 1998).

Hernández (2003, p. 217) considera que a referida sentença foi mais precisa do que as primeiras, pois foram dirigidas ordens mais concretas à entidade demandada, não se limitando a fixar um plano razoável para o cumprimento dessas medidas, mas estipulando um prazo factível. Ao declarar o estado de coisas inconstitucional, houve avanços no desenho de uma garantia para a dimensão objetiva dos direitos fundamentais sem deixar de se discutir sobre as justificativas constitucionais que permitem essa figura no ordenamento colombiano.

Por sua vez, Campos (2015, p. 117) assegura que a Corte determinou a formulação de políticas públicas e dotações orçamentárias para reduzir a crise jurídica, social e moral do sistema carcerário colombiano. Apesar de ter deixado aos poderes políticos e aos órgãos administrativos a tarefa de dar conteúdo às políticas públicas necessárias, o seu papel principal foi o de evidenciar o tema e findar a inércia estatal.

No mesmo ano, a Corte declarou o estado de coisas inconstitucional em mais duas oportunidades: no caso da não convocação de concurso público para notários (SU-250/1998) e no caso dos defensores de direitos humanos (T-590, 1998).

Em relação à primeira decisão, o tema consistia na omissão do Estado em organizar determinado certame para a nomeação de notários, visto que havia essa previsão no texto constitucional. Para cessar o estado de coisas inconstitucional, a Corte, além de decidir o conflito individual suscitado no recurso de tutela, determinou a notificação ao Superintendente de Notariado e Registro e ao Conselho Superior da Administração de Justiça, para que fosse convocado concurso público para notários.

Quanto ao segundo caso, a demanda envolveu pedido de tutela formulado pelo presidente de uma ONG, que estava preso por ter supostamente praticado o delito de rebelião, pois investigou e denunciou violações de direitos humanos na Colômbia. Muitas das pessoas que ele tinha denunciado, estavam detidas na mesma instituição carcerária e faziam ameaças constantes, razão pela qual foi pedido, por diversas vezes, transferência para uma prisão de segurança máxima ou domiciliar, que foram negados em diferentes oportunidades (CAMPOS, 2015, p. 119-120).

Além de resolver a tutela individual, a Corte constatou a deficiência de políticas públicas de proteção dos defensores de direitos humanos no País, assentando-se a omissão do Estado em resguardar esses agentes não governamentais. O contínuo ataque a defensores de direitos humanos, inclusive o assassinato de ativistas, demonstrava a omissão do Estado em protegê-los, o que caracteriza uma situação abertamente inconstitucional, a qual o juiz constitucional não pode ser inerte (CAMPOS, 2015, p. 120).

A falta de proteção estatal aos defensores de direitos humanos motivou a Corte declarar que havia a deficiência de políticas públicas na proteção dos defensores de direitos humanos. Por isso, a Corte conclamou às autoridades da República para cessar a situação inconstitucional; solicitou ao Procurador Geral da Nação e ao Defensor do Povo para que protegessem os defensores dos direitos humanos; invocou o povo à defesa e difusão dos direitos humanos para uma convivência pacífica; comunicou a sentença à Presidência da República, à Alta Comissária para a Defesa dos Direitos Humanos das Nações Unidas na Colômbia, à Procuradoria Geral da Nação, à Defensoria do Povo e ao Ministério do Interior.

No ano de 1999, a Corte colombiana, no julgamento da Sentencia T-525, declarou o estado de coisas inconstitucional em relação ao atraso sistemático no pagamento das verbas de

aposentadoria. A demanda consistia no quadro de mora pelo Departamento de Bolívar no pagamento de aposentadorias e pensões, alegando o Governador a impossibilidade de efetuar os pagamentos, em razão de penhoras de rendas decorrentes da má gestão de governantes anteriores. Por esse motivo, diante da existência de débitos contraídos anteriormente, a solução dada pelo Governo seria a contratação de empréstimos junto a instituições financeiras (CAMPOS, 2015, p. 120-121).

Desse modo, declarou-se o estado de coisas inconstitucional, determinando-se as seguintes medidas: ordenar o Departamento de Bolívar para que se busque as alternativas necessárias para superar a inconstitucionalidade, procedendo ao pagamento de aposentadorias e pensões devidas; comunicar aos membros da Assembleia de Bolívar para tomar as medidas necessárias visando corrigir as falhas orçamentárias; impor ao Governador de Bolívar que se previna para evitar novos atrasos nos pagamentos, sob pena de sofrer sanções legais, a serem aplicadas pelos juízes de primeira instância; e atribuir ao Procurador Geral da Nação a tarefa de investigar o cumprimento da sentença pela administração estadual.

Por fim, a Sentencia T-025/2004, grande marco do estado de coisas inconstitucional colombiano. A decisão envolvia a situação de milhões de pessoas que, diante da ameaça dos conflitos armados promovidos por grupos paramilitares, eram forçadas a migrar para outras regiões da Colômbia, desprovidas de qualquer aparato estatal, embora a legislação local garantisse auxílios para superar essa condição (GARAVITO; FRANCO, 2010, p. 13).

O deslocamento interno forçado de pessoas é um fenômeno típico de países mergulhados em violência, como é o caso da Colômbia. As pessoas são forçadas a migrar dentro do território colombiano, obrigadas a abandonar seus lares e suas atividades econômicas porque as ações violentas de grupos como as FARC ameaçam suas vidas, a integridade física das famílias, não havendo segurança ou liberdade nesses contextos. Conflitos armados internos, como os que ocorrem na Colômbia, geram violência generalizada, violações massivas de direitos humanos, desordem pública e a necessidade de as pessoas fugirem de suas localidades para lugares mais seguros. Todavia, a sociedade civil e as autoridades públicas colombianas, por muitos anos, simplesmente ignoraram as condições às quais se submetiam essas pessoas durante e depois dos deslocamentos (CAMPOS, 2015, p. 124).

Antes da decisão da Corte colombiana, o tema do deslocamento forçado vinha sendo debatido há muitos anos no País, devendo-se trazer aqui a edição da Lei 387, de 1987, que construiu o marco jurídico para a política de atenção à população deslocada. A partir de 1995, quando o Estado colombiano empreendeu os primeiros programas para enfrentar o problema, que eram profundamente deficientes e limitados, a Corte começou a intervir de forma mais

consistente na problemática (GARAVITO; FRANCO, 2009, p. 15-21).

Diante da gravidade exposta, a Corte, visando resguardar principalmente os direitos básicos das pessoas afetadas pelo deslocamento forçado, reconheceu a inconstitucionalidade do contexto mencionado, concluindo pela necessidade de ordenar remédios que coibissem a violação de direitos, estendendo os efeitos da decisão a outras pessoas que se encontrassem na mesma situação (CAMPOS, 2015, 124-125). Assim, estariam presentes os fatores que caracterizam o estado de coisas inconstitucional, legitimando-se a sua intervenção estatal, razão pela qual foram tomadas como principais medidas:

PRIMERO. – DECLARAR la existencia de un estado de cosas inconstitucional en la situación de la población desplazada debido a la falta de concordancia entre la gravedad de la afectación de los derechos reconocidos constitucionalmente y desarrollados por la ley, de un lado, y el volumen de recursos efectivamente destinado a asegurar el goce efectivo de tales derechos y la capacidad institucional para implementar los correspondientes mandatos constitucionales y legales, de otro lado.

SEGUNDO. – COMUNICAR, por medio de la Secretaría General, dicho estado de cosas inconstitucional al Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, para que dentro de la órbita de su competencia y en cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales verifique la magnitud de esta discordancia y diseñe e implemente un plan de acción para superarla dando especial prioridad a la ayuda humanitaria dentro de los plazos que a continuación se indican [...].

TERCERO. – COMUNICAR, por medio de la Secretaría General, el estado de cosas inconstitucional al Ministro del Interior y de la Justicia, para que promueva que los gobernadores y alcaldes a que se refiere el artículo 7º de la Ley 387 de 1997, adopten las decisiones necesarias para asegurar que exista coherencia entre las obligaciones, constitucional y legalmente definidas, de atención a la población desplazada a cargo de la respectiva entidad territorial y los recursos que debe destinar para proteger efectivamente sus derechos constitucionales. En la adopción de tales decisiones ofrecerán oportunidades suficientes de participación efectiva a las organizaciones que representen los intereses de la población desplazada [...].

CUARTO. – ORDENAR al Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia que dentro de los 3 meses siguientes a la comunicación de la presente sentencia, adopte un programa de acción, con un cronograma preciso, encaminado a corregir las falencias en la capacidad institucional, por lo menos, en lo que respecta a las que fueron expuestas en los informes aportados al presente proceso [...].

QUINTO. – ORDENAR al Consejo Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada, que en un plazo máximo de 6 meses, contados a partir de la comunicación de la presente sentencia, concluya las acciones encaminadas a que todos los desplazados gocen efectivamente del mínimo de protección de sus derechos a que se hizo referencia en el apartado 9 de esta sentencia.

SEXTO. – COMUNICAR, por Secretaría General, la presente sentencia al Ministro de Hacienda y Crédito Público, y al Director del Departamento Nacional de Planeación, para lo de su competencia.

SÉPTIMO. – COMUNICAR, por Secretaría General, la presente sentencia a la Ministra de Relaciones Exteriores, para lo de su competencia.

OCTAVO. – PREVENIR a todas las autoridades nacionales y territoriales responsables de la atención a la población desplazada en cada uno de sus componentes, que en lo sucesivo se abstengan de incorporar la interposición de la acción de tutela como requisito para acceder a cualquiera de los beneficios definidos

en la ley. Tales servidores públicos deberán atender oportuna y eficazmente las peticiones, en los términos de la orden décima de esta sentencia.

NOVENO. – Comunicar la presente sentencia al Director de la Red de Solidaridad Social para lo de su competencia y **ORDENARLE** que instruya a las personas encargadas de atender a los desplazados, para que les informen de manera inmediata, clara y precisa la *carta de derechos básicos* de toda persona que ha sido víctima de desplazamiento forzado interno señalada en el apartado 10.1.4. de esta sentencia y establezca mecanismos para verificar que ello realmente suceda [...] (COLÔMBIA, 2004).

É nesse sentido que Garavito e Franco (2010, p. 14) asseveram que a T-025/2004 apresenta quatro características que a fazem particularmente útil para a discussão sobre a aplicação judicial dos direitos humanos. Em primeiro, o alcance do caso é amplo, porque se trata de uma verdadeira “macrosentença” pelo tamanho da população beneficiária e os numerosos atores estatais e sociais envolvidos, assim como pela gravidade das violações de direitos e a duração do processo de implementação das ordens do caso, que segue em aberto um lapso temporal considerável após a decisão.

Em segundo lugar, verifica-se que, após o julgamento da demanda, a Corte manteve jurisdição sobre o caso para impulsionar o cumprimento de suas ordens, através de decisões de seguimento e audiências públicas de discussões. Em terceiro, ressalta-se o tipo de ordem ditada pela Corte. No lugar de fixar os detalhes das medidas que as autoridades públicas devem tomar para atender aos deslocados, o Tribunal expediu ordens de procedimento que envolvem o Estado e a sociedade civil na elaboração e aplicação de programas para enfrentar a crise humanitária (GARAVITO; FRANCO, 2010, p. 15).

Por último, para os autores, considera-se a decisão relevante para a discussão internacional, porque faz parte de uma jurisprudência que tem ganhado um lugar promissor no constitucionalismo comparado. A Colômbia, um dos países com violações mais graves dos direitos humanos, passou a ser exportador de jurisprudência constitucional e de inovações institucionais para assegurar o cumprimento de decisões ambiciosas sobre estes direitos. Cada vez mais, a jurisprudência da Corte colombiana vem sendo citada por tribunais latino-americanos e de outras partes do mundo (GARAVITO; FRANCO, 2010, p. 15).

3.4 CICLOS DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

O estado de coisas inconstitucional é dividido por alguns autores em ciclos, fases ou períodos, uma vez que foi criado pela Corte da Colômbia de forma progressiva. A cada etapa, verificou-se que, com o julgamento dos mais diversos temas, a Corte foi agregando

pressupostos, fundamentos e técnicas que resultaram na transformação da ferramenta interventiva.

Há divergência na doutrina em relação à divisão de ciclos. Campos (2019, p. 169-170) expõe o entendimento de Gómez Pinto, que aponta a existência de três ciclos ou fases distintas. A primeira fase, chamada de “etapa do iluminismo constitucional”, estendeu-se de 1997 a 2000, abrangendo a decisão sobre os docentes municipais (SU-559/1997), o direito de petição dos aposentados (T-068/1998), o caso do sistema carcerário (T-153/1998) e a controvérsia do direito de moradia em face da atualização monetária e juros de moras dos contratos de hipoteca (C-955/2000).

Ademais, a segunda fase, conhecida por “tenebrismo constitucional”, abrangeria os anos de 2000 a 2004, alcançando a decisão sobre a mora no pagamento de pensões (SU-090/2000), outra decisão sobre o sistema carcerário (T-257/2000) e uma manifestação inicial relativa às pessoas deslocadas (SU-1.150/2000). Por fim, a terceira fase, em andamento, é a “etapa do renascimento”, possuindo como marco inicial a T-025/2004, considerada como a decisão principal sobre o deslocamento forçado (CAMPOS, 2019, p. 170).

Segundo o autor, na primeira fase, a Corte dispôs sobre o sentido jurídico, os fundamentos, os pressupostos e os impactos econômicos do ECI; e constitucionalizou a distribuição de recursos públicos como problema econômico e de políticas públicas sob a perspectiva do Estado social de direito, fundamentando sua legitimidade institucional, para interferir nessas políticas, no modelo de separação harmônica de poderes do artigo 113 da Constituição, repetido em todas as decisões desse período. A percepção seria a da presença de uma Corte “legitimadora de direitos e instituições econômicas que haviam perdido o rumo”. A segunda fase é apontada por Gómez Pinto como “a época da decadência” do ECI: “o período mais conservador da Corte em seu ativismo judicial iniciado uns anos antes e, talvez, o de maior retrocesso em sua jurisprudência, porque a própria Corte desconhece o alcance e sentido inicial da declaratória do estado de coisas inconstitucional como mecanismo de ajuste da política constitucional econômica”. [...] A terceira etapa, conforme o autor, é marcada pelo “renascimento” ou refinamento da teoria do ECI pela festejada *Sentencia* nº T-025, de 2004. Comparando a fase com o “panorama tenebroso” da anterior, o autor fala em “giro jurisprudencial” baseado em elementos do primeiro período, mas que representa “uma nova e melhorada solução” aos problemas que a Corte enfrenta (CAMPOS, 2019, p. 170-171).

De modo diverso, Garavito (2009, p. 441) e Campos (2019, p. 173) dividem o estado de coisas inconstitucional colombiano em dois grandes ciclos, que é o entendimento adotado no presente trabalho. Para os autores, o primeiro ciclo tem início com a decisão do caso dos docentes municipais (SU-559/1997) e vai até 2003, ano anterior do julgamento da T-025/2004. Na primeira fase, houve a criação, a elaboração e o desenvolvimento do estado de coisas inconstitucional, seus critérios, pressupostos e técnicas de decisão. Pode-se questionar

se, no presente ciclo, a presença dos critérios de identificação de falha estrutural e de violação massiva de direitos, o que pode ter gerado um enfraquecimento e inefetividade do instituto.

Garavito (2009, p. 442-444) assegura que, no primeiro ciclo, a Corte Constitucional aplicou o instituto sem fazer um trabalho de sistematização dos requisitos para declarar a existência e a superação do estado de coisas inconstitucional. Essa tarefa viria a ser feita apenas na Sentencia T-025/2004, o que não significa, porém, que nessa etapa inicial, a Corte colombiana não tenha formulado elementos relevantes para extrair os referidos critérios.

O segundo ciclo inicia-se com a T-025/2004, que versava sobre o deslocamento forçado de pessoas, e prossegue com novas decisões sobre o sistema penitenciário, nas quais, além do rigor na identificação de situações relevadoras de um estado de coisas inconstitucional e a sistematização de seus pressupostos, a Corte manifestou inquietude com a efetividade de suas decisões. Essa fase tem como característica, de forma especial, o aperfeiçoamento da técnica ao agregar a prática de monitoramento (CAMPOS, 2019, p. 174).

El fallo T-025 de 2004 es un hito jurisprudencial en diversos sentidos. En primer lugar, se trata de la sentencia sobre ECI que cobija las violaciones más dramáticas (y probablemente más numerosas) del derecho nacional e internacional de los derechos humanos que hayan sido cubiertas por esta figura. En segundo lugar, a diferencia de los fallos anteriores sobre ECI, éste ha sido acompañado por un proceso de seguimiento público y participativo de varios años que ha garantizado la vigencia y eficacia de las órdenes de la Corte. En este sentido, la Corte parece haber pasado por un proceso de aprendizaje interno sobre cómo diseñar remedios y formas de seguimiento de los fallos sobre ECI que eviten la relativa ineficacia de las sentencias anteriores a la T-025. Finalmente, la sentencia sistematiza y ordena varias líneas jurisprudenciales de la Corte, desde las referidas a los derechos sociales hasta las relativas a la figura del ECI (GARAVITO, 2009, p. 444-445).

Com o intuito de detalhar os ciclos do estado de coisas inconstitucional para abordar a incorporação do instituto ao ordenamento jurídico brasileiro, a presente dissertação tratará, de forma mais aprofundada, do arco jurisprudencial colombiano. Assim, respectivamente, foram colacionadas as *Sentencias* T-153/1998 e T-025/2004 como modelo dos dois ciclos, em razão da relevância das decisões e das temáticas abordadas pela Corte.

3.4.1 O sistema penitenciário colombiano

Consoante Ariza e Iturralde (2011, p. 72), a América Latina vem atravessando um processo de transformação significativa no sistema penitenciário. Essa temática não é considerada mais um componente isolado do processo geral de reforma judicial empreendido na maioria dos países latino-americanos. Para eles, o fortalecimento das instituições penais é

considerado elemento indispensável para garantir inclusive o desenvolvimento econômico.

O debate sobre o sistema carcerário colombiano acontece décadas anteriores da declaração de inconstitucionalidade, havendo diversas demandas que tratam sobre o tema, a exemplo das sentenças sobre a destinação dos orçamentos (T-501/1994 e T-420/1994), assim como as que versaram sobre a proteção da discricção da administração em questões como transferências para outras prisões (T-121/1995 e T-066/1996) e para outros pátios dentro do mesmo estabelecimento prisional (T-1308/2001) (ARIZA; ITURRALDE, 2011, p. 53).

Em 1997, editou-se a Lei 415, com o propósito de descongestionar os estabelecimentos carcerários. Dentre outras medidas, a legislação previa que os juízes deveriam conceder liberdade condicional aos condenados a penas privativas de liberdade superiores a três anos, quando tivessem cumprido 3/5 da condenação, ainda que essa medida fosse sistematicamente negada pelos juízes. Ainda, havia a previsão da facilitação de trabalhos comunitários pelos condenados a penas privativas de liberdade inferiores a quatro anos, que não foi regulamentado pelo Legislativo.

Em 1998, presos de Medellín e Bogotá ajuizaram ações de tutela em razão das condições de vida nos estabelecimentos prisionais. À época, grupos internos de presos governavam as prisões, a superlotação tinha chegado a 40%, apenas 44% eram destinados ao orçamento das prisões a gastos de funcionamento (cinco dólares por preso) e 34% dos presos estavam inscritos em programas de estudo ou trabalho. Ademais, havia uma morte a cada quatro dias e a média de um ferido por dia no sistema prisional, sem agentes suficientes para contornar a situação (ARIZA; ITURRALDE, 2011, p. 54).

Las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos. Esta situación se ajusta plenamente a la definición del estado de cosas inconstitucional. Y de allí se deduce una flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios colombianos, tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia, etc. Durante muchos años, la sociedad y el Estado se han cruzado de brazos frente a esta situación, observando con indiferencia la tragedia diaria de las cárceles, a pesar de que ella representaba día a día la transgresión de la Constitución y de las leyes. Las circunstancias en las que transcurre la vida en las cárceles exigen una pronta solución. En realidad, el problema carcelario representa no sólo un delicado asunto de orden público, como se percibe actualmente, sino una situación de extrema gravedad social que no puede dejarse desatendida. Pero el remedio de los males que azotan al sistema penitenciario no está únicamente en las manos del INPEC o del Ministerio de Justicia. Por eso, la Corte tiene que pasar a requerir a distintas ramas y órganos del Poder Público para que tomen las medidas adecuadas en dirección a la solución de este problema (COLÓMBIA, 1998).

Uma das principais falhas do sistema colombiano era o funcionamento das prisões, marcado pela deficiência de sua infraestrutura, a superlotação, os altos níveis de violência e a contínua e massiva violação dos direitos humanos dos reclusos. A Corte entendeu a violação à dignidade humana e os direitos dos privados de liberdade, havendo menção a dispositivos, como a presunção de inocência (art. 29 da Constituição), e o dispositivo que determina a separação dos presos provisórios dos condenados (art. 21 do Código Penitenciário e Carcerário e art. 400 do Código de Procedimento Penal).

