



Abril 2019 - ISSN: 1988-7833

## **CONDIÇÕES PARA DECLARAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL TEMPERADAS PELO ATIVISMO JUDICIAL ESTRUTURAL DIALÓGICO**

### **CONDITIONS FOR DECLARING THE UNCONSTITUTIONAL STATE OF THINGS TEMPERED BY JUDICIAL STRUCTURAL DIALOGICAL ACTIVISM**

### **CONDICIONES PARA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL TEMPERADAS POR EL ACTIVISMO JUDICIAL ESTRUTURAL DIALÓGICO**

**Camila Maria Rosa<sup>1</sup>**

Faculdade de Araraquara – Fara

camilamrosa11@gmail.com

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Camila Maria Rosa (2019): “Condições para declaração do estado de coisas inconstitucional temperadas pelo ativismo judicial estrutural dialógico”, Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (abril 2019). En línea:

<https://www.eumed.net/rev/cccss/2019/04/condicoes-declaracao-coisas.html>

#### **RESUMO**

O presente trabalho apresenta à discussão acadêmica e à sociedade o novo conceito ou técnica de julgamento consistente no Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), originário da Corte Constitucional Colombiana. Adotando-se a metodologia de pesquisa bibliográfica, investigaremos as condições de sua declaração à luz do ativismo estrutural judicial estrutural dialógico, como forma de verificar a viabilidade jurídica para sua aplicação no sistema carcerário brasileiro.

#### **ABSTRACT**

The present work presents to the academic discussion and society the new concept or technique of consistent judgment in the State of Things Unconstitutional (ECI), originating from the Colombian Constitutional Court. Adopting the methodology of bibliographical research, we will investigate the conditions of its statement in the light of structural dialogical structural judicial activism, as a way of verifying the legal feasibility for its application in the Brazilian prison system.

---

<sup>1</sup> Camila Maria Rosa é mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (Uenp). Especialista em Direito Público pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal (Uniderp). Professora na Faculdade de Araraquara (Fara). Secretária de Administração e Finanças no Município de Santa Lúcia e Advogada. Endereço: Avenida Portugal, 506, Centro, Araraquara – SP, C.E.P.: 14.801-075. Fone: 16-3332-4714. E-mail: camilamrosa11@gmail.com

## RESUMEN

El presente trabajo presenta a la discusión académica ya la sociedad el nuevo concepto o técnica de juicio consistente en el Estado de Cosas Inconstitucionales (ECI), originario de la Corte Constitucional Colombiana. Al adoptar la metodología de investigación bibliográfica, investigaremos las condiciones de su declaración a la luz del activismo estructural judicial estructural dialógico, como forma de verificar la viabilidad jurídica para su aplicación en el sistema carcelario brasileño.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estado de coisas inconstitucional; ativismo judicial estrutural dialógico; sistema carcerário; direitos fundamentais; presos.

**KEYWORDS:** Unconstitutional State of Things; dialogical structural judicial activism; prison system; fundamental rights; prisoners.

**PALABRAS CLAVE:** Estado de cosas inconstitucional; activismo judicial estructural dialógico; sistema carcelario; derechos fundamentales; detenidos.

## INTRODUÇÃO

O sistema carcerário brasileiro encontra-se em crise, decorrente de graves falhas nas políticas públicas penitenciárias, agravadas pela inexistência de interesse das autoridades públicas e da própria sociedade em buscar melhorias nas condições de encarceramento.

Embora a Constituição Federal e as leis de execução penal estipulem direitos e garantias fundamentais aos presos, as omissões inconstitucionais em políticas públicas penitenciárias não permitem que haja substancial proteção a esta camada de indivíduos vulneráveis.

Adotando-se a metodologia de revisão bibliográfica, verificamos a existência de omissão estatal reiterada, sistemática e generalizada em efetivar os direitos fundamentais dos presos, gerando uma grave situação de falha estrutural nas políticas públicas penitenciárias, tornando os presídios ambientes insalubres e indignos.

Diante desse cenário de falhas estruturais nas políticas públicas e da necessidade de proteção aos presos, o objetivo desta pesquisa, é analisar o conceito do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), a partir do estudo da evolução do controle judicial das políticas públicas como fator impeditivo da convivência do Poder Judiciário com a manutenção das violações aos direitos fundamentais decorrentes de falhas ou ausências de atuação do Poder Público.

Buscaremos analisar o ECI como forma de ativismo judicial estrutural dialógico, permitindo que a Corte Constitucional interfira de forma considerável no processo das políticas públicas, pautando a atuação do Poder Público a partir da expedição de ordens estruturais flexíveis, indicando e monitorando as medidas necessárias à superação do estado de inconstitucionalidade, promovendo o diálogo entre os Poderes e as autoridades.

## O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL (ECI)

O estado de coisas inconstitucional (ECI) é um termo originalmente utilizado pela Corte Constitucional Colombiana (CCC), a partir do julgamento *Sentencia de Unificación* (SU) 559 de 1997, fortalecendo-se com o julgamento da *Sentencia* T-025, de 2004.

