

# INFLUÊNCIAS DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Leandro Suriani da Silva<sup>1</sup>

**Sumário.** 1. Introdução. 2. O Estado de Coisas Inconstitucional no direito comparado. 3. O momento de configuração do Estado de Coisas Inconstitucional. 4. O Estado de Coisas Inconstitucional e a relação com o Estado de Direito. 5. A compreensão sobre o Estado Democrático de Direito. 6. Considerações Finais. 7. Referência bibliográficas.

## RESUMO

Em julgamento inédito, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o fenômeno do *Estado de Coisas Inconstitucional* no âmbito do sistema penitenciário brasileiro. Referido instituto, aplicado inicialmente perante a Corte Constitucional colombiana, atesta uma violação grave, generalizada e sistêmica aos direitos fundamentais asseguradas aos indivíduos, bem como omissão permanente nas políticas públicas adotadas pelos órgãos e autoridades responsáveis. A atuação individual do Poder Judiciário, tutelando direitos de apenas um único cidadão já não seria suficiente para reverter o quadro de instabilidade institucional, mas sim a elaboração de um plano global, com a finalidade de reformular as premissas institucionais para equilibrar o problema. A Corte Constitucional brasileira não apenas determina a implementação de medidas, mas também fiscaliza a sua efetivação, o que objetiva atender ao bem comum, em benefício direto para a toda a coletividade e o Estado.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Especialista em direito empresarial pela Université de Genève (Suíça) e pela Escola Paulista de Direito (EPD). LLM -Master of Laws em Direito Societário pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER/SP). Especialista em direito regulatório e da concorrência pela Escola Superior da Advocacia (ESA/SP). Especialista em direito digital pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Advogado.

**Palavras chave:** *Estado de Coisas Inconstitucional, Estado de Direito, Direitos e garantias fundamentais, Ativismo judicial estrutural. Separação de poderes.*

## **INFLUENCES OF UNCONSTITUTIONAL STATE OF THINGS IN THE DEMOCRATIC STATE OF LAW**

### **ABSTRACT**

In unprecedented judgment, the Brazilian Supreme Court recognized the unconstitutional state of thing in the Brazilian prison system. That institute was initially applied before the Colombian Constitutional Court and certified a serious, widespread and systematic violation of the fundamental rights, as well as a permanent failure in the public policies adopted by the agencies and authorities. The individual performance of the Constitutional Court, tutoring rights of a single citizen would not be enough to reverse the institutional instability, but instead the elaboration of an overall plan, in order to reformulate the institutional premises to balance the problem. Brazilian Constitutional Court not only ordered the implementation of the measures, but also monitors its effectiveness, which seeks to serve the community, in direct benefit to people and democratic state.

**Keywords:** *Unconstitutional state of things, Rule of Law, Rights and fundamental guarantees, Judicial activism. Separation of powers.*

### **1. INTRODUÇÃO**

A violação aos direitos humanos, em determinadas situações, configura-se tão expressiva que os mecanismos tradicionais de proteção existentes na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional já não são mais suficientes para garantir os valores mínimos a serem

assegurados ao indivíduo. Em sendo a violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, inaugurou-se a figura do *Estado de Coisas Inconstitucional*, situação que exige a intervenção não apenas um determinado órgão específico, mas de uma pluralidade de autoridades públicas para solucionar o panorama.

O Supremo Tribunal Federal, no mês de maio de 2015, através do julgamento da Ação Declaratória de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 347, proposta pelo Partido Socialista e Liberdade (PSOL) atestou o reconhecimento de que no sistema carcerário nacional há clara violação de direitos fundamentais assegurada aos presos, violação esta não individual ou pontual, mas generalizada e sistêmica. Garantias de integridade física, psíquica, dignidade, higiene física são desconsideradas pelos estabelecimentos penitenciários brasileiros. A Corte Constitucional reconheceu a necessidade de intervenção judicial imediata, devido a notória incapacidade das autoridades e órgãos públicos, integrantes do legislativo e executivo em reverter o panorama.

No decorrer da decisão judicial, a Corte Constitucional brasileira reconheceu que inexistiria autorização do Poder Judiciário para interferir nas atribuições específicas do executivo ou legislativo. O que se reconheceu, de fato, foi a necessidade de superar bloqueios políticos e institucionais existentes atualmente, através do surgimento de um diálogo e uma postura colaborativa entre os poderes e a sociedade, a fim de que sejam implementadas as soluções necessárias de forma mais célere possível para resolver a problemática. Deve ser superada a antiga visão absoluta de ausência de interferência entre os poderes, especialmente em situações de grave violações de direitos fundamentais.

Superar esta visão cartesiana possibilita o surgimento de uma postura colaborativa entre os poderes, órgãos e autoridades públicas, tudo para se atingir o melhor fim comum. Com o reconhecimento do *Estado de Coisas Inconstitucional*, há verdadeiro incentivo na atuação colaborativa entre a sociedade e o Estado, objetivando assim que o sistema penitenciário tenha efetivamente uma reformulação total de suas políticas. O prejuízo em se manter a situação presente é manifesto e geral, originando efeitos em desfavor dos cidadãos e da sociedade.