Por isso, a Corte Constitucional entendeu haver uma “existência notória” de um estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário colombiano, pois, no entendimento traçado na época, a técnica decisória já tinha sido utilizada com o fim de remediar situações de vulneração de direitos fundamentais. Nestas condições, considerando que milhares de pessoas estavam em igual situação, assim como o fato de que se todas essas demandassem a tutela poderia congestionar o Judiciário, o Tribunal resolveu, no caso concreto, ditar ordens às instituições competentes, com o fim de que corrigissem a realidade inconstitucional.

Due to the over-crowded and precarious circumstances of Colombian prisons, prisoners filed numerous *tutela* actions against the state’s penitentiary authorities. After upholding a number of them, the Court decided that the situation of prisoners was a general problem in Colombia, and declared the existence of an ‘unconstitutional state of affairs’ in the country’s penitentiary centres. Consequently, the Court gave general orders to the government, which included putting an end to the situation within a limited period of time, so as to stop the flagrant violation of the rights to life, dignity and health of prisoners. The Court’s orders have resulted in significant governmental expenditure directed at building more prisons, modernising existing infrastructure, and hiring more personnel. These decisions of the Constitutional Court regarding traditionally marginalised groups show an important judicialisation of certain public policies of fundamental importance, not only because they have had considerable implications for public expenditure, but also because they have conditioned the priorities and orientations of the governmental strategies in these areas (YEPES, 2006, p. 134-135).

Segundo Campos (2019, p. 173), esse primeiro ciclo do estado de coisas inconstitucional foi marcado pela falta de efetividade, o que ocorreu no presente caso do sistema penitenciário, já que o erro inicial no enfrentamento do estado de coisas inconstitucional teria sido o fato de que a Corte proferiu ordens estruturais sem estabelecer procedimentos adequados de monitoramento durante a fase de implementação, ou seja, faltou uma jurisdição supervisória sobre o efetivo cumprimento das decisões.

De modo semelhante, Ariza e Iturralde (2011, p. 174) asseveram que, apesar das medidas determinadas pela Corte, na prática, a decisão legitimou constitucionalmente a

expansão do sistema penitenciário, em vez de questionar seus fundamentos. O Tribunal ordenou que fosse elaborado um plano e alocado os recursos necessários para melhorar a infraestrutura carcerária e garantir adequadamente os direitos dos reclusos, entretanto, não houve medidas concretas para proteger efetivamente esses direitos fundamentais violados.

A história recente do sistema prisional da Colômbia encontra um ponto de ruptura e de continuidade com a T-153/1998, porque depois de diversos casos levados por presos, familiares e defensores de direitos humanos, a Corte decidiu intervir de maneira mais concisa. O ponto de continuidade consiste no fato de que a intervenção não conduziu a uma avaliação crítica das prisões. Na prática, o Tribunal, apesar de seu discurso garantista, legitimou a reforma e ampliação de um sistema prisional que oferece condições de vida subumanas aos seus destinatários (ARIZA; ITURRALDE, 2011, p. 52 e 174).

3.4.2 O caso do deslocamento forçado

Em que pese o julgamento da T-025/2004 ter impulsionado políticas públicas sobre o deslocamento forçado em razão dos conflitos armados colombianos como resultado da decisão da Corte Constitucional, o processo sobre o tema é mais complexo, remontando a fase anterior ao caso.

Desde 1995, o Estado colombiano empreendeu os primeiros programas para enfrentar o problema, que eram profundamente deficientes e limitados, o que acarretou na intervenção da Corte da Colômbia. Na segunda metade dos anos 90, houve uma agudização do conflito armado e o deslocamento interno aumentou significativamente. O período entre 2000 e 2002 foi o mais crítico para o deslocamento, coincidindo com a fase de maior expansão dos grupos paramilitares e a ruptura dos diálogos de paz com as Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC).

As razões para o deslocamento forçado eram os mais variados, a exemplo de ameaças, massacres, combates, assassinato de familiares e vizinhos, bem como a existência de recrutamento forçado. Ao contrário do que acontece em outros países com deslocamento forçado em grande escala, em que as pessoas migram de maneira massiva para se refugiar em acampamentos especiais, na Colômbia, esses movimentos são principalmente individuais e dentro do território nacional (GARAVITO; FRANCO, 2009, p. 17-18).

Nesse contexto, em 1997, foi editada a Lei 387, considerada o marco jurídico para a

política de atenção integral à população deslocada, reconhecendo-se explicitamente os direitos dessas pessoas socialmente vulneráveis, pois adota medidas para a prevenção da problemática e a atenção, proteção, consolidação e estabilização socioeconômica dos deslocados internos pela violência⁶.

Apesar do marco legal e a existência de diversos documentos de políticas públicas para atender as pessoas em condições de deslocamento forçado, durante os primeiros anos da década de 2000, o problema se agravou. Outras medidas foram tomadas, como a tipificação do deslocamento forçado e do desaparecimento forçado no Código Penal. Foi nesse contexto de abundância normativa e ineficácia prática que a Corte da Colômbia viria desempenhar o papel de avaliadora e coordenadora de políticas públicas, desencadeando, por meio dos autos de seguimento, um processo que alteraria a percepção e o tratamento do deslocamento forçado (GARAVITO; FRANCO, 2009, p. 24).

Na T-025/04, a Corte colombiana revisou 108 demandas, interpostas em 22 cidades do País, por 1.150 famílias, com uma média de quatro pessoas por núcleo. Os demandados eram instituições e funcionários público de ordem local e nacional. O inconformismo geral dos demandantes era o descumprimento do dever de proteção à população deslocada pelas autoridades, não lhes dando respostas efetivas a suas solicitações. A Corte encontrou uma série de elementos que caracterizariam a inconstitucionalidade, considerando-se, ainda, que eles estavam em condições de vulnerabilidade extrema, especificamente por suas condições de saúde, falta de alimentação e educação (CAMPOS, 2015, p. 124).

Para Campos (2015, p. 124-126), apesar de a violação dos direitos dos deslocados decorrer de problemas nas fases de implementação e supervisão das políticas públicas, revelando-se uma falha estrutural, a insuficiência da proteção aos direitos dessas pessoas teria origem nas deficiências das próprias medidas legislativas por meio das quais essas políticas foram formuladas. Assim, o estado de coisas inconstitucional teria sua causa inicial na omissão legislativa inconstitucional, revelada pela formulação deficiente ou insuficiente de política pública voltada a proteger a população deslocada.

Diante desse contexto, a Corte Constitucional declarou o estado de coisas

6 A Lei 387/1997 preceitua, no art. 1º, a definição dos deslocados (“Es desplazado toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas, con ocasión de cualquiera de las siguientes situaciones: Conflicto armado interno, disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar o alteren drásticamente el orden público).

inconstitucional, argumentando que:

Con el fin de corregir esta situación, es necesario que las distintas entidades nacionales y territoriales encargadas de la atención de la población desplazada, cumplan a cabalidad con sus deberes constitucionales y legales y adopten, en un plazo razonable, y dentro de las órbitas de sus competencias, los correctivos que aseguren una suficiente apropiación presupuestal. Al ordenar este tipo de medidas, no está desconociendo la Corte la separación de poderes que establece nuestra Constitución, ni desplazando a las demás autoridades en el cumplimiento de sus deberes. Por el contrario, la Corte, teniendo en cuenta los instrumentos legales que desarrollan la política de atención a la población desplazada, así como el diseño de la política y los compromisos asumidos por las distintas entidades, está apelando al principio constitucional de colaboración armónica entre las distintas ramas del poder, para asegurar el cumplimiento de los deberes de protección efectiva de los derechos de todos los residentes en el territorio nacional. Esa es la competencia del juez constitucional en un Estado Social de Derecho respecto de derechos que tienen una clara dimensión prestacional (COLÔMBIA, 2004).

A Corte da Colômbia teria quatro possibilidades de efeitos: interpartes à decisão, ou seja, atendendo unicamente às exigências das partes do processo; interpartes que vincularia pessoas que não são partes dentro do processo e cuja regra se aplica no futuro a todos os casos similares; inter comunis, alcançando-se a terceiros que, não tendo sido parte do processo, compartilhem circunstâncias comuns com os demandantes da ação; ou declarar um estado de coisas inconstitucional, pela qual se ordena a adoção de políticas ou programas que beneficiam a pessoas que não interpuseram a ação de tutela, que foi a adotada pela Colômbia (GARAVITO; FRANCO, 2009, p. 27-28).

Com base nas lições de ineficácia dos casos anteriores do ECI, Garavito e Franco (2009, p. 28-29) asseveram que o tribunal assumiu a tarefa de fazer um seguimento detalhado e contínuo à atuação do Estado depois do julgamento. Eles consideram três ordens como centrais: a criação de um plano de ação para superar a inconstitucionalidade, que deveria incluir a coleta e sistematização de informação básica sobre a população deslocada; a realização de todos os esforços para atingir o orçamento para atender a problemática; e a garantia do gozo efetivo do conteúdo essencial dos direitos básicos pelos deslocados.

De forma expressa, a Sentencia T-025/2004 enumerou requisitos caracterizadores como determinantes para a tutela estrutural específica, que seriam a violação massiva e generalizada de vários direitos fundamentais, que afeta um número significativo de pessoas; a prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantir os direitos; a adoção de práticas inconstitucionais, como a incorporação da “acción de tutela” como parte do procedimento para garantir o direito violado; a existência de um problema social cuja solução exija a intervenção de várias entidades, requerendo a adoção de um

conjunto complexo e coordenado de ações e exigindo um nível de recursos que demanda um relevante esforço orçamentário; o fato de que se todas as pessoas afetadas pelo mesmo problema demandassem a “acción de tutela” para obter a proteção de seus direitos, poderia produzir uma grande congestão judicial⁷.

Garavito (2009, p. 446) divide os requisitos em fatores principais, que são denominados em condições gerais (situações indicativas para decretação do estado de coisas inconstitucional); condições de processo (falhas estruturais de políticas públicas no País, consistindo em prolongada omissão de autoridades competentes, adoção de práticas inconstitucionais, ausência de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias, assim como a necessidade de intervenção de várias entidades); e condições de resultado (violação massiva, grave e reiterada de direitos, devendo haver uma presença vultosa de tutelas).

Além da definição dos requisitos caracterizadores do ECI, a T-025/2004 não concluiu seu trabalho com a decisão principal, pois o Tribunal, durante os anos seguintes, acompanhou o caso por um processo de seguimento periódico, público e participativo, para garantir a eficácia das ordens (GARAVITO; FRANCO, 2009, p. 29-30):

Além do rigor na identificação de situações verdadeiramente reveladoras de um ECI e com a sistematização de seus pressupostos, a Corte demonstrou preocupação com a efetividade de suas decisões. (...) A escolha da Corte pelo monitoramento do cumprimento das ordens flexíveis, catalisadoras de políticas públicas, tem feito toda diferença a favor da efetividade da decisão. (...) Essa segunda fase, portanto, caracteriza-se pelo aperfeiçoamento da técnica de declaração do ECI ao agregar-se a prática de monitoramento de decisões (CAMPOS, 2019, 174).

É nesse sentido que Campos (2015, p. 123) assevera que o grande diferencial do caso foi justamente o fato de a Corte ter retido jurisdição sobre o litígio durante seis anos, com o intuito de assegurar a implementação total de suas ordens. Não houve limitação da promoção

⁷ Adequando os requisitos caracterizadores ao caso concreto do deslocamento forçado, a Corte colombiana aduziu que: “En primer lugar, la gravedad de la situación de vulneración de derechos que enfrenta la población desplazada fue expresamente reconocida por el mismo legislador al definir la condición de desplazado, y resaltar la violación masiva de múltiples derechos. En segundo lugar, otro elemento que confirma la existencia de un estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado, es el elevado volumen de acciones de tutela presentadas por los desplazados para obtener las distintas ayudas y el incremento de las mismas. En tercer lugar, los procesos acumulados en la presente acción de tutela, confirma ese estado de cosas inconstitucional y señalan que la vulneración de los derechos afecta a buena parte de la población desplazada, en múltiples lugares del territorio nacional y que las autoridades han omitido adoptar los correctivos requeridos. En cuarto lugar, la continuación de la vulneración de tales derechos no es imputable a una única entidad. En quinto lugar, la vulneración de los derechos de los desplazados reposa en factores estructurales enunciados en el apartado de esta providencia dentro de los cuales se destaca la falta de correspondencia entre lo que dicen las normas y los medios para cumplirlas, aspecto que adquiere una especial dimensión cuando se mira la insuficiencia de recursos dada la evolución del problema de desplazamiento y se aprecia la magnitud del problema frente a la capacidad institucional para responder oportuna y eficazmente a él” (COLÓMBIA, 2004).

de políticas públicas, porque o Tribunal “também supervisionou o cumprimento da decisão, realizou audiências públicas para debater as soluções formuladas e proferiu novas decisões e ordens dirigida a conferir amplo sucesso à Sentencia T-025, de 2004”.

De modo a demonstrar a importância dessa fase, pode-se trazer a constatação de Guataquí (2009, p. 44), que expõe a transformação do contexto fático do deslocamento forçado a partir do grau de cumprimento das ordens estabelecidas através das decisões de monitoramento. Como exemplo, ele traz que, entre 2004 e 2006, a problemática enfrentada pela Corte não apresentou melhorias, ou seja, após dois anos do julgamento da T-025/2004, ainda tinha um controle para analisar as melhores condutas e medidas para enfrentar a situação inconstitucional.

3.5 EFEITOS DAS DECISÕES ESTRUTURAIS NA COLÔMBIA

Um dos aspectos mais relevantes do estudo das ações estruturais consiste na análise da eficácia prática destas decisões, isto é, se podem ser consideradas como efetivamente úteis e promoveram mudanças sociais concretas. Assim, a presente discussão permite identificar os efeitos esperados entre o julgamento das ações e o início das mudanças pretendidas.

Para esta discussão, utiliza-se Garavito e Franco (2010; 2015), que, a partir da Sentencia T-025/2004, fazem o debate sobre os efeitos das decisões estruturais. Trazer doutrinadores colombianos torna-se relevante principalmente pela comparação com a nossa realidade. É importante investigar as circunstâncias, elementos e fatores que contribuem para a eficácia das decisões estruturais, para vislumbrar “um modelo ou sistema judicial no qual o julgamento dessas ações seja efetivo e produza bons resultados, evitando os excessos e equívocos que resultam na própria autofagia desses sistemas” (DANTAS, 2019, p. 157).

Segundo Garavito e Franco (2010, p. 21), o debate sobre os tipos de efeitos das decisões é pertinente porque há o questionamento sobre a possibilidade de avaliação do impacto de uma decisão jurídica, como determinar os efeitos da judicialização de problemas sociais ou como medir a repercussão da transformação de uma controvérsia política, econômica ou moral em um litígio. Para eles, as respostas para esses questionamentos podem ser classificadas em dois grupos, de acordo com o tipo de efeitos que privilegiam.

Alguns autores centram sua atenção nos efeitos diretos e palpáveis nas decisões, ou seja, uma sentença é eficaz se gerou uma mudança constatável aos destinatários imediatos –

indivíduos, grupos ou instituições que os litigantes e os juízes buscam influenciar com suas estratégias e decisões. Outros autores criticam aqueles que apenas centram nos efeitos instrumentais e diretos dos casos. O direito e as decisões judiciais gerariam transformações sociais não só quando induzissem mudanças na conduta de indivíduos e grupo diretamente envolvidas no caso, mas também quando provocassem transformações indiretas nas relações sociais ou quando modificassem as percepções dos atores sociais e legitimassem as visões do mundo que promovem os ativistas e litigantes (GARAVITO; FRANCO, 2010, 21-22).

Em resumo, para os autores, as sentenças podem ter efeitos diretos ou indiretos. Os diretos consistem nas condutas ordenadas pela decisão e afetam os atores do caso. Na T-025/04, alguns destes efeitos foram a formulação e implementação de políticas públicas, assim como a melhoria no financiamento e prestação de alguns serviços aos deslocados. Por sua vez, os efeitos indiretos são aquelas consequências que derivam da decisão e afetam qualquer outro ator social. Na decisão, alguns destes efeitos surgiram de coalizações de organizações da sociedade civil no processo de seguimento da sentença e a transformação do modo como os meios de comunicação tratavam o tema (GARAVITO; FRANCO, 2010, 24).

Ademais, as decisões judiciais podem gerar efeitos instrumentais ou simbólicos. Os primeiros implicam em mudanças materiais na conduta dos indivíduos, como a criação de programas de atenção aos deslocados e a atuação de entidades internacionais no processo de seguimento. Já os simbólicos consistem em mudanças de ideias, percepções e no imaginário social sobre o tema do litígio, implicando em mudanças culturais ou ideológicas em relação ao caso – em relação à T-025/04, estão a transformação da percepção pública do deslocamento forçado, que tende a ser visto como problema de violação de direitos humanos (GARAVITO; FRANCO, 2010, 25).

Quanto aos efeitos simbólicos, pode-se citar a decisão que declarou o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário colombiano. Dantas (2019, p. 197) consigna que esses efeitos são uma questão a ser analisada na decisão T-153/1998, em especial no que toca à divulgação das graves violações de direitos fundamentais. Para ele, apesar de registrada a necessidade de alterações na política criminal no país, “para que se evite o aumento exponencial do número de presos e a superpopulação carcerária, essa questão não foi devidamente introduzida na agenda política e nos debates públicos no país”.

Similarmente, Ariza (2011, p. 64) assevera que não houve mudanças significativa, ainda que passados vários anos após a Sentencia T-153/1998. Examinando a situação, o autor

traz que a situação mostra que, nesse período, produziram-se mudanças profundas no sistema penitenciário colombiano que não conduziram ao respeito dos direitos fundamentais dos presos. Pelo contrário, a expansão do sistema carcerário permitiu aumentar sua capacidade para prender a maior quantidade de pessoas pobres e vulneráveis.

Garavito e Franco (2010, p. 25) fazem o cruzamento das classificações dos efeitos, gerando quatro novos tipos, quais sejam, efeitos instrumentais diretos, efeitos instrumentais indiretos, efeitos simbólicos diretos e efeitos simbólicos indiretos:

El cruce de las dos clasificaciones da lugar a cuatro tipos: i) efectos instrumentales directos (por ejemplo, la expedición de una norma, el diseño de política o la ejecución de una obra pública ordenada por el juez); ii) efectos instrumentales indirectos (por ejemplo, la entrada al debate de nuevos actores sociales – ONG, financiadores, entidades públicas – atraídos por las oportunidades de incidencia abiertas por la sentencia); iii) efectos simbólicos directos (por ejemplo, la modificación de percepción pública del problema, cuando pasa a ser concebido en el lenguaje de derechos humanos utilizado por las cortes) y iv) efectos simbólicos indirectos (por ejemplo, la legitimación de la visión del problema social propuesta por los litigantes, o la transformación de la opinión pública sobre la gravedad o urgencia del problema) (GARAVITO; FRANCO, 2010, p. 25).

De forma específica, tomando por base esses efeitos veiculados, assim como a decisão dos deslocamentos forçados, os autores distinguem os efeitos das decisões estruturais, podendo-se estender a outras decisões. Assim, tem-se o efeito desbloqueador (estímulo judicial e a racionalização da burocracia estatal); efeito da política pública (desenho e avaliação das políticas mediante incentivos judiciais); efeito participativo (consiste no ativismo judicial dialógico, pautados na deliberação pública e na resolução de problemas); efeito de reestruturação do marco (delimitação do deslocamento forçado como um problema de direitos humanos); e efeito socioeconômico (impacto na situação dos deslocados).

Considera-se o efeito desbloqueador como básico das sentenças estruturais, consistindo em exercer pressão para desbloquear o aparato estatal. As decisões se converteram em mecanismos de desestabilização de burocracias pela falta de capacidade, disposição, coordenação ou algum entrave orçamentário. Por conseguinte, comumente geram efeitos diretos e instrumentais. Na Sentencia T-025/2004, atingiram-se as burocracias estatais responsáveis em atender à população deslocada (GARAVITO; FRANCO, 2015, p. 89-90).

O efeito da política pública possui como ilustração as consequências materiais diretas do ativismo judicial. A T-025/2004 influenciou o desenho da política nacional para os deslocados e sua avaliação mediante indicadores e a evolução do estado de coisas inconstitucional. O impacto da política pública foi resultado dos papéis assumidos pela Corte:

El primer lugar, el rol orientador, que consistió en ofrecer directrices, establecer fines generales y crear el diseño y los procesos de implementación de las políticas para las PDI [personas deslocalizadas internamente]. En segundo lugar, el papel de creadora moderada de políticas públicas, que consistió en dar órdenes más precisas y determinar políticas específicas que debían adoptarse para los grupos y las comunidades más vulnerables entre la población desplazada. La CCC influenció la etapa de evaluación de las políticas para las PDI al fomentar un proceso de colaboración en el desarrollo de indicadores de resultado para medir el cumplimiento de los derechos de las PDI (GARAVITO; FRANCO, 2015, p. 141).