Sinteticamente, o conceito atrelado ao reconhecimento do ECI traz em seu bojo o reconhecimento de que o Estado, ao omitir-se na efetivação dos ditames constitucionais, descumprindo generalizada e sistematicamente direitos fundamentais, pode gerar uma situação grave de falhas estruturais<sup>i</sup> nas políticas públicas, cuja solução passa ao largo de ser alcançada individual ou isoladamente por um dos Poderes estatais ou uma das autoridades políticas da nação, dependendo de um complexo rol de ações a serem implementadas e executadas de forma conjunta e coordenada por diversas autoridades e Poderes estatais.<sup>ii</sup>

O reconhecimento do ECI é um mecanismo de proteção e efetivação dos direitos fundamentais, nos casos em que a omissão inconstitucional não se restrinja à mora legislativa ou executiva, mas decorra de uma soma de ineficiências que origina uma verdadeira falta de coordenação entre os Poderes, gerando a necessidade de atuação em conjunto para superação de falhas estruturais em políticas públicas garantidoras da proteção de direitos fundamentais. (CAMPOS, 2016, p. 57-58)

O cenário permanente de falhas estruturais na efetivação de direitos fundamentais, decorrente de omissões inconstitucionais graves, generalizadas e sistemáticas gera a fundamentação fática e teórica para o reconhecimento da existência do ECI, legitimando medidas drásticas de enfrentamento a omissões geradoras das violações aos direitos fundamentais. (CAMPOS, 2016, p. 58)

A Corte Constitucional Colombiana, desde a promulgação da nova Constituição da Colômbia, no ano de 1991, adotou uma posição ativista, especialmente “em dois campos de ação: o controle das práticas políticas e das ações dos Poderes Executivo e Legislativo, e a promoção dos direitos fundamentais, sociais e econômicos”, conquistando grande popularidade ante sua “habilidade de estimular a discussão e engajamento por grupos da sociedade civil sobre questões proeminentes”. (CAMPOS, 2016, p. 100)

A postura ativista da Corte Constitucional Colombiana proporcionou o ambiente necessário para atuar de forma pioneira no reconhecimento da existência do ECI, desenvolvendo seu conceito e aplicando-o em diversos casos, com a ambiciosa pretensão do desenvolvimento de “remédios estruturais” que solucionem as omissões do poder público em garantir e proteger os direitos fundamentais, suprimindo a falta de um mecanismo coletivo de proteção de direitos sistematicamente violados e que atinjam um número elevado de indivíduos, podendo gerar demandas repetitivas.

César Rodríguez Garavito afirma que a Corte em sua primeira fase de jurisprudência, abrangendo o período de 1997 a 2003, aplicou a figura do ECI sem um trabalho cuidadoso de sistematização dos requisitos para declarar a sua existência e sua superação, o que somente ocorreu a partir da *Sentencia* T-025/2004. (GARAVITO, 2009. p. 442)

Para caracterização do ECI não basta a mera omissão inconstitucional, devendo caracterizar uma verdadeira falha estrutural que, para ser sanada, necessita de remédios estruturais, verdadeira cooperação entre os Poderes, agindo de forma coordenada para sanar a grave e geral violação de direitos fundamentais, resolvendo verdadeiros litígios estruturais.

A *Sentencia* T-025/2004 sistematizou os requisitos para verificação fática do estado de coisas inconstitucional<sup>iii</sup>, a saber: a) violação massiva e generalizada de diversos direitos constitucionais, afetando um significativo número de indivíduos, que para terem efetivado seu direito, necessitam socorrer-se da tutela judicial; b) a prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantir e efetivar os direitos, omitindo-se quanto à adoção de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias necessárias para evitar a violação de direitos; c) a existência de um problema social cuja solução depende da intervenção de várias entidades, da adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações e da disponibilização de recursos adicionais consideráveis; d) a possibilidade de um congestionamento do sistema judicial, caso ocorra uma procura massiva e individual pela proteção jurídica. (CAMPOS, 2016, p.177-178)

Percebemos, ao cotejar as condições para reconhecimento do ECI, que, ao declará-lo, a Corte reconhece a existência de um litígio estrutural, cuja solução depende de complexas e coordenadas medidas de diversas autoridades e Poderes.

O reconhecimento do ECI possui uma função jurídica e política de caráter fundamentalmente prático, impulsionando desenvolvimento e implemento de políticas públicas estatais necessárias a cessar a situação geradora de violação generalizada de direitos fundamentais, de tal sorte que para sua execução é imperioso que se promova um processo de colaboração entre os todos os Poderes, órgãos e autoridades políticas envolvidas, de todos os níveis federativos, buscando superar o ECI. (CAMPOS, 2016, p. 438)

De grande relevância, portanto, a sistematização e a verificação das condições para o reconhecimento da existência do ECI, não devendo ser permitida a banalização da utilização desse importante mecanismo, que deverá ser destinado à correção e/ou implementação de políticas públicas voltadas a garantir a efetividade dos direitos fundamentais.

## **ATIVISMO JUDICIAL ESTRUTURAL DIALÓGICO, DEMOCRACIA E SEPARAÇÃO DOS PODERES**

As críticas mais recorrentes à declaração do ECI se referem ao ativismo judicial e à violação à separação dos poderes, trazendo questionamentos político-democráticos, bem como à capacidade institucional do Poder Judiciário. (CAMPOS, 2016, p. 217-218)

Não se pretende, por meio deste trabalho, analisar de forma profunda as várias formas de concebermos a democracia, mas sim enfatizar que o sistema de democracia procedimental, considerada apenas sob a premissa do governo da maioria, não é “suficiente para garantir decisões corretas ou mesmo resultados justos e racionais, uma vez que o princípio majoritário não assegura a igualdade política.” (KOZICKI; BARBOZA, 2008, p. 152)

Com efeito, o resultado do voto majoritário, embora represente a voz da maioria vencedora, nem sempre representa o interesse de todos ou do bem-comum.<sup>iv</sup>