O Supremo Tribunal Federal, por maioria, deferiu a medida cautelar para: determinar que os juízes e tribunais observem imediatamente os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, como forma de realizar em até 90 dias audiências de custódia, bem como viabilizasse o comparecimento pessoal dos presos perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão. Além disto, impôs a imediata liberação dos valores contingenciados existentes no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN e vedou à União Federal a realização de novos contingenciamentos, até que se reconheça a superação do *Estado de Coisas Inconstitucional* do sistema prisional brasileiro.

Ainda que tenha indeferido outros pedidos formulados na petição inicial proposta pelo Partido Socialista e Liberdade (PSOL), determinou uma das medidas mais importantes, qual seja, de determinar à União e aos Estados, especialmente o Estado de São Paulo que encaminhem ao Supremo Tribunal Federal informações acerca da implementação das medidas e da situação atual do sistema penitenciário local.

No julgamento do mérito, será analisado a possibilidade de introdução de planos contendo propostas e metas para a potencial superação do *Estado de Coisas Inconstitucional*, inclusive a previsão de recursos para a sua implementação e elaboração de um cronograma de execução.

Não podemos nos esquecer que o texto constitucional atual protege expressamente a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), proíbe a tortura e o tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), veda sanções cruéis (art. 5º, XLVII, “e”), impõe o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (art. 5º, XLVIII) assegura aos presos o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX), e prevê a presunção de inocência (art. 5º, LVII).

MANDELA (2004) já retratava na obra *Long Walk to Freedom* que “ninguém conhece uma Nação até ter estado nas suas prisões. Uma Nação não deve ser julgada pela forma como lida com os seus privilegiados, mas pela maneira como trata os mais humildes”. As condutas comissivas e omissivas dos poderes públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal levaram o tratamento

da questão prisional do país ao caos, o que foi necessária a intervenção do Poder Judiciário como forma de objetivar a equalização do problema.

O problema prisional existente no país nos lembra a célebre frase de ALIGHIERI “*Deixai, ó vós que entráis, toda a esperança*”. A estrutura prisional existente nos dias atuais denota claramente a inércia e incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura. Assim, o presente artigo demonstrará de que forma foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro o fenômeno do *Estado de Coisas Inconstitucional*, originado no direito colombiano e os reflexos da decisão da Corte Constitucional brasileira frente ao sistema penitenciário.

## **2. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO DIREITO COMPARADO**

O fenômeno do *Estado de Coisas Inconstitucional* foi inaugurado na Corte Constitucional da República da Colômbia, a qual é reconhecida pela atuação insistente na proteção dos direitos humanos. Foi no âmbito deste tribunal que se visualizou determinadas situações em que a violação aos direitos humanos era não apenas grave, mas generalizada e sistêmica, decorrente da atuação omissiva de diversas instituições, situação que originou inconsistências estruturais em políticas públicas que incidiam em massa expressiva de pessoas.

A declaração do *Estado de Coisas Inconstitucional* não se encontra inserido expressamente no texto constitucional ou em outros instrumentos legislativos. A atuação da Corte Constitucional impõe às instituições públicas e outros poderes estatais diversas medidas que objetivam superar as violações massivas a direitos humanos, não apenas por intermédio da determinação judicial, mas sim da fiscalização acerca da respectiva implementação. De nada adiantaria determinar unilateralmente através de uma decisão judicial, sem que o Poder Judiciário também cooperasse na fiscalização em relação a implementação das medidas pelas instituições públicas.

O reconhecimento do denominado *Estado de Coisas Inconstitucional*, no entanto, por conferir um conhecimento ímpar pela Corte Constitucional acerca da problemática há de ser

aplicado e instituído em situações excepcionais, especialmente nas hipóteses em que a vulneração aos direitos humanos, além de séria, é grave e sistêmica. Mas não só isso. Há de ser observada quando o papel da Corte Constitucional é fundamental para contribuir na solução e implementação das medidas necessária à solução do problema. De fato, são situações em que se verifica uma manifesta desordem institucional na proteção de direitos fundamentais, situação que origina uma atuação atípica da Corte, havendo intervenção mais efetiva no campo das políticas introduzidas pelas instituições.

A Corte Constitucional da Colômbia, na *Sentencia de Unificación (SU) – 559*, datada do ano de 1997, reconheceu alguns pressupostos para a aplicação do *Estado de Coisas Inconstitucional*, conforme retrata CAMPOS (2014), dentre eles, (i) a violação generalizada de direitos fundamentais de um número massificado de pessoas, (ii) prolongada omissão das autoridades públicas no cumprimento das obrigações para proteção dos direitos, (iii) que a equalização das violações de direitos depende da imposição de medidas específicas e complexas por uma pluralidade de instituições, envolvendo modificações estruturais, que dependem diretamente da alocação de recursos públicos, formulação de novas políticas, correção das já existentes e, por fim, (iv) a potencialidade de contingenciamento da justiça, se todos os que tiverem os seus direitos violados provocarem a atuação individual do Poder Judiciário.

Na Colômbia, o instituto do *Estado de Coisas Inconstitucional* foi utilizado desde o ano de 1997 e desde então aplicado em 9 casos distintos pela Corte Constitucional da Colômbia. Um dos mais importantes abrangeu o sistema prisional do país. A princípio, o processo judicial T-153<sup>2</sup> objetivava o reconhecimento de situações específicas e pontuais das penitenciárias de Bellavista e Modelo, as quais são localizadas nas cidades de Medellín e Santa fé de Bogotá. No entanto, o que se identificou no julgamento foi uma análise pormenorizada de todos os problemas vivenciados pelo sistema penitenciário e pelos presos colombianos, em especial a violação aos direitos humanos.