Uma das objeções clássicas à intervenção das cortes na política pública é a ideia de que os juízes podem usurpar o poder de decisão de instituições democráticas, como o Executivo e o Legislativo. Entretanto, Garavito e Franco (2015, p. 143 e 162) avaliam que vários tribunais têm promovido espaços participativos para o seguimento de suas decisões, consistindo no efeito participativo. Com a T-025/2004, o processo de seguimento expandiu a deliberação democrática em diversas esferas estatais e da sociedade civil, liderando a discussão pública sobre soluções ao problema do deslocamento forçado.

Sobre o efeito de reestruturação do marco, entende-se que, ao demarcar os problemas sociais em termos jurídicos, os tribunais produzem esse efeito fundamental. Define-se a questão como um tema de direitos humanos, determinando que os processos judiciais constituem um mecanismo apropriado para sua abordagem. Esse efeito na T-025/2004 consistiu em uma maior visibilidade, posto que os meios de comunicação, as entidades estatais, a sociedade e os deslocados passaram a enxergar a problemática de outro maneira, com as vítimas possuindo direitos específicos, no lugar de considerá-las uma sequela do conflito armado colombiano (GARAVITO; FRANCO, 2015, p. 182).

Por último, tem-se o efeito socioeconômico. Em um primeiro momento, Garavito e Franco (2015, p. 208) analisam um notável progresso no acesso aos direitos à saúde da população deslocada, porém não foram encontrados dados relevantes que provem um efeito tangível como consequência da sentença. A situação geral dessas pessoas caracterizava-se pela precariedade e pelas violações de seus direitos. Em um segundo caminho, avaliou-se os efeitos simbólicos sobre as pessoas deslocadas não pertencentes à organizações, não se encontrando evidência definitiva sobre a existência desses efeitos.

Assim, fecha-se a análise dos efeitos diretos, indiretos, materiais e simbólicos desta sentença. Dessa forma, o trabalho conduz à análise da utilização do estado de coisas inconstitucional como ação estrutural no Brasil, com a adoção através do julgamento da ADPF 347/2015 pelo Supremo Tribunal Federal.

4 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 347/2015

Este capítulo apresenta como objetivo principal a análise da adoção do precedente colombiano do estado de coisas inconstitucional pelo ordenamento jurídico brasileiro, técnica decisória utilizada para sanar violações massivas e estruturais a direitos fundamentais. Por esse motivo, utiliza-se como base a declaração de inconstitucionalidade na ADPF 347/2015, considerando que, no seu julgamento cautelar, o Supremo Tribunal Federal consignou a caracterização de um estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro.

Sabe-se que o Judiciário não é exercido por representantes eleitos, razão pela qual há um debate sobre a legitimidade de decisões concernentes à concretização de direitos fundamentais, que exigem uma atuação mais sólida por parte do Poder Público. Revela-se a importância da jurisdição constitucional, na medida em que não se pode vislumbrar a participação popular nesse contexto de vulneração aos direitos fundamentais. Dessa forma, o sistema contramajoritário de controle de constitucionalidade evitaria que decisões majoritárias em determinados contextos se sobreponham aos direitos dos indivíduos.

É nesse sentido que se deve tratar sobre a legitimidade da judicialização da política ou da atuação judicial nas decisões em relação à concretização de políticas públicas. Considerando que a judicialização da política acontece frequentemente no Brasil, deve-se investigar as consequências desse fenômeno e os meios para equalizar o exercício das funções institucionais dos poderes públicos, de modo que não se consagre o Poder Judiciário como um superpoder do Estado.

Pautando-se em uma Constituição analítica, há um campo de atuação dos magistrados na jurisdição constitucional que deve ser considerada. O juiz não é considerado mera boca da lei, mas um dos intervenientes do processo de construção do Direito, observada a inegabilidade dos pontos de partida e a proibição do non liquet. Não se pode negar o poder criativo dos juízes, mas a atividade hermenêutica é inicialmente limitada pelo texto da norma, ponto de partida da interpretação, e qualquer orientação que vá de encontro a esse texto, extrapolando a moldura normativa, não teria legitimidade (FERRAZ JR., 2018, p. 278-277).

A relação entre a norma e a situação é mediata. Este conjunto – normas, procedimento, situação – compõe o fenômeno da aplicação. Aplica-se o direito, por um procedimento, à realidade social. O fenômeno da aplicação exige do jurista,

inicialmente, uma identificação do que seja o direito a ser aplicado. Dessa identificação se ocupa, primariamente, o pensamento dogmático. Sujeito ao princípio da inegabilidade dos pontos de partida, o pensar dogmático tem, portanto, de identificar suas premissas (FERRAZ JR., 2018, p. 101).

Cabe aqui tratar rapidamente uma exposição da interpretação jurídica em Kelsen (1998, p. 245), tendo em conta que, para ele, quando o Direito é aplicado por um órgão jurídico, deve fixar o sentido das normas que aplica. A interpretação é uma “operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”, havendo, ainda, aqueles indivíduos que têm de observar o Direito. Existiriam duas espécies de interpretação: “a interpretação do Direito pelo órgão que o aplica, e a interpretação do Direito que não é realizada por um órgão jurídico mas por uma pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica” (KELSEN, 1998, p. 245).

A relação entre um escalão superior e um inferior da ordem jurídica, como a Constituição e a lei ou a lei e a sentença judicial é uma relação de determinação ou vinculação. Para Kelsen (1998, p. 246), essa determinação nunca é completa, pois a norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos), tendo sempre de ficar uma margem, “ora maior, ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato”.

Assim, todo ato jurídico em que o Direito é aplicado, “quer seja um ato de criação jurídica quer seja um ato de pura execução, é, em parte, determinado pelo Direito e, em parte, indeterminado”, ressaltando-se que essa indeterminação “pode mesmo ser intencional, quer dizer, estar na intenção do órgão que estabeleceu a norma a aplicar” (KELSEN, 1998, p. 246).

Entretanto, a indeterminação do ato jurídico pode ser a consequência não intencional da própria constituição da norma jurídica que deve ser aplicado pelo ato em questão, havendo, em primeira linha, “a pluralidade de significações de uma palavra ou de uma sequência de palavras em que a norma se exprime” ou, ainda, quando o que executa a norma crê poder presumir que entre a expressão verbal da norma e a vontade da autoridade legisladora, “existe uma discrepância, podendo em tal caso deixar por completo de lado a resposta à questão de saber por que modos aquela vontade pode ser determinada” (KELSEN, 1998, p. 246-247).

Em todos esses casos de indeterminação, há várias possibilidades à aplicação jurídica, havendo o Direito uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, sendo considerado conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro. Assim, se a interpretação consiste na fixação por via cognoscitiva do sentido do

objeto a interpretar, o “resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem” (KELSEN, 1998, p. 247).

Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral. (...) A interpretação deveria desenvolver um método que tornasse possível preencher ajustadamente a moldura prefixada. A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas uma única solução correta (ajustada), e que a “justeza” (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. Configura o processo desta interpretação como se se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de intelecção, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito positivo (KELSEN, 1998, p. 247-248).

A interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução correta, mas a várias soluções que possuem igual valor, na medida em que apenas sejam aferidas pela lei aplicada, contudo, apenas uma delas torna-se direito positivo no ato do tribunal. Dentre as várias significações verbais de uma norma, para Kelsen (1998, p. 247-248), não existem métodos classificados como de direito positivo que possam destacar a correta, desde que, naturalmente, se trate de várias significações possíveis no confronto de todas as outras normas da lei ou da ordem jurídica.

Os métodos de interpretação conduzem a tão somente um resultado possível (e não correto), de modo que, observar apenas a vontade presumida do legislador ou o teor verbal apresentam valores iguais do ponto de vista do direito positivo. Essa questão não é de conhecimento dirigido ao direito positivo, mas é um problema de política do direito, pois obter, a partir da lei, “a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas)”, o que significa que não se pode, através de interpretação, extrair as únicas leis ou sentenças corretas (KELSEN, 1998, p. 248-249).

Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc. Do ponto de vista do Direito positivo, nada se pode dizer sobre a sua validade e verificabilidade. Deste ponto de vista, todas as

determinações desta espécie apenas podem ser caracterizadas negativamente: são determinações que não resultam do próprio Direito positivo. Relativamente a este, a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicanda é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato. Só assim não seria se o próprio Direito positivo delegasse em certas normas metajurídicas como a Moral, a Justiça, etc. Mas, neste caso, estas transformar-se-iam em normas de Direito positivo (KELSEN, 1998, p. 249).

A interpretação do direito a ser aplicado, obtida por uma operação do conhecimento do direito, “combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva”, sendo, com este ato, produzida uma norma de escalão inferior ou executado um ato de coerção estatuído na norma aplicanda. Por este ato de vontade, distingue-se a interpretação jurídica feito pelo órgão aplicador do Direito de toda e qualquer outra interpretação, especialmente da ciência jurídica (KELSEN, 1998, p. 249).

A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Verifica-se essa espécie de interpretação quando cria direito apenas para um caso concreto, isto é, quando esse órgão apenas cria uma norma individual ou executa uma sanção. Por essa via, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva, como também se pode produzir uma norma fora da moldura que a norma aplicada representa. Pela via de uma interpretação autêntica deste tipo, muitas vezes, cria-se Direito novo, especialmente pelos tribunais de última instância (KELSEN, 1998, p. 249-250).

Contudo, deve-se distinguir rigorosamente a interpretação do Direito feita pela ciência jurídica, consistente em não autêntica, da interpretação realizada pelos órgãos jurídicos, sendo pura determinação cognoscitiva no sentido das normas jurídicas. Diferente da interpretação feita pelos órgãos jurídicos, ela não é criação jurídica, já que, em Kelsen (1998, p. 250), a ideia de ser possível, através de uma interpretação simplesmente cognoscitiva, obter Direito novo, é o fundamento da jurisprudência dos conceitos, que não possui fundamento na Teoria Pura do Direito.

Por isso, a interpretação cognoscitiva da ciência jurídica seria incapaz de colmatar lacunas do Direito, uma vez que consiste na função criadora que somente pode ser realizada por um órgão aplicador, não sendo possível ser realizada pela via da interpretação do Direito vigente. A interpretação jurídico-científica apenas poderia estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica, não podendo “tomar qualquer decisão entre as possibilidades por si mesma reveladas, mas tem de deixar tal decisão ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o Direito” (KELSEN, 1998, p. 250-251).

A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação “correta”. Isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica. Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximativamente. Não se pretende negar que esta ficção da univocidade das normas jurídicas, vista de uma certa posição política, pode ter grandes vantagens. Mas nenhuma vantagem política pode justificar que se faça uso desta ficção numa exposição científica do Direito positivo, proclamando como única correta, de um ponto de vista científico objetivo, uma interpretação que, de um ponto de vista político subjetivo, é mais desejável do que uma outra, igualmente possível do ponto de vista lógico. Neste caso, com efeito, apresenta-se falsamente como uma verdade científica aquilo que é tão-somente um juízo de valor político (KELSEN, 1998, p. 251).

Para exemplificar, Kelsen (1998, p. 251) aduz que uma interpretação científica de uma lei estadual, que, baseada na análise crítica, revele todas as significações possíveis, mesmo as que são politicamente indesejáveis, mas que estão compreendidas na fórmula verbal, pode ter um efeito prático que supere a vantagem política da ficção do sentido único. A interpretação científica pode mostrar à autoridade o quão longe está a lei de satisfazer a exigência técnico-jurídica de uma formulação de normas jurídicas, podendo-se, a partir disso, obter um maior grau possível de segurança jurídica.

Nesse sentido, cabe trazer a noção formulada por Müller sobre o presente tema, tendo em conta que, especialmente, a partir da compreensão de Kelsen (1998, p. 249), na aplicação da lei, além da fixação da moldura, admite-se a possibilidade de incidência de outras normas no processo da criação jurídica, como normas de moral, normas de justiça e juízos de valor sociais, interesses do Estado, progresso, dentre outros exemplos.

Em Müller (2007, p. 16-18), pela teoria estruturante do direito, ser e dever-ser complementam-se na construção da norma jurídica, visto que as normas não são textos legais ou condutas prescritas, mas também são compostas por fatos, não sendo possível conceber uma norma como isenta de valores e de conteúdo fático. Propõe-se a norma jurídica como ordem materialmente caracterizada e estruturada, pois sofre influência da realidade, sem, contudo, abarcá-la totalmente. Essa é a normatividade, que designa a qualidade dinâmica de uma norma de ordenar à realidade que lhe subjaz (normatividade concreta) quanto de ser condicionada e estruturada por ela (normatividade materialmente determinada).

Nesse sentido, Müller (2008, p. 51-52) traz a crítica, com base na concepção de Kelsen, na Teoria Pura do Direito, “que trata da sua fecundidade para a concretização prática do direito”, que se volta “contra o enfoque positivista”. O autor traça sobre a inexistência de

critérios para o julgamento da decisão volitiva que conclui a interpretação autêntica, assim como para a aferição da moldura normativa, pois, ainda que seja coerente com o paradigma positivista, a concepção kelseniana não responderia sobre os métodos de interpretação capazes de traçar a moldura normativa pelo jurista ou pelo cientista.

O fato da norma “aplicanda” ou o sistema de normas deixarem em aberto várias possibilidades, é compreendido por Kelsen como pressuposto da possibilidade de interpretação. O seu enfoque aqui esboçado permite compreender porque a teoria pura do direito não pode dar nenhuma contribuição para uma teoria aproveitável da interpretação. Kelsen deixa expressamente em aberto como a “vontade da norma” deve ser concretamente determinada no caso de um sentido da norma lingüisticamente não-unívoco. Por intermédio de uma cadeia de postulados dualistas, os problemas materiais da concretização da norma são liminarmente eliminados. Em muitos casos, pode-se defender lado a lado várias soluções, não só “em termos lógicos”, mas também em termos material-jurídicos. No entanto, o vazio de conteúdo da compreensão kelseniana da norma é mantido mesmo diante da plurivocidade de textos de normas. Também o positivismo reconhece que uma norma genérica formulada em linguagem permite quase sempre várias interpretações. Mas também aqui a separação de ser e dever ser, do conhecimento e do ato volitivo, de pontos de vista do direito positivo e de pontos de vista da “política jurídica” elimina toda e qualquer possibilidade de desenvolver meios concretos de interpretação e aplicação. Os critérios de aferição da decisão volitiva são empurrados na direção da dimensão metajurídica. Silencia-se sobre os critérios de aferição do conhecimento tanto no quadro da interpretação autêntica quanto no da interpretação não-autêntica, a não ser que se considere a referência global ao procedimento “lógico” como ponto arquimédico suficiente para a verdade científica (MÜLLER, 2008, p. 51-52).

Müller (2007, p. 251) entende que os critérios do ato cognitivo, tanto no quadro da interpretação autêntica como naquele de interpretação não-autêntica “são passados em silêncio”, destacando-se, na concepção kelseniana, uma renúncia a todo empreendimento de tipo metodológico. Esta problemática revela-se importante em razão da possibilidade de o jurista ou cientista delimitar a moldura normativa através de um ato cognitivo, sendo necessário a apresentação dos métodos adequados, sob pena de esvaziamento das suas proposições. Assim, entende que, com vistas ao caso individual prático, “a teoria pura do direito fica devendo todo e qualquer auxílio para saber como determinar o quadro em si logicamente equivalente da ordem aplicanda da norma” (MÜLLER, 2008, p. 52).

Considerando a importância dessa breve inserção sobre a interpretação jurídica, volta-se ao tema da atuação do Poder Judiciário. No Brasil, o STF tem desempenhado um papel ativo na vida institucional brasileira, com protagonismo em decisões envolvendo questões de largo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas em temas controvertidos na sociedade. É nesse sentido que se define a judicialização no sentido de que algumas questões de larga repercussão política ou social são decididas por órgãos do Poder

Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais (BARROSO, 2009, p. 11-12).

O fenômeno da judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações na linguagem, na argumentação, bem como no modo de participação da sociedade. Sistematizando a matéria, Barroso (2009, p. 12-13) preconiza que há três causas para a judicialização: a redemocratização do país, que fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário e aumentou a demanda na sociedade brasileira; a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária; e a abrangência do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, ou seja, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao Supremo Tribunal Federal.

A judicialização é circunstância que decorre do modelo constitucional adotado, e não de um exercício deliberado de vontade política, ou seja, o juiz ou o tribunal decidiu porque era competente, pois se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, ao juiz cabe conhecer decidindo a matéria. Contudo, o ativismo judicial “é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”, que, geralmente, “se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva” (BARROSO, 2009, p. 14).

Para Barroso (2009, p. 14), a ideia de ativismo judicial associa-se a participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista manifesta-se em diferentes condutas, incluindo a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos; e a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. Considerando todos os requisitos, o estado de coisas inconstitucional e, conseqüentemente, a ADPF 347/2015 encaixa-se nestas situações, restando demonstrado o perfil ativista da decisão.

Streck (2016, p. 724) aborda que a questão da judicialização (da política) está ligada ao funcionamento das instituições, considerando-se contingencial, porque depende de vários fatores que estão ligados ao funcionamento constitucionalmente adequado das instituições. Por sua vez, o ativismo judicial liga-se à resposta que o Judiciário oferece à questão objeto de

judicialização. É nesse sentido que o ativismo representa um tipo de decisão na qual a vontade do julgador substitui o debate político, surgindo por meio do protagonismo judicial, do pamprinciologismo, do solipsismo judicial e da adoção da discricionariedade.

O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, em que o Judiciário reduz sua interferência nas ações dos outros Poderes, que consistia na linha de atuação dominante no Brasil até a promulgação da Constituição atual (cf. tópico 2.2). Nesse caso, juízes e tribunais evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; utilizam critérios rígidos para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; abstêm-se de interferência na definição das políticas públicas (BARROSO, 2009, p. 14-15).

O binômio ativismo-autocontenção judicial está presente na maior parte dos países que adotam o modelo de supremas cortes ou tribunais constitucionais com competência para exercer o controle de constitucionalidade de leis e atos do Poder Público. O movimento entre as duas posições costuma ser pendular e varia em função do grau de prestígio dos outros dois Poderes. (...) Nos últimos anos, uma persistente crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Legislativo tem alimentado a expansão do Judiciário nessa direção, em nome da Constituição, com a prolação de decisões que suprem omissões e, por vezes, inovam na ordem jurídica, com caráter normativo geral. O fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais. O aspecto negativo é que ele exhibe as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo – e isso não se passa apenas no Brasil – na atual quadra histórica (BARROSO, 2009, p. 15-16).

Entretanto, para Campos (2015, p. 163-165), o ativismo judicial “não é sinônimo de ilegitimidade”. Frequentemente, verifica-se a utilização do termo em sentido pejorativo, equiparando o ativismo judicial com a ilegitimidade, porque seriam usurpadoras dos poderes políticos dos órgãos legitimados pelo sufrágio popular ou fundadas exclusivamente nas preferências políticas ou morais do próprio julgador. Consoante o autor, nenhum juiz pode ser sempre ativista, assim como não pode ser sempre autorrestritivo, já que se determinado juiz atuar sempre da mesma maneira, em algum momento, estará de forma ilegítima.

No Brasil, o ajuizamento de ações estruturais é bastante embrionário, ainda mais em comparação com os países da América Latina. Para Dantas (2019, p. 44), uma das razões para que esse tema ainda não tenha entrado em destaque “decorre da utilização de ações individuais e das normas do processo civil individual para o ajuizamento de demandas que buscam suprir falhas estruturais e sistêmicas das políticas públicas estatais”. Especificamente em relação ao sistema penitenciário brasileiro, o Supremo Tribunal Federal já teve a

oportunidade de analisar temas mais pontuais em demandas que podem ser consideradas estruturais, como os Recursos Extraordinários 592.581/RS e 580.252/MS.

O primeiro recurso fixou a tese de que é lícito ao Judiciário impor a obrigação de fazer à Administração Pública, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade à dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à integridade física e moral, não sendo oponível a reserva do possível e a separação dos poderes. O segundo recurso fixou a tese do dever do Estado em manter os presídios com os padrões mínimos de humanidade, sendo de sua responsabilidade a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.

Em 2015, a tese do estado de coisas inconstitucional foi adotada no ordenamento jurídico brasileiro, com o julgamento da Medida Cautelar da ADPF 347, ajuizada pelo PSOL, que buscou o reconhecimento da inconstitucionalidade do sistema penitenciário brasileiro e a adoção de providências estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos, decorrentes de ações e omissões dos poderes públicos da União, dos estados e do Distrito Federal, incluídos os atos de natureza normativa, administrativa e judicial.

Na ocasião, o demandante defendeu estarem preenchidos os pressupostos do ECI, que consistiriam na existência de um quadro de violação massiva dos referidos preceitos fundamentais, com origem na multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, incluídos os de natureza normativa, administrativa ou judicial (falhas estruturais em políticas públicas), devendo o alcance da solução do problema por meio da adoção de medidas, voltadas à melhoria das condições carcerárias e à reversão do processo de hiperencarceramento, por parte dos entes federativos (CAMPOS, 2019, p. 296).