A chamada democracia procedimental é contrária ao ativismo judicial, defendendo que o princípio democrático é resguardado a partir do procedimento que garanta a participação do povo na deliberação daqueles que serão eleitos.<sup>v</sup>

As Cortes, ao declararem o ECI, agem como atores políticos, interferindo intensamente no ciclo das políticas públicas, inclusive controlando sua implementação, fator que, para alguns, determinaria a ilegitimidade de sua atuação, posto que haveria usurpação dos poderes conferidos constitucionalmente ao Legislativo e ao Executivo, cujos membros são eleitos democraticamente, em clara violação ao princípio da separação dos poderes. Faltaria, portanto, legitimidade democrática aos juízes para definirem as políticas públicas a serem implementadas, haja vista que não seriam eleitos pelo voto popular, não sendo responsáveis perante o povo e ainda, faltaria legitimidade institucional para os juízes e Cortes decidirem a respeito das políticas públicas, tendo em vista que o Legislativo e o Executivo seriam providos de maiores expertises para decidirem sobre o ciclo das políticas públicas. (CAMPOS, 2016, p. 214)

Mesmo alguns defensores da democracia procedimental, como John Hart Ely, Habermas e Carlos Santiago Nino, “admitem o papel da Jurisdição Constitucional enquanto garantidora do procedimento democrático e, portanto, acabam por permitir que a Jurisdição Constitucional venha a proteger os direitos fundamentais que garantem o processo democrático”. (KOZICKI; BARBOZA, 2008, p.154)

O Ministro Luís Roberto Barroso (2015, p. 41-42) ao discorrer sobre a importância do Poder Judiciário na efetivação e garantia dos direitos fundamentais, afirma que:

O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o *deficit* de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso. Sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, o que ocorrerá se atuar abusivamente, exercendo preferências políticas em lugar de realizar os princípios constitucionais. Além disso, em países de tradição democrática menos enraizada, cabe ao tribunal constitucional funcionar como garantidor da estabilidade institucional, arbitrando conflitos entre Poderes ou entre estes e a sociedade civil. Estes os seus grandes papéis: resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, assim como assegurar a estabilidade institucional.

Desta forma, a defesa dos direitos fundamentais das minorias não pode ser ignorada pelo Poder Judiciário, justificando o ativismo judicial para proteção de direitos não resguardados pelo princípio da igualdade democrática, especialmente considerando que as minorias, pobres e estigmatizadas, nem sempre possuem representantes aptos a garantir seus direitos junto ao parlamento e à administração pública. (DWORKIN, 2001, p. 31-32)

Evidente que a atuação judicial ao reconhecer a existência do ECI é ativista, contudo, a ação do Poder Judiciário na defesa dos direitos fundamentais sistematicamente violados não deve ser entendida como ilegítima, ainda mais considerando a real situação de países como o nosso, nos quais a violação aos direitos constitucionalmente previstos é recorrente. (CAMPOS, 2016, 219)

Ao declararem o ECI, a demonstração de poder político-normativo de juízes e cortes está evidenciada, cuja pretensão é ambiciosa – solucionar tutelas estruturais que envolvem décadas de omissão do Poder Público e descaso com a defesa e garantia de direitos fundamentais, por esta circunstância, o ativismo judicial ao declarar o ECI deve ser categorizado como ativismo judicial de tipo estrutural. (CAMPOS, 2016, p.220-221)

Ademais, não será atribuído aos juízes um poder absoluto, destacando-se a função interpretativa dos preceitos constitucionais, que deverão orientar a atuação jurisdicional na defesa dos direitos fundamentais das minorias (DWORKIN, 1996, p. 10).

Sobre o neoconstitucionalismo e a necessidade de atuação do Poder Judiciário para efetivação dos direitos fundamentais, Eduardo Cambi (2012, p. 93) ensina que “o respeito da democracia, em sentido substancial, justifica o *protagonismo judicial responsável*”.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos chama a atenção para o aumento de poder político-normativo dos juízes e cortes ao declararem o ECI, especialmente pelo fato de emitirem ordens

estruturais que interferem diretamente na elaboração e implemento das políticas públicas, demandando um desafio em alcançarmos o equilíbrio entre a “função judicial e a função política”, somente alcançável, segundo o autor, “se o ativismo judicial não se converter em supremacia judicial”, como forma de um ativismo judicial antidialógico. (CAMPOS, 2016, p. 219-220)

Portanto, o ativismo judicial estrutural poderá ser legitimamente sustentado a partir da ideia do “diálogo entre os poderes”, com a expedição de sentença estruturais, verdadeiras macrosentenças, que envolvem medidas a serem tomadas e executadas por diversos atores políticos para solução do litígio estrutural a ser superado.

O litígio estrutural é, em sua essência, public law litigation e vincula o ECI à fixação de structural remedies (remédios estruturais): structural injunctions. A declaração do ECI, com a afirmação de seus pressupostos, configura uma “senha” ou um “passaporte” para as cortes proferirem sentenças estruturais. As “ordens estruturais” são comandos voltados a alcançar as mudanças institucionais que caracterizam a public law litigation. Não se trata apenas de determinar obrigações de fazer dirigidas às autoridades públicas para o cumprimento de prestações específicas. As structural injunctions voltam-se à reestruturação de instituições de governo, às alterações sistêmicas necessárias a assegurar a tutela de direitos fundamentais, que podem alcançar medidas legislativas, administrativas, regulatórias e orçamentárias. São remédios transformativos: buscam “reformas estruturais”. (CAMPOS, 2016, p. 188-189)

No cenário do ECI, ordens judiciais “preventivas ou reparatórias não são capazes de remediar o quadro de violação de direitos, havendo necessidade de mudanças institucionais, de remédios ajustados aos fins transformativos”. (CAMPOS, 2016, p. 190)

César Rodríguez Garavito e Diana Rodríguez Franco (2010, p. 14) afirmam que a sentença estrutural:

Se trata de una verdadera “macrosentencia” por 1) el tamaño de la población beneficiaria, 2) la gravedad de las violaciones de derechos que pretende resolver, 3) los numerosos actores estatales y sociales que involucra, y 4) la ambición y duración del proceso de implementación de las órdenes [...]