---

<sup>2</sup> Sentencia T-153/1998, datada de 28/4/1998.

A Corte Colombiana frisou no julgamento que

os cárceres colombianos se caracterizam pela superlotação, graves deficiências em matéria de serviços públicos e assistenciais, império da violência, extorsão, corrupção, e carência de oportunidades e meios para a ressocialização dos reclusos” , bem como, “a violação de um leque de direitos fundamentais como a dignidade, a vida, a integridade pessoal e os direitos à família, à saúde, ao trabalho e à presunção de inocência, etc. (SENTENCIA T-153/1998, datada de 28/4/1998)

Naquele contexto, o Tribunal reconheceu que, apesar dos problemas evidentes, o tema não era objeto de pauta de nenhuma das instituições públicas responsáveis por solucionar aquela problemática.

A Corte Colombiana, na decisão que inaugurou o denominado fenômeno do *Estado de Coisas Inconstitucional* ordenou expressamente (i) a notificação da existência do estado de coisas inconstitucional nas prisões ao Presidente da República, bem como aos presidentes do Senado e da Câmara dos Representantes, os presidentes da Sala Penal da Corte Suprema de Justiça e as Salas Administrativas e Jurisdicionais Disciplinares do Conselho Superior da Magistratura, o Gabinete do Fiscal Geral da Nação; governadores e prefeitos, os presidentes das assembleias departamentais e dos Conselhos Distritais e Municipais e representantes municipais e (ii) ordenou a elaboração de um plano para a construção e renovação de presídios que vise garantir aos presos condições dignas de vida nas prisões.

Apesar da decisão ter constituído algo inovador, o pronunciamento judicial sofreu algumas críticas (ARIZA, 1998) por não ter havido fiscalização acerca da implementação das medidas pelo órgãos públicos colombianos. O que se identificou na ocasião foi que não basta única e exclusivamente o Poder Judiciário determinar a implementação das medidas, sem concretizar a fiscalização das obrigações determinadas. A fim de que haja plena solução do denominado fenômeno do *Estado de Coisas Inconstitucional* há de se verificar uma plena e efetiva integração e colaboração entre todos os órgãos públicos.

Foi assim que no julgamento *Sentencia T-025*, datado de 22 janeiro de 2004, a Corte Colombiana novamente avançou e ao apreciar controvérsia envolvendo o refúgio de cerca de 3 milhões de colombianos em virtude da situação de guerrilha presente no local e da violência massiva que atingiu diversos locais do país, além de determinar a implementação de medidas a inúmeros órgãos públicos, com vistas a solucionar as inconsistências estruturais das políticas públicas que vulneravam evidentemente direitos humanos dos cidadãos, adotou posturas como forma de monitorar a implementação de suas determinações. Em circunstância disto, exigiu das autoridades públicas o envio de informações periódicas, realizou audiências públicas, bem como exigiu a prestação de contas pelos funcionários estatais.

Os mecanismos favoráveis identificados na Colômbia ao se reconhecer o *Estado de Coisas Inconstitucional*, através da transparência e concretização dos mecanismos de implementação das medidas necessárias para superar a situação de violação massiva de direitos humanos também foi incorporada em outros países latino-americanos como Peru, o que foi exteriorizado na *Sentencia en el Expediente* n.º 03426-2008-PHC/TC, datado de 26.08.2010 (HUAROTO, 2013).

Ainda que outros países não denominem precisamente de *Estado de Coisas Inconstitucional*, adota-se outras técnicas decisórias para o reconhecimento de situações de violações expressivas e massificadas de violação de direitos humanos. A título de exemplo, nos Estados Unidos, a Corte Suprema reconheceu ser insustentável a situação da segregação racial presente nas escolas públicas, bem como a situação carcerária e das instituições psiquiátricas. Foi daí que surgiu a necessidade de elaboração de um verdadeiro código (FEELEY, 1998) para a “*administração das prisões, cobrindo aspectos diversos como as instalações, saneamento, comida, vestuário, assistência médica, disciplina, contratação de pessoal, bibliotecas, trabalho e educação*”. Neste momento, apesar da evidente situação precária nos cárceres estatais, verificou-se que a implementação de certas e determinadas medidas resultaram eficazes.

Ainda nesta mesma perspectiva, a Corte Constitucional sul-africana julgou reconhecido caso no ano de 2000, conhecido como *Grootboom*<sup>3</sup>, o qual envolvia expressiva violação de direitos fundamentais, em decorrência de centenas de pessoas em situação de extrema pobreza estarem vivendo em barracas de plástico após terem sido despejadas de área particular e que buscavam das autoridades públicas a imediata e premente disponibilização de abrigos dotados de condições mínimas de sobrevivência. Naquela oportunidade, além da corte jurisdicional ter determinado a implementação de diversas medidas habitacionais de forma imediata, concretizou efetiva fiscalização envolvendo a implementação das políticas públicas e concluiu que as medidas anteriormente instituídas pelas demais autoridades eram manifestamente insuficientes para garantir padrões mínimos de existência. As medidas de fiscalização foram realizadas por reconhecido órgão sul-africano (*Human Rights Commission*<sup>4</sup>), responsável do introduzir medidas de proteção de direitos humanos.

