

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
LETÍCIA MENDES GONÇALVES

ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Uma análise crítica a partir das experiências na Colômbia e no Brasil

SÃO PAULO

2017

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
LETÍCIA MENDES GONÇALVES

ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Uma análise crítica a partir das experiências na Colômbia e no Brasil

Trabalho apresentado ao curso de especialização
em Direito Constitucional da Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo como
requisito para obtenção do grau de especialista
em Direito Constitucional.

Prof. Dr. Roberto Baptista Dias da Silva

SÃO PAULO

2017

Resumo

Este estudo tem o objetivo de descrever a doutrina do estado de coisas inconstitucional tal qual aplicada na Colômbia e no Brasil e identificar por quê seu emprego em um caso específico – o da população internamente deslocada – foi a mais importante e bem-sucedida experiência jurídica com este conceito. Para tanto, são analisados julgados da Corte Constitucional da Colômbia e do Supremo Tribunal Federal e a visão de doutrinadores e estudiosos desses dois países sobre o tema. Inicialmente, tecem-se breves considerações acerca da integração latino-americana sob o ponto de vista jurídico-constitucional e contextualiza-se o instituto do estado de coisas inconstitucional no ativismo judicial sul-global. Em seguida, sistematiza-se a concepção e o desenvolvimento do ECI na jurisprudência da Corte Constitucional colombiana, dividindo-a em duas fases. A segunda fase, iniciada com a Sentença T-025 proferida no caso das pessoas deslocadas internamente, é objeto de estudo mais aprofundado, de onde se extraem, além dos pressupostos e do conceito do ECI, os elementos que caracterizam o chamado “ativismo dialógico”, identificado como fator de fundamental importância para o êxito do instituto. Por fim, perquire-se a forma como o ECI tende a ser importado e aplicado à prática jurídica brasileira, por meio do exame da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de um estado de coisas inconstitucional quanto ao sistema carcerário nacional.

Palavras-chave: jurisdição constitucional, ativismo dialógico, estado de coisas inconstitucional, sentença estrutural.

Sumário

1. Integração jurídica regional, ativismo judicial e estado de coisas inconstitucional	7
1.1. Migração de ideias constitucionais: a integração por meio da argumentação	7
1.2. O ativismo judicial no hemisfério sul e o estado de coisas inconstitucional	8
2. A Corte Constitucional colombiana e o estado de coisas inconstitucional.....	11
2.1. Primeira fase: a concepção da teoria como mecanismo jurídico-processual coletivo de proteção de direitos fundamentais	12
2.2. Segunda fase: O caso das pessoas deslocadas internamente – PDI	14
2.3. Pressupostos e conceito de ECI	16
2.4. O ativismo judicial e a efetividade do ECI	21
2.4.1. Ordens a superar o ECI	22
2.4.2. Retenção da jurisdição e monitoramento da execução	26
2.4.3. O ativismo dialógico na T-025	29
3. O Supremo Tribunal Federal e o estado de coisas inconstitucional	32
Conclusão.....	40

Introdução

A reorganização levada a efeito nos ordenamentos jurídicos com o advento do neoconstitucionalismo se desenvolveu, fundamentalmente, a partir do protagonismo da constituição. Suas normas deixaram de ser meras diretrizes políticas e ganharam força normativa, além de uma dogmática especial de interpretação e aplicação. A jurisdição constitucional se expandiu e as cortes constitucionais ganharam relevância política e social. (BARROSO, 2015) Verificou-se, no Brasil e em diversos outros países, uma intensa constitucionalização de vários temas do direito, com destaque para um considerável número de direitos sociais, econômicos e culturais, que ganharam status de norma constitucional e figuram, atualmente, no rol de direitos fundamentais tidos como de segunda dimensão.

No entanto, a mera inserção desses direitos entre as normas constitucionais, embora represente importante avanço democrático, naturalmente não é capaz de realizar, por si só, as transformações sociais que sua implementação requer. Em outras palavras, a efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais constitucionalmente contemplados é um grave problema que ainda se apresenta sob diversos aspectos ao estudioso do direito.

Nesse contexto, ganha relevo a atuação do Poder Judiciário e o papel desempenhado por juízes, tribunais e cortes constitucionais na garantia desses direitos. Por meio de instrumentos e conceitos também de fonte constitucional, como a inafastabilidade da jurisdição, o sistema de freios e contrapesos construído para equilibrar os poderes e um generoso rol de remédios constitucionais, são levados a juízo, constantemente, inúmeros casos em que cabe ao judiciário não apenas interpretar os direitos fundamentais e dizer sobre seus limites, como também determinar medidas para sua efetiva tutela, diante de violações das mais diversas ordens.

O direito comparado exsurge, então, como uma fértil fonte de teorias e técnicas a inspirar e embasar tanto a doutrina quanto a jurisprudência brasileiras.

A doutrina do estado de coisas inconstitucional se insere nessa seara, e constitui uma das mais recentes importações realizadas pelo Supremo Tribunal Federal no campo dos direitos fundamentais, ou, mais especificamente, dos direitos sociais.

Trata-se de conceito de especial relevância dentre as demais contribuições estrangeiras adotadas em nosso país, por uma série de motivos.

Em primeiro lugar, não se trata de tese originária das fontes a que tradicionalmente o direito brasileiro recorre na busca de modelos e paradigmas para a solução de questões jurídicas complexas, a exemplo da doutrina norte-americana ou da jurisprudência da Suprema Corte Alemã, mas sim de teoria desenvolvida na Colômbia, a indicar uma potencial abertura do direito brasileiro aos influxos da produção jurídica de nossos vizinhos sul-americanos.

Além disso, também justifica a necessidade de um estudo detido do tema a notável repercussão que teve em um caso específico em que foi aplicado. De fato, trata-se de tese que vem se desenvolvendo ao longo de vários anos pela jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia e logrou, em uma questão de violação de direitos fundamentais de particular gravidade no país – o caso da população deslocada internamente – levar a efeito importantes transformações sociais a título de concretização de comandos constitucionais.

Por fim, merece destaque o fato de o Supremo Tribunal Federal, em meados do ano de 2015, ter reconhecido expressamente um estado de coisas constitucional na realidade brasileira, invocando a teoria, em decisão liminar, como resposta a uma das questões mais urgentes de violação de direitos fundamentais que se tem notícia no Brasil: o precário sistema penitenciário nacional.

Neste trabalho, analiso a experiência colombiana e a ainda incipiente prática brasileira com a doutrina do estado de coisas constitucional. Pretendo evidenciar o conceito, os elementos e requisitos do ECI conforme construídos pela Corte Constitucional da Colômbia, e, ainda, identificar porquê o caso das pessoas deslocadas internamente foi o mais importante para a aplicação da tese, e, portanto, serve como melhor baliza ao Supremo na importação da tese.

Para tanto, valho-me da minuciosa sentença T-025, de 2004, em que reconhecido o estado de coisas constitucional quanto à situação das pessoas deslocadas internamente e, principalmente, da obra de autores colombianos e brasileiros sobre o tema.

1. Integração jurídica regional, ativismo judicial e estado de coisas inconstitucional

1.1. Migração de ideias constitucionais: a integração por meio da argumentação

A Constituição Federal brasileira, no parágrafo único ao artigo 4º, onde elenca os princípios que regem nossa República em suas relações internacionais, determina a busca pela integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Muito embora a integração latino-americana costume ser analisada sob as óticas do Direito Econômico e do Direito Internacional, também sob o aspecto Constitucional é possível e desejável o fenômeno da comunicação e interação entre os diversos atores jurídicos do continente, por meio da chamada integração jurídica.

A esse respeito, merece destaque o estudo desenvolvido por Virgílio Afonso da Silva, que ao se ocupar da análise da integração jurídica na América do Sul sob o ponto de vista constitucional e brasileiro, identificou e denunciou um preocupante déficit nessa relação.¹

O autor inicia seu estudo classificando a integração jurídica entre ordenamentos em dois modelos distintos: *integração institucional-legal* e *integração jurídica discursiva*, e argumenta, no desenvolvimento do tema, em prol da adequação desse segundo modelo ao continente sul-americano. (SILVA, 2010, pp. 517-518)

A chamada *integração institucional-legal* é identificada no modelo de integração jurídica verificado na União Europeia, caracterizado pela existência de um sistema jurídico supranacional – com normas igualmente válidas para todos os países membros – de um poder executivo, um poder legislativo e, sobretudo, uma jurisdição comum.