A partir de ordens estruturais, as Cortes pretendem resolver violações sistemáticas e reiteradas a direitos fundamentais em países cujos bloqueios institucionais impedem o correto desenvolvimento de políticas públicas.<sup>vi</sup>

O julgamento da *Sentencia* T-025, de 2014, foi a mais marcante demonstração de macrosentença a ser implementada com sucesso, proporcionando o diálogo entre diversas autoridades, poderes e sociedade civil visando à solução do litígio estrutural.<sup>vii</sup>

O diálogo institucional, proposto para superação do ECI, é alcançado por meio de ordens flexíveis e também pelo procedimento de monitoramento da implementação das decisões, desde que aberto à discussão com os poderes políticos e com os setores interessados da sociedade. Ao assim fazê-lo, além de assegurar a legitimidade democrática de sua intervenção, as cortes aumentam as chances de efetividade das decisões. Legitimidade e efetividade caminham, desta forma, juntas. (CAMPOS, 2016, p. 215)

O ativismo judicial é legítimo quando inserido em um contexto institucional, político, social e jurídico-cultural que demanda a atuação do Poder Judiciário de forma excepcional e última, visando garantir a efetivação dos direitos fundamentais das minorias, sistematicamente violados devido a falhas estruturais. (CAMPOS, 2016, p. 221)

De fato, as condições presentes para o reconhecimento do ECI, tal como investigamos no presente trabalho, demonstram uma profunda ineficiência do Poder Público em elaborar e implementar as políticas públicas, violando sistematicamente direitos fundamentais de um número indefinido e amplo de pessoas, colocando-as em situação de grave vulnerabilidade.

A declaração do ECI reconhece que o Estado apresenta situações crônicas de mau funcionamento, revelando que os poderes Legislativo e Executivo não estão desempenhando a contento suas qualidades representativas e institucionais e ante a reiterada omissão em realizar os direitos fundamentais, culminando em “verdadeiros bloqueios políticos e institucionais”, não podendo manter-se inerte o Poder Judiciário, sob pena de vedar o acesso aos direitos fundamentais a uma extensa camada da população. (CAMPOS, 2016, p. 215)

Discorrendo sobre o cenário político que levou a Corte Colombiana a declarar o ECI Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016, p. 215) afirma que “a Corte Constitucional detectou violação massiva e sistemática de direitos, bem como falhas estruturais do aparato estatal que acreditou justificarem que tomasse as medidas ordenadoras de políticas públicas”.

A legitimidade do ativismo judicial estrutural não deve ser aferida ou refutada aprioristicamente, mas sim deve ser analisada no contexto em que o ativismo é desenvolvido.

Através de nossas investigações sobre o ativismo judicial, democracia e separação de poderes, verificamos que a proposta de ativismo judicial voltada para efetivação de direitos fundamentais não é estranha à doutrina brasileira e à atuação do Poder Judiciário na defesa dos preceitos constitucionais, em casos de atuação ou omissão inconstitucional dos Poderes Executivo e Legislativo na defesa dos direitos fundamentais.<sup>viii</sup>

A realidade de omissão inconstitucional que origina o ECI é uma circunstância decisiva na sua legitimidade, haja vista a inexistência de atuação legítima dos poderes Legislativo e Executivo, que legitimam o ativismo judicial, podendo-se categorizá-lo como “ativismo de tipo estrutural”<sup>ix</sup>, por meio do qual a Corte determina a expedição de remédios estruturais que interferem em decisões próprias do Executivo e do Legislativo, incidindo sobre o ciclo das políticas públicas, como forma de efetivação e garantia de direitos fundamentais sistematicamente violados. (CAMPOS, 2016, p. 217-218)

Ainda quanto à legitimidade do ativismo judicial estrutural é importante reiterarmos que em nenhuma hipótese poderá ser tolerado o ativismo judicial antidialógico, como forma de supremacia judicial arbitrária, pela qual, “a interpretação constitucional é encarada como tarefa exclusiva de juízes e cortes constitucionais”. (CAMPOS, 2016, p. 225)

Uma característica fundamental da macrosentença proferida no julgamento da *Sentencia* T-025, de 2004, como exemplo do ativismo estrutural dialógico, é a expedição de ordens flexíveis, utilizando-se expertises de várias áreas e ligados às diversas autoridades e poderes envolvidos na solução do litígio estrutural, bem como trazendo a sociedade civil para discussão da falha estrutural e de formas para sua superação. (GARAVITO; FRANCO, 2010, p. 14-15)

Superada a crítica quanto à legitimidade democrática do ativismo judicial, investigaremos os aspectos de maior relevância a respeito da capacidade institucional do Poder Judiciário em emitir ordens estruturais que interferem no ciclo das políticas públicas. (CAMPOS, 2016, p. 239)