No território europeu, ainda nesta mesma linha de raciocínio, adotando postura similar, a Corte Europeia de Direitos Humanos, ao receber reiteradas denúncias individuais e isoladas envolvendo a violação de direitos fundamentais, busca proferir apenas uma única decisão, conhecida como “decisão piloto” (*arrêt pilot*), a qual comunica ao Estado a ocorrência de problemas sistêmicos naquela seara de políticas públicas, bem como indica potenciais soluções a serem concretizadas, bem como prazos específicos para sua efetiva implementação. Um exemplo que podemos citar ocorreu na Itália no ano de 2013, também envolvendo a superlotação da população carcerária (*Torregiani e outros v. Itália*<sup>5</sup>), em que a superlotação encontrava-se em índices de 151% na época, oportunidade em que a Corte concedeu o prazo de um ano para a implementação de medidas destinadas a equalizar a situação.

---

<sup>3</sup> *Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom and Others* (CCT11/00) [2000] ZACC 19; 2001 (1) SA 46; 2000 (11) BCLR 1169 (4 October 2000).

<sup>4</sup> As atribuições do *Human Rights Commission*, asseguradora de direitos humanos, pode ser verificada em <http://www.sahrc.org.za/home/index.php?ipkContentID=122&ipkMenuID=1> - Acessado em 16.01.2016 às 14:29.

<sup>5</sup> ECHR 007 (2013).

Um último exemplo que podemos citar ainda no âmbito internacional ocorreu na Argentina, mediante utilização de técnica similar ao reconhecimento do *Estado de Coisas Inconstitucional*, também envolvendo a superlotação do sistema carcerário. No conhecido “caso Verbitsky”, houve a impetração de um *habeas corpus* coletivo em favor de todos os presos que estavam detidos em celas prisionais na província de Buenos Aires. A Corte Constitucional argentina, além de declarar aquela situação inconstitucional, determinou que a província de Buenos Aires elaborasse um plano juntamente com a sociedade civil, a fim de que pudessem ser implementadas mudanças nas políticas criminais, conforme declarações internacionais de direitos humanos da ONU já anteriormente reconhecidas expressamente pela Argentina<sup>6</sup>.

A situação similar que se verifica em todos os casos internacionais narrados envolvem violação grave e massiva de direitos humanos, originados de inconsistências estruturais de políticas públicas, caracterizando o que a Corte Constitucional colombiana denominou de *Estado de Coisas Inconstitucional*. Nesta hipótese, a inversão da problemática não decorre pura e simplesmente de uma atuação ordinária das Cortes Constitucionais, através da invalidação de atos normativos, mas sim de uma atuação colaborativa e contributiva com os demais órgãos e autoridades públicas para a fiscalização das medidas necessárias destinadas a equalização da problemática.

### **3. O MOMENTO DE CONFIGURAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL**

Através de análise das situações vivenciadas no direito comparado, tal como exposto no tópico anterior, a mera violação de direitos fundamentais não é suficiente para o reconhecimento do *Estado de Coisas Inconstitucional*. O ordenamento jurídico interno já detém mecanismos próprios e específicos previstos na Constituição Federal e nas legislações infraconstitucionais que, em tese,

---

<sup>6</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, Verbitsky Horacio c/ s/ Habeas Corpus, Fallos 328:1146, julg. 3.5.2005. A esse respeito veja-se Christian Courtis. “El caso ‘Verbitsky’: ¿nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes políticos?”. In: Victor Abramovich. *Colapso del sistema carcelario*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina: Centro de Estudios Legales y Sociales - CELS, 2005

possibilitam aos indivíduos buscar uma tutela efetiva do Estado, a fim de garantir os direitos existenciais mínimos.

O grande problema ocorre quando se constata um quadro de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais que incide diretamente em uma coletividade de pessoas. A Corte Constitucional, ao aprofundar as investigações de determinada situação concreta, identifica que não se trata de mera violação a direito fundamental de um indivíduo específico. O panorama é de vulneração sistemática, grave e persistente de direitos humanos, razão pela qual a atuação da Corte Constitucional apenas para solucionar o determinado caso específico implicaria em verdadeira omissão institucional, inaceitável em um Estado Democrático de Direito e em relação aos fundamentos e objetivos indicados expressamente na Constituição Federal (arts. 1º e 3º, CF/1988).

A violação grave, sistemática e contínua dos direitos fundamentais decorre de uma omissão persistente e reiterada das autoridades públicas responsáveis pelo cumprimento e implementação das políticas públicas. Na maioria das vezes, o que se identifica é a inexistência manifesta de coordenação entre as medidas executivas, legislativas, financeiras e orçamentárias, exteriorizando uma verdadeira inconsistência estrutural nos órgãos e autoridades públicas, a qual acarreta não só a manutenção de violação aos direitos fundamentais, bem como a continuidade e agravamento de tal panorama.

O *Estado de Coisas Inconstitucional*, considerado grau máximo de violação aos direitos fundamentais decorre da real inércia de atuação não somente de um órgão ou autoridade específica, mas também do Estado em seu sentido global-institucional. A inércia, no entanto, é insuficiente para caracterizar tal fenômeno. O que se identifica na realidade é que além da omissão manifesta, os órgãos ou autoridades públicas deixam de adotar posturas, mecanismos e instrumentos para reverter o panorama de sistêmica violação de direitos humanos. O panorama de inconstitucionalidade e inconsistência institucional se mantém em grau similar ou mais intensivo.