Não obstante o mérito da ação ainda não ter sido julgado, a decisão da cautelar reconheceu a existência da violação generalizada dos direitos dos presos, caracterizada como estado de coisas inconstitucional, deferindo as seguintes medidas: a) a realização de audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas, contados do momento da prisão, nos termos dos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da CADH; b) a determinação à União para liberar o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) para a finalidade para a qual foi criado; e c) a determinação, de ofício, à União e aos Estados para encaminhar informações

sobre a situação prisional⁸. A ementa do julgado ficou assim redigida:

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil.

SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.

FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão (BRASIL, 2015).

Em seu voto, o relator Ministro Marco Aurélio apontou a situação vexaminosa do sistema penitenciário brasileiro, comparando as prisões nacionais às masmorras medievais. Para ele, o quadro inconstitucional não é exclusivo de um presídio, mas em todo o País, devendo ser reconhecida a inequívoca falência do sistema prisional brasileiro. Por esse contexto, considerou-se que a superlotação carcerária e a precariedade das delegacias e presídios configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno às pessoas que se encontram sob custódia, convertendo-se em penas cruéis e desumanas, tornando-os “lixo digno do pior

8 Os pedidos consistiam em medidas normativas e estruturais, das quais destacam-se: a) aos juízes e tribunais – que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do CPP; que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da CADH, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; que considerem, fundamentadamente, o quadro do sistema penitenciário no momento de implemento de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo; b) ao juiz da execução penal – que venha a abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando reveladas as condições de cumprimento da pena mais severas do que as previstas na ordem jurídica em razão do quadro do sistema carcerário, preservando-se a proporcionalidade da sanção; que abata, da pena, o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica; g) ao CNJ – que coordene mutirão carcerário a fim de revisar todos os processos de execução penal, em curso no país, que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade; h) à União – que libere as verbas do FUNPEN, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

tratamento possível”.

Do voto do Ministro, pode-se retirar diversos trechos sobre a responsabilidade do Poder Público, já que não poderia ser atribuída a um único e exclusivo poder, havendo, na realidade, problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal, isto é, falta coordenação institucional. O quadro inconstitucional de violência generalizada dos direitos fundamentais dos presos é diariamente agravado em razão de ações, omissões e falhas estruturais de todos os poderes públicos.

No tópico “O possível papel do Supremo”, ele cita brevemente o contexto histórico do ECI e indaga sobre a atuação da Corte no desempenho desse “estágio elevadíssimo de inconstitucionalidade”. Esse papel seria o de “retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas”, o que asseguraria a efetividade prática das soluções propostas, já que, no seu entendimento, ordens flexíveis sob monitoramento previnem a supremacia judicial e promovem a integração institucional, que são um marco de um constitucionalismo cooperativo.

A maior parte dos ministros reconheceu, expressamente, um estado de coisas inconstitucional, referenciando e reforçando o voto do Relator, razão pela qual dificulta uma maior separação das razões traçadas pela Corte. Os ministros Roberto Barroso, Edson Fachin, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, junto ao relator Marco Aurélio, adotaram textualmente a tese, acordando que o Tribunal deveria intervir, inclusive, sobre a escolha orçamentária de contingenciamento de recursos.

No presente caso, pode-se dizer que o STF adotou prática cada vez mais comum em diversos ordenamentos, consistente em recorrer a precedentes de tribunais congêneres de outros países. Sobre o tema, Neves (2012, p. 21-22) utiliza o termo “transconstitucionalismo” para definir o entrelaçamento, em busca de soluções, de ordens jurídicas diversas em torno dos mesmos problemas de natureza constitucional. O diálogo implica uma releitura dos fundamentos da própria ordem, que se torna o ponto de partida e resulta no transconstitucionalismo, ressaltando-se a existência de uma grande tradição de referências a dispositivos, jurisprudências e doutrinas constitucionais estrangeiras na América Latina.

É cada vez mais comum uma “conversação” constitucional mediante referências recíprocas a decisões de tribunais de outros Estados. Não se trata de constatar que as decisões tomadas no âmbito de uma ordem estatal influenciam outras ordens estatais e têm efeitos

sobre os cidadãos de outros Estados. O transconstitucionalismo entre ordens jurídicas, mais do que isso, importa que as decisões de cortes constitucionais de outros Estados são invocadas em decisões de tribunal constitucional não só como *obter dicta*, mas como elementos construtores da *ratio decidendi*⁹ (NEVES, 2012, p. 166-167, 178).

O tribunal de um país não invoca precedentes estrangeiros aleatoriamente, mas para colher elementos hermenêuticos que possam causar um ganho interpretativo, no sentido de não ter que percorrer os argumentos e contra-argumentos já enfrentados, servindo para compreender todas as implicações da decisão e seus efeitos. A força vinculante do precedente estrangeiro apresenta natureza hermenêutica, racional ou argumentativa, em função de um compartilhamento de princípios incidentes nos casos, o que se mostra com mais ênfase em julgamentos envolvendo direitos humanos (LOPES FILHO; MAIA, 2018, p. 234).

O recurso à jurisprudência de outros países é válido quando toda a experiência com o assunto seja levada em consideração, bem como as consequências e premissas expressas e implicitamente adotadas, e não apenas o raciocínio isolado contido em um julgado. Um precedente que não seja coerente ou que, de alguma maneira, não satisfaça uma pretensão de correção, tende a se fazer irrelevante. Assim, perderá relevância e sua superação pode se dar pela própria corte, técnica através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído, mas também ser erodido por sucessivos desafios de cortes inferiores ou pelo Legislativo (LOPES FILHO; MAIA, 2018, p. 234-235).

4.1 CONJUNTURA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Ainda que o objeto da dissertação seja o estado de coisas inconstitucional, como explicitado ao longo deste trabalho, deve-se debater, de forma específica, a conjuntura do sistema penitenciário brasileiro para entender como se deu a caracterização da inconstitucionalidade. Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/2015, a situação do sistema penitenciário brasileiro foi considerada vexaminosa, razão pela qual se torna relevante trazer dados oficiais para demonstrar que o déficit de vagas no sistema prisional afeta fortemente a população carcerária, maioria de pobres e negros.

Dos votos ministrados, consignou-se a impopularidade da demanda da população

9 Cardozo (2004, p. 16-17) dispõe a *ratio decidendi* como o princípio subjacente dos precedentes, enquanto traz a *obter dicta* consistente em opiniões expressas por um juiz no tribunal ou que, ao proferir sentenças, não são essenciais à decisão e, portanto, não constituem fonte de Direito.

prisional, que faz com que grande parte dos políticos não reivindicuem recursos públicos ao oferecimento de condições dignas no sistema carcerário, conduzindo a bloqueios políticos. Essa rejeição popular faz com que a matéria enfrente um “ponto cego legislativo”, pois o debate parlamentar não a alcança, razão pela qual os poderes majoritários apoiam-se no perfil contramajoritário do Supremo Tribunal Federal para implementar o fariam voluntariamente se não temessem custos políticos.

Nesse contexto, Müller (2003, p. 130) traz o raciocínio de que, no Poder Legislativo, os políticos não compreendem a complexidade técnica das leis, votando condicionados por ponderações de política partidária. Esse conhecimento técnico não se localiza no respectivo titular individual do direito eleitoral, sendo fornecido pelos peritos e ministérios, assim como pela comunidade científica através de pareceres de peritos externos.

Quanto à exclusão, Müller (2003, p. 91) preconiza que se trata da discriminação parcial de parcelas consideráveis da população, vinculada preponderantemente a determinadas áreas, permitindo a presença física no território, embora haja exclusão dos sistemas prestacionais econômicos, jurídicos, políticos, médicos e educacionais, havendo uma marginalização como subintegração. A exclusão desses grupos conduziria a uma reação em cadeia e à pobreza política, pois eles “dependem (negativamente) das prestações dos mencionados sistemas funcionais da sociedade, sem que tenham simultaneamente acesso às mesmas (no sentido positivo)” (MÜLLER, 2003, p. 93).

Na prática se retira aos excluídos a dignidade humana, retira-se-lhes mesmo a qualidade de seres humanos, conforme se evidencia na atuação do aparelho de repressão: não-aplicação sistemática dos direitos humanos e de outras garantias jurídicas, perseguição física, “execução” sem acusação nem processo, impunidade dos agentes estatais da violação, da opressão ou do assassinio. (...) O objetivo da luta é impor a igualdade de todos no tocante à sua qualidade de seres humanos, à dignidade humana, aos direitos fundamentais e às restantes garantias legalmente vigentes de proteção – sem que se permitisse aqui as mais ligeiras diferenças, tampouco aquelas com vistas à nacionalidade, aos direitos eleitorais passivos e ativos ou à faixa etária. (...) Os direitos fundamentais não estão positivamente à disposição dos indivíduos e dos grupos excluídos, mas os direitos fundamentais e humanos destes são violados (de forma repressiva e de outras formas). Normas constitucionais manifestam-se para eles “quase só nos seus efeitos limitadores da liberdade”, seus direitos de participação política aparecem – diante do pano de fundo a sua depravação integral – preponderantemente só no papel, assim como também o acesso aos tribunais e à proteção jurídica (MÜLLER, 2003, p. 94-95).

Para entender as questões inerentes ao tema, decorre a imprescindibilidade de averiguação dos dados oficiais relativas à população carcerária nacional, com o escopo de avaliar, de modo concreto, o perfil dos atingidos pelo aprisionamento e a situação dos

estabelecimentos para o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional. Para tanto, utilizam-se os dados extraídos do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), divulgados pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), um sistema de informações estatísticas sobre os estabelecimentos e a população prisional¹⁰.

Consoante os dados mais atualizados do Portal do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP), do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em janeiro de 2022, constava a informação de que 916.839 pessoas privadas de liberdade, sendo a maioria em prisões estaduais. Desse número, 914.217 eram presos (414.780 provisórios; 200.130 em execução provisória; 297.935 em execução definitiva e 1.372 em prisão civil), sendo 864.445 homens e 49.774 mulheres. O número restante consistia em 2.622 internados (654 provisórios; 394 em execução provisória; 1.574 em execução definitiva), destes quais são 2455 homens e 167 mulheres)¹¹.

Os dados mais atuais divulgados do Infopen, divulgado em junho de 2021, constavam 815.165 presos (769.947 homens e 45.218 mulheres), dentre os quais estão em unidades estaduais e federais, assim como em celas físicas e em prisão domiciliar, excluídos os presos que estão sob custódia das Polícias Judiciárias, Batalhões de Polícias e Bombeiros Militares. À época, os presos sem condenação correspondiam a 228.303 (226.776 – Justiça Estadual; 1.238 – Justiça Federal; 289 – Outros), o que representa cerca de 28% do total de encarcerados (BRASIL, 2021).

Segundo o Prison Studies – World Prison Brief, com os dados de 2022, no Brasil, há mais de 800.000 encarcerados em prisões cautelares ou cumprindo penas definitivas, o que corresponde à terceira posição de maior população, atrás apenas dos Estados Unidos (cerca de 2.068.800 presos) e China (cerca de 1.690.000 presos), completando a lista dos cinco primeiros com a Índia (488.511 presos) e a Rússia (cerca de 467.241 presos). Quanto à taxa de aprisionamento o ranking internacional, o Brasil estava situada na 15ª posição, o que

10 No período anterior ao ano de 2017, que coincide com as mudanças no Governo Federal, havia a divulgação de relatórios circunstanciados sobre a situação prisional, incluindo a atualização dos dados e edições especiais que tratavam especificamente sobre as mulheres privadas de liberdade. Esses relatórios, apesar de nomeados como sintéticos, traziam aspectos relevantes para a publicização dos dados, como “considerações metodológicas”, havendo maior unificação dos dados nacionais. Atualmente, há a divulgação dos relatórios analíticos, em que há a mera divulgação dos números sem profundidade dos dados, gerando um enfraquecimento dos números ali inseridos. Apesar dos relatórios dos dados de 2017 referenciarem o atual Presidente da República, a consolidação, reunião e organização destes números foram realizados pelos governos anteriores.

11 Dados extraídos no site do Portal do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (<https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/relatorios-analiticos/br/brasil-jun-2021.pdf>), na data de 15 jan. 2022. Os dados do Infopen, de janeiro a junho de 2021, informavam uma população carcerária de 820.689, o que somaria um número de 384,73 presos a cada 100.000 habitantes.

correspondia a 338 presos a cada 100 mil habitantes¹².

Um dado relevante do relatório do refere-se à capacidade do sistema penitenciário, totalizando apenas 634.369 vagas (575.674 para homens e 58.795 para mulheres), distribuídas entre vagas para os provisórios, regime fechado, semiaberto e aberto, regime disciplinar diferenciado, medidas de segurança e outros tipos de vagas, demonstrando uma grande deficiência ocasionando na superlotação carcerária. A destinação de vagas por gênero também deve ser analisado, visto que cerca de 90% seriam destinadas a homens. Quanto à destinação dos estabelecimentos por gênero, a grande parte foi projetada para homens (cerca de 76,65%), sendo 8,76% destinadas ao cárcere feminino e outros 14,58% caracterizados como mistos, significando que podem contar com alas ou celas específicas para o aprisionamento de mulheres, ainda que originalmente masculinos.

A população prisional, conforme as informações do INFOPEN (2021), é bastante definida. No que se refere à faixa etária, aproximadamente 40% dos presos são jovens de até 29 anos de idade. Em relação à raça, cor ou etnia dos encarcerados, cerca de 52% são negros (os dados são a soma das categorias preta e parda), 22% são brancos, 2% de amarelos, 0,3% de indígenas, havendo um patamar relevante de 22% não informados. Quanto ao perfil de escolaridade da população prisional, cerca de 37,2% concluíram, no máximo, o ensino fundamental incompleto; 9,9% o ensino fundamental completo; 13,3% o ensino médio incompleto; enquanto que 8,9% possuíam o ensino médio completo.

Quanto ao tipo penal, entre as unidades prisionais que dispunham sobre essas informações, foram computadas 724.788 incidências nos registros, verificando-se que os crimes contra o patrimônio correspondem a cerca de 39,9% das incidências penais pelas quais os presos foram condenados ou aguardam julgamento, significando que dois em cada cinco pessoas no sistema prisional estão ligadas a estas infrações penais. O segundo grande grupo de incidências penais refere-se aos crimes relacionados ao tráfico de drogas, associação para o tráfico e tráfico internacional, correspondendo a 30% do total das infrações tentadas/consumadas nos registros de pessoas privadas de liberdade;

Nesse viés, na ADPF 347/2015, o Min. Edson Fachin expôs que estes dados revelariam uma realidade assombrosa de um Estado que pretende efetivar direitos fundamentais, já que os estabelecimentos prisionais funcionariam como instituições segregacionistas de grupos em situação de vulnerabilidade social, não havendo de que essa

12 Dados extraídos no site do Portal do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (<https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total>), na data de 15/01/2022.

segregação objetive reintegrá-los à sociedade, mas sim, mantê-los indefinidamente apartados, a partir da contribuição que a precariedade dos estabelecimentos oferece à reincidência.

O cárcere, com todo esse retrato, torna-se lugar de exclusão social, espaço de perpetuação das vulnerabilidades e seletividades. Em especial, nas unidades femininas, encontram-se maiores violações no que se refere ao exercício de direitos de forma geral e, notadamente, aos direitos sexuais e reprodutivos, bem como ao acesso à saúde especializada, educação e trabalho. No Brasil, o encarceramento de mulheres é fenômeno que vem aumentando nas últimas décadas, trazendo impacto para as políticas de segurança, administração penitenciária, assim como para as políticas específicas de combate à desigualdade de gênero (GONZAGA FILHO, 2018, p. 19-20).

Por essa razão, deve-se analisar os dados referentes às seções internas principalmente no que se trata das presidiárias mães e/ou gestantes. Entre unidades femininas e mistas, o INFOPEN, de junho/2021, 67 estabelecimentos contavam com cela adequada ou dormitório para gestantes, enquanto que havia 196 gestantes/parturientes e 95 lactantes no sistema prisional. Considerando as unidades femininas e mistas, havia 51 estabelecimentos com berçário e/ou centro de referência materno-infantil, contando com uma capacidade de 587 bebês; 11 estabelecimentos com creche, contando com uma capacidade de 171 crianças, demonstrando, mais uma vez, a notória situação caótica do sistema penitenciário brasileiro.

Deve-se trazer a reflexão de Wacquant (1999, p. 4), que aduz que a “penalidade neoliberal” apresenta um paradoxo, pois “pretende remediar com um ‘mais Estado’ policial e penitenciário o ‘menos Estado’ econômico e social que é a própria causa da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países”. Para ele, a sociedade brasileira continua caracterizada pelas disparidades sociais e pela pobreza de massa, que, combinadas, alimentam o crescimento da violência criminal. Nota-se a particularidade de a insegurança criminal ser agravada pela intervenção das forças de ordem (polícia militar e civil), havendo um recorte da hierarquia de classes e da estratificação etnorracial endêmica nas burocracias policial e judiciária.

Desenvolver o Estado penal para responder às desordens suscitadas pela desregulamentação da economia, dessocialização do trabalho assalariado e pauperização relativa e absoluta de amplos contingentes do proletariado urbano, aumentando os meios a amplitude e a intensidade da intervenção do aparelho policial e judiciário, equivalerá a “(r)estabelecer” uma ditadura sobre os pobres. Por isso, para Wacquant (1999, p. 6-7), o

estado apavorante das prisões parecem mais com empresas públicas de depósito industrial dos dejetos sociais, do que com instituições judiciárias servindo para alguma função penalógica.

Pode-se trazer a explanação de Zaffaroni e Pierangeli (2021, p. 77) em relação ao âmbito do controle social, que nem sempre é evidente. Para os autores, o fenômeno de ocultação do controle social não são tão pronunciados nos países periféricos, onde os conflitos são mais manifestos. O controle social se vale de meios mais ou menos “difusos” e encobertos até meios específicos e explícitos, como o sistema penal (polícia, juízes, agentes penitenciários, etc.), sendo mais “anestésico” entre as camadas sociais mais privilegiadas.

Nesse sentido, a ADPF 347/2015 consignou que a cultura do encarceramento pode ser notada pelo vultoso número de prisões provisórias decorrente de excessos na forma de interpretar a legislação penal, cabendo ao Judiciário exercer função típica de racionalizar a concretização da ordem jurídico-penal para a minimizar o quadro. Desse modo, o STF entendeu que controvérsias teóricas não seriam aptas a afastar o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário nacional, não se podendo cogitar afronta ao princípio democrático e da separação de poderes.

4.2 VIOLAÇÃO AOS PRECEITOS FUNDAMENTAIS E CONFIGURAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Para aprofundar o tema, considerando que o estado de coisas inconstitucional foi declarado em sede de ADPF, o presente tópico busca analisar justamente as violações do preceito fundamental violado conforme a discussão do Supremo Tribunal Federal, com o intuito de tentar clarear os requisitos formais para a caracterização da técnica decisória.

Nos termos do art. 102, § 1º, da CRFB/88, compete ao Supremo Tribunal Federal apreciar a arguição de descumprimento de preceito fundamental, dispondo a Lei 9.882/99 sobre o processo e julgamento desta modalidade de ação de controle concentrado. O art. 1º da legislação específica preceitua que a ação tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, cabendo também, conforme o inciso I do parágrafo único, quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Conforme já tratado (cf. tópico 2.2), as mudanças no sistema de controle de constitucionalidade ampliaram o direito de propositura da ADI e a criação da ADC,

reforçando o controle concentrado em detrimento do difuso. Subsistiu um espaço residual para o controle difuso relativo às matérias não suscetíveis de exame no controle concentrado (direito pré-constitucional, controvérsia constitucional sobre normas revogadas, controle de constitucionalidade do direito municipal em face da Constituição Federal), que somente poderiam ser tratadas em recurso extraordinário (MENDES; BRANCO, 2021, p. 2495-2496).

A previsão da ADPF no texto constitucional aconteceu de forma simplificada, tendo em vista a ausência de qualquer antecedente histórico significativo, o que dificultava a disciplina infraconstitucional do instituto, que se deu apenas com a edição da Lei 9.882, de 1999. Em relação ao “preceito fundamental”, Mendes e Branco (2021, p. 2497-2501) aduzem não haver consenso acerca do efetivo alcance dessa expressão, ressaltando-se a possibilidade de utilização da ação de controle concentrado em casos excepcionais, podendo assumir a feição de um recurso de amparo ou de uma reclamação constitucional autônoma.

Quanto ao preceito fundamental, pode-se trazer a ADPF 33, julgada em 2005, uma das decisões mais relevantes sobre o tema, em que o Min. Gilmar Mendes aduziu a dificuldade de indicar os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão, mas argumenta que alguns deles estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional. Assim, restaria evidente a qualidade de preceito fundamental dos direitos e garantias individuais (art. 5º da CRFB/88), princípios protegidos pela cláusula pétrea (art. 60, § 4º da CRFB/88). O próprio texto constitucional explicita os princípios sensíveis, cuja violação pode dar ensejo à decretação de intervenção federal nos Estados-membros.