De fato, teoricamente é sustentável que o Legislativo e o Executivo possuem melhor capacidade institucional para decidir sobre as políticas públicas que o Judiciário, contudo, casos concretos de absoluta inércia do Poder Público e falhas estruturais persistentes, ensejando a presença das condições para declaração do ECI não podem deixar de ser enfrentadas pelos juízes e cortes, autorizando a atuação judicial. (CAMPOS, 2016, p. 239-240)

Partindo da premissa que uma postura passiva dos juízes e cortes não pode ser tolerada, ante a existência de omissão inconstitucional e falhas estruturais em políticas públicas violadoras de direitos fundamentais, igualmente deve ser rechaçada a supremacia constitucional, considerada a partir do monopólio da interpretação constitucional pelas cortes, privilegiando-se no ECI a elaboração compartilhada de medidas entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, na busca da superação da inconstitucionalidade. (CAMPOS, 2016, p. 239)

Com efeito, o cenário de falhas estruturais, decorrentes da omissão legislativa e administrativa não sustenta, por si só, a afirmação de que o Poder Legislativo e Executivo possuem capacidade institucional superior ao Judiciário, posto que a inércia reiterada e sistemática do Poder Público em garantir a efetivação dos direitos fundamentais, é a causa primordial da necessidade do ativismo judicial estrutural para salvaguardar os direitos fundamentais violados. (CAMPOS, 2016, p. 247)

O princípio da separação dos poderes igualmente está protegido com a atuação dialógica dos juízes e cortes ao determinarem os remédios estruturais, pois “ao formular ordens flexíveis, juízes buscam o equilíbrio entre fazer valer direitos constitucionais e respeitar o papel político e a capacidade institucional do Legislativo e Executivo”. (CAMPOS, 2016, p. 251)

No ativismo judicial estrutural dialógico, visando à superação do ECI, é fundamental que a Corte Constitucional emita ordens estruturais flexíveis, retendo a atividade jurisdicional de monitoramento do efetivo cumprimento das ordens. (CAMPOS, 2016, p. 254)

O monitoramento, envolvido em audiências públicas e com a participação ampla da sociedade civil, possibilita identificar se as instituições democráticas estão progredindo ou se os bloqueios se mantiveram. Atuando assim, em vez de supremacia judicial, as cortes, por meio de

remédios estruturais flexíveis e sob supervisão, promovem diálogo amplo entre as instituições e a sociedade. (CAMPOS, 2016, p. 254)

O ativismo judicial estrutural dialógico funda-se, portanto, na ideia de coordenação entre os poderes, com a emissão de remédios estruturais flexíveis, visando precipuamente à superação das falhas estruturais. O diálogo entre os poderes fortalece a democracia e não fere a capacidade institucional, posto que as decisões técnicas serão reservadas aos poderes políticos melhores expertises para seu cumprimento, visando à elaboração de medidas voltadas à superação do ECI.

## **CONDIÇÕES MATERIAIS PARA O RECONHECIMENTO DO ECI NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO**

Após analisarmos o conceito ou técnica de julgamento do ECI e sua aplicação pela Corte Constitucional Colombiana, perquirindo as condições fáticas que deverão estar presentes para seu reconhecimento, bem como a aplicação do ativismo judicial estrutural dialógico, investigaremos a possibilidade de aplicação do ECI pelo STF, especialmente no que tange ao sistema carcerário.

No Brasil, o reconhecimento pelo STF do ECI decorrente de falhas estruturais no sistema carcerário foi suscitado de forma expressa a partir da interposição da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, com pedido de concessão de medida cautelar pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), em maio de 2015, contudo, as violações sistemáticas aos direitos fundamentais dos presos não são fatos desconhecidos dos ministros do STF, cuja dramática situação dos presídios brasileiros está destacada, por exemplo, nos julgamentos do RE nº 641.320<sup>x</sup>, RE nº 580.252<sup>xi</sup>, RE nº 592.581<sup>xii</sup> e ADI nº 5.170<sup>xiii</sup>.

Diante da realidade fática consistente em violação massiva aos direitos fundamentais dos reclusos, o Ministro Gilmar Mendes, em voto proferido no julgamento do RE nº 641.320, destacou a necessidade da Corte avançar no controle de constitucionalidade visando tornar realidade os direitos fundamentais consagrados na Constituição, asseverando que a questão relativa à implementação dos direitos dos sentenciados e o atendimento do programa legal quanto à execução penal deverá ser resolvido e forma estruturante, lançando-se as bases para uma verdadeira macrosentença, com o envolvimento de órgãos existentes no Poder Judiciário e no Ministério Público, desenvolvendo-se mecanismos de fiscalização das soluções a serem implementadas.

O Ministro Roberto Barroso, em voto proferido no julgamento do RE nº 580.252<sup>xiv</sup>, destacou a existência de um “estado de coisas” que torna o sistema prisional brasileiro inconstitucional, ao violar gravemente os direitos fundamentais dos presos, afrontando a Constituição Federal, como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a integridade física e moral (art. 5º, XLIX), a vedação à tortura e ao tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), a proibição de sanções cruéis (art. 5º, XLVII, “e”), a intimidade e a honra (art. 5º, X) e os direitos sociais à educação, saúde, alimentação, trabalho e moradia (art. 6º).