Na figura do *Estado de Coisas Inconstitucional*, a solução do quadro sistêmico decorre da necessidade de intervenção imediata, não apenas em um determinado órgão ou autoridade específica, mas sim de uma intervenção estruturada e colaborativa destes. Para equalizar o panorama de violações, é necessária a implementação de novas políticas e medidas, através de um plano coordenado entre as autoridades, a revisão da alocação de recursos, bem como uma nova configuração institucional.

A atuação da Corte Constitucional, longe de estar no campo ordinário, vai além e intervém nas escolhas do orçamento, bem como na elaboração, concretização e análise das políticas públicas, proferindo decisões que possibilitem um remanejamento efetivo do quadro institucional. Neste ponto, é importante mencionar que o Poder Judiciário, obviamente, não atuará nas funções do executivo ou legislativo, mas desenhará a paisagem a ser adotada para a concretização das medidas, através de pronunciamentos flexíveis (ROULEAU, 2009), monitorando continuamente a atuação dos órgãos e autoridades públicas. Nos exemplos do direito comparado, visualizamos a realização de audiências públicas pela Cortes Constitucionais, bem como a participação da sociedade civil e das autoridades públicas responsáveis.

No campo dos remédios flexíveis, os pronunciamentos jurisdicionais proferidos pelas cortes, ainda que estas reconheçam evidentemente o quadro de inconstitucionalidade institucional e sistêmica, deixam em aberto ao executivo e ao legislativo a melhor forma de como tais posturas se concretizarão no plano dos fatos. Após desenhar e apresentar publicamente para a sociedade como se concretizará a equalização do problema, a Corte Constitucional monitora a implementação das medidas, possibilitando o melhor cumprimento da determinação judicial. Atuando desta forma, afastam-se os argumentos de que o Poder Judiciário estaria atuando como elaborador de políticas públicas.

Ao interferir no orçamento para a implementação das políticas públicas, o Poder Judiciário invade nas esferas de competência e atribuições pertencentes ao Executivo e Legislativo. O ativismo judicial aqui, no entanto, é o estrutural, conforme conceitua Carlos Alexandre de Azevedo

Campos<sup>7</sup>. Conforme o autor, o ativismo estrutural “*alcança a postura de o juiz não enxergar espaços de decisão ou questões relevantes imunes à sua interferência, seja por tratar-se de questões políticas, seja porque ele acredita não possuir a capacidade cognitiva específica*”. A atuação do Poder Judiciário pode gerar críticas, especialmente em relação a violação ao princípio da separação de poderes previsto constitucionalmente (art. 2º, CF).

Ainda que sejam compreensíveis tais ponderações, nos parece que no *Estado de Coisas Inconstitucional*, argumentos de potencial ilegitimidade democrática devem ser afastados em busca de um bem maior. O quadro sistêmico de violação a direitos fundamentais e atuação da Corte Constitucional declarando o estado de inconstitucionalidade permite com que os órgãos e autoridades públicas revejam as posturas adotadas nas políticas públicas e tenham a possibilidade de se integrarem novamente, tudo com a finalidade de atingir os fundamentos e objetivos assinalados na Constituição Federal. Nas palavras de CAMPOS (2014), “*o ativismo judicial estrutural encerra importante dimensão dialógica, portanto, legítima*”. Somente desta forma, será possível reduzir os impactos decorrentes de omissão institucional sistematizada das autoridades públicas.

Ao reconhecer a Corte Constitucional a figura do denominado *Estado de Coisas Inconstitucional* superam-se os bloqueios políticos e institucionais que talvez foram as causas que originaram a situação de grave instabilidade sistêmica em relação a proteção dos direitos fundamentais. Aumenta-se, por consequência, a comunicação e o dialogo entre as autoridades e órgãos públicos, tudo como forma de equilibrar a situação de instabilidade. Há uma influência positiva no comportamento dos atuantes políticos. Os remédios flexíveis impostos pela Corte Constitucional possibilitam uma atuação conjunta entre os poderes, órgãos e autoridades públicas.

#### **4. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A RELAÇÃO COM O ESTADO DE DIREITO**

---

A ideia de Estado de Direito surge especialmente em virtude da necessidade de se estabelecer um limite para a atuação estatal, evitando que se perpetuassem as atrocidades e arbitrariedades frequentemente praticadas dentro de uma determinada comunidade. No ano de 1780, a Declaração de Direitos de Massachussets preconizou no artigo 30 que no governo de determinada comunidade, devem prevalecer as regras da lei, em detrimento das regras do homem. Isto não representa dizer o apego extremo, automático e infalível aos termos da lei, sem considerar outros fatores para melhor promover a paz em sociedade. Prevalece, atualmente, um senso cético em relação a aplicação pura e simples das leis. Tanto é assim que se defende cada vez mais nas academias a escolha de institutos flexíveis para os intérpretes do direito, dando maior ênfase para dispositivos de menor densidade normativa.