Por outro lado, a chamada *integração jurídico discursiva* – que interessa mais ao Direito Constitucional e, em particular, ao presente trabalho – não pressupõe instituições, poderes, jurisdição ou constituição comuns. Requer, quando muito, realidades – sociais, econômicas, culturais – semelhantes. Trata-se de modelo que, nos dizeres do autor, embora mais tímido que o primeiro, não é menos real e efetivo.

¹ Cf. Virgílio Afonso da SILVA, *Integração e diálogo constitucional na América do Sul*, p. 523: “No Brasil, em boa parte dos casos, pouco se sabe o que ocorre nos países vizinhos e o que decidem seus tribunais. Às vezes sabemos o que é decidido no Tribunal Constitucional alemão ou na Suprema Corte dos Estados Unidos, mas não temos a menor ideia do que (e como) se decide na Corte Suprema de Justiça na Argentina, no Tribunal Constitucional do Chile ou na Corte Constitucional da Colômbia. Nem mesmo por meio das decisões da Corte Interamericana as ideias migram de um país a outro (...)”

Identificadas as semelhanças apontadas, a integração jurídica discursiva propõe o que o autor chama de “migração de ideias constitucionais”, levada a efeito no nível da argumentação, por meio do livre intercâmbio de experiências, ideias e teorias, em um verdadeiro diálogo constitucional transnacional. Pode ocorrer horizontalmente, entre ordens jurídicas nacionais, ou verticalmente, entre uma ordem jurídica nacional e uma instância supranacional. Assim, é fenômeno que pode se manifestar no âmbito constituinte e ainda no jurisprudencial, envolvendo a importação de ideias ou teorias constitucionais. (SILVA, 2010, pp. 519-520)

Silva conclui sua investigação revelando uma integração jurídica claramente deficitária entre Brasil e demais países sul-americanos. À época de seu estudo, o autor identificou uma quase total ausência de migração de ideias constitucionais de países vizinhos por parte da jurisprudência brasileira, em oposição a frequentes menções e referências à Suprema Corte dos Estados Unidos ou ao Tribunal Constitucional Alemão. (SILVA, 2010, p. 523)

1.2. O ativismo judicial no hemisfério sul e o estado de coisas inconstitucional

Conforme observado no item anterior, a existência de realidades, contextos fáticos semelhantes é um importante ponto de partida a ensejar o desenvolvimento de uma desejável integração jurídica regional.

No que se refere ao Direito Constitucional e, notadamente, quanto à previsão e à efetivação de direitos fundamentais, é evidente que o cenário brasileiro em muito se aproxima ao dos demais países latino americanos em especial, ou, em geral, de países em desenvolvimento do hemisfério sul.

Em substancial estudo realizado acerca do ativismo judicial, os autores César Rodríguez Garavito e Diana Rodríguez Franco identificaram uma íntima relação existente entre a *rotineira inclusão de Direitos econômicos, sociais e culturais, dotados de mecanismos de proteção judicial, nas constituições nacionais de países do hemisfério sul e a proliferação, nessa mesma região, de tribunais considerados ativistas.* (GARAVITO & FRANCO, 2015, p. 32)

Constataram os autores que o ativismo judicial quanto a esses direitos se opera, sobretudo, em países de renda média, a exemplo de Colômbia, África do Sul, Índia, Costa Rica, Argentina e Brasil. A acentuada assimetria econômica e institucional característica

dessas regiões as transforma em terreno muito fértil para a judicialização de conflitos relativos aos direitos econômicos, sociais e culturais. É cada vez maior a procura por solução, no âmbito do Poder Judiciário, de injustiças socioeconômicas fundamentais que resultam na privação das condições materiais básicas de uma vida digna.²

Consequentemente, vem sendo objeto de atenção e suscitando importantes debates a atuação dos tribunais nacionais quando acionados com o fim de proteger e efetivar direitos fundamentais negligenciados ou até mesmo violados pelo próprio Poder Público.

É nesse contexto que se insere o chamado *estado de coisas inconstitucional*, doutrina concebida localmente pela Corte Constitucional colombiana em âmbito de jurisdição constitucional, que se caracteriza como uma forma especial de ativismo, em resposta a particularidades de um contexto social desigual e profundamente violador de direitos, mas com numerosas cláusulas constitucionais de realização progressiva. (JARAMILLO, 2011)

Frequentemente confrontado com questões do gênero, em que se contrapõem previsões constitucionais garantistas, inclusivas e igualitárias a realidades profundamente desiguais e violadoras dos direitos fundamentais mais elementares, o Supremo Tribunal Federal acabou por reconhecer, em setembro de 2015, o estado de coisas inconstitucional quanto ao sistema prisional brasileiro, ao conceder medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347.³

Embora ainda tenham se pronunciado apenas em sede de cognição sumária sobre o tema, os Ministros do STF identificaram em nosso sistema carcerário cenário composto de elementos semelhantes à realidade colombiana que ensejou a criação e o desenvolvimento da doutrina do ECI.

Trata-se de importantíssimo, e talvez inédito, exemplo de uma integração jurídico discursiva entre o Brasil e um país sul-americano, em que o Judiciário vislumbrou, na experiência jurídica de uma região não apenas geograficamente próxima, mas, acima de tudo,

² Cf. Ibid., p. 21: “Planteamos que esta variedad de activismo, aunque es especialmente visible em la jurisprudencia de la CCC, forma parte de uma tendência incipiente neoconstitucionalista em Latinoamérica y otras regiones del Sur Global (...). Esta clase de neoconstitucionalismo progresista, representada de forma más clara en las decisiones judiciales sobre casos estructurales en los que existen violaciones generalizadas de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), se ha desarrollado con diferentes nombres y características en diversas partes del Sur Global (Bilchiz, 2013; Bonilla, 2013 a; Rodríguez Garavito, 2011 b; Vilhena, Baxi y Viljoen, 2013).”

³ A ADPF 347, ajuizada no Supremo Tribunal Federal pelo Partido Socialismo e Liberdade-PSOL, teve Medida Cautelar apreciada e parcialmente deferida pelo Plenário em 09 de setembro de 2015.

com questões sociais e de efetivação constitucional extremamente semelhantes, uma proposta teórica concebida especialmente para uma questão local congênere.⁴

De fato, a Corte Constitucional colombiana é internacionalmente reconhecida como alinhada com causas progressistas e comprometida com o garantismo contido em provisões constitucionais. Suas decisões tendentes a controlar desequilíbrios no poder público e seu compromisso com as principais teses neoconstitucionais a situam na vanguarda do constitucionalismo da região. (JARAMILLO, 2011, pp. 79-80)

No entanto, é certo que para se proceder a um verdadeiro diálogo constitucional transnacional, é necessário que se entendam as premissas e aspectos procedimentais do instituto e que se migrem todos os elementos que o compõem, sob pena de, como temem os críticos, incorrer-se em um sincretismo metodológico⁵, ou em um mero uso retórico de uma teoria constitucional importada.⁶

Assim sendo, nos capítulos seguintes, tratarei de examinar o desenvolvimento do instituto do Estado de Coisas Inconstitucional pela Corte Constitucional Colombiana, de modo a identificar seus elementos característicos e, com base em sua mais bem-sucedida experiência, identificar os aspectos determinantes de sua efetividade prática na garantia e proteção de direitos fundamentais.

⁴ A respeito das semelhanças entre Brasil e Colômbia, sintetizam Bezerra e Vieira, em “Estado de coisas fora do lugar (?): “(...) Neste contexto, entende-se que para além da proximidade geográfica e do passado colonial há outras significativas aproximações entre Brasil e Colômbia, negligenciadas propositalmente ou não pelo main stream do constitucionalismo brasileiro, no que se refere ao contexto político, econômico, social e cultural: a previsão de uma extensa lista de direitos fundamentais no texto constitucional, incluindo os chamados direito econômicos, sociais e culturais (DESCs); os alarmantes índices de desigualdade social; a crise de representação da classe política e a debilidade dos movimentos sociais e dos partidos da oposição.”

⁵ José R. VIEIRA; Rafael BEZERRA, *Estado de coisas fora do lugar (?)*

⁶ Lenio L. STRECK, Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo.