O Ministro defendeu a fixação de um conceito extensivo de preceito fundamental, visto que a afirmação de que essas cláusulas devem ser interpretadas de forma restritiva seria simplista, podendo agravar o problema, pois a tendência detectada atua no sentido não de uma interpretação restritiva das cláusulas pétreas, mas de uma interpretação restritiva dos próprios princípios por ela protegidos. No lugar de permitir fortalecimento dos princípios constitucionais contemplados nas “garantias de eternidade”, essa via acarretaria seu enfraquecimento. Em contrapartida, o Min. Carlos Britto considerou que preceitos fundamentais são aqueles que a própria constituição denomina, ou seja, os Títulos I e II.

Nesse contexto, no bojo do voto do Relator da ADPF 347, de forma expressa, expõe-se a ofensa de diversos dispositivos contendo normas nucleares do programa objetivo de direitos fundamentais da Constituição Federal. Para ele, o sistema penitenciário brasileiro ofende a dignidade humana (art. 1º, III); a proibição de tortura e tratamento desumano ou

degradante (art. 5º, III); a vedação da aplicação de penas cruéis (art. 5º, XLVII, “e”); o dever estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (art. 5º, XLVIII); a segurança dos presos à integridade física e moral (art. 5º, XLIX); e os direitos à saúde, educação, alimentação, trabalho, previdência e assistência social (art. 6º) e à assistência judiciária (art. 5º, LXXIV).

O Min. Edson Fachin trouxe que a ADPF 347 trata dos direitos mais fundamentais da pessoa humana, não se referindo apenas à dignidade da pessoa humana, mas à integridade física e moral dos encarcerados, que é um direito fundamental que contém uma faceta objetiva (integra a base do ordenamento jurídico e é um vetor de eficácia irradiante a ser seguido pelo Poder Público e pelos particulares) e outra subjetiva (correspondente à exigência de uma prestação positiva ou negativa por parte do Estado ou dos particulares).

Ademais, outras normas são afrontadas, sendo citados diversos diplomas e documentos internacionais que versam sobre o tema, como o artigo 9 e 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o artigo 8 do Pacto de São José da Costa Rica, que preceituam sobre o direito à liberdade, à segurança pessoal, assim como sobre as garantias judiciais, tratando-se, especialmente, sobre a condução imediata de presos à presença do juiz, bem como o direito de ser ouvido com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial. Esses artigos também versam sobre a presunção de inocência e o direito de não ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença transitada em julgado.

Conforme o Supremo Tribunal Federal, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes também foi violada, podendo-se citar, de forma específica, os artigos 10 e 11. Especificamente, os artigos versam sobre a obrigação dos Estados em assegurar a incorporação do ensino e a informação sobre a proibição de tortura no treinamento do pessoal civil ou militar encarregado da aplicação da lei, do pessoal médico, dos funcionários públicos e de quaisquer outras pessoas que possam participar da custódia, interrogatório ou tratamento de pessoa submetida a qualquer forma de prisão, detenção ou reclusão.

Por fim, transgrediu-se a Lei Complementar 79/94, que criou o Fundo Penitenciário Nacional, cujos recursos estão sendo contingenciados pela União, impedindo a formulação de novas políticas públicas ou a melhoria das existentes e contribuindo para o agravamento do quadro, e a Lei de Execução Penal, na qual são assegurados diversos direitos. Nos termos do

art. 10 da LEP, a assistência ao preso e ao internado “é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”, englobando a assistência à saúde, material, jurídica, educacional, social e religiosa.

Por fim, é relevante abordar o art. 41 da LEP, constituindo como direitos dos presos: à alimentação suficiente e vestuário; à atribuição de trabalho e sua remuneração; à Previdência Social; à constituição de pecúlio; à proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho o descanso e a recreação; ao exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; à assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; à proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; à entrevista pessoal e reservada com o advogado; à visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; ao chamamento nominal; à igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; à audiência especial com o diretor do estabelecimento; à representação e petição a qualquer autoridade em defesa de direito; ao contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes; e ao atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.

4.3 DAS CRÍTICAS À INCORPORAÇÃO DA TÉCNICA DECISÓRIA

Para iniciar a discussão sobre a adoção do estado de coisas inconstitucional na ADPF 347/2015, cabe salientar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, ao trazer que controvérsias teóricas não seriam aptas a afastar o reconhecimento dos pressupostos da inconstitucionalidade no caso concreto, o que resulta na possibilidade de decisões sem que se afronte o princípio democrático e a separação de poderes.

Entre os autores que tratam o tema, a técnica decisória não parece ter suscitado tantas controvérsias, haja vista a existência de trabalhos que, na maior parte das vezes, limitam-se a reproduzir o conteúdo da decisão do STF; sugerir a sua inserção temática na discussão sobre ativismo judicial; propor a extensão a outros direitos; ou apenas reforçar sua importância em nosso cenário social. Contudo, de uma forma geral, a similitude é a não problematização quanto às consequências jurídicas e políticas da decretação judicial desse estado de coisas.

Esta dissertação direciona-se a suscitar, de forma mais aprofundada, críticas em torno

da adoção da tese do estado de coisas no Brasil, com a intenção de tratar principalmente sobre a eficácia do instituto, utilizando-se como base a Medida Cautelar da ADPF 247/2015. Não obstante a Suprema Corte ter traçado quadro comparativo entre a nossa situação e a colombiana para fundamentar a utilização do precedente estrangeiro, haja vista as similaridades fáticas, sociológicas e culturais de ambos os países, há diversos pontos que não foram enfrentados que podem prejudicar a condução do instituto no Brasil.

O contraponto da utilização da tese do estado de coisas inconstitucional merece ser debatido, havendo especialmente duas objeções: a primeira pautada na falta de legitimidade democrática e institucional do Supremo Tribunal Federal para adotar medidas no sistema penitenciário nacional, questionando-se a sua legitimidade para ser um coordenador de políticas públicas; e a segunda consistente na inutilidade prática desta tese, visto que o seu uso não se mostrou útil para remediar as violações no país de origem (CAMPOS, 2019, p. 302).

De início, pode-se trazer a discussão trazida por Streck (2015), que intitula o estado de coisas inconstitucional como “ativismo judicial camuflado”. Para ele, o próprio nome da tese é tão abrangente que se torna difícil combatê-la, o que “vitaminaria” o ativismo judicial, demonstrando-se preocupação quanto ao fato de o Poder Judiciário ter o poder de decidir e de escolher as prioridades inconstitucionais em um país continental:

Se a Constituição não é uma carta de intenções (e todos pensamos que não o é), o Brasil real, comparado com a Constituição, pode ou é um país inconstitucional, na tese de quem defende a possibilidade de se adotar o ECI. Pensemos no artigo 3º (objetivo de construir uma sociedade justa e solidária; a norma do salário mínimo, o direito à moradia, à segurança pública etc). Portanto, vamos refazer o dito: se a Constituição Federal não é uma carta de intenções e se é, efetivamente, norma, então o Brasil está eivado de inconstitucionalidades (STRECK, 2015).

Partindo do ponto que o estado de coisas inconstitucional é factível, a palavra “estruturante” poderia ser considerada um guarda-chuva que poderia guardar tudo o que o ativismo judicial pode alcançar, desde os presídios ao salário-mínimo, gerando o questionamento de quais estruturas podem ser inconstitucionalizadas. Considerando as providências decorrentes da inércia estatal que justificam a intervenção do Poder Judiciário, deve-se discutir a legitimidade de um tribunal para optar por uma solução e descartar outras (STRECK, 2015; DE GIORGI; FARIA; CAMPILONGO, 2015).

Sob o pretexto de dar eficácia aos direitos fundamentais, o Estado de Coisas Inconstitucional os ameaça. Num país marcado pelos sem-teto, sem-saúde, sem-educação e sem-segurança, o conceito de ECI despreza o fato de que o sistema jurídico não tem estruturas, meios e organizações que lhe permitam corrigir essas mazelas por sentenças judiciais. Proferidas as decisões com base nesse conceito,

quem as executará? O guarda da esquina? O vereador do bairro? Se a fonte jurídica da autoridade – a Constituição – é ameaçada pelo ECI, o que dizer da autoridade daqueles que podem aplicar o conceito? Quais seriam os limites e os mecanismos de controle desse poder? (DE GIORGI; FARIA; CAMPILONGO, 2015).

Para Marmelstein (2015), o ECI pode ser útil para evitar a pulverização de soluções em níveis diferentes, pois, com um plano de ação, “os órgãos envolvidos poderiam, em tese, ter um maior controle da situação, favorecendo a racionalidade no processo decisório”. Como as violações são judicializadas de forma isolada, seria impossível alcançar soluções sistematizadas, aumentando o quadro de inconstitucionalidades, como, por exemplo, a judicialização da saúde, em que as microsoluções (caóticas) impediriam qualquer planejamento das macrosoluções (sistemáticas).

Apesar desses possíveis pontos positivos, uma observação mais crítica reside em dois pontos específicos. O primeiro diz respeito ao papel assumido pelo Poder Judiciário, já que o ECI só faria sentido se ficar claro os limites da atuação do órgão judicial, não possuindo como propósito a criação de um “super órgão” responsável pela elaboração e execução de políticas públicas. Nesse modelo, os juízes ou cortes não devem exercer um papel de substituição, mas de mera supervisão ou acompanhamento do planejamento pelos entes responsáveis, dentro das respectivas esferas de competência (MARMELESTEIN, 2015).

Nesse ponto, cabe trazer o entendimento de Maus (2000), com base no constitucionalismo alemão e na psicologia (cf. tópico 2.3). O Poder Judiciário alemão extrapolou suas competências constitucionais para se tornar um superpoder, não se sujeitando a limites. Como o fenômeno da protagonização do Judiciário como agente político não foi exclusivo daquele país, pode-se trazer esse raciocínio para o presente trabalho, de modo a relacionar à atuação do Supremo Tribunal Federal, assim como discutir as conformações sistêmicas que podem ser adotadas para superar a supremacia judicial.

Com a promulgação da Constituição Federal atual, que estabeleceu um extenso rol de direitos fundamentais, houve uma facilitação do acesso à justiça e à ampliação dos parâmetros para o controle de constitucionalidade, bem como o aperfeiçoamento destas técnicas. A participação do Judiciário, especialmente do STF, no processo de tomada de decisões importantes para a sociedade, tornou-se cada vez mais frequente, sendo difícil encontrar uma decisão política relevante no Brasil que não tenha sido objeto de judicialização, ou seja, é crescente o controle da justiça sobre a vida política.

É necessário ter cautela em relação à eficácia do ECI, tendo em vista que, segundo Marmelstein (2015), não se pode supervalorizar o papel do Judiciário na implementação de

soluções de largo alcance. O poder judicial possui capacidade limitada de proteger os direitos fundamentais, como as que determinam o fim das violações dos direitos dos presos ou a efetivação de direitos econômicos, sociais e culturais. Decisões bem fundamentadas podem não ter nenhum poder de mudar o contexto fático se não houver compromisso mais amplo dos poderes, devendo-se questionar se o nosso Judiciário possui estrutura para essas decisões.

Primeiramente, deve-se debater a aplicação do estado de coisas inconstitucional e a inovação no controle concentrado não-normativo no julgamento em sede de uma ADPF. Cabe destacar que, conforme a Lei 9.882/1999, esse tipo de ação de controle possui como intuito “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”, cabendo, ainda, “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”.

Os Ministros do STF basearam-se a possibilidade de adoção do instituto do estado de coisas inconstitucional na subsidiariedade ínsita das arguições de descumprimento de preceito fundamental, conforme o art. 4º da Lei 9.882/1999, que versa a não admissão deste tipo de ação quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade. Consoante o voto do Relator Ministro Marco Aurélio, inexistente, no âmbito do controle abstrato de normas, instrumento diverso mediante o qual possam ser impugnados, de forma abrangente, os atos relacionados às lesões a preceitos fundamentais articuladas.

Em conformidade com o voto do Min. Celso de Mello, alargam-se as “situações inconstitucionais”, que traz que as situações configuradoras de omissão inconstitucional, ainda que sejam omissões parciais derivadas de concretização insuficiente de norma impositiva ao Poder Público, refletem comportamento estatal que deve ser repellido, uma vez que a inércia do Estado qualificar-se-ia como um processo de vulneração da Constituição Federal. Para ele, as normas constitucionais não podem se converter em promessa constitucional, sob pena de o Poder Público substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu dever por um gesto de infidelidade governamental.

Após enfrentar o cabimento do ECI, os debates voltam-se à legitimidade do Poder Judiciário para atuar nessa matéria. Para o Relator, deve-se ressaltar o entendimento de que não necessitaria maior aprofundamento na legitimidade da atuação do Poder Judiciário, já que seria notório o fato de que os presos são uma minoria invisível não representada politicamente, incapazes de vocalizar suas demandas e necessidades. A essência da legitimação da atuação da jurisdição constitucional é precisamente a proteção dos direitos

fundamentais, sobretudo, os direitos fundamentais da minoria.

O STF, no bojo da ADPF 347/2015, volta-se ao “ativismo judicial dialógico”, que, conforme as razões do Min. Luiz Fux, apresenta como exemplos as Cortes Constitucionais da Colômbia, da Índia e da África do Sul, que tem dado ênfase a implementação, acompanhamento e coordenação de políticas públicas a proteger direitos fundamentais, cabendo a interferência do Judiciário, desde que exista estado de inércia e de passividade. Outrossim, o Min. Celso de Mello, dispõe que a jurisprudência do STF entende pela licitude da atuação judicial nessas medidas, desde que configurada inescusável omissão estatal, qualificada como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica.

Conforme Campos (2015, p. 141-143), o ativismo judicial não seria naturalmente ilegítimo, exceto quando se voltar a afirmar a supremacia judicial, ou seja, o ativismo do tipo antidialógico, que se manifesta quando a interpretação constitucional é “encarada como tarefa exclusiva de juízes e cortes constitucionais”. Por outro lado, o ativismo judicial predominantemente estrutural, deveria ser considerado do tipo dialógico. Nesse sentido, as cortes podem ter a última palavra sobre um caso, mas não necessariamente acerca da questão constitucional mais ampla, tendo em vista que a definição da questão mais ampla deve ser o resultado da “construção coordenada” entre os poderes, ou seja, de um processo dialógico.

Com efeito, não é salutar atribuir, aprioristicamente, a um órgão qualquer a prerrogativa de dar a última palavra sobre o sentido da constituição. Definitivamente, a constituição não é o que cortes dizem que ela é. Em matéria de interpretação constitucional, cortes constitucionais ou supremas, compostas por intérpretes humanos e falíveis, podem errar, como também podem fazê-lo os poderes Legislativo e Executivo. É preferível adotar-se um modelo que não atribua a nenhuma instituição – nem do Judiciário, nem do Legislativo – o “direito de errar por último”, abrindo-se a permanente possibilidade de correções recíprocas no campo da hermenêutica constitucional ou de construção conjunta e coordenada de sentidos constitucionais e de formas de proteção e efetividade de direitos fundamentais, com base na ideia de diálogo, em lugar da visão mais tradicional, que concede a última ou única palavra às cortes (CAMPOS, 2015, p. 143).

Nessa concepção, essa ideia de diálogos institucionais poderia ser uma resposta às objeções de ordem democrática e institucional contra a expansão do Judiciário. Para Campos (2015, p. 143-144), a declaração do estado de coisas inconstitucional, pauta-se no ativismo judicial estrutural, podendo ser considerado legítimo se permitir o diálogo entre os poderes e a sociedade. Contudo, deve-se ocupar também dos riscos da supremacia judicial, isto é, ao lado de se buscar assegurar o cumprimento da Constituição Federal e a efetividade dos direitos fundamentais contra as falhas estruturais, de igual modo, devem ser elaboradas bases

normativas que favoreçam a atuação conjunta dos poderes.

Ao analisar a ADPF 347/2015, pode-se observar que o Supremo Tribunal Federal ignorou diversos pontos considerados essenciais para a construção teórica do estado de coisas inconstitucional brasileiro, como a sua utilização racional e a necessidade de importação desta tese para o nosso ordenamento jurídico. Também não houve uma imersão de como seria o exercício do controle de constitucionalidade sobre a realidade fática, não havendo, de igual modo, limitação aos contornos fáticos ou jurídicos na aplicação do precedente estrangeiro.

Apesar de a ação de controle concentrado, no ano de 2015, ter sido julgada apenas em sede cautelar, a adoção do estado de coisas inconstitucional guarda bastante relevância, devendo-se reforçar a importância de se consagrar pressupostos para sua caracterização, visto que a sua falta poderia causar, dentre outros problemas, insegurança jurídica. Posteriormente, o próprio STF foi instado para se manifestar sobre a caracterização de outros temas como estado de coisas inconstitucional, porém não se pode fazer avaliação sobre sua utilização, que fica totalmente a critério desta sem qualquer aprofundamento.

O Min. Marco Aurélio, em seu voto, apenas se limitou a expor que não seria possível indicar os problemas inconstitucionais enfrentados pelo Brasil, como o saneamento básico, a saúde pública e a violência urbana, porém estas dificuldades não impediriam a consignação de uma zona de certeza positiva de um quadro de violação estrutural dos direitos fundamentais dos presos. Para ele, o que importa esclarecer são as implicações que surgem a partir do reconhecimento de se encontrarem satisfeitos os pressupostos próprios desse estado de coisas.

Os Ministros não discutiram profundamente as dimensões do instituto acolhido, limitando-se a reproduzir a peça inicial da ação de controle de constitucionalidade. Citaram, de forma acrítica, alguns dos principais pressupostos utilizados pela Corte colombiana, sem indicar se foram acolhidos na totalidade pelo Supremo Tribunal Federal: a situação de violação generalizada de direitos fundamentais; a inércia ou a incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; a superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades.

Esses pressupostos podem até ser considerados genéricos, de modo que, os mais diversos temas amparados pela Constituição Federal poderiam se encaixar no conceito de estado de coisas inconstitucional, ficando evidente, mais uma vez, a subjetividade na condução da técnica decisória. Do mesmo modo, perdeu-se oportunidade de debater outros pressupostos referentes à coerência da invocação do precedente alienígena, como a

necessidade de se transcorrer algum lapso temporal de omissão dos poderes políticos para a configuração do estado de coisas inconstitucional.

Da forma como foi conduzida pelo Supremo Tribunal Federal, a utilização do precedente estrangeiro trata-se de escancarada judicialização de políticas públicas no plano federal e estadual. A fluidez e a vagueza semântica do estado de coisas inconstitucional permite que se torne um álibi para o cometimento de qualquer tipo de ativismo, e não apenas do tipo dialógico. Ainda, pode-se salientar que as medidas tomadas no caso concreto poderiam ser obtidas por outros meios, não sendo necessário a importação da referida tese (ABBOUD, 2018, p. 1000).

Para Abboud (2018, p. 1000), com a utilização do ECI “corre-se o risco de se tornar judicializável, inclusive perante a jurisdição constitucional, qualquer questão fática-problemática, bem como qualquer política pública”, conferindo “subterfúgio decisional” para que o STF adentre em qualquer matéria, ainda que não haja previsão no texto constitucional. Caminha-se para a “aniquilação normativa do princípio da separação de poderes, compreendido como parâmetro esteio de limitação do poder imprescindível numa democracia”, razão pela qual deve aprimorar este diálogo para não acarretar em incorporação inadequada de precedentes (ABBOUD, 2018, p. 1000).

É interessante, nesse ponto, citar Maus (2000, p. 25), em que preconiza que a “competência” do Tribunal Constitucional não derivaria mais da Constituição, mas a precede, no sentido de que ela decorre “diretamente dos princípios jurídicos suprapositivos que o próprio Tribunal desenvolve em seus critérios de exame pré-constitucionais”, rompendo os limites desta “competência” constitucional. O Tribunal submete as demais instâncias políticas “à Constituição por ele interpretada e aos princípios jurídicos suprapositivos por ele afirmados, enquanto ele mesmo isenta-se de todas as vinculações jurídico-constitucionais” (MAUS, 2000, p. 26).

De acordo com Maus (2000, p. 26), a desapropriação, por parte do Tribunal, dos processos de decisão dos interesses sociais, de formação da vontade política, e dos discursos morais “é alcançada por meio de uma transformação fundamental do conceito de Constituição”, que não é mais entendida, como nos tempos da fundamentação racional e jurídico-natural da democracia, “como prova da institucionalização de processos e de garantias jurídico-fundamentais de espaços de liberdade que afiançam todos esses processos sociais e políticos, mas como um texto fundamental”. Por isso, a autora faz uma comparação

dessa situação com textos sagrados que trazem valores e comportamentos corretos, havendo assim, uma “teologia da Lei Fundamental”.

Deve-se expor os contrapontos sobre a judicialização e o ativismo judicial. O primeiro consiste no risco da legitimidade democrática, no sentido de que os membros do Judiciário não são agentes públicos eleitos, apesar de desempenharem, inegavelmente, um poder político, inclusive o de invalidar atos dos outros Poderes, devendo-se ressaltar a dificuldade contramajoritária. Por essa razão, Barroso (2009, p. 16-19) aduz que os juízes apenas devem agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria.