Barroso menciona expressamente a experiência da Corte Constitucional Colombiana ao aplicar o conceito/técnica do ECI na solução de falhas estruturais em políticas públicas:

Na mesma linha das experiências da Corte Europeia de Direitos Humanos e do Judiciário norte-americano, a Corte Constitucional da Colômbia produziu um mecanismo de intervenção jurisdicional para lidar com falhas estruturais de políticas públicas que impliquem violações massivas e contínuas de direitos e que decorram de omissões prolongadas das autoridades estatais. Trata-se da categoria do “*estado de coisas inconstitucional*”. Quando a Corte colombiana reconhece e declara a existência de um estado de coisas contrário à Constituição, ela passa a atuar diretamente na formulação de políticas públicas, definindo metas e linhas de ação a serem implementadas por diferentes instâncias de poder. Nesses casos, em geral, a Corte designa uma autoridade para fiscalizar a execução da decisão, de modo que a atuação judicial não se encerra com a prolação da decisão, mas se protrai até que as diversas autoridades levem a cabo as determinações da Corte.

Diante do cenário de falha estrutural no sistema carcerário, derivado de omissões dos poderes e violações massivas por décadas, o Ministro Barroso fundamenta a necessidade de

remédios estruturais para solução do problema envolvendo o tema e caracteriza o sistema prisional como um “verdadeiro *estado de coisas inconstitucional*, cuja superação é complexa e custosa e exige a execução de um amplo conjunto de medidas, articulado por todas as esferas de poder”.<sup>xv</sup>

Desta forma, percebemos que a gravidade e a existência de violações massivas e reiteradas aos direitos fundamentais dos presos não é desconhecida dos ministros que compõem o STF, havendo disposição da Corte em atuar para combater a inércia legislativa e administrativa que culminou em falhas estruturais no sistema carcerário brasileiro.

Exatamente a superação das falhas estruturais no sistema carcerário brasileiro é almejada através da interposição da ADPF nº 347, com o reconhecimento do ECI, ante a existência de violações sistemáticas aos direitos fundamentais dos reclusos.

A partir do reconhecimento pelo STF da existência do ECI no sistema carcerário brasileiro, a ADPF nº 347 objetiva que a Corte Constitucional determine a adoção de medidas, a serem tomadas pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, tendentes a sanar as gravíssimas lesões a preceitos fundamentais da Constituição, decorrentes de condutas comissivas e omissivas dos poderes públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, no tratamento da questão prisional no país, com vistas ainda à contenção e reversão do processo de hiperencarceramento dos presídios brasileiros.

Com efeito, as respostas às falhas estruturais das políticas públicas penitenciárias somente serão alcançadas por meio de medidas coordenadas entre os diferentes poderes, órgãos e autoridades, “a intervenção judicial, para aproveitar ao grande número de presos cujos direitos são violados, deve dirigir-se a várias entidades estatais, federais e estaduais, responsáveis pelas falhas sistemáticas”. (CAMPOS, 2016, p. 274)

Portanto, o litígio estrutural envolvendo o sistema carcerário demanda que a intervenção judicial compreenda ordens estruturais complexas, cujas medidas para superação do ECI devem ser coordenadas e de naturezas diversas, dirigindo-se a diversos órgãos e entidades, de todos os níveis federativos e poderes, caracterizando-se verdadeiros remédios estruturais, demandando a atuação dialógica da Corte Constitucional, com os demais Poderes, autoridades, órgãos e sociedade civil. (CAMPOS, 2016, p. 275)

## CONCLUSÃO

Conforme investigamos, o conceito ou técnica de julgamento refletida pela declaração do ECI, permite que a Corte Constitucional interfira de forma considerável no ciclo das políticas públicas, pautando a atuação do Poder Público, em todos os níveis federativos, coordenando as medidas a serem tomadas por diversos órgãos e autoridades, com a finalidade de superar falhas estruturais em políticas públicas visando efetivar direitos fundamentais previstos na Constituição, como forma de verdadeiro ativismo judicial estrutural dialógico.

Neste trabalho defendemos a possibilidade de atuação da Corte Constitucional na defesa dos direitos fundamentais e efetivação dos preceitos constitucionais, especialmente em defesa de grupos minoritários e vulneráveis, que não raras vezes, não gozam de representação política direta, verdadeiro quadro de bloqueio político e administrativo, situação vivenciada pelos encarcerados.

O ativismo judicial estrutural dialógico deve permear a declaração do ECI, agindo o Poder Judiciário de modo a coordenar o diálogo entre as diversas autoridades, órgãos e Poderes, visando à superação dos bloqueios institucionais e políticos que originaram as falhas estruturais nas políticas públicas.

Com efeito, o ativismo judicial estrutural analisado no bojo do ECI demanda a atuação dialógica da Corte Constitucional, evitando-se a supremacia e arbítrio na decisão judicial, investigamos que para superação da falha estrutural que ensejou o reconhecimento do ECI é necessária a expedição de ordens estruturais flexíveis, com constante acompanhamento dos resultados das medidas impostas pela sentença, adaptando-se as determinações judiciais, caso haja necessidade, com a implementação de indicadores a serem alcançados para superação do estado de inconstitucionalidades e efetivação dos direitos fundamentais.

Concluimos que a postura dialógica da sentença estrutural proposta pelo reconhecimento do ECI permite com que seja estabelecido um equilíbrio entre os Poderes, evitando-se a supremacia judicial arbitrária, constituindo-se alternativas viáveis para o desenvolvimento de políticas públicas aptas a superar a falha estrutural que originou a violação a direitos fundamentais.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, jan. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 12 Mai. 2017.  
doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>..