2. A Corte Constitucional colombiana e o estado de coisas inconstitucional

Inicialmente, deve-se reiterar que o ECI constitui uma doutrina proposta como forma de implementação de *cláusulas constitucionais de realização progressiva*. Exatamente por essa razão, teve uma fase de criação, seguida de outra de aprofundamento e evolução. (JARAMILLO, 2011, p. 18)

Não se trata de uma doutrina acabada, mas, antes, de tese que se encontra em processo de construção e desenvolvimento teórico, notadamente por meio do emblemático caso da população vítima de deslocamento interno forçado, em que proferida a T-025/2004, a ser analisada oportunamente neste trabalho.

Assim sendo, é certo que ainda subsistem relevantes questionamentos a seu respeito, a exemplo da incerteza quanto às condições da declaração da superação do Estado de Coisas Inconstitucional ou de seu levantamento em casos concretos. (JARAMILLO, 2011, p. 18)

Oficialmente, o Estado de Coisas Inconstitucional já foi declarado pela Corte Constitucional colombiana em sete oportunidades: (JARAMILLO, 2011, pp. 18-19)

- a. SU-559, em 1997, a respeito da omissão na inclusão de docentes contribuintes ao fundo prestacional do magistério;
- b. T-068, em 1998, em razão da ineficiência administrativa na “*Caja Nacional de Previsión*” para o trâmite de aposentadorias e mora reiterada em resolver questões apresentadas via exercício de direito de petição;
- c. T-153, em 1998, quanto à violação de direitos de acusados e presos (saúde, segurança social e por superlotação);
- d. T-590, em 1998, em razão da falta de proteção à vida dos defensores de direitos humanos;
- e. T-525, de 1999, quanto à mora reiterada e injustificada na liquidação e pagamento de pensões;
- f. SU-258 de 1998, a respeito da omissão de realização de concurso público para a carreira notarial;
- g. T-025, em 2004, no relevante caso das vítimas de deslocamento interno forçado;

Apesar disso, o autor colombiano Leonardo Jaramillo adverte, a partir da análise da jurisprudência da Corte Colombiana, que ainda subsiste uma *indefinição doutrinária de mão dupla* quanto ao tema, na seguinte medida: há casos em que, embora haja sido proferida a declaratória de ECI, parece não se verificar falha estrutural na proteção a um direito ou, ao

menos, não haver correspondência com as condições estabelecidas para a declaratória em casos paradigmáticos como o dos presos e o dos deslocados. Isso ocorreu, por exemplo, com o feito em que se analisou a falta de concursos públicos para a carreira notarial.

Por outro lado, há casos em que se constatou violação massiva e reiterada de direitos a afetar número plural de pessoas, mas não se declarou estado de coisas inconstitucional, embora também marcados por diagnósticos preocupantes de desamparo de direitos, a exemplo da macrossentença T-760 de 2008, relativa ao direito à saúde, em que foram proferidas ordens gerais típicas da doutrina do estado de coisas inconstitucional, a despeito da ausência de seu reconhecimento expressa e formalmente. (JARAMILLO, 2011, p. 18)

Ao examinar o histórico do desenvolvimento do ECI na jurisprudência da Corte Constitucional colombiana, Carlos Alexandre de Azevedo Campos identifica duas fases distintas. Essa classificação é efetuada com base em critérios como o rigor na identificação dos pressupostos do ECI, a efetividade empiricamente verificada das decisões proferidas e de sua capacidade de produzir uma verdadeira transformação social. A primeira fase compreende o período entre a primeira declaratória, ocorrida em 1997, e o ano de 2003; a segunda fase tem início com a T-025, proferida em 22 de janeiro de 2004, e segue até os dias atuais (CAMPOS, Estado de Coisas Inconstitucional, 2016, p. 167)

2.1. Primeira fase: a concepção da teoria como mecanismo jurídico-processual coletivo de proteção de direitos fundamentais

Da análise das primeiras decisões proferidas e do exame doutrinário sobre o tema, é possível inferir que o estado de coisas inconstitucional foi, a princípio, concebido como uma *solução à ausência de mecanismos processuais para a tutela coletiva dos direitos fundamentais* na Colômbia.

De fato, o que se verificou, no contexto em que proferida a SU-559 – caso em que proferida a primeira declaratória de ECI – foi uma proliferação ações de tutela⁷ – instrumento

⁷ Introduzida pela Constituição colombiana de 1991, a ação de tutela, equivalente ao chamado “amparo” em outros países sul-americanos, é mecanismo de caráter cautelar, subsidiário, prioritário e sumário, mediante o qual toda pessoa, por si mesma ou por quem atue em seu nome, pode reclamar ante o Poder Judiciário a proteção de seus direitos constitucionais fundamentais vulnerados ou ameaçados por ação ou omissão de qualquer autoridade pública ou de particulares encarregados da prestação de um serviço público ou cuja conduta afete grave e diretamente o interesse coletivo a respeito do qual o solicitante se encontre em estado de subordinação ou vulnerabilidade. A proteção judicial consistirá em ordem de fazer ou não fazer de imediato cumprimento, cuja impugnação, realizada perante o juiz competente, será remetida à Corte Constitucional para sua eventual revisão. (VARGAS HERNÁNDEZ 2003, 204)

jurídico projetado para amparar situações individuais e concretas – em que inúmeros docentes pleiteavam a proteção e efetivação de um mesmo direito constitucional.

Isso fez com que a Corte invocasse, entre outros, um argumento de caráter econômico, em prol do reconhecimento do ECI: seria menos dispendioso ao Poder Judiciário fazer pronunciamentos que abarcassem múltiplas situações semelhantes do que aguardar que cada cidadão impetrasse a correspondente ação de tutela. (VARGAS HERNÁNDEZ, 2003, p. 214)

Nesse sentido, além da ordem cautelar emitida pela Corte para proteger diretamente os direitos fundamentais dos autores das ações, o juiz constitucional declarou a existência de uma situação estrutural que violava, de maneira permanente, o exercício dos direitos fundamentais de um número amplo – e, em algumas ocasiões, indeterminado – de pessoas que não instauraram a demanda. Assim, a Corte não se limitou a examinar os fatos da demanda e proferir resposta isolada ao autor, mas sim contextualizou o caso concreto, reconhecendo situação de fato muito mais ampla e estrutural, que representava causa não só de uma lesão particular e concreta de direitos fundamentais, mas que se refletia em outros casos semelhantes.

Dessarte, como pondera George Marmelstein, havia, no contexto colombiano, razões de ordem processual para o desenvolvimento do ECI, já que sua função originária foi suprir a ausência de mecanismo jurídico-processual coletivo ou mesmo abstrato de proteção de direitos fundamentais. O autor bem observa que, fosse essa a única função do instrumento, seria desnecessária sua importação à prática jurídica brasileira, a qual, de seu lado, já possui diversas medidas jurídico-processuais para a proteção de direitos coletivos em sentido amplo, a exemplo da ADPF, do mandado de injunção, da ação civil pública e ainda da súmula vinculante. (MARMELSTEIN, 2015, p. 244)

No entanto, assevera Marmelstein que “*com o desenvolvimento jurisprudencial, o ECI, na Colômbia, deixou de ser um mero instrumento para dar uma feição coletiva a uma demanda individual para se tornar uma fórmula mais complexa para a superação de situações de graves e sistemáticas violações de direitos fundamentais, através de um diálogo institucional, onde vários órgãos diferentes atuam em conjunto para resolverem um problema estrutural. E, nesse aspecto, o modelo pode ser bastante promissor aqui no Brasil.*”

Assim, embora a primeira fase da doutrina do ECI não forneça contribuição significativa ao direito brasileiro, a segunda fase atingiu um grau de desenvolvimento, sistematização e complexidade que alçaram a Corte Constitucional colombiana a uma posição

de protagonismo, no direito comparado, em tema de judicialização e efetivação de direitos fundamentais.

2.2. Segunda fase: O caso das pessoas deslocadas internamente – PDI

A segunda fase do desenvolvimento da tese do estado de coisas inconstitucional tem início em 2004, com o caso da população deslocada internamente, cuja dramática situação foi bem resumido por Vieira e Bezerra nos seguintes termos: (VIEIRA & BEZERRA, 2015)

“De acordo com o estudo sobre deslocamento, conflito armado e direitos humanos intitulado ‘¿Consolidación de qué? Informe sobre desplazamiento, conflicto armado y derechos humanos en Colombia en 2010’, desenvolvido pela Consultoría para los derechos humanos y el desplazamiento (CODHES), cerca de 5,2 milhões de pessoas internamente deslocadas (PID) foram retiradas de suas propriedades localizadas em zonas rurais entre 1985 e 2010.