De acordo com o conhecimento tradicional, magistrados não têm vontade política própria. Ao aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo. Essa afirmação, que reverencia a lógica da separação de Poderes, deve ser aceita com temperamentos, tendo em vista que juízes e tribunais não desempenham uma atividade puramente mecânica. Na medida em que lhes cabe atribuir sentido a expressões vagas, fluidas e indeterminadas, como dignidade da pessoa humana, direito de privacidade ou boa-fé objetiva, tornam-se, em muitas situações, coparticipantes do processo de criação do Direito (BARROSO, 2009, p. 16-17).

Quanto ao tema veiculado, é importante trazer uma concepção realista do direito. Nesse campo, dispõe Freitas (2009, p. 50) que, para os realistas, o direito é fato social, não sendo possível estudá-lo “como mero ordenamento jurídico composto de normas coordenadas e em relação de hierarquia umas com as outras; ou seja, eles não admitem uma especulação puramente dogmática das normas jurídicas”, pois consideram que essas normas, na verdade, “não subsistem e sequer são possíveis sem a realidade de que efetivamente resultam”.

Freitas (2009, p. 36) aduz que o realismo acentua o papel judicante, contudo, seria exagerado assemelhar o realismo ao decisionismo, pois este último “concebe o direito como fruto exclusivo da arbitrariedade do julgador, ao passo que, para o realismo, o direito é fruto não da arbitrariedade, mas da discricionariedade do julgador”. O realismo concebe que “direito é o que o juiz diz que é direito, mas não faz de forma irracional e sim a partir da moldura normativa”, com ênfase ao apego ao precedente – referência ao common law.

A perspectiva hermenêutica dos decisionistas é oriunda dos Estados totalitários, v.g., leia-se Nazismo, em que o Estado ao estabelecer o direito não poderia admitir oposição e nenhum indivíduo dentro dele teria autonomia. A fonte de todo direito não é o comando enquanto comando, mas a autoridade ou soberania de uma decisão final que vem tomada junto com o comando. (...) O realismo entende o direito como aquilo que decidem juízes e tribunais, tendo em vista suas crenças, ideologias, idiossincrasias etc. Fundamental é perceber, todavia, que eles decidem em um determinado contexto e tal é aquilo que pode ser justificado normativamente, portanto, o realismo se subsume na ideia de moldura, logo, eu posso decidir o que

quiser, desde que justifique normativamente. A questão aqui é – e o realismo jurídico norte-americano coloca bem isso – como as decisões são tomadas! Para os realistas, decide-se e depois se justifica. Para os normativistas – como herdeiros mais próximos da tradição positivista, decide-se por meio do leque de opções dadas a partir da moldura normativa (e, neste mesmo sentido, os realistas diriam: “eu justifico pelo leque de opções da moldura”). A distinção é apenas quanto à forma de justificação e os caminhos de chegar à decisão (FREITAS, 2009, p. 37).

Para enfrentar a crítica ao realismo jurídico norte-americano, consistente na insegurança jurídica causada pelo relativismo cético e pela instabilidade e imprevisibilidade das decisões judiciais baseadas nas convicções dos juízes, Freitas (2009, p. 117) entende que essa noção oferece “oportunidade de aprofundamento nessa corrente doutrinária de postura cética, empírica e contextual (portanto, defensora do caráter relativo do direito, o que não a conduz, necessariamente, a um relativismo ético) quanto à aplicação e criação do Direito”.

A partir da obra de Cardozo (2004), em “A Natureza do Processo Judicial”, o realismo jurídico norte-americano demonstra que os juízes estão adstritos a princípios e controles que não deixam ao seu total arbítrio a sua própria atividade de dizer o direito. Apesar de a norma feita pelo juiz constituir uma realidade, consistiria um erro grosseiro acreditar que juízes, sob a ótica realista, decidem suas causas de forma aleatória, de acordo com suas próprias convicções (FREITAS, 2009, p. 117-118).

Para este debate muito relevante para o contexto deste trabalho, traz-se que Cardozo (2004, p. 2) orienta a existência de diversos ingredientes, em proporções variadas, na “estranha mistura que se prepara diariamente no caldeirão dos tribunais”. Ao analisar esses elementos, ele entende a necessária distinção entre o consciente e o subconsciente:

Não estou interessado em saber se deve ou não permitir que os juízes preparem tal mistura. Acredito que a lei criada pelos juízes é uma das realidades da vida. Ali está a infusão bem diante de nós. Não há um só juiz que não tenha participado de seu preparado. Os elementos não se reuniram por acaso. *Algum* princípio, ainda que inconfesso, inarticulado e subconsciente, orientou o preparo da infusão. Pode não ter sido o mesmo princípio para todos os juízes em qualquer momento, nem o mesmo princípio para qualquer juiz em todos os momentos. Mas houve uma escolha, não uma sujeição às injunções do Destino; e as considerações e os motivos que determinam a escolha, embora muitas vezes obscuros, não resistem plenamente a análise (CARDOZO, 2004, p. 2).

É nessa linha que o autor cita uma passagem sobre o pragmatismo de William James, em que aduz que “cada um de nós, mesmo os que desconhecem ou execram os nomes e as ideias da filosofia, tem, na verdade, uma filosofia de vida subjacente”, pois há, em cada um de nós, uma corrente de tendências “que dá coerência e direção ao pensamento e à ação”. Os juízes, de igual forma, “são levados por forças que não conseguem reconhecer nem identificar

– instintos herdados, crenças tradicionais, convicções adquiridas” o que resulta em uma perspectiva, uma concepção das necessidades sociais, um sentido (CARDOZO, 2004, p. 3).

Para determinar as proporções dessa “mistura”, indaga-se, primeiramente, onde o julgador encontra a lei que ele incorpora em seu julgamento, tendo em vista que o direito criado pelos juízes seria secundário e subordinado ao dos legisladores, havendo a existência de lacunas a serem preenchidas. Fala-se da interpretação como uma simples busca e a descoberta de um propósito que, apesar de obscuro e latente, tinha, não obstante, uma preexistência real e verificável na mente do legislador. Na maior parte das vezes, o processo é feito assim, mas frequentemente envolve algo mais (CARDOZO, 2004, p. 5).

A concepção cardoziana contrapõe à ideia da decisão puramente baseada no silogismo lógico-formal, visto que, para os realistas, “os juízes tomam suas decisões nos seus impulsos que terão raízes em fatores políticos, econômicos, sociais, e, sobretudo, em sua própria idiossincrasia; e não por meio de dedução lógica-silogística”. Nesse sentido, o juiz toma suas decisões, e, posteriormente, submete a um processo de racionalização lógica, sendo mera ilusão que o positivismo formal engessado seja garantidor de segurança jurídica (FREITAS, 2009, p. 118, 120).

A primeira coisa que ele [o juiz] faz é comparar o caso que tem diante de si com os precedentes arquivados em sua mente ou ocultos nos textos legais. Não quero dizer que os precedentes sejam as fontes últimas do Direito, fornecendo o único equipamento necessário ao arsenal da lei (...). Atrás dos precedentes estão as concepções jurídicas básicas que constituem os postulados do raciocínio judicial, e, mais atrás, os hábitos de vida e as instituições sociais que deram origem a essas concepções e que estas, por sua vez, modificaram mediante um processo de interação. Mesmo assim, num sistema [do common law] altamente desenvolvido como o nosso, os precedentes ocuparam o terreno a tal ponto que é neles que devemos buscar o início do trabalho do juiz. Quase invariavelmente, o primeiro passo do juiz é examiná-los e compará-los. Se são claros e objetivos, talvez não seja necessário recorrer a mais nada. (CARDOZO, 2004, p. 9).

Segundo Cardozo (2009, p. 18), a força diretiva de um princípio pode ser exercida ao longo da linha de progressão lógica (regra da analogia ou método da filosofia); da linha de desenvolvimento histórico (método da evolução); da linha dos costumes da comunidade (método da tradição); das linhas da justiça, da moral e do bem-estar social, dos costumes da época (método da sociologia).

Entre os princípios de seleção para a escolha de caminhos, em relação ao método da filosofia, que tem uma certa presunção a seu favor, posto que dado um grande número de julgamentos sobre tópicos afins, “o princípio que os unifica e racionaliza tem uma tendência

(...) legítima, a projetar-se e estender-se a novos casos dentro dos limites de sua capacidade de unificar e racionalizar” (CARDOZO, 2004, p. 18-19). Desse modo, é necessário sua superioridade sobre todos os princípios rivais que, ao recorrer à história, a tradição, à política ou à justiça, seriam incapazes de produzir um direito melhor (CARDOZO, 2004, p. 19).

Sobre esse ponto, cabe salientar o ponto que, no direito, assim como em qualquer ramo do conhecimento, as verdades alcançadas por indução tendem a formar premissas para novas deduções, razão pela qual os juristas não repetem o processo de verificação, ou seja, forma-se um acervo de concepções e fórmulas jurídicas que se tornam imediatamente disponíveis. Pode-se citar como exemplo o contrato, a posse, a propriedade, o testamento, entre outros, isto é, quando são alcançadas essas concepções fundamentais, constituem o ponto de partida do qual derivam novas consequências, passando a ser aceitas como fundamentais e axiomáticas (CARDOZO, 2004, p. 31-32).

Assim também se dá com o desenvolvimento de um precedente a outro. As implicações de uma decisão podem parecer pouco claras de início. Mediante comentários e exposições, as novas causas extraem-lhe a essência. Ao fim, emerge uma norma ou um princípio que se torna um dado, um ponto de partida do qual novas linhas surgirão, novos cursos serão traçados. Às vezes, descobre-se que a norma ou o princípio foi formulado de forma muito ampla ou muito estreita e precisa, portanto, ser reformulado. Outras vezes é aceito como postulado para um raciocínio posterior; suas origens são esquecidas e ele se torna um novo tronco genealógico, sua prole se une com outras estirpes e continuam a permear o Direito. Pode-se dar a esse processo o nome que se queira: analogia, lógica ou filosofia. De qualquer modo, sua essência é a derivação de uma consequência a partir de uma norma, um princípio ou precedente que, aceito como um dado, traz implicitamente em si o germe da conclusão (CARDOZO, 2004, p. 32).

No Brasil, pode-se observar essas influências desses elementos psicológicos e ideológicos nas decisões judiciais, especialmente na esfera penal, refletindo principalmente a cultura do encarceramento. Essa resistência do Judiciário “reside no que Cardozo nos alerta sobre as influências do subconsciente do juiz, do sentimento popular de impunidade”, ressaltando-se que essa noção, dentre outros exemplos, está ligada às noções de banalização de prisões preventivas, guiadas pela ilusão de ampliação e do espaço de controle penal (PESSOA, 2019, p. 55-57).

Voltando ao tema do ativismo judicial, deve-se considerar que o seu conceito é mutável de acordo com o tempo e espaço. A sua identificação e avaliação não podem ser “desvinculados das estruturas constitucionais que, em lugares e épocas distintas, disciplinam a dinâmica de funcionamento dos poderes e as relações entre indivíduos e Estado, tampouco das práticas jurídico-culturais, políticas e sociais contemporâneas” (CAMPOS, 2015, p. 166).

Vige a relevância do debate sobre a inobservância, quando da importação do ECI, assim como dos contornos fáticos e jurídicos dessa técnica decisória, o que inviabilizaria uma continuação viável da sua aplicação em outras demandas. Conforme ressaltado no presente trabalho (cf. capítulo 3), adotou-se a noção da existência de dois grandes ciclos do estado de coisas inconstitucional na Colômbia, havendo diferenças relevantes entre eles, o que revelaria a importância de um debate mais apurado pelo Supremo Tribunal Federal.

A inobservância dos dois ciclos do ECI é um ponto essencial na pesquisa, visto que as opções da técnica similares à adotada no Brasil fracassaram. Presumivelmente, importou-se a primeira versão do ECI, em que os critérios determinantes para sua declaração eram imprecisos e difusos, o que acarretou falta de concretude e insegurança jurídica. O que se observa é que todo o arco jurisprudencial de desenvolvimento do instituto não foi levado em consideração, “mas apenas a similitude fática e principiológica entre o precedente colombiano e o caso levado pelo PSOL, pouco se observou a respeito da coerência e interação sistêmica anterior” (LOPES FILHO; MAIA, 2018, p. 248-256).

Tamanha é a importância da presente incongruência que, a respeito desses dois ciclos, Campos (2015a) leciona que a adoção de uma posição ou outra foi o divisor entre o fracasso e o sucesso nos casos mais paradigmáticos enfrentados pela Corte Colombiana, quais sejam, o do sistema carcerário e o do deslocamento de pessoas. Em relação ao primeiro caso, a Corte adotou posição de supremacia judicial e falhou, enquanto que, no segundo, partindo para um diálogo institucional, acabou promovendo vantagens democráticas e ganhos um pouco mais relevantes de efetividade prática de suas decisões.

Para fundamentar os votos, alguns dos Ministros limitaram-se a citar a obra de Campos (2015), trazendo os pressupostos construídos pela Corte colombiana, sem um maior aprofundamento. Apesar de o Min. Edson Fachin aduzir que esses limites seriam melhores definidos na discussão do mérito, deve-se ressaltar que o ECI continua sendo referenciado pela própria Corte em outros casos, motivo pelo qual seria relevante um maior debate sobre a tese, ainda que se tratasse de uma medida cautelar. Por sua vez, o Min. Luiz Fux traz, expressamente, que não colheu fundamentação no direito estrangeiro, o que, por si só, pode causar estranheza, tendo em conta a utilização de técnica judicial de outro país.

Nota-se, ainda, que o STF não se debruçou totalmente sobre a técnica, haja vista a falta de abordagem em relação ao papel a ser assumido pelo Judiciário após a declaração do estado de coisas inconstitucional, não ficando claro se a Corte emitirá “comandos de

intervenção direta na política pública deficiente ou se apenas homologará eventuais planos de ação propostos pelo Executivo e pelo Legislativo”, bem como não houve enfrentamento sobre a fiscalização do cumprimento e a avaliação das medidas exaradas na ação de controle concentrado (LOPES FILHO; MAIA, 2018, p. 254).

Na Colômbia, as ordens do estado de coisas inconstitucional são implementadas seguidas de processos de monitoramento, os quais deverão ocorrer mediante audiências entre os atores políticos e sociais envolvidos, discutindo-se a qualidade das políticas públicas formuladas e o sucesso da concretização das medidas. Fase essencial para a superação da violação estrutural, o monitoramento contínuo ostenta atributos tanto democrático-deliberativos quanto pragmáticos, favorecendo o debate inclusivo e oportunizando o alcance de resultados práticos relevantes, devendo-se sustentar mais importância no debate.

Deve-se abordar as concepções de modelos decisórios aplicáveis às decisões em demandas estruturais. O modelo de ordens específicas e rígidas decorre daquele tradicional modelo de litigância individual, focado nas partes do processo e relativo a fatos ocorridos no passado. Nesse caso, os juízes poderiam adotar uma postura mais passiva, estabelecendo remédios jurídicos específicos vinculados e proporcionais à violação praticada, isto é, limitar-se a dizer quem possui o direito alegado, estabelecendo medidas de acordo com os pedidos formulados (DANTAS, 2019, p. 104-105)

Por sua vez, há o modelo de ordens flexíveis e abertas sujeitas à contínua supervisão judicial, em que a decisão judicial apenas estabelece diretrizes, princípios ou aspectos pontuais da política pública a serem corrigidas para a proteção dos direitos fundamentais. Nesse modelo, atribuem-se às partes a discricionariedade no que toca à eleição dos meios necessários ao fim proposto, voltando a decisão ao futuro, e não apenas tutelar o caso concreto, mas remodelar a instituição pública (DANTAS, 2009, p. 113).

Com base nesses modelos, pode-se fazer uma reflexão em relação às medidas cautelares e a responsabilidade do contexto pelos poderes públicos, adentrando-se, ainda que não seja o principal foco deste tópico, no tema do sistema penitenciário para entender como foi a atuação do STF após a adoção do estado de coisas inconstitucional. Em sede cautelar, a apreciação limitou-se a oito pedidos, sendo sete em relação à interpretação e aplicação da legislação penal e processual penal e um tratando de medida orçamentária da União, contendo alguns pedidos dirigidos à redução do déficit de vagas do sistema prisional.

Em que pese o mérito da ação ainda não ter sido julgado, o STF reconheceu a

existência da violação generalizada dos direitos dos presos, deferindo as seguintes cautelares: a) a realização de audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas, contados do momento da prisão; b) a determinação à União para liberar o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) para a finalidade para a qual foi criado; e c) a determinação, de ofício, à União e aos Estados para encaminhar informações sobre a situação prisional¹³.

Ademais, ainda que o Poder Judiciário tenha responsabilidade direta no delineamento da condição penitenciária, nota-se que o STF procurou imputar os problemas da política penitenciária apenas ao Executivo e Legislativo, prova disso é que as medidas cautelares indeferidas na ADPF, em grande parte, dizem respeito à conduta de magistrados na fixação e condução da pena. Além da instituição das audiências de custódia, transferiu-se, simplesmente, o problema do cárcere aos poderes políticos, por meio de liberação de mais recursos para o financiamento da política penitenciária, razão pela qual se deve questionar, como trazido anteriormente, a existência de um “super órgão”.

Assim, faz-se necessário questionar sobre a limitação da declaração de um estado de coisas inconstitucional por um Poder Judiciário que se nega a assumir um compromisso maior de motivar profundamente as decisões que culminassem na realização de prisões, não tendo realizado qualquer discussão, por exemplo, sobre a implantação de cursos de formação ou diferentes estratégias para rever a mentalidade encarceradora dos magistrados (LOPES FILHO; MAIA, 2018, p. 257-258).

A capacidade institucional envolve a determinação de qual dos poderes é o mais habilitado a produzir decisão em determinada matéria, uma vez que temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter nos juízes os mais qualificados, por falta de informação ou conhecimento específico. Em certos casos, em posição de cautela, deve-se colocar que o juiz normalmente está preparado para atuar na microjustiça, nem sempre dispondo das informações, do tempo e até do conhecimento para

13 Alguns pedidos indeferidos em sede cautelar: a) a determinação aos juízes e tribunais para motivarem expressamente a não aplicação de cautelares alternativas nos casos de decretação ou manutenção de prisão provisória; b) a determinação aos juízes e tribunais que fosse considerado o quadro fático do sistema penitenciário na concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; c) o reconhecimento de que, como a pena é sistematicamente cumprida em condições mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica, a determinação aos juízes e tribunais para, sempre que possível, aplicar penas alternativas à prisão; e d) a afirmação que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e o tempo de prisão da pena a ser cumprido, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena são mais severas do que as impostas pela sentença condenatória.

avaliar o impacto de determinadas decisões sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público (BARROSO, 2009, p. 19-20).

Deve-se refletir sobre as medidas deferidas pelo Supremo Tribunal Federal, considerando que a responsabilidade por essa situação prisional deve recair sobre os três poderes, “muito embora o problema do ECI não seja de formulação e implementação de políticas públicas, ou de interpretação e aplicação da lei penal, mas da falta de coordenação institucional para sua concretização” (MAGALHÃES, 2019a). Alguns autores indicam que a solução do sistema penitenciário reside em uma atuação conjunta, sistêmica e interinstitucional, além de se relacionar com o que a sociedade espera do papel do Estado como pacificador social (HABER, 2017, p. 209; LOPES FILHO; MAIA, 2018, p. 258).

Considerando essas medidas, deve-se fazer o questionamento se essas cautelares, consistentes na implantação das audiências de custódia e o descontingenciamento de verbas do FUNPEN, são adequadas e proporcionais para, em um primeiro momento, melhorar o quadro do cárcere brasileiro¹⁴. Nesse sentido, cabe a menção de outros modelos, como a Associação de Assistência aos Condenados (APAC), citada pelos Min. Gilmar Mendes e Cármen Lúcia, que consiste em entidade civil de direito privado, dedicada à recuperação e à reintegração social dos condenados.

Esse modelo de decisão possui como forte relação ao monitoramento contínuo, de modo a propiciar um debate inclusivo e possibilitar o alcance de resultados práticos relevantes. O ECI pode apresentar chances reduzidas de contribuir na superação das omissões inconstitucionais não normativas, uma vez que não há fixação de mecanismos de fiscalização da decisão e qualquer diálogo com os demais poderes públicos ou com os setores da sociedade civil envolvidos na proteção dos direitos fundamentais dos presos.

Após todos as possíveis dificuldades na incorporação do precedente estrangeiro, a hipótese mais provável é a de que o estado de coisas inconstitucional ocorreu mais como uma manifestação retórica do que como uma ideia constitucional capaz de promover uma melhoria na realidade brasileira. A sua utilização revela a pressão do sistema social sobre o sistema jurídico, sem compromisso com a adoção do instituto para uma maior aproximação do texto constitucional com a realidade (LOPES FILHO; MAIA, 2018, p. 265-266).

14 Apesar de ser considerado um grande avanço a implantação das audiências de custódia, havendo um avanço na proteção dos direitos dos presos, a ADPF 347/2015 não foi a primeira manifestação do tribunal sobre o tema, o qual já havia decidido por sua constitucionalidade e obrigatoriedade na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5.240 (20/08/2015), indicando a necessidade de adoção da audiência de apresentação por todos os tribunais do país. Portanto, essa medida cautelar não inovou o ordenamento jurídico brasileiro.