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AG. Reg. no recurso extraordinário com agravo 745.745**

**Minas Gerais**. Relator: Mello, Celso de. Brasília, 2014. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/sobonúmero7482896>. Acesso em: 20 ago. 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Garantias constitucionais, prisão preventiva, prisão em flagrante, prisão decorrente de sentença condenatória: **ADPF/347**. Relator: Ministro Celso de Mello. 2016b. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>. Acesso em: 05 jan. 2017

BITENCOURT, Cêzar Roberto. **Falência da pena de prisão**. Causas e alternativas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário, **Revista Argumenta**, Jacarezinho, n. 16, p. 83-97, 2012, p. 93.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Bahia: *Jus Podivm*, 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **A evolução do ativismo judicial da Suprema Corte**

**Norte-Americana (I)**, ano 2, 2013, n.6, p.4693-4741. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com>. Acesso em: 16 ago. 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law**. The Moral Reading of the American Constitution. Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1996.

GARAVITO, César Rodríguez. **¿Cuándo cesa el estado de cosas Inconstitucional del desplazamiento?** In Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia/coordinador César Rodríguez Garavito; Juan Carlos Guataquí ... [et al.]. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2009.

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.

HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología**. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2001.

KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição Constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia. **Revista Sequência**, n.56, p. 151-176, jun. 2008. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2008v29n56p151/13675>. Acesso em: 22 dez. 2016

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Pena e Política Criminal: a experiência Brasileira**. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão; SÁ, Alvinio Augusto de (Orgs.). **Criminologia e os problemas da atualidade**. São Paulo: Atlas, 2008.

WACQUANT, Lôic. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

---

<sup>i</sup> “Essas falhas revestem-se, via de regra, como deficiência dos ciclos de formação e execução de políticas públicas. Graves e sistemáticas violações de direitos são originadas e agravadas por falhas estruturais nos procedimentos de desenho, implementação, avaliação e financiamento de políticas públicas. Essas falhas têm raízes em prolongadas omissões dos agentes e autoridades públicos, em limitações das políticas públicas correspondentes, na falta de medidas administrativas, legislativas ou orçamentárias voltadas à superação dos problemas de direitos” (CAMPOS, 2016, p.93).

<sup>ii</sup> Campos (2016, p.93) conceitua o estado de coisas inconstitucional “como a técnica de decisão por meio da qual cortes e juízes constitucionais, quando rigorosamente identificam um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais do Estado, declaram a absoluta contradição entre os comandos normativos constitucionais e a realidade social, e expedem ordens estruturais dirigidas a instar um amplo conjunto de órgãos e autoridades a formularem e implementarem políticas públicas voltadas à superação dessa realidade inconstitucional”.

<sup>iii</sup> Antes do julgamento da Sentencia T-025/2004 o julgamento da SU 09/2000 havia determinado os seguintes fatores a serem considerados para declaração do estado de coisas inconstitucional: “(1) se presenta una repetida violación de derechos fundamentales de muchas personas — que pueden entonces recurrir a la acción de tutela para obtener la defensa de sus derechos y colmar así los despachos judiciales— y (2) cuando la causa de esa vulneración no es imputable únicamente a la autoridad demandada, sino que reposa en factores estructurales” (Sentencia SU-090 de 2000). (GARAVITO, 2009, p. 444).

<sup>iv</sup> “Ou seja, o resultado do voto majoritário representa a voz dos vencedores e não necessariamente o bem-comum ou o interesse de todos, e a questão está em saber se apenas o procedimento democrático seria capaz de assegurar um resultado justo e correto para todos. Por esta razão, nos Estados Constitucionais atuais, o governo da maioria deve conviver com os direitos das minorias, geralmente elevados à categoria de direitos fundamentais, já que o pluralismo e as minorias se fazem presentes, e todos, absolutamente todos, devem ser protegidos. E é aí que está a tensão entre democracia e constitucionalismo, na medida em que este acaba por limitar a liberdade de deliberação dos representantes eleitos pelo povo que, por sua vez, não podem elaborar leis que afrontem direitos fundamentais das minorias, ou mesmo individuais, elencados na Constituição. [...] Equivale dizer que, para a teoria do Constitucionalismo, é necessário mais do que um procedimento democrático adequado para se alcançar resultados justos, sendo também necessários juízos de valores substantivos, que levem em consideração os resultados a ser alcançados. Os valores substantivos escolhidos pela sociedade são alçados ao status de direitos fundamentais numa Constituição rígida e estes, por sua vez, funcionam como limites materiais à deliberação democrática. Nesta ótica, o Poder Judiciário (ou a Corte Constitucional) é o intérprete final da Constituição, razão por que ela própria lhe assegura competência para controlar os atos emanados do Poder Executivo ou do Poder Legislativo” (KOZICKI; BARBOZA, 2008, p. 152).

<sup>v</sup> “Para a teoria procedimentalista, os valores substantivos de uma sociedade devem ser escolhidos por meio de uma deliberação democrática, ou seja, pelos poderes representativos do povo, quais sejam o Poder Executivo e o Poder Legislativo. De acordo com esta teoria, o Poder Judiciário deve apenas garantir o exercício da democracia, não sendo possível, portanto, a possibilidade do chamado ativismo judicial, visto que a deliberação sobre os valores substantivos de uma sociedade por juízes não eleitos atentaria ao princípio democrático.” (KOZICKI; BARBOZA, 2008, p. 153.)

<sup>vi</sup> Com a sentença estrutural a Corte visa transformar o sistema deficitário no qual está inserida a falha estrutural e para tanto elabora um plano que deverá ser executado de forma coordenada pelas partes envolvidas no litígio, estipulando-se etapas a serem cumpridas, devendo monitorar o desenvolvimento do cumprimento da decisão. Com efeito, ao proferir uma macrosentença, a Corte retém sua jurisdição, visando acompanhar o efetivo cumprimento das ordens estruturais.