Referido deslocamento forçado decorreu de conflito armado que se iniciou ainda nos anos 1960, intensificando-se nos últimos 25 anos, fato que obrigou ‘11,4% da população colombiana a mudar de residência, porque sua vida, integridade física ou liberdade ficaram vulneráveis ou ameaçadas’ (CODHES, 2010). Em face da sua magnitude fora considerado um dos mais graves problemas de direitos humanos vivenciados na Colômbia, alcançando o país ao patamar de líder mundial em deslocamento interno forçado, status já denunciado em 2009 pelo Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR).”

A questão da vulneração de direitos fundamentais da PDI foi submetida à jurisdição da Corte Constitucional da Colômbia tanto por meio de controle abstrato de constitucionalidade – via impugnações à Lei 387, de 1997, norma que representa o marco jurídico da implementação da política pública de proteção de referida população – quanto por meio de controle concreto, em razão das milhares de ações de tutela promovidas na busca de defesa e proteção imediata de direitos. (JARAMILLO, 2011, p. 36)

Por meio da sentença T-025, de 2004, foram acumulados 109 expedientes de ações de tutela interpostas por 1.105 núcleos familiares integrantes da população deslocada, em que figuravam como demandados a *Red de Solidaridad Social*, o *Departamento Administrativo de la Presidencia*, o *Instituto Nacional da Reforma Urbana – INURBE*, o *Instituto Colombiano para la Reforma Agraria – INCORA*, o *Servicio Nacional de Apredizaje – SENA* e os Ministérios da Fazenda, da Proteção Social, da Agricultura e da Educação. (JARAMILLO, 2011, p. 95 e 96)

Nessa oportunidade, com base nos pedidos das ações de tutela e em seus próprios precedentes quanto à matéria, a corte constatou que o deslocamento interno forçado, conforme se configura na Colômbia, implica violação dos seguintes direitos constitucionais: (T-025, p. 52 e ss.)

- a. direito à vida em condições dignas, dadas as circunstâncias sub-humanas associadas ao deslocamento e à permanência em destinos provisórios e os frequentes riscos à sobrevivência;
- b. direitos de grupos especialmente protegidos, como crianças, mulheres chefes de família, deficientes e idosos, em razão das precárias condições a que se submetem os deslocados;
- c. direito de escolher o lugar de domicílio, na medida em que, para se protegerem dos riscos à vida e à integridade física, os deslocados se veem forçados a deixar seu lugar de residência habitual e de trabalho;
- d. direitos ao livre desenvolvimento da personalidade, à liberdade de expressão e de associação, dado o ambiente intimidante que precede os deslocamentos;
- e. direitos econômicos, sociais e culturais;
- f. direito à unidade familiar e à proteção integral da família, nos muitos casos em que o deslocamento implica dispersão das famílias afetadas;
- g. direito à saúde, em conexão com o direito à vida, não apenas porque o acesso dessa população a serviços essenciais de saúde é substancialmente dificultado, mas também em razão das condições deploráveis de vida a que se encontram submetidos;
- h. direito à integridade física, ameaçado tanto pelos riscos relacionados à saúde dos deslocados, como pelo alto risco de ataques a que estão expostos em decorrência da própria condição de desabrigados;
- i. direito à segurança;
- j. liberdade de locomoção pelo território nacional e direito de permanecer no local escolhido para viver;
- k. direito ao trabalho e liberdade de escolher profissão ou ofício, com destaque para o caso dos agricultores forçados a migrar para as cidades;

- l. direito à alimentação mínima, decorrente dos altíssimos níveis de pobreza extrema que atingem numerosas pessoas deslocadas;
- m. direito à educação, em particular aos menores de idade, que se veem compelidos a interromper seu processo de formação;
- n. direito à habitação digna, já que têm de deixar sua residência habitual e submeter-se a condições inapropriadas de alojamento ou, ainda, viver na intempéria;
- o. direito à personalidade jurídica, pois a perda de documentos de identidade decorrente do deslocamento dificulta o registro como deslocados, o acesso a ajudas, a identificação de representantes legais de menores separados de suas famílias, etc.;
- p. o direito à igualdade.

Nesse insustentável cenário de manifesta afronta a diversos direitos fundamentais contemplados na Constituição Política colombiana e nos principais tratados de direitos humanos que compõem o cenário internacional, a Corte vislumbrou um estado de coisas inconstitucional, e proferiu a paradigmática e minuciosa Sentença T-025, em que analisa os fatores estruturais envolvidos na violação de referidos direitos, profere um conjunto de ordens complexas direcionadas a vários atores políticos e sociais e monitora de maneira ativa seu cumprimento, concebendo, assim, uma riquíssima experiência jurídica no âmbito da efetivação de direitos fundamentais.

Com efeito, foi na notável T-025 de 2004, tida pela doutrina como a decisão mais ambiciosa da CCC em suas então duas décadas de existência, que a tese do estado de coisas inconstitucional encontrou seu estágio mais avançado de desenvolvimento e aperfeiçoamento, e, por esse mesmo motivo, apresentou o mais alto nível de efetividade prática em toda a história do instituto. (GARAVITO & FRANCO, 2015, p. 22)

Por essa razão, é a partir das premissas estabelecidas pela Corte na T-025 – e em esclarecedora leitura doutrinária sobre elas – que me ocuparei, nos próximos capítulos, de examinar os aspectos mais relevantes que compõem o atual estágio da doutrina do ECI, buscando identificar, ainda, os elementos distintivos responsáveis pelo sucesso da T-025.

2.3. Pressupostos e conceito de ECI

No corpo da T-025, em capítulo próprio dedicado à declaração do estado de coisas inconstitucional, a Corte Constitucional colombiana, invocando seu histórico jurisprudencial

sobre o tema, elencou e sistematizou os pressupostos fáticos ao reconhecimento do ECI. É a partir do exame do conjunto desses requisitos, que são objeto do presente capítulo, que a doutrina que se debruça sobre o tema elabora o conceito do ECI.

Inicialmente, estabeleceu a CCC que, de acordo com as sentenças mais recentes sobre o fenômeno, se está diante de um estado de coisas constitucional quando:⁸

1. se apresenta uma reiterada violação de direitos fundamentais de muitas pessoas, que podem então acionar o Poder Judiciário em busca da defesa de seus direitos; e
2. quando a causa dessa violação não é imputável unicamente à autoridade demandada, mas decorre fatores estruturais.

Assim, os elementos básicos a configurar um estado de coisas constitucional consistem em reiterada violação, decorrente de fatores estruturais e não imputável a uma única autoridade pública, de direitos fundamentais de uma pluralidade de pessoas que poderiam, por essa razão, socorrer-se ao Poder Judiciário.

Lançadas essas premissas, a Corte enumerou os seguintes fatores a serem valorados na identificação da existência ou não da situação descrita:⁹

1. A violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais a afetar um número significativo de pessoas; 2. A prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações de garantia de direitos; 3. A adoção de práticas constitucionais, a exemplo da incorporação da ação judicial como parte do procedimento para garantir o atendimento do direito em questão; 4. A ausência de elaboração de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias necessárias para evitar a violação desses direitos; 5. A

⁸ “El concepto de estado de cosas constitucional ha evolucionado jurisprudencialmente desde 1997 cuando se declaró por primera vez. En las sentencias más recientes sobre este fenómeno, de conformidad con la doctrina de esta Corporación, se está ante un estado de cosas constitucional cuando ‘(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’.” (T-025, p. 81)

⁹ “Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas constitucional, cabe destacar los siguientes: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (ii) la adopción de prácticas constitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculado; (iii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (iv) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (v) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.” (T-025, p. 81).

existência de um problema social cuja solução demanda a intervenção de várias entidades, requer a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações e carece de um nível de recursos que exige um relevante esforço orçamentário adicional; e 6. O congestionamento judicial que decorreria do potencial ajuizamento de ações judiciais por todas os indivíduos afetados pelo problema para obter a proteção de seu direito.

O autor Carlos Alexandre de Azevedo Campos, em recente e essencial obra sobre o tema, opta por diluir as premissas consolidadas na T-025 e reorganizá-las em apenas quatro, a fim de *“tornar mais clara e objetiva a tarefa de identificação e afirmação do ECI”*. Assim, apresenta os seguintes pressupostos como essenciais à caracterização de um ECI: (CAMPOS, Estado de Coisas Inconstitucional, 2016, p. 179)

1. Um quadro de violação massiva e contínua de diferentes direitos fundamentais, que afeta a um grande número de pessoas. Esse primeiro pressuposto, segundo esclarece o autor, traduz: (i) uma violação espacial e qualitativamente massiva, sistemática e contínua de (ii) uma variedade de direitos constitucionais fundamentais de (iii) um número elevado e amplo de pessoas e grupos, máxime minorias e grupos vulneráveis.