Um reforço a este ponto, consiste no fato de que, após o ano de 2015, várias ações relevantes que se relacionam com o sistema penitenciário brasileiro e nem ao menos referenciam o estado de coisas inconstitucional. Como exemplo, pode-se trazer que, em 2016, a Corte passou a possibilitar o cumprimento antecipado da pena após a condenação em segundo grau, que, em consequência, contribuiria com o aumento da população carcerária. Por isso, considera-se a noção de que a ADPF 347/2015 possui efeitos tão somente para ativar discussões sobre o reconhecimento de inadequada proteção dos direitos fundamentais.

4.4 DA REPERCUSSÃO DO PRECEDENTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

De forma sintética, o presente tópico tem como intuito apresentar a repercussão do julgamento após a adoção do estado de coisas inconstitucional principalmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Após passados mais de sete anos da propositura, o mérito da arguição de descumprimento de preceito fundamental ainda não foi julgado, estando com vista concedida ao Min. Roberto Barroso desde junho de 2021¹⁵.

Em março de 2020, o ECI obteve repercussão com a pandemia da COVID-19. Após pedido formulado pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), terceiro interessado na ADPF 347/2015, o relator Min. Marco Aurélio conclamou para que os juízes considerassem conceder as medidas: liberdade condicional a encarcerados com idade igual ou superior a sessenta anos; regime domiciliar aos presos portadores de comorbidades; regime domiciliar às gestantes, lactantes e presos por crimes sem violência ou grave ameaça; substituição da prisão provisória por medida alternativa em razão de delitos sem violência ou grave ameaça; medidas alternativas a presos em flagrante; progressão de pena a quem, atendido o critério temporal, aguarda exame criminológico; e progressão antecipada de pena a submetidos ao regime semiaberto.

Na sessão seguinte, a Corte entendeu pela ilegitimidade do terceiro interessado e, por maioria, deixou de referendá-la quanto à matéria de fundo. Prevaleceu o voto divergente do Min. Alexandre de Moraes, que, na ocasião, além da ilegitimidade, entendeu que referendar a decisão do Relator significaria a determinação de grande mutirão carcerário. Ao aderir à divergência, a Min. Cármen Lúcia destacou que o tema da proteção da população prisional em

15 Informação retirada no site oficial do Supremo Tribunal Federal (acesso: 15 ago. 2022). Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>.

meio à pandemia não parecia carente de tratamento.

Em abril de 2020, houve pedido do Partido Socialismo e Liberdade para a atuação do Poder Judiciário em virtude da pandemia e da situação prisional, requerendo, em suma, algumas medidas semelhantes às do Instituto de Defesa do Direito de Defesa. Contudo, o Relator negou seguimento ao pedido, considerando que, embora tenha entendimento diverso, o Pleno já firmou entendimento no sentido da inadequação das providências de urgência.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, após a decisão da ADPF 347, algumas decisões referenciaram o estado de coisas inconstitucional. Nesse sentido, pretende-se a compilação das razões de alguns desses julgados do Supremo Tribunal Federal para entender como vem acontecendo a condução dessa técnica decisória, anotando-se os possíveis novos contornos do estado de coisas inconstitucional brasileiro¹⁶.

De início, no ano de 2016, consegue-se como resultados os Recursos Extraordinários 641.320/RS e 841.526/RS. Em relação ao primeiro, com o voto de relatoria do Min. Gilmar Mendes, restou consignado que não se pode haver cumprimento de pena em regime fechado, na hipótese de inexistir vaga em estabelecimento adequado a seu regime¹⁷. Quanto à segunda decisão, cujo relator foi o Min. Luiz Fux, considerou que, em caso de inobservância do dever específico de proteção, o Estado seria responsável pela morte do detento, podendo-se restar prejudicada nas hipóteses em que o Poder Público comprovar causa impeditiva da sua atuação protetiva do detento, pois rompe o nexo de causalidade da omissão com o resultado danoso.

Considerando o tema sensível dos referidos recursos, o estado de coisas inconstitucional, declarado no ano anterior à decisão, foi pouco explorado pelos Ministros. Em ambos julgamentos, houve apenas uma citação da ação de controle concentrado pelos membros, dispondo o Min. Celso de Mello, no julgamento da 641.320/RS, que a questão examinada é resultado de um estado de coisas inconstitucional que deprecia o sistema prisional brasileiro, cuja realidade opressiva compromete a própria eficácia da pena.

Em 2017 e 2018, os resultados obtidos foram o Recurso Extraordinário 580.252/MS,

16 Foram realizadas pesquisas a partir do sítio eletrônico do STF (www.stf.jus.br), no campo “Jurisprudência > Pesquisa > Pesquisa de Jurisprudência”, buscando-se, no espaço disponível para a pesquisa livre, as palavras-chave “estado de coisas inconstitucional”. A outra forma de especificação da pesquisa foi no campo “data”, nos quais foram colhidas as decisões posteriores à ADPF 347 até as da metade do ano de 2022.

17 Em seguida, apreciando o Tema 423 da repercussão geral 1, fixar tese nos seguintes termos: c) havendo déficit de vagas, deverá determinar-se: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida prisão domiciliar ao sentenciado.

o Habeas Corpus 143.641/SP e a ADPF 444. Quanto ao primeiro julgamento, foi fixada a tese de que é de responsabilidade do Estado a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento. Aqui houve uma imersão um pouco maior no tema das ações estruturais do estado de coisas inconstitucional, principalmente, no que se refere às delimitações do instituto na Colômbia.

Vale destacar o voto do Min. Luís Roberto Barroso, que entendeu a situação, com base no estado de coisas inconstitucional, como um problema que demanda uma atuação coordenada. De modo a buscar uma maior eficácia, seria preciso implementar um conjunto complexo e planejado de medidas, articulado por todos os órgãos relativos ao sistema carcerário e esferas de poder. Além de Barroso, os outros Ministros citaram rapidamente o estado de coisas inconstitucional, não havendo, mais uma vez, uma imersão no tema.

No Habeas Corpus coletivo 143.641/SP, julgado em 2018, o STF entendeu pela comprovação nos autos de existência de situação estrutural em que mulheres grávidas e mães de crianças cumpriam prisão preventiva em situação degradante, privadas de cuidados médicos pré-natais e pós-parto, inexistindo, berçários e creches para seus filhos. Com base na cultura do encarceramento, concedeu-se a ordem para determinar, sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP, a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, excetuados os casos de crimes praticados mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionálíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício.

No corpo do voto dos Ministros, verificam-se, comumente, referências ao ECI. Na verdade, parece que aquele modelo trazido pela ADPF 347 fica cada vez mais cristalizado, uma vez que a maior parte dos votos apenas traz ser notório o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional. As argumentações ficam em torno de reconhecimento de um quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e da falência de políticas públicas. Nesse sentido, pode-se ressaltar que, por vezes, o “estado de coisas inconstitucional” é utilizado como reforço argumentativo, não havendo o mínimo aprofundamento.

Por sua vez, outra decisão relevante consiste na ADPF 444/2018, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, em que declarou a incompatibilidade da condução coercitiva de

investigados ou de réus para interrogatório com a Constituição Federal, tendo em vista que o imputado não é obrigado a participar do ato, assim como pronunciar a não recepção da expressão “para o interrogatório”, constante do art. 260 do CPP. Cita-se o ECI como elemento fundamental para a contribuição da redução da seletividade do sistema penal, a imposição da realização das audiências de custódia e a declaração da inconstitucionalidade sistema penitenciário brasileiro.

Em 2019, foi julgada a ADI 5.874, com relatoria do Min. Luís Roberto Barroso, ocasião em que se entendeu, em relação ao tema da concessão de indulto, pela possibilidade de o Judiciário analisar somente a sua constitucionalidade, e não o mérito, que deve ser entendido como juízo de conveniência e oportunidade do Presidente da República, que poderá, entre as hipóteses legais e moralmente admissíveis, escolher aquela que entender como a melhor para o interesse público no âmbito da Justiça Criminal. Citado pelo Min. Celso de Mello, a prática do indulto presidencial traduz medida de atenuação das distorções gravíssimas que permitem qualificar o sistema penitenciário brasileiro como um “estado de coisas inconstitucional”.

Em 2020, houve a decisão de medida cautelar na ADPF 635 (“ADPF das favelas”), com relatoria do Min. Edson Fachin, que, com maior importância, deferiu o pedido formulado, a fim de determinar que, no caso de realização de operações policiais em perímetros nos quais estejam localizados escolas, creches, hospitais ou postos de saúde, fossem observados diversas medidas e protocolos. O voto do Min. Gilmar Mendes fez uma maior imersão no conteúdo das ações estruturais e do estado de coisas inconstitucional, assim como uma base teórica nacional e internacional sobre o tema, fazendo uma relação com o ativismo judicial¹⁸.

Para o referido Ministro, a utilização desses institutos que buscam promover a melhoria da performance do Estado na tutela e proteção dos direitos fundamentais exige rigor teórico e prático, sob pena de distanciamento das suas verdadeiras origens e finalidades, com

18 Para ilustrar, cabe trazer aqui parte da ementa para ilustrar: “(...) 1. É cabível a arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver (i) uma violação generalizada de direitos humanos; (ii) uma omissão estrutural dos três poderes; e (iii) uma necessidade de solução complexa que exija a participação de todos os poderes. 2. A violação generalizada é a consequência da omissão estrutural do cumprimento de deveres constitucionais por parte de todos os poderes e corresponde, no âmbito constitucional, à expressão “grave violação de direitos humanos”, constante do art. 109, § 5º, da CRFB. A utilização da expressão grave violação no âmbito da jurisdição constitucional permite identificar o liame não apenas entre a magnitude da violação, mas também entre suas características, ao se exigir do Tribunal que examine o tema à luz da jurisprudência das organizações internacionais de direitos humanos. A omissão estrutural é a causa de uma violação generalizada, cuja solução demanda uma resposta complexa do Estado, por isso, é necessário demonstrar não apenas a omissão, mas também o nexo”.

o uso meramente retórico de modelos estrangeiros e o possível conflito com outros princípios e valores constitucionais, como o princípio da separação dos poderes e do Estado Democrático de Direito, que privilegiam as opções legitimamente chanceladas pelo voto popular na definição e implementação de políticas públicas.

O que se verifica é que esse tema das ações estruturais e do estado de coisas inconstitucional estava bastante ligado aos temas do sistema prisional. Contudo, a partir de 2021, principalmente com o contexto pandêmico, houve decisões em outras diversas áreas.

A primeira decisão trazida é a Medida Cautelar da ADPF 742/2021, de relatoria do Min. Marco Aurélio. O presente caso consiste em um quadro de violação dos direitos fundamentais dos quilombolas considerada pela pandemia da COVID-19, devendo a União elaborar e implementar plano nacional de enfrentamento e monitoramento. Em resumo, determinou-se: a adoção de providências e protocolos sanitários pelo Governo Federal que assegurassem a vacinação dos quilombolas na fase prioritária; a inclusão do quesito raça/cor/etnia no registro dos casos de COVID-19, possibilitando a execução de políticas destinadas à mitigação da crise sanitária; o restabelecimento de sítios eletrônicos voltados à divulgação de informações relativas à população quilombola.

Sobre esse caso, dispõe o voto do Min. Marco Aurélio que a presente ADPF não preencheria, a rigor, requisito objetivo para sua admissibilidade, visto que na ADPF 347/2015, na qual o STF reconheceu o estado de coisas inconstitucional, determinando-se a correção de omissões inconstitucionais. Ocorre que, para ele, ali se estava no contexto em que havia vários atos lesivos também, de tal maneira que não se podia separá-los das omissões lesivas. Por isso, a Corte avançou no tema de um modo mais geral, o que não ocorreria no presente caso, visto que há diversos remédios que poderiam ser usados para corrigir as omissões apontadas pelos autores, inclusive coletivamente, como é a ação civil pública. Por esse ângulo, também, a ADPF não atenderia ao requisito da subsidiariedade.

Seguindo, houve a decisão na ADI 5529/2021, com relatoria do Min. Dias Toffoli, em que se discutia a ampliação do prazo de vigência de patentes na hipótese de demora administrativa para a apreciação do pedido.

Segundo o caput do art. 40 da Lei 9.279/96, a vigência da patente observará os prazos fixos de vinte anos para invenções e de quinze anos para modelos de utilidade, contados da data de depósito. A Lei de Propriedade Intelectual (LPI) prevê, ainda, regra adicional: a contar da data de concessão da patente, o prazo de vigência não será inferior a dez

anos para a patente de invenção e a sete anos para a patente de modelo de utilidade. Esse prazo variável de proteção depende do tempo de tramitação do respectivo processo administrativo no Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI).

Nesse sentido, entendeu-se que esse prazo é desarrazoado, pois acaba por tornar indeterminado o prazo de vigência das patentes. Com efeito, não se sabe o prazo final da vigência de uma patente no Brasil até o momento em que essa é efetivamente concedida, o que pode demorar mais de uma década. A consequência prática disso é a ausência, de fato, de limitação temporal para a proteção patentária no Brasil, redundando no cenário de haver patentes vigendo no país por prazos extremamente extensos, podendo-se impactar, por exemplo, a sociedade que utiliza o Sistema Único de Saúde (SUS).

Para o relator Min. Dias Toffoli, existiria um estado de coisas inconstitucional no que tange à vigência das patentes no Brasil. Contudo, o Min. Alexandre de Moraes divergiu do Relator, tendo em vista que, em sua concepção, não haveria um vácuo que acabe levando ao estado de coisas inconstitucional. No mesmo sentido, as Min. Rosa Weber e Cármen Lúcia também divergiram, porque há uma normatividade vigente sobre a matéria. Por essa razão, quanto ao estado de coisas inconstitucional, não se tenha como demonstrado no caso.

Por fim, deve-se salientar a ADPF 760, na qual foi proferido o voto da relatora Min. Cármen Lúcia, neste ano de 2022. Alguns partidos políticos argumentam que há um estado de coisas inconstitucional na gestão ambiental brasileira, em virtude pelo abandono do Plano de Ação para Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia Legal – PPCDAm pelo Governo Federal e a ausência de adoção de medidas que pudessem assegurar a continuidade do combate ao desmatamento. Como consequência, houve o aumento da taxa de desmatamento e de queimadas na Amazônia Legal entre 2018 e 2020, com repercussão sobre unidades de conservação e terras indígenas.

Até o momento, houve apenas prolação do voto da relatora. Na ocasião, ela entendeu pela procedência da ADPF para, dentre outros pedidos, reconhecer o estado de coisas inconstitucional quanto ao desmatamento ilegal da Floresta Amazônica e de omissão do Estado brasileiro em relação à função protetiva do meio ambiente ecologicamente equilibrado, determinando-se diversas medidas formuladas à União e entidades federais.

Esse exame corrobora com o entendimento veiculado neste último capítulo, exigindo-se um maior rigor técnico e um debate mais apurado na utilização desta técnica decisória. Após sete anos da adoção da tese do estado de coisas inconstitucional,

considerando-se toda a estrutura do Brasil, em que há diversos problemas estruturais, nota-se a pouca relevância do precedente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O que se verifica é que o estado de coisas inconstitucional é referenciado em decisões menores apenas como reforço argumentativo, e não como um instrumento capaz de sanar violações massivas e estruturais aos direitos fundamentais.

Nesse sentido, as atuações ativistas do Poder Judiciário, como, por exemplo, a declaração do estado de coisas inconstitucional no meio ambiente, continuariam a existir ainda que não houvesse a adoção desta tese estrangeira, ressaltando-se, no que o Supremo Tribunal Federal entendeu por “ativismo judicial dialógico”, a parca conversação entre os poderes e a falta de discussão consistente do monitoramento das decisões, o que, mais uma vez, reforça sua inutilidade prática para conferir mudanças na nossa realidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para tecer as considerações finais, deve-se delimitar, especificamente, os três capítulos.

No primeiro capítulo, que tem como objeto a omissão constitucional, foi investigado, de início, a noção tradicional da inércia do legislador frente a um dever constitucional. Assim, verificou-se o entendimento que relaciona a omissão inconstitucional aos enunciados que preveem um dever constitucional expresso e específico de legislar.

Nessa visão, as normas limitadas protagonizariam o tema da omissão inconstitucional, uma vez que possuem aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, necessitando de normatividade que desenvolva sua eficácia.

De modo a debater sobre as ações estruturais, buscou-se entender a noção de que a omissão pode se verificar não necessariamente de um descumprimento de um dever específico de legislar, mas em razão das consequências no plano normativo, político e social da inércia legislativa.

Para entender o tema das omissões, foram traçados os dois instrumentos mais relevantes para lidar com essa problemática no ordenamento brasileiro, que são a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (processo objetivo e competência concentrada) e o mandado de injunção (controle incidental). Nesse ponto, a atuação apresentou relevância do Supremo Tribunal Federal, pois o entendimento não concretista foi sendo mitigado, trazendo, como exemplo, a atitude concretista no caso do direito de greve dos servidores públicos.

Assim, observou-se uma leitura da possibilidade das falhas estruturais serem consideradas omissões inconstitucionais, ressaltando-se que esses critérios puramente semânticos poderiam favorecer a vulneração massiva dos direitos fundamentais. Por isso, foi concedido maior relevância à falta de políticas públicas, já que, nesse pensamento, poderiam trazer uma proteção deficiente dos direitos fundamentais, independentemente da tipologia dos enunciados constitucionais correspondentes.

É nesse sentido que o debate foi conduzido à eficácia dos direitos, motivo pelo qual, de modo a complementar a discussão, a noção de que os direitos humanos limitam-se a meras garantias formais e não comprometidas com sua concretização, havendo, dessa feita, uma leitura completamente idealista pela tradição jurídica. Nessa linha, a partir da problemática

entre prescrever e descrever no debate do direito, conduziu-se ao entendimento de que a descrição da forma jurídica como um mundo ideal em alguns setores da teoria do direito.

De forma mais aprofundada, no segundo capítulo, discutiu-se sobre as demandas estruturais em alguns países, para esclarecer como os juízes e as cortes constitucionais atuam nessas demandas quando há violações de direitos fundamentais que envolvem atribuições normalmente conferidas aos demais poderes e órgãos públicos, evidenciando-se o modelo estrutural do estado de coisas inconstitucional colombiano.

Nesse sentido, expôs-se os ciclos do estado de coisas inconstitucional no país de origem, bem como a mudança jurisprudencial, aperfeiçoamento do instituto, e as características mais relevantes da técnica decisória. Por fim, analisou-se a eficácia prática destas decisões, discutindo-se identificar os efeitos esperados entre o julgamento das ações e o início das mudanças pretendidas, com maior ênfase no que a doutrina conceitua como efeito simbólico.

O último capítulo pretendeu uma análise da adoção do precedente colombiano do estado de coisas inconstitucional pelo Brasil, técnica utilizada para sanar violações massivas e estruturais a direitos fundamentais. Assim, utilizou-se como base a declaração de inconstitucionalidade na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/2015, que, em seu julgamento, restou consignou a caracterização de um estado de coisas inconstitucional no sistema prisional brasileiro.

Ao longo desta pesquisa, voltou-se ao ativismo judicial, que se associa à participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação do Poder Executivo e do Legislativo. Considerando que o estado de coisas inconstitucional é inerente ao estado de coisas inconstitucional, fez-se uma diferenciação entre o modelo dialógico e o antidialógico.

Sobre esse ponto, verificou-se que algumas situações conduzem à caracterização do ativismo judicial, incluindo-se a aplicação direta da Constituição à situações não expressas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos; e a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Ao averiguar as medidas tomadas pela Supremo Tribunal Federal, questionou-se se as cautelares deferidas na ação de controle concentrado, consistente no descontingenciamento

de verbas e a realização das audiências de custódia são relevantes para a superação das violações de direitos fundamentais dos presos, são adequadas e proporcionais para a reversão do quadro do cárcere brasileiro.

Neste capítulo, restou consignado que as críticas suscitadas na adoção da técnica colombiana da inobservância dos ciclos do estado de coisas inconstitucional; da aplicação racional do estado de coisas inconstitucional e da inovação no controle concentrado de constitucionalidade não-normativo; da falta de processo de monitoramento e avaliação da elaboração e implementação das medidas; e da qualidade das medidas cautelares e da responsabilidade pela situação do cárcere pelos poderes públicos.

Considerando a controversa possibilidade prática de reparar situações inconstitucionais, com pesquisa nos dados do Supremo Tribunal Federal, pôde-se perceber que a condução da tese do estado de coisas inconstitucional não vem sendo tão debatida, haja vista a grande quantidade de decisões posteriores neste Tribunal que apenas referenciam o estado de coisas inconstitucional como um reforço argumentativo para decisões ativistas.

Percebeu-se que, no Brasil, esse tema das ações estruturais e a condução do estado de coisas inconstitucional ficou bastante restrita aos temas do sistema prisional, o que não acontece na Colômbia, uma vez que houve ações estruturais sobre a previdência social, a saúde, a segurança, entre outros temas.