No campo do direito constitucional, a título de ilustração, pudemos visualizar as teses neoconstitucionalistas defendidas por Luis Roberto Barroso (2007), Eduardo Ribeiro Moreira (2009) e Antônio Cavalcanti Maia (2008). Talvez o ceticismo em relação à aplicação das leis tenha decorrido em virtude das situações verificadas no Congresso Nacional nos últimos tempos, não somente em decorrência da ausência de identidade dos cidadãos para com os representantes que atuam no Poder Legislativo, mas também por se verificar uma situação distante da vontade geral.

A ausência de representatividade dos cidadãos, tanto em relação aos integrantes do Poder Legislativo, como também do Poder Executivo ensejou diversos protestos realizados no Brasil no ano de 2013, movimentações conhecidas como *Manifestações dos 20 centavos*, *Manifestações de Junho* ou *Jornadas de Junho*. Na realidade, os movimentos se iniciaram para contestar o aumento nas tarifas do transporte público em algumas das principais capitais do país. Os atos pela redução das passagens nos transportes públicos, inicialmente, restrito a alguns participantes ganharam rapidamente grande apoio da população no mês de junho/13, especialmente após forte repressão policial aos manifestantes.

No ápice das manifestações, milhões de brasileiros compareceram nas ruas para protestar, não apenas em relação à redução das tarifas dos transportes públicos, mas também em virtude dos excessivos gastos públicos nos eventos esportivos internacionais (Copa do Mundo de 2014 e Olimpíadas de 2016), sem contar a má qualidade dos serviços públicos, insatisfação na condução das políticas públicas, expressiva corrupção por parte dos integrantes dos Poderes Legislativo e Executivo, circunstância que ensejou forte repercussão nacional e internacional. As manifestações realizadas no Brasil seguiram similar processo de propagação viral de protestos que ocorreram em outros países, tais como a Primavera Árabe, ocorrida no território árabe, o denominado *Occupy Wall Street*, no território americano e o *Los Indignados*, ocorrido no território espanhol.

Além disto, podemos trazer as consequências geradas pela aplicação inafastável do positivismo jurídico nos tempos de guerra vivenciadas em períodos totalitários. Os positivistas tradicionais, tais como John Austin, Hebert Hart e Hans Kelsen, numa visão que exterioriza a teoria pura do direito, defenderam a tese de que as normas são criadas por outras normas e não por um sujeito específico.

A ideia central do positivismo jurídico sustenta que a ciência do Direito está distante de outras, como a moral e a ética. Todavia, deixaram de demonstrar em suas obras a importância das regras jurídicas emanarem ou não de um sistema democrático. Para estes autores, o fato das regras emanarem de um sistema autoritário ou democrático pouco importava para se atribuir legitimidade e imperatividade dos comandos normativos. Os valores vivenciados em uma determinada sociedade, em uma visão positivista pura, não tinha relevância para que o texto normativo fosse aplicado e integralmente observado pelos cidadãos.

As consequências históricas negativas que o positivismo gerou também foram visualizadas na época da ditadura militar, vivenciada no Brasil no período das décadas de 1960 e 1980. As leis que foram editadas neste período totalitário e ditatorial, obviamente, eram incompatíveis com a vontade geral do povo e se adequavam pura e simplesmente aos interesses dos integrantes do poder. As normas jurídicas representavam claro instrumento assegurado aos detentores do poder para

garantir a opressão e manutenção do sistema político vigente na ocasião. Não foi outro motivo que Roberto Lyra Filho, professor catedrático da Universidade de Brasília (UNB) criou a expressão *Direito Achado na Rua*, defendendo que o Direito também derivaria dos movimentos sociais, indo além do estrito legalismo. Esse movimento se iniciou através de estudos desenvolvidos no Núcleo de Estudos para a Paz e Direitos Humanos da Universidade de Brasília (COSTA, 2009).

Diante destas colocações, é possível inferir que o positivismo jurídico deixou legados maléficos em determinados momentos históricos, especialmente os períodos de guerra ou em governos totalitários e ditatoriais, em que o instrumento da lei, dotado de força coercitiva foi deixado ao arbítrio dos governantes para abusar do poder e ocasionar prejuízo manifesto para a população. Tal fato, aliado a ausência de representatividade atual dos governantes para com a população denotam o ceticismo dos operadores e intérpretes do direito em relação à aplicação das leis, circunstância que ensejou o crescimento do número de adeptos de teorias jurídicas que permitem uma maior flexibilização na aplicação das leis, como o neoconstitucionalismo.

## **5. A COMPREENSÃO SOBRE O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

A fim de superar as críticas em relação ao Estado de Direito, inaugurou-se a figura do denominado Estado Democrático de Direito. Na década de 1960, o jurista espanhol Eliás Díaz, na obra *Estado de derecho y sociedad democrática* (DIAZ, 1975) defendeu a tese de um novo paradigma de Estado, o qual estava sustentado na ideologia democrático socialista. Essa necessidade adveio especialmente em virtude do falibilismo do Estado liberal de Direito e do Estado Social de Direito, pois ambos geraram desigualdades econômicas originadas do regime econômico do capitalismo.

No regime do Estado Liberal de Direito, a situação de miséria foi expressiva entre os membros da população. Já no Estado Social de Direito, os benefícios concedidos pelos governantes não foram suficientes para afastar as desigualdades materiais entre os membros da população. O

mero fato de transferir renda por intermédio de programas sociais não alterou o panorama de poder existente entre os poucos integrantes de um determinado grupo social. A democracia defendida por Eliás Diaz deveria estar baseada na participação efetiva e paritária no exercício do poder, através de uma igualdade de condições socioeconômicas do modelo socialista.