2. A omissão persistente e reiterada das autoridades públicas quanto à promoção e à defesa de direitos fundamentais, a evidenciar uma “falha estrutural” no funcionamento do aparelho estatal quanto à proteção e garantia dos direitos em questão.

3. O fato de a superação desse quadro depender da mobilização de uma pluralidade de atores públicos, e não apenas de um único órgão ou entidade.

4. A possibilidade de grave congestionamento da máquina judiciária, caso elevado número de afetados busque solução judicial para a violação de seus direitos. Importante notar que o autor recomenda cautela quanto à apreciação desse último elemento, já que melhor se coadunaria com ordenamentos em que o acesso à jurisdição constitucional é amplo e fácil, a exemplo do colombiano, o que não se verifica no Brasil, em que há rigorosos requisitos a serem satisfeitos para o acesso ao Supremo Tribunal Federal.

Em seguida, a partir desses pressupostos, o autor constrói um conceito de estado de coisas inconstitucional, em que define o instituto 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, declararam 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". (CAMPOS, Estado de Coisas Inconstitucional, 2016, p. 187)

Com efeito, o exame dos requisitos impostos à declaração de um estado de coisas inconstitucional revela sua íntima relação com a ideia de litígios e sentenças estruturais, concepções de origem norte-americana de fundamental importância na conceituação do ECI.

A origem dos litígios e das sentenças estruturais, com todos os demais conceitos daí decorrentes, remonta à fase progressista da Suprema Corte Americana conhecida como "Corte Warren", e encontra seu melhor expoente no famoso caso *Brown v. Board of Education II*, em que a Suprema Corte reteve sua jurisdição para comandar um gradativo processo de transição entre o não mais admitido sistema de segregação racial nas escolas - baseado na doutrina do "separados, mas iguais" - para um modelo unitário, não racial de organização escolar.¹⁰ (FISS, 1979, p. 2)

A partir desse e de outros litígios semelhantes acerca de direitos civis apreciados pela Suprema Corte norte-americana entre as décadas de 50 e 60, o professor *Owen Fiss* construiu o conceito das "structural injunctions", formas especiais de tutela ou remédios proferidos com vistas a reestruturar uma instituição social.

O objeto de um litígio estrutural não consiste em incidentes particulares ou negociações específicas, como ocorre na versão tradicional da jurisdição, mas sim nas condições de vida social e no papel que organizações de larga escala desempenham na determinação dessas condições. (FISS, 1979, p. 18) A vítima, por sua vez, não é um indivíduo, mas um grupo de pessoas, que, mais que uma simples reunião de determinados indivíduos, pode ser identificado como tal independentemente do processo judicial ou de quaisquer construções legais.¹¹

¹⁰ Ocorre que a primeira decisão em que proclamada a incompatibilidade da segregação racial escolar com a Décima Quarta Emenda à Constituição americana encontrou intransponível resistência em muitos Estados, o que levou a Suprema Corte a se pronunciar novamente sobre o tema. Nessa segunda decisão, reconhecendo a magnitude da tarefa que se apresentava, consistente em uma verdadeira transformação social, a Suprema Corte e os juízes de instâncias inferiores, incumbidos de medidas executórias, compreenderam que eram necessários ajustes nos procedimentos tradicionais para satisfazer as necessidades particulares do caso. Nesse contexto, os órgãos judiciais adotaram uma postura ativa visando à reestruturação do sistema público de ensino, com atuação direta das cortes locais, tanto na formulação direta de planos e metas e na determinação de medidas específicas a serem adotadas quanto na supervisão de seu cumprimento, deixando, contudo, margens para escolha técnica dos conselhos locais, de modo a impedir a mera desobediência de uma ordem abstrata. (CAMPOS, Estado de Coisas Inconstitucional, 2016, pp. 192-193)

¹¹ Fiss exemplifica um grupo de vítimas nos seguintes termos: "entendemos as dificuldades de presos sujeitos a condições desumanas sem conhecê-los, ou, em casos de futuros presos, sem mesmo ser possível que os

Quanto à tutela propriamente dita, nos litígios estruturais a tarefa não é apenas declarar quem está certo ou quem está errado, quantificar os danos ou determinar a cessação de determinada conduta, mas sim remover a condição que ameaça os valores constitucionais. (FISS, 1979, p. 20)

Conforme Sérgio Arenhart, as medidas estruturais costumam se caracterizar pela prolação de uma primeira decisão onde se criará o núcleo da posição jurisdicional sobre o problema em questão, fixando-se, em linhas gerais, de forma genérica e abrangente, as diretrizes para a proteção do direito a ser tutelado. Depois disso, “*outras decisões serão exigidas, para a solução de problemas e questões pontuais, surgidas na implementação da ‘decisão-núcleo’, ou para a especificação de alguma prática devida. Possivelmente, isso se sucederá em uma ampla cadeia de decisões, que implicarão avanços e retrocessos no âmbito de proteção inicialmente afirmado, de forma a adequar, da melhor forma viável, a tutela judicial àquilo que seja efetivamente possível de se lograr no caso concreto*”.

(ARENHART)

Em síntese, pode-se dizer que são litígios estruturais os que reúnem as seguintes características: 1. Afetam a um grande número de pessoas que alegam em juízo, em nome próprio ou mediante ação coletiva, a violação de seus direitos; 2. Envolvem vários órgãos públicos responsáveis por persistentes falhas que contribuem para referida violação; 3. Implicam provimentos judiciais de caráter estrutural, ou seja, ordens de cumprimento obrigatório por meio das quais os tribunais coordenem a atuação de organismos públicos para proteger toda a população afetada. (GARAVITO & FRANCO, 2015, p. 25)

Como se vê, há, de fato, íntima relação entre as tutelas e sentenças estruturais e o estado de coisas inconstitucional. O ECI, como exposto em capítulo anterior, tem como pressuposto uma grave falha estrutural, da qual decorre a violação massiva e generalizada de diversos direitos fundamentais de uma coletividade. A sentença estrutural é justamente o instrumento apontado pela doutrina que, diversamente das formas tradicionais de tutela, se volta à reestruturação de todo um arranjo institucional existente e violador de direitos.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos explica referida relação nos seguintes termos:

“*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*

conheçamos em qualquer sentido particularizado. O grupo existe, tem uma identidade, e pode ser prejudicado, ainda que nem todos os indivíduos estejam sendo ameaçados pela organização”.

(FISS, 1979, p. 20)

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, Estado de Coisas Inconstitucional, 2016, p. 189)

Pode-se dizer, portanto, que a Corte Constitucional colombiana, por meio da criação da doutrina do ECI, lançou os pressupostos básicos em que, com base em um sistema constitucional garantista de proteção de direitos fundamentais, um tribunal constitucional se vê legitimado a proferir uma sentença estrutural de modo a transformar uma realidade inconstitucional.

2.4. O ativismo judicial e a efetividade do ECI

A atuação judicial por meio de instrumentos que não se encaixam entre as formas tradicionais de tutela concebidas em direito processual, a exemplo das tutelas estruturais, traz à tona inevitáveis questionamentos sobre ativismo judicial, seus limites e sua legitimidade

Garavito e Franco observam, com muita precisão, que o “ativismo judicial” enquanto conceito pode levar a equívocos, já que, tanto na literatura acadêmica quanto no discurso público, costuma ser usado de maneira generalizada para se referir a níveis e formas muito distintas de intervenção judicial. (GARAVITO & FRANCO, 2015, p. 27)

Nesse sentido, concentrando-se nas sentenças estruturais que se ocupam da garantia e efetivação de direitos econômicos, sociais e culturais, os autores se utilizam de alguns critérios para avaliar o nível de ativismo judicial de uma decisão e, então, poder identificar que tipos de intervenção - ou ativismo - judicial têm maior potencial para melhorar as situações de exclusão radical quanto aos DESC.

Dessa forma, avaliam uma decisão judicial sob três perspectivas: a de seu conteúdo substantivo, a dos remédios e a do monitoramento ou acompanhamento da decisão. Cada um desses elementos, então, é classificado de acordo com sua intensidade: fraca, moderada ou forte.