<sup>vii</sup> “La T-025 es tal vez el intento judicial latinoamericano más explícito y sistemático por asegurar la implementación de una macrosentencia. Como se verá, durante el periodo de seis años analizado en este libro (enero de 2004 a enero de 2010), la Corte Constitucional mantuvo jurisdicción sobre el caso para impulsar el cumplimiento de sus órdenes, a través de 84 decisiones de seguimiento (autos) y 14 audiencias públicas de discusión, que hicieron balances del trabajo del Gobierno, y ha dictado nuevas órdenes para impulsar la protección de los derechos de la población desplazada” (GARAVITO; FRANCO, 2010, p. 14).

<sup>viii</sup> “Efetividade dos direitos fundamentais. Judiciário ativo e responsável. Processo justo, participativo e democrático. Eis alguns dos caminhos que a doutrina deve trilhar para o aperfeiçoamento do sistema jurídico e para a transformação da realidade com justiça social” (CAMBI, Eduardo, 2012, p. 94).

<sup>ix</sup> O ativismo judicial estrutural visa, precipuamente, a proteção das minorias, pessoas em situação de vulnerabilidade ante a omissão inconstitucional do Poder Público na defesa e garantia de seus direitos e que necessitam de maior proteção em face ao abuso de seus direitos.

<sup>x</sup> O RE nº 641.320, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes e com repercussão geral reconhecida, discutiu a possibilidade de autorização do cumprimento de pena em regime carcerário menos gravoso, diante da impossibilidade de o Estado fornecer vagas para o cumprimento no regime estabelecido na condenação penal, ensejando a edição da Súmula Vinculante nº 56: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”.

<sup>xi</sup> O RE 580.252, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, e com repercussão geral reconhecida, foi interposto por preso que cumpriu pena no estabelecimento penal de Corumbá/MS, com a finalidade de o Poder Judiciário reconhecer a absoluta precariedade das condições carcerárias do presídio, especialmente relacionadas com as condições degradantes de encarceramento e superlotação das instalações, requerendo que fosse decretada a responsabilização civil por danos morais do Estado de Mato Grosso do Sul ante a violação sistemática a seus direitos fundamentais durante o cumprimento da pena. Em que pese o pedido do RE nº 580.252 ser restrito à condenação do Estado pela indenização moral dos danos sofridos em razão do cumprimento da pena em condições indignas, o ministro Roberto Barroso propôs solução diversa ao problema: reconheceu que o Estado é civilmente responsável pelos danos causados aos reclusos, por violações a seus direitos, ante a deficiência estrutural de políticas públicas aptas a cumprir os preceitos fundamentais e afirmou a necessidade de adoção de

---

mecanismos de reparação alternativos, devendo a indenização em pecúnia ostentar caráter subsidiário, preferindo-se que a reparação dos danos morais causados pela superlotação carcerária e condições degradantes de encarceramento ocorra com a aplicação do instituto da remição ficta de 1 (um) dia de pena por cada 3 (três) a 7 (sete) dias de pena cumprida em condições atentatórias à dignidade humana. O posicionamento do Ministro Barroso foi seguido pelos Ministros Luiz Fux e Celso de Mello. Retomando-se o julgamento na data de 16 de fevereiro de 2017, a maioria dos ministros deu provimento ao Recurso Extraordinário estabelecendo o dever de o Estado pagar a indenização, fixada em julgamento de apelação no valor de R\$ 2 (dois) mil. O Plenário aprovou a seguinte tese, para fim de repercussão geral: "Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento".

<sup>xii</sup> O RE nº 592.581, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski e com repercussão geral reconhecida, discute se o Poder Judiciário pode determinar aos governos estaduais que ampliem ou construam novos presídios, de modo a garantir a observância dos direitos fundamentais dos detentos. A tese de repercussão geral proposta pelo Ministro Ricardo Lewandowski foi: "É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes".

<sup>xiii</sup> A ADI nº 5.170, de relatoria da Ministra Rosa Weber, à semelhança do RE nº 580.252, discute a responsabilidade civil do Estado pelos danos morais causados aos detentos.

<sup>xiv</sup> Embora no julgamento definitivo do RE nº 580.252, o posicionamento majoritário dos Ministros tenha fixado a indenização em dinheiro nos casos de prisões em estabelecimentos em situação degradante, não há dúvidas da importância do voto e posicionamento inovador do Ministro Barroso, merecendo destaque em nossos estudos.

<sup>xv</sup> Trecho do voto do ministro Roberto Barroso no julgamento do RE nº 580.252: "Por fim, é importante ter em conta que a solução proposta se justifica pelo caráter estrutural e sistêmico das graves disfunções do sistema prisional brasileiro. Como se viu, o descumprimento do dever estatal de garantir condições dignas de encarceramento encontra-se diretamente relacionado a uma deficiência crônica de políticas públicas prisionais adequadas, que atinge boa parte da população carcerária. Trata-se de um verdadeiro *estado de coisas inconstitucional*, cuja superação é complexa e custosa e exige a execução de um amplo conjunto de medidas, articulado por todas as esferas de poder. É diante desse contexto que se afirma que a entrega de uma indenização pecuniária confere uma resposta pouco efetiva aos danos morais suportados pelos presos e que é preciso adotar um modelo de reparação alternativo, que opere de forma não pecuniária, por meio da remição da pena".