Contudo, a partir de 2021, principalmente com o contexto pandêmico, houve a discussão da aplicação do instituto em outras áreas, como a ADPF 742 (vacinação de quilombolas), a ADI 5529 (caso das patentes) e a ADPF 760 (desmatamento na Amazônia), mas nenhuma até agora possuiu alguma relevância ao ponto de haver um debate mais profundo.

Nesse sentido, a análise resultou no entendimento traçado de que o estado de coisas inconstitucional tem pouca relevância no âmbito do Supremo Tribunal Federal, sendo utilizado em decisões menores apenas como reforço argumentativo, e não como um instrumento capaz de contribuir com as mudanças na realidade do Brasil.

Considerando diversos pontos sensíveis na condução deste “ativismo judicial dialógico”, como a tímida conversação entre os poderes e a falta de discussão sobre o monitoramento das decisões, entendeu-se que as atuações ativistas do Judiciário existiriam ainda que não houvesse a adoção desta tese estrangeira, reforçando a inutilidade prática da adoção dessa tese do estado de coisas inconstitucional.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

ARIZA, Libardo José. The economic and social rights of prisoners and Constitutional Court intervention in the penitentiary system in Colombia. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the Global South: the activist Tribunals of India, South Africa and Colombia**. New York: Cambridge University Press, 2013.

ARIZA, Libardo José; ITURRALDE, Manuel. **Los muros de la infamia: prisiones en Colombia y en América Latina**. Colección Estudios CIJUS. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, CIJUS, Ediciones Uniandes, 2011. Disponível em: <https://grupodeprisiones.uniandes.edu.co/images/stories/relatorias/pdfs/prisionZes/Libros/infamia.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em: 10 jul. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BERNARDI, Renato. MEDA, Ana Paula. Da tripartição de poderes ao estado de coisas inconstitucional e o “compromisso significativo”: a contemporânea atuação do Poder Judiciário na solução de conflitos que envolvem direitos sociais fundamentais. **Revista Em Tempo**, [s. l.], v. 15, p. 11-34, dez. 2016. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/1654>. Acesso em: 01 fev. 2022.

BILCHITZ, David. Constitutionalism, the Global South, and Economic Justice. In: MALDONADO, Daniel Bonilla (Ed.). **Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia**. New York: Cambridge University Press, 2013.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: EDIPRO, 2001.

BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Brasília, DF, 1988. Acesso em 10 fev. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991**. Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Brasília, DF,

1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0040.htm. Acesso em: 11 fev. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Decreto. Brasília, DF, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 09 fev. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Brasília, DF, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 11 fev. 2022.

BRASIL. **Lei Complementar nº 79, de 07 de janeiro de 1994**. Cria o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, e dá outras providências. Brasília, DF, 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp79.htm. Acesso em: 05 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF, 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 05 fev. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. **Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional – SISDEPEN. 10º Ciclo – INFOPEN**, jan-jun 2021 (Nacional). Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/relatorios-analiticos/br/brasil-jun-2021.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.529/DF**. Rel. Min. Dias Toffoli. Brasília/DF, julgado em 09 maio 2022. Brasília. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/7/6B2711559A99AB_ADI5529MODULACAO.pdf. Acesso em: 21 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.874/DF**. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília/DF, julgado em 09 maio 2022. Brasília. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754291421>. Acesso em: 21 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 33/DF**. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília/DF, julgado em 2005. Brasília, publicado em 27 out. 2006. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388700>. Acesso em: 21 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF, Medida Cautelar**. Rel. Min. Marco Aurélio Mello. Brasília/DF, julgado em 14 set. 2015, Brasília. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 10 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 444/DF**. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília/DF, julgado em 14 jun. 2018, Brasília. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749900186>. Acesso em: 10 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635/DF**. Rel. Min. Edson Fachin. Brasília/DF, julgado em 14 jun. 2018, Brasília. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5816502>. Acesso em: 10 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 742/DF**. Rel. Min. Edson Fachin. Brasília/DF, julgado em 14 jun. 2018, Brasília. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6001379>. Acesso em: 10 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 760/DF**. Rel. Min. Cármen Lúcia. Brasília/DF, julgado em 14 jun. 2018, Brasília. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VOTOADPF760.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 143.641/SP**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília/DF, julgado em 20 fev. 2018, Brasília. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748401053>. Acesso em: 10 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 580.252/MS**. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Brasília/DF, julgado em 16 fev. 2017, Brasília. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623>. Acesso em: 10 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 641.320/RS**. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília/DF, julgado em 11 maio 2016, Brasília. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>. Acesso em: 10 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 841.526/RS**. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília/DF, julgado em 30 mar. 2016, Brasília. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11428494>. Acesso em: 10 dez. 2021.

CAIXETA, Gabriel Ricardo Jardim. **Silêncio legislativo, liberdade para legislar e omissão inconstitucional**. 2015. 178 f. Dissertação (Mestrado). Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-24112015-110351/>. Acesso em 08 jul. 2022.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da inconstitucionalidade por omissão ao “Estado de coisas inconstitucional”**. 2015. 248 f. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Disponível em: <https://www.bdt.d.uerj.br:8443/handle/1/9297>. Acesso em: 10 dez. 2021.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2019.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de coisas inconstitucional e o litígio estrutural. **Consultor Jurídico**. 2015a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisasinconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em: 10 dez. 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Ed. Almedina: Coimbra, 2000.

CARDOZO, Benjamin Nathan, **A natureza do processo judicial**: palestras proferidas na Universidade de Yale. Trad. Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

COLÔMBIA. **Constitución Política de Colombia (1991)**. Disponível em: <http://www.secretariasenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>. Acesso em: 11 dez. 2021.

COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. **Sentencia SU.559 (1997)**. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, 1997. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em: 14 dez. 2021.

COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. **Sentencia T-068 (1998)**. Magistrado Ponente: Alejandro Martinez Caballero. Bogotá, 1998. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-068-98.ht>. Acesso em: 14 dez. 2021.

COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. **Sentencia T-153 (1998)**. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, 1998a. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm>. Acesso em: 13 dez. 2021.

COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. **Sentencia SU-250 (1998)**. Magistrado Ponente: Alejandro Martinez Caballero. Bogotá, 1998b. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/SU250-98.htm>. Acesso em: 13 dez. 2021.

COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. **Sentencia T-590 (1998)**. Magistrado Ponente: Alejandro Martinez Caballero. Bogotá, 1998c. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-590-98.htm>. Acesso em: 13 dez. 2021.

COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. **Sentencia T-525 (1999)**. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. Bogotá, 1998a. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/t-525-99.htm>. Acesso em: 13 dez.

2021.

COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia T-025 (2004)**. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, 2004. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: 13 dez. 2021.

CHRISTENSEN, Ralph. **Teoria Estruturante do Direito**. In: MÜLLER, Friedrich. Teoria Estruturante do Direito. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DANTAS, Eduardo Sousa. **Ações estruturais, direitos fundamentais e o estado de coisas inconstitucional**. 2017. 218 f., Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Centro de Ciências Sociais, Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Disponível em: https://www.bdt.d.uerj.br:8443/bitstream/1/9815/1/Eduardo%20Sousa%20Dantas_Total.pdf. Acesso em: 10 dez. 2021.

DE GIORGI, Rafaelle; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. Estado de Coisas Inconstitucional. Opinião. **Estadão**. 19 set. 2015. Disponível em: <https://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>. Acesso em: 11 fev. 2022.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

FEITOSA, Enoque. Bobbio e a crítica de Marx aos direitos humanos: o que e quais são os direitos humanos? Elementos para uma refutação da concepção individualista dos direitos humanos. In: TOSI, Giuseppe (Org.). **Norberto Bobbio: democracia, direitos humanos, guerra e paz**, v. 2. João Pessoa. UFPB, 2013, p. 79-95. Disponível em: <http://www.cchla.ufpb.br/ncdh/wp-content/uploads/2015/11/Norberto-Bobbio-Vol2.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2021.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

FREITAS, Lorena; FEITOSA, Enoque. A filosofia do direito: entre descrição e prescrição. **Problemata**, João Pessoa, v. 10, n. 3, p. 34-46, 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/problemata/article/view/37470/28691>. Acesso em: 24 nov. 2021.

FREITAS, Lorena; FEITOSA, Enoque. As ilusões referenciais do juspositivismo e do jusnaturalismo a partir de uma leitura marxista-realista da “Antígona” de Sófocles. In: RUBIO, David Sánchez; OLIVEIRA, Liziane; COELHO, Carla. **Teorias críticas e direitos humanos: Contra o sofrimento e a injustiça social**. CRV: Curitiba, 2016, p. 363-376.

FREITAS, Lorena. Uma análise pragmática dos direitos humanos. In: FREITAS, Lorena; FEITOSA, Enoque (Org.). **Marxismo, Realismo e Direitos Humanos**. João Pessoa: UFPB, 2012, p. 226-240.

FREITAS, Lorena de Melo. **O realismo jurídico como pragmatismo:** a retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito. 2009, 168 f., Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco. Acesso em: https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/3681/1/arquivo1059_1.pdf. Acesso em: 11 jan. 2022.

FISS, Owen. **The law as it could be.** New York: New York University Press, 2003.

GARAVITO, César Rodríguez. ¿Cuándo cesa el estado de cosas inconstitucional del desplazamiento?: Más allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional. In: GARAVITO, César Rodríguez (Org.). **Más allá del desplazamiento:** políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2009, p. 434-492. Disponível em: <https://proyectopaz.uniandes.edu.co/investigaciones/cijus-paz/mas-alla-del-desplazamiento-politicas-derechos-y-superacion-del-desplazamiento-forzado-en-colombia>. Acesso em: 11 dez. 2021.

GARAVITO, César Rodríguez. FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social:** Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010. Disponível em: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_185.pdf. Acesso em: 10 dez. 2021.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. El contexto: el desplazamiento forzado y la intervención de la Corte Constitucional (1995-2009). In: GARAVITO, César Rodríguez (Org.). **Más allá del desplazamiento:** políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2009, p. 14-35. Disponível em: <https://proyectopaz.uniandes.edu.co/investigaciones/cijus-paz/mas-alla-del-desplazamiento-politicas-derechos-y-superacion-del-desplazamiento-forzado-en-colombia>. Acesso em: 11 dez. 2021.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Juicio a la exclusión:** el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales em el Sur Global. Trad. Carlos Morales de Setién Ravina. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015. Disponível em: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_758.pdf. Acesso em: 10 dez. 2021.

GARGARELLA, Roberto. Latin American Constitutionalism: Social Rights and the “Engine Room” of the Constitution. **Notre Dame Journal of International & Comparative Law**, [s. l.], v. 4: ed. 1, artigo 3, 2014, p. 9-18. Disponível em: <http://scholarship.law.nd.edu/ndjicl/vol4/iss1/3>. Acesso em: 10 dez. 2021.

GONZAGA FILHO, Luiz. **Mulher do fim do mundo:** uma análise do habeas corpus coletivo 143.641/SP à luz da cultura do encarceramento. 2018. 113 f., Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação). Departamento de Ciências Jurídicas, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade

Federal da Paraíba. Disponível em:

<https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/13732/1/LGF28112018.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2022.

GUATAQUÍ, Juan Carlos. ¿Cómo medir la magnitud del problema? La dimensión del desplazamiento en Colombia: la problemática del sistema de registro y caracterización de la población desplazada. In: GARAVITO, César Rodríguez (Org.). **Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2009, p. 38-71. Disponível em: <https://proyectopaz.uniandes.edu.co/investigaciones/cijus-paz/mas-alla-del-desplazamiento-politicas-derechos-y-superacion-del-desplazamiento-forzado-en-colombia>. Acesso em: 11 dez. 2021.

HABER, Carolina. Protagonismo do Supremo na política carcerária: necessário, mas insuficiente. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe. **Onze Supremos: O Supremo em 2016**. Belo Horizonte: FGV, 2017.

HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. La Garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el llamado “estado de cosas inconstitucional”. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, Santiago, v. 1, n. 1, p. 203-228, 2003. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/820/82010111.pdf>. Acesso em: 09 dez. 2021.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KURZ, Robert. **Os paradoxos dos Direitos Humanos: inclusão e exclusão na modernidade**. Disponível em: <http://noosfero.ucsul.br/articles/0010/6914/robert-kurz-paradoxos-dos-direitos-humanos-2003-.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2022.

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**, Bolívar, v. 3, n. 1, p. 69-80, 2011. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4767667>. Acesso em: 09 dez. 2021.

LOPES FILHO, Juraci Mourão; MAIA, Isabelly Cysne Augusto. O uso de precedentes estrangeiros e a declaração de Estado de Coisas Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 117, p. 219-273, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/550>. Acesso em: 15 dez. 2021.

MAGALHÃES, Breno Baía. A incrível doutrina de um caso só: análise do estado de coisas inconstitucional na ADPF 347. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa

Maria, v. 14, n. 3, e32760, set./dez. 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/32760>. Acesso em: 09 dez. 2021.

MAGALHÃES, Breno Baía. O estado de coisas inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 15, n. 2, e1916, 2019a. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322019000200203. Acesso em: 07 nov. 2019.

MARMELSTEIN, George. O Estado de Coisas Inconstitucional – ECI: apenas uma nova onda do verão constitucional?. **Direitos Fundamentais**. 2015. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2015/10/02/o-estado-de-coisas-inconstitucional-eci- apenas-uma-nova-onda-do-verao-constitucional>. Acesso em: 10 jan. 2022.

MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da sociedade**. Trad. Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado: Parte Geral**, Tomo V. Eficácia jurídica, determinações inexas e anexas, direitos, pretensões e ações. Atual. Marcos Ehrhardt Jr. e Marcos Bernardes de Melo; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MONTESQUIEU. Das leis que formam a liberdade política em sua relação com a constituição. In: **O espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. Trad. Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia**. 3. ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

PESSOA, Jéssika Araújo Saraiva de. **Quem irá vigiar os próprios vigilantes?: a aplicação do estado de coisas inconstitucional ao Poder Judiciário e a cultura do encarceramento sob a ótica do realismo cardoziano**. 2019. 104 f., Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba.

PISARELLO, Gerardo. **Un largo termidor: historia y crítica del constitucionalismo antidemocrático**. 1. ed. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, Pensamento jurídico contemporáneo, 2011, p. 119-164. Disponível em: http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/site/image/common/libros/Un_largo_Termidor.pdf. Acesso em: 15 dez. 2021.

PRISON STUDIES. **World Prison Brief**. Institute for Crime & Justice Policy Research, University of London, 2021. Disponível em: <https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total>. Acesso em: 11 fev. 2022.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

SANTOS, Marcelo Paiva dos. **A democracia brasileira no contexto da periferia latino-americana: o problema da jurisdição e o contributo possível da reflexão metodológica**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Espaço Jurídico – Journal of Law [EJLL]**, Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016. Disponível em: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/12206>. Acesso em: 12 ago. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo judicial. Observatório Constitucional. **Consultor Jurídico**. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>. Acesso em: 01 fev. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SURDASHAN, Ramaswamy. Courts and Social Transformation in India. In: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis (Ed.). **Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?**. Ashgate, 2006.

TROPER, Michel. **A filosofia do direito**. Trad. Ana Deiró. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

YEPES, Rodrigo Uprimny. The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debates. In: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis (Ed.). **Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?**, Ashgate, 2006, p. 127-152.

YEPES, Rodrigo Uprimny. The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges. **Texas Law Review**, [s. l.], 2011, v. 89:1587. Disponível em: <https://corteidh.or.cr/tablas/r27168.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2021.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Trad. André Telles. Coletivo Sabotagem, 1999.

WEAVER, Russell. The Rise and Decline of Structural Remedies. **San Diego Law Review**, [s. l.], 2004, v. 41:1617. Disponível em: <https://digital.sandiego.edu/sdlr/vol41/iss4/11/>. Acesso em: 11 fev. 2022.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral [livro eletrônico]. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

APÊNDICES

I. DECLARAÇÃO DE AUTORIA



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS**

DECLARAÇÃO DE AUTORIA

NOME: LUIZ GONZAGA FILHO
 CPF: 402.707.464-20
 Código de Matrícula: 202024953
 Telefone: (83) 99130-5055
 E-mail: LUIZGF.ADV@GMAIL.COM
 ORIENTADOR(A): ^{DRA.} LORENA DE MELO FREITAS
 DATA DA DEFESA DE QUALIFICAÇÃO/DEFESA FINAL: 28/08/2022
 TÍTULO/SUBTÍTULO: ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A INERTIVIDADE DA INCONSTITUCIONALIDADE DA SIST. PENITENCIÁRIO NA ADPF 347/2015

Eu, **Luiz Gonzaga Filho**, declaro, para os devidos fins, que o presente trabalho de dissertação/tese, em fase de qualificação/defesa, apresentada ao PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS, DO CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, DA UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA, Área de Concentração: DIREITOS HUMANOS (MESTRADO) e Linha de Pesquisa: FUND. TEÓRICO-ANALÍTICOS DOS DIR. HUMANOS, é de minha autoria e que estou ciente: dos Artigos 184, 297 a 299 do Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940; da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, sobre os Direitos Autorais, do Regulamento Disciplinar do Corpo Docente da UFPB, da Resolução da Pós-graduação da UFPB; e que plágio consiste na reprodução de obra alheia e submissão da mesma, como trabalho próprio, ou na inclusão, em trabalho próprio, de ideias, textos, tabelas ou ilustrações (quadros, figuras, gráficos, fotografias, retratos, lâminas, desenhos, organogramas, fluxogramas, plantas, mapas e outros) transcritos de obras de terceiros sem a devida e correta citação da referência.

João Pessoa – PB, 09 / 02 / 2023

Luiz Gonzaga Filho

Assinatura do(a) Autor(a)

Centro de Ciências Jurídicas – CCJ – UFPB – Campus I
 Cidade Universitária – João Pessoa – PB – Brasil – CEP 58051-900 Fone +55(83)3216-7648
 Email: direcao@ccj.ufpb.br

https://sipac.ufpb.br/public/isp/documentos/documento_visualizacao.jsf?idDoc=2599398



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

Nº do Protocolo: 23074.092330/2022-54

João Pessoa-PB, 28 de Setembro de 2022

As 18h do dia 29 de agosto de 2022, por meio de ambiente virtual (meet.google.com/dxh-hgje-jcp), conforme recomendado pela Portaria nº 323/GR/Reitoria/UFPB e Portaria nº 54/PRPG/UFPB, reuniu-se a Comissão Examinadora formada pelos seguintes Professores Doutores: Lorena de Melo Freitas (Orientadora PPGCJ/UFPB), Enoque Feitosa Sobreira Filho (Avaliador Interno PPGCJ/UFPB), Robson Antão de Medeiros (Avaliador Interno PPGCJ/UFPB), Jônabio Barbosa dos Santos (Avaliador Externo/UFPB), e Bruno Calife dos Santos (Avaliador Externo/UFMS), para avaliar a dissertação de mestrado do aluno Luiz Gonzaga Filho, intitulada: “ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A INEFETIVIDADE NA INCONSTITUCIONALIDADE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 347/2015”, candidato ao grau de Mestre em Ciências Jurídicas, área de concentração em Direitos Humanos. Compareceram à cerimônia, além do candidato, professores, alunos e convidados. Dando início à solenidade, a professora Lorena de Melo Freitas (Orientadora PPGCJ/UFPB) apresentou a Comissão Examinadora, passando a palavra ao mestrando, que discorreu sobre o tema dentro do prazo regimental. O candidato foi a seguir arguido pelos examinadores na forma regimental. Ato contínuo, passou então a Comissão, em caráter secreto, à avaliação e ao julgamento do referido trabalho, concluindo por atribuir-lhe o conceito APROVADO, o qual foi proclamado pela Presidência da Comissão, achando-se o candidato legalmente habilitado a receber o grau de Mestre em Ciências Jurídicas, cabendo à Universidade Federal da Paraíba providenciar, como de direito, o diploma de Mestre a que o mesmo faz jus. Nada mais havendo a declarar, a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, Willy Annie Feitosa Barbosa, Assistente em Administração do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, lavrei a presente ata, que assino juntamente com a presidente da comissão examinadora, para certificar a realização desta defesa, assim como também a participação dos membros acima descritos na comissão examinadora.

João Pessoa, 29 de agosto de 2022.

(Assinado digitalmente em 28/09/2022 09:52)
ROBSON ANTÃO DE MEDEIROS
 PROFESSOR DO MAGISTERIO SUPERIOR
 Matrícula: 3210302

29/11/22, 07:40

https://sipac.ufpb.br/public/jsp/documentos/documento_visualizacao.jsf?idDoc=2599398

(Assinado digitalmente em 29/09/2022 14:58)
WLLY ANNIE FEITOSA BARBOSA
ASSISTENTE EM ADMINISTRACAO
Matricula: 2385717

Para verificar a autenticidade deste documento entre em <https://sipac.ufpb.br/documentos/> informando seu número: **47**, ano: **2022**, documento (espécie): **ATA**, data de emissão: **28/09/2022** e o código de verificação: **1a09081a6f**