O primeiro elemento - o conteúdo substantivo da decisão - baseia-se na força e na exigibilidade judicial reconhecida aos direitos cuja proteção se pleiteia para avaliar se determinada decisão seria ou não ativista. Nessa esteira, são tidos como ativistas

pronunciamentos judiciais que, sob esse aspecto, se apresentam, no mínimo, como moderados, isto é, que reconhecem a exigibilidade do direito em questão, ainda que lhes imponham restrições processuais ou substantivas ao cumprimento judicial.

A T-025, ao reconhecer exigibilidade judicial aos direitos fundamentais violados da população deslocada, valendo-se, para tanto, de uma linguagem firme em que se adota a ideia de núcleo essencial, apresenta um enfoque forte quanto ao conteúdo substantivo, e, portanto, pode ser considerada ativista. (GARAVITO & FRANCO, 2015, p. 213)

O segundo e o terceiro elementos são avaliados pelos autores sob dois aspectos distintos: além do critério da intensidade, que contribui para identificar se há ou não natureza ativista na decisão, são examinados sob o critério qualitativo, por meio do qual se qualifica o ativismo em questão como dialógico ou monológico. (GARAVITO & FRANCO, 2015, p. 32)

Os próximos tópicos se ocuparão da análise desses dois critérios à luz da T-025, com vistas a identificar a espécie de ativismo verificada neste caso exemplar e revelar a importância desse fator no êxito da aplicação da teoria do estado de coisas inconstitucional.

2.4.1. Ordens a superar o ECI

O critério dos remédios consiste na verificação da amplitude das ordens judiciais proferidas e seu grau de obrigatoriedade: remédios fortes implicam ordens precisas e orientadas a um resultado específico; remédios fracos tendem a deixar a implementação por completo nas mãos dos organismos públicos, e remédios moderados descrevem procedimentos e fins amplos, com critérios e prazos para apurar os progressos, mas deixam as decisões sobre os meios e as políticas ao governo.

Sob esse aspecto, os remédios fortes estão ligados ao ativismo monológico, em que se proferem ordens detalhadas e orientadas a um determinado e específico resultado. Já os remédios moderados e fracos caracterizam um ativismo dialógico, em que o pronunciamento judicial tende a, meramente, esboçar finalidades e procedimentos e, na linha do princípio da separação de poderes, atribuir aos órgãos públicos a tarefa de projetar e implementar as políticas públicas. (GARAVITO & FRANCO, 2015, p. 213)

Colhem-se da Sentença T-025 duas espécies distintas de ordens: as de caráter simples, direcionadas a responder aos pleitos individuais e concretos dos autores das ações de tutela, e as ordens de execução complexa, voltadas à superação do ECI e que, portanto, demandam

ação coordenada de várias autoridades. Este tópico se ocupará da análise destas últimas. (T-025, p. 102)

É essencial salientar que, para proferir as ordens complexas, a Corte se valeu dos já existentes instrumentos legais e institucionais encarregados de desenvolver a política de atenção à população deslocada, fazendo com que as autoridades envolvidas adotassem, dentro da órbita de suas competências e em um prazo razoável, medidas capazes de superar tanto a insuficiência de recursos quanto as falências na capacidade institucional de proteção aos direitos em questão. Entre esses instrumentos, merecem destaque o *Consejo Nacional para la Atención a la Población Desplazada por la Violencia*, órgão encarregado de formular a política e de garantir a alocação orçamentária para os programas de atenção à população deslocada, composto pelas principais autoridades com responsabilidades na matéria, e a Lei n. 387 de 1997, que traz medidas de prevenção, atenção, proteção e estabelecimento socioeconômico às vítimas de deslocamento interno decorrente de violência.

Nesse sentido, asseverou a CCC que a existência de ordens complexas não significa que, por via da ação de tutela, o juiz esteja ordenando um gasto alheio ao orçamento ou modificando a programação orçamentária definida pelo Legislador. Tampouco quer dizer que o julgador esteja delineando uma política, definindo novas prioridades ou modificando a política projetada pelo Legislador e desenvolvida pelo Executivo. A Corte, tendo em conta os instrumentos legais que desenvolvem a política de atenção à população deslocada, o projeto dessa política e os compromissos assumidos pelas distintas entidades, fez apelar ao princípio constitucional de colaboração harmônica entre os distintos ramos de poder para assegurar que o dever de proteção efetiva dos direitos de todos os residentes do território nacional seja cumprido e os compromissos definidos para tal proteção sejam realizados com seriedade, transparência e eficácia.¹²

Isso é de extrema relevância, uma vez que o caráter das ordens proferidas pelo Tribunal Constitucional guarda íntima relação com a legitimidade e os limites da atuação jurisdicional em casos dessa dimensão.

¹² “*Ello no implica que, por vía de tutela, el juez esté ordenando un gasto no presupuestado o esté modificando la programación presupuestal definida por el Legislador. Tampoco está delineando una política, definiendo nuevas prioridades, o modificando la política diseñada por el Legislador y desarrollada por el Ejecutivo. La Corte, teniendo en cuenta los instrumentos legales que desarrollan la política de atención a la población desplazada, el diseño de esa política y los compromisos asumidos por las distintas entidades, está apelando al principio constitucional de colaboración armónica entre las distintas ramas del poder para asegurar que el deber de protección efectiva de los derechos de todos los residentes del territorio nacional sea cumplido y los compromisos definidos para tal protección sean realizados con seriedad, transparencia y eficacia.*”

Assim, resumem-se as ordens proferidas às seguintes:

Ao *Consejo Nacional de Atención Integral a la Plobación Desplazada por la Violencia*, a Corte comunicou a declaração do ECI e ordenou a elaboração de plano determinando a forma de superação da insuficiência de recursos e da falência nas capacidades institucionais. Ordenou ainda que defenisse, em prazo fixado para data aproximadamente dois meses após proferida a decisão, o esforço orçamentário necessário para atender à política formulada e a forma como contribuiriam a nação, as entidades territoriais e a cooperação internacional. A referido órgão coube ainda determinar os mecanismos de consecução de tais recursos, adotar as decisões necessárias para tanto e estabelecer alternativas viáveis a possíveis obstáculos que se apresentassem.

Ao Ministro da Fazenda e Crédito Público e ao Diretor de Planejamento Nacional ordenou que, dentro de suas competências, adotassem as decisões necessárias de modo a contribuir para a satisfação das metas orçamentárias necessárias à política de atenção à população deslocada, determinando que a obtenção de tais recursos deveria se realizar dentro do ano seguinte à comunicação da sentença.

As entidades territoriais, cujo baixo compromisso com a adequada destinação de recursos foi fator relevante a caracterizar o cenário então vigente de violação massiva de direitos, determinou que adotassem decisões para garantir maior compromisso com a questão, como a convocação de Comitês de Atenção à População Deslocada, notadamente em municípios onde se apresente situação de deslocamento forçado, a ser promovida pelo governo nacional, por intermédio do Ministério do Interior. Coube-lhes, ainda, a determinação do volume de recursos que destinariam ao atendimento da população deslocada e a definição de programas e componentes prioritários de atenção que assumiriam. Além disso, a Corte se preocupou em garantir que houvesse coordenação entre as ações nas diversas esferas de governo, fixando prazo para prefeitos e governadores para a tomada de providências e para a informação, ao Conselho Nacional, das decisões adotadas, a fim de que este órgão pudesse levar em conta os compromissos das entidades territoriais.

Na seara da cooperação internacional, coube à Ministra das Relações Exteriores, dentro de suas competências, definir estratégia de promoção da política de proteção a deslocados para fins de atrair ao tema atenção prioritária por parte da comunidade internacional.

Além disso, a demonstrar verdadeira preocupação com a efetividade e legitimidade de sua decisão, a Corte determinou também ao *Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada* que, com base na dimensão do esforço orçamentário requerido e nos mecanismos de consecução de tais recursos, avaliasse a possibilidade de cumprimento dos compromissos assumidos na política estatal tal como definidos na Lei 387/97, em seus decretos regulamentares e nos documentos *CONPES – Consejo Nacional de Política Económica y Social*.