A ideia defendida pelo jurista espanhol possui bases equivalentes ao constitucionalismo dirigente inaugurado por José Joaquim Gomes Canotilho, ou seja, o texto constitucional possui a força de vincular as escolhas do legislador para alcançar um projeto de caráter social. Tal característica decorre, sobretudo, em virtude da desconfiança das posturas decorrentes do processo político futuro e dos possíveis rumos que os detentores do poder poderiam adotar na condução da sociedade. A Constituição dirigente objetiva trazer um liame fechado entre a produção das leis e o rumo do Estado. O texto constitucional representa um verdadeiro compromisso com os objetivos políticos a serem atingidos na seara democrática.

Nos parece que o surgimento das figuras do Estado Democrático de Direito e do constitucionalismo dirigente surgem em decorrência do ceticismo originado pelo positivismo jurídico, o qual restou baseado em dois pilares (distanciamento da representatividade popular e abuso de utilização das leis como instrumento coercitivo). Neste contexto, as normas jurídicas apenas poderiam ser consideradas válidas na hipótese de estarem em plena consonância com o projeto político em curso, trazendo por consequência uma obrigatoriedade com relação aos demais poderes constituídos. O fim almejado era o bem estar social e não mais a utilização das leis como forma de abuso do poder em favor de um grupo específico.

As ideologias originadas em decorrência destas figuras (Estado Democrático de Direito e constituição dirigente) ocasionou reflexamente o crescimento de demandas judiciais perante o Poder Judiciário, já que a este caberia dar cumprimento as promessas inseridas no decorrer do texto constitucional. A falta de credibilidade dos Poderes Executivo e Legislativo trouxe como efeito colateral maior a noção de que a efetividade das normas inseridas na constituição dependeria

amplamente da atuação do Poder Judiciário. As esperanças estavam concentradas na atuação dos órgãos jurisdicionais (BERCOVICI, 2003).

Até mesmo como reconheceu CANOTILHO (2001), não se mostra possível através de um único documento, mesmo dotado de força constitucional, dirigir completamente uma determinada sociedade. Partindo da premissa de que numa sociedade, as perspectivas mudam a cada instante, não se pode exigir que prevaleça discursos de natureza totalizante. É neste ponto que devemos ter a percepção acerca da revitalização da lei e da concepção de Estado de Direito (FRANCISCO, 2011 e SILVA, 2007). Nos parece que, nesta perspectiva, ao condicionar a lei ao modelo ideal de Estado, os cidadãos devem a todo momento questionar se as normas editadas pelo Poder Legislativo possuem ou não compatibilidade com o projeto de ideal social, postura esta que parece enfraquecer os textos legislativos.

Após estas premissas, verifica-se a existência de certa equivalência entre as ideias de pensamento exteriorizadas na teoria neoconstitucionalista, na figura da constituição dirigente e no Estado Democrático de Direito. O Direito, num viés interpretativo constitucional é utilizado como ferramenta de transformação social. A consequência deste fenômeno consiste no afastamento de determinadas normas jurídicas, cuja validade passa a ser condicionada à observância de linhas políticas a serem perseguidas pelo intérprete, originando assim a possibilidade de inobservância de preceitos normativos validamente editados pelo Poder Legislativo.

Diante destas considerações, nos parece claro que o conceito de Estado de Direito deva ser reformulado, baseado agora nas perspectivas que a sociedade contemporânea exige, deixando de lado os arraigados preconceitos introduzidos pelo positivismo jurídico. Deve-se recuperar a ideia da dignidade da legislação. Até que este momento chegue, no entanto, instrumentos como o reconhecimento do *Estado de Coisas Inconstitucional* devem ser aplicados pelo Poder Judiciário, como forma de buscar uma atuação colaborativa entre os órgãos e autoridades públicas, a fim de sanar violação grave e sistêmica de direitos fundamentais.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O *Estado de Coisas Inconstitucional*, fenômeno reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Arguição de Descumprimento Fundamental (ADPF) n.º 347 reconheceu grave e sistêmica violação de direitos fundamentais no âmbito do sistema penitenciário brasileiro. A Corte Constitucional brasileira identificou que a atuação individual em detrimento de apenas um único preso consistiria em omissão institucional e que haveria necessidade de uma atuação coletiva, através da atuação conjunta e colaborativa entre alguns órgãos e autoridades públicas, a fim de que seja possível equalizar rapidamente o problema.

As críticas em relação a postura adotada pelo Supremo Tribunal Federal baseiam-se principalmente na interferência de atribuições exclusivas asseguradas aos Poderes Executivo e Legislativo, especialmente em questões orçamentárias. Há que se ponderar, no entanto, que esta necessidade de intervenção brusca ocorre apenas em situações excepcionais, em que o quadro de violação aos direitos fundamentais é de tamanha evidência que a proteção individual ao cidadão é insuficiente. A atuação deve ser realizada de forma global, por intermédio de um diálogo e controle da implementação das medidas.