A partir de referida avaliação, autorizou o Conselho a redefinir tais compromissos de modo a garantir concordância entre as obrigações jurídicas estabelecidas mediante processos democráticos pelas autoridades competentes e os recursos efetivamente destinados a cumprir tais obrigações. Condicionou, contudo, tal redefinição a um procedimento público atento aos princípios de transparência e eficácia, em que seja assegurada a participação de representantes de associações de deslocados, cuidando de limitar inevitáveis diminuições no alcance dos direitos dos deslocados a medidas temporárias e condicionadas, devidamente justificadas, devendo-se assegurar sempre, em todo caso, o gozo efetivo dos direitos mínimos dos quais depende o exercício do direito à vida em condições de dignidade como seres humanos individuais e autônomos.

A Corte também se ocupou das falências na capacidade institucional do já existente aparelho estatal voltado a implementar a política de atendimento à população deslocada, identificadas como importante fator a caracterizar o ECI em questão. Nesse contexto, ordenou ao Conselho competente que, em um prazo de três meses, adotasse um programa de ação com cronograma preciso, voltado a corrigir referidos defeitos.

Uma das falhas expressamente mencionadas foi o excessivo atraso Estatal em atender às solicitações da população, ao que foi fixado o prazo de seis meses da comunicação da sentença para a conclusão de ações para que todos os deslocados gozem efetivamente de determinados direitos mínimos, elencados em anexo da sentença.

Estabeleceu-se que às organizações que representam a população deslocada deveria ser oportunizada a participação efetiva no processo de tomada de decisões relativas à superação do estado de coisas constitucional, consistente em, no mínimo, conhecer com antecedência a decisão projetada e ter a oportunidade de apresentar observações a serem devidamente valoradas e respondidas.

A Corte também declarou inconstitucional a prática que se desenvolveu em âmbito administrativo consistente em incorporar a interposição de ação judicial de tutela para a obtenção dos benefícios da Lei 387 e advertiu as autoridades para que não mais incorressem nessa prática manifestamente contrária aos deveres de qualquer autoridade administrativa, cuja finalidade é servir à comunidade. Delineou, nesse contexto, um procedimento básico essencial a ser observado pelas autoridades ao receberem petição solicitando proteção de direitos de deslocados.

Ainda no que toca ao atendimento imediato da população deslocada pelas autoridades administrativas, ordenou-se à Rede de Solidariedade Social que, instruísse as pessoas encarregadas desse atendimento a fornecer tratamento digno e respeitoso às vítimas, o que demanda a informação, de maneira imediata, clara e precisa, da carta de direitos básicos a que faz jus toda pessoa internamente deslocada.

Por fim, foi ordenado à *Defensoria del Pueblo* que adotasse procedimento de monitoramento da execução das ordens, devendo informar ao tribunal o andamento das medidas.

Como se vê, Temos que a corte identificou os principais elementos responsáveis pela caracterização do estado de coisas inconstitucional (a exemplo das deficiências estruturais na capacidade institucional do aparelho estatal, ou da falta de vontade política e compromisso das esferas locais de governo, entre outros) e proferiu um conjunto de ordens complexas dirigidas a diversas autoridades, entidades administrativas e atores sociais, para que cada um desses, dentro da esfera de competências que lhe cabe de acordo com a própria estrutura já existente de atendimento à questão, desenvolvesse estratégias, planos e atividades no sentido da superação progressiva desse quadro de violação de direitos. São ordens de intensidade moderada, a caracterizar, sob o aspecto dos remédios, um ativismo dialógico.

2.4.2. Retenção da jurisdição e monitoramento da execução

O monitoramento das medidas adotadas diz respeito à escolha do órgão judicial de reter ou não sua jurisdição para supervisionar a implementação da decisão. Um monitoramento forte pode se desenvolver de diversas formas (como, por exemplo, a nomeação de comissões de supervisão, a criação de órgão especial para acompanhamento, etc), e sempre revela a vontade do tribunal de intervir de ativamente no processo de implementação, fomentando o cumprimento de suas decisões a partir de prazos e valores

mínimos de referência e de novas decisões à luz da evolução do caso. Uma forma moderada de acompanhamento seria, por exemplo, a mera solicitação de relatórios de cumprimento, mas sem o intuito de produzir pressão adicional, e um monitoramento fraco se verifica quando não há manutenção da jurisdição. (GARAVITO & FRANCO, 2015, pp. 30-31)

Sob esse aspecto, constata-se que na espécie de ativismo monológico não há lugar para processo de monitoramento. O ativismo dialógico, por sua vez, dá ensejo a um processo de supervisão que estimula a discussão de alternativas políticas para a solução do problema estrutural detectado na sentença, caracterizando-se, portanto, por um monitoramento forte. (GARAVITO & FRANCO, 2015, p. 213)

Assim, é frequente, em atuações dialógicas, o proferimento de novas decisões conforme os progressos e regressos na solução da questão, e o estímulo da discussão entre os atores sociais envolvidos mediante procedimentos públicos deliberativos, como audiências públicas. Além disso, nesse caso, a implementação da solução de violação de direitos envolve, além do tribunal e dos organismos públicos afetados, as vítimas, organizações relevantes da sociedade civil, organismos internacionais de direitos humanos e outros agentes que possam colaborar, como *experts* acadêmicos. (ARENHART).

A retenção da jurisdição para fins de monitoramento da execução da decisão é medida fundamental à sua efetividade uma vez que, nos dizeres de Carlos Alexandre Campos, “*além de impor ações aos poderes e órgãos desobedientes, o monitoramento permite corrigir tanto os atos de implementação defeituosos como as próprias decisões judiciais que se revelem difíceis ou impossíveis de cumprimento*”. (CAMPOS, 2016, p. 209)

Os mecanismos de acompanhamento adotados pela CCC durante a execução da T-025 foram objeto de lapidar estudo desenvolvido por César Garavito e Diana Franco, em que se destacam os seguintes: as audiências públicas; as sessões técnicas, regionais e informais; a criação de uma “*Sala Especial de Seguimiento*”; e a expedição de decisões de acompanhamento chamadas “*autos*”.

As audiências públicas são um mecanismo público de prestação de contas para o governo e um espaço para o debate sobre os resultados das políticas de deslocamento à luz das ordens proferidas na T-025 e nos posteriores autos de acompanhamento (“*autos de seguimento*”) do qual participam, além dos magistrados da Corte, representantes do governo, ONGs e representantes de organizações internacionais, líderes de organizações de Pessoas

Deslocadas, o público em geral e meios de comunicação. (GARAVITO e FRANCO, 2015, p. 146)

Em 29 de junho de 2005, cerca de um ano após a publicação da T-025, foi realizada a primeira audiência pública sobre o tema, baseada em relatórios fornecidos por organismos públicos da área de atendimento à população deslocada, por associações civis e por organismos internacionais (como a ACNUR), com a finalidade de avaliar o cumprimento das ordens relativas à superação do estado de coisas constitucional e adotar as medidas cabíveis. Depois dessa primeira experiência, a Corte seguiu lançando mão desse instrumento e, segundo apurado pelos autores, até abril de 2014 havia celebrado um total de vinte audiências públicas. (GARAVITO e FRANCO, 2015, p. 67)

O segundo mecanismo relevante são as sessões técnicas, que se dividem em regionais e informais. As sessões técnicas regionais, à semelhança das audiências públicas, também têm a finalidade de discutir publicamente o cumprimento das ordens da T-025. Todavia, são celebradas em vilas e cidades fora da capital, com a participação de funcionários estatais, distritais e municipais, além de representantes das associações locais de PDI. Foram celebradas sete sessões regionais técnicas durante 2010. Já as sessões técnicas informais são privadas, e se prestam a discutir uma questão específica, de que apenas participam os funcionários públicos e os grupos interessados convidados de forma expressa pela CCC. Doze sessões informais foram realizadas entre 2013 e 2014. (GARAVITO e FRANCO, 2015, p. 68)

A “*Sala Especial de Seguimiento*” expressão que se traduz livremente como órgão especial de monitoramento, composto de três magistrados, um magistrado auxiliar e cinco assistentes, foi mecanismo criado em 2009 com a finalidade de assumir a responsabilidade de avaliar o progresso, o regresso ou os inconvenientes na superação do ECI e adotar as decisões necessárias relacionadas à T-025. (GARAVITO e FRANCO, 2015, p. 68)

O último mecanismo destacado foi a expedição de decisões de monitoramento, chamadas “*autos*”. Segundo narram os autores colombianos, entre janeiro de 2004 e abril de 2014, a Corte proferiu duzentos e oitenta e nove autos com o fim de monitorar a implementação das ordens proferidas na T-025, solicitar relatórios e ações concretas de atores específicos, comunicar informação relevante entre autores, fixar datas de audiências públicas e sessões técnicas e adotar indicadores para avaliar o progresso da realização dos direitos da população deslocada. Além disso, a partir desse instrumento, a Corte proferiu novas ordens

aos intervenientes que, por sua vez, estimularam a participação contínua desses diversos sujeitos no processo de monitoramento. (GARAVITO e FRANCO, 2015)

Em suma, a Corte não se limitou a revisar burocraticamente relatórios e documentos governamentais, mas sim desenvolveu e efetivou formas muito criativas de monitoramento, de que tomaram parte, de maneira ativa, outros atores sociais, a exemplo de organismos estatais de controle, da academia, de organizações de direitos humanos e das próprias vítimas do deslocamento, o que permitiu significativos avanços na política pública sobre o tema e melhorias na condição das PDI. (YEPES, 2015)

2.4.3. O ativismo dialógico na T-025

Por meio dos critérios analisados neste capítulo, os autores puderam comparar diversas decisões estruturais paradigmáticas em âmbito de DESC a fim de avaliar seu êxito e sua repercussão de acordo com esses parâmetros.

Assim, por exemplo, a decisão T-153, de 1998, em que reconhecido o ECI quanto ao sistema prisional colombiano, a CCC adotou uma perspectiva forte tanto de direitos quanto de remédios¹³, e desenvolveu um monitoramento fraco, limitando-se a solicitar à “*Defensoría Del Pueblo*” e à “*Contraloría General de la República*” que supervisionassem o cumprimento da decisão. (GARAVITO e FRANCO, 2015, p. 218) Houve, portanto, um ativismo monológico, que rendeu pouca repercussão prática em termos de efetivação de direitos sociais e de erradicação de inconstitucionalidade estrutural que tinha por objeto.

Por outro lado, a T-025, como visto nos tópicos anteriores, caracterizou-se por um enfoque mais procedural e dialógico. Os remédios adotados foram moderados: atribuiu-se ao governo a decisão sobre o conteúdo e o financiamento dos programas para as PDI, mas fixaram-se rigorosos prazos e uma ordem de prioridades quanto aos resultados, de modo que a proteção de direitos mais básicos e urgentes se efetivasse em um prazo menor. O monitoramento, se destaca por sua força, e apresenta números reveladores: foram vinte audiências de monitoramento e duzentos e oitenta e nove “autos”, contando com a significativa participação das vítimas, de diversos setores do governo e de agentes da sociedade civil e comunidade internacional. (GARAVITO e FRANCO, 2015, p. 217)

¹³ Quanto aos remédios, na T-153 foram fixadas ordens detalhadas ao governo para que: 1. Suspencesse imediatamente um contrato de reforma de uma das maiores prisões de Bogotá; 2. Formulasse, no prazo de três meses, um plano integral para a reforma das prisões existentes e construção de novas, que deveria ser executado em um período máximo de quatro anos e 3. Acabasse, em quatro anos, com o confinamento conjunto de presos provisórios e presos já condenados. (GARAVITO e FRANCO, 2015, p. 217)

Embora não se possa dizer que o estado de coisas inconstitucional que ensejou a atuação da Corte esteja completamente superado, o complexo movimento jurídico e social originado com a T-025 provocou diversos efeitos, diretos e indiretos, materiais e simbólicos, relevantes à questão da garantia de direitos à população deslocada.

Essas comparações revelam que, uma vez constantes os demais fatores a influenciar o caso, as *sentenças dialógicas, a exemplo da T-025, têm potencialmente maior impacto no cumprimento dos DESC do que as decisões monológicas como a T-153.*¹⁴

Os autores atribuem essa potencialidade de maior impacto e efetividade identificada nas sentenças dialógicas ao fato de que estas se ocupariam de dois obstáculos práticos fundamentais na hora de implementar decisões estruturais: a resistência política e a capacidade institucional. (GARAVITO & FRANCO, 2015, p. 224)

Com efeito, ao envolver diferentes classes de agentes sociais no monitoramento das decisões, os tribunais geram efeitos diretos e indiretos capazes de ajudar a superar a resistência política imposta por poderosos setores com interesse na manutenção do status quo ou pela burocracia disfuncional característica de um serviço público operacionalizado por servidores indiferentes.

No que toca à capacidade institucional dos tribunais, os mecanismos de ativismo dialógico podem fornecer importantes instrumentos à abordagem de questões econômicas complexas. Muito embora uma corte constitucional de fato não conte com conhecimento técnico, pessoal e recursos para encontrar e implementar soluções a problemas sociais tão graves como o deslocamento forçado, pode convocar, além de representantes do governo competente, uma variedade de sujeitos com conhecimento relevante, a exemplo líderes e membros da população beneficiaria, experts acadêmicos e agencias internacionais de direitos humanos e, assim, promover a busca colaborativa de soluções e de vias de ação alternativa.

Os efeitos diretos e indiretos que surgem potencialmente deste diálogo incluem desbloquear processos de política pública, melhorar a coordenação entre organismos públicos desarticulados e criar políticas públicas com base na linguagem dos direitos. A T-025 proporciona um interessante exemplo desses efeitos. Uma característica muito útil do

¹⁴ Além das sentenças T-025 e T-153 em que reconhecido o estado de coisas inconstitucional pela Corte Constitucional colombiana, foram classificadas segundo o critério em questão e, em seguida, comparadas quanto ao efetividade em matéria de direitos sociais, culturais e econômicos as seguintes sentenças estruturais: a T-760 proferida pela CCC quanto ao sistema de saúde nacional, em que, embora não haja menção expressa à doutrina do ECI, foram proferidas ordens estruturais; a decisão da Suprema Corte da Índia no caso “PUCL”, sobre o direito à alimentação; e a sentença do caso “Grootboom”, proferida pela Corte Constitucional da África do Sul, acerca do direito à moradia.

processo de monitoramento foi a construção colaborativa de uma bateria de indicadores para medir o efetivo gozo dos direitos pelas PDI. Esses indicadores proporcionaram um marco de monitoramento comum para todas as partes interessadas, e também uma ferramenta para que a CCC ajude suas ordens durante o processo de monitoramento em resposta ao apurado sobre a evolução das políticas e da situação das PDI.

Assim sendo, pode-se concluir que a atividade judicial desencadeada com o reconhecimento do estado de coisas constitucional no caso das pessoas deslocadas, por meio da T-025 e seus desdobramentos é o melhor exemplo de aplicação do ECI por parte da CCC pois produziu o maior impacto na garantia dos direitos sociais que pretende tutelar. Essa efetividade, como se apurou, decorre da adoção, por parte do tribunal, de uma postura ativista dialógica, em que, inicialmente, se reconhece força e exigibilidade judicial aos direitos constitucionais em questão, e, em seguida, profere-se uma sentença estrutural composta de ordens complexas e flexíveis a diversos atores sociais, cautelosamente monitorada com a participação de vários grupos e indivíduos capazes de apresentar contribuições relevantes ao caso.

3. O Supremo Tribunal Federal e o estado de coisas constitucional

O Supremo Tribunal Federal, provocado por meio de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, manifestou-se, recentemente, expressa e especificamente sobre o tema do estado de coisas constitucional por meio de decisão liminar. Nada obstante o caráter sumário da cognição exercida, a decisão fez despertar o interesse dos estudiosos do direito constitucional e do direito comparado, pois fornece elementos, ainda que superficiais, capazes de revelar os contornos com que a prática jurídica brasileira tende a importar a tese colombiana.

Em 27 de maio de 2015, foi ajuizada no Supremo, pelo Partido Socialismo e Liberdade - PSOL, ADPF objetivando o reconhecimento do estado de coisas constitucional do sistema penitenciário brasileiro e, por conseguinte, a determinação de providências *"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 trato do tema.

As providências requeridas na Arguição, com vistas a sanar as inconstitucionalidades de que padece o sistema carcerário nacional, foram as seguintes:

Em sede de medida cautelar:

"a) Determine a todos os juízes e tribunais que, em cada caso de decretação ou manutenção de prisão provisória, motivem expressamente as razões que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas à privação da liberdade, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

b) Reconheça a aplicabilidade imediata dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, determinando a todos os juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão.

c) Determine aos juízes e tribunais brasileiros que passem a considerar fundamentadamente o dramático quadro fático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal.

d) Reconheça que como a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica, a preservação, na medida do possível, da proporcionalidade e humanidade da sanção impõe que os juízes brasileiros apliquem, sempre que for viável, penas alternativas à prisão.