A atuação do Supremo Tribunal Federal não apenas determina a execução imediata de medidas, mas também as fiscaliza. Este é o ponto mais importante a ser observado, pois exige o envio de relatórios específicos pelos órgãos e autoridades públicas. A postura colaborativa entre todos os poderes ganha evidência. O bem comum é atingido e a coletividade somente tem a ganhar com a solução do cenário problemático.

Nos parece claro que o reconhecimento do *Estado de Coisas Inconstitucional* não ocorrerá de forma generalizada para qualquer situação, mas sim após preenchimento de seus elementos, quais sejam, (i) a violação generalizada de direitos fundamentais de um número massificado de

pessoas, (ii) prolongada omissão das autoridades públicas no cumprimento das obrigações para proteção dos direitos, (iii) que a equalização das violações de direitos depende da imposição de medidas específicas e complexas por uma pluralidade de instituições, envolvendo modificações estruturais, que dependem diretamente da alocação de recursos públicos, formulação de novas políticas, correção das já existentes e, por fim, (iv) a potencialidade de contingenciamento da justiça, se todos os que tiverem os seus direitos violados provocarem a atuação individual do Poder Judiciário.

O que se verifica é que tais pressupostos se encontram presentes claramente em algumas searas específicas, tais como a saúde pública em diversos estados, o saneamento básico, a violência urbana em algumas localidades do território nacional, educação, dentre outros. Assim, nos parece que o reconhecimento do *Estado de Coisas Inconstitucional* nestas áreas possibilitará uma maior atuação conjunta e concreta das autoridades públicas e a elaboração de um plano efetivo para que searas tão importantes sejam devidamente valorizadas, prestando-se um serviço público adequado para a população, situação que não se identifica atualmente.

É preciso deixar de lado alegações cartesianas de suposta violação ao princípio da separação de poderes com a postura adotada pelo Supremo Tribunal Federal. O Estado Democrático de Direito apenas será alcançado e efetivado com a atuação colaborativa entre todos os poderes da República. Os objetivos elencados no artigo 3º da Constituição Federal (sociedade livre, justa e solidária, erradicação da pobreza, redução das desigualdades regionais e sociais, promoção do bem de todos, dentre outros), somente serão concretizados através da colaboração de todos, ou seja, entre poderes, órgãos e autoridades públicas.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALIGHIERI, Dante. **A Divina Comédia, Inferno, Canto III**, traduzido por José Pedro Xavier Pinheiro.

ARIZA, Libardo José. The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia. 1998. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia**. New York: Cambridge University Press, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: **Temas de Direito Constitucional**. Tomo IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria Constitucional. In: SOUZA NETO et. al. **Teoria da Constituição: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional**. Rio de Janeiro. Ed. Lumen Iures. 2003.

BRANDÃO, Rodrigo. A proteção dos “direitos e garantias individuais” em face de Emendas Constitucionais à luz da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

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

\_\_\_\_\_. Moreira Alves v. Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. In: FELLET, André Luiz Fernandes *et al* (Org.) **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JusPodium, 2011.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2001.

COSTA, Alexandre; SOUSA JUNIOR, José Geraldo. O Direito Achado na Rua: Uma Ideia em Movimento. In: COSTA, Alexandre et. al. **O Direito Achado na Rua: Introdução Crítica ao Direito à Saúde**. Brasília: CEAD/UnB, 2009.

COURTIS Christian. “El caso ‘Verbitsky’: ¿nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes políticos?”. In: Victor Abramovich. **Colapso del sistema carcelario**. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina: Centro de Estudios Legales y Sociales - CELS, 2005.

DIAZ, Eliás, **Estado de derecho y sociedad democrática**. 6. Ed. Madrid. Editorial Cuadernos para el Diálogo, 1975.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**, Cambridge: Harvard University Press, 1977.

\_\_\_\_\_. Freedom’s Law. **The Moral Reading of the American Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

FEELEY Malcom M. **Judicial Policy Making and the Modern State: How Courts Reformed America’s Prisons**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

FRANCISCO, José Carlos. Estado Democrático de Direito, Políticas Públicas e Novos Modelos de Governanças Internacionais. In: HORBACH, Carlo et. al. **Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia**: Homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Quarter Latin, 2011.

HÄBERLE, Peter. **La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2003.

HESSE, Konrad. Significado de los Derechos Fundamentales. In: BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE e HEYDE. **Manual de Derecho Constitucional**. Madrid: Marcial Pons, 1996.

HUAROTO, Beatriz Mayling Ramirez. **Estado de Cosas Inconstitucional' y SUS Possibilidades como Herramienta para el Litigio Estratégico de Derecho Público. Una Mirada en la Jurisprudência Colombiana y Peruana**. Dissertação de Mestrado em Direito Constitucional. Pontifícia Universidade Católica do Peru, 2013.

MANDELA, Nelson. *Long Walk of Freedom*. Editora *Little, Brown and Company*, 2004.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011 MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROULEAU, Paul; SHERMAN, Linsey. *Doucet-Boudreau*, Dialogue and Judicial Activism: Tempest in a Teapot? **Ottawa Law Review** Vol. 41 (2), 2009.

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

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

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Deliberação Pública, Constitucionalismo e Cooperação Democrática. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

WALDRON, Jeremy. A Right-Based Critique of Constitutional Rights. **Oxford Journal of Legal Studies** Vol. 13 (1), 1993.

\_\_\_\_\_. **The Dignity of Legislation**. New York: Cambridge University Press, 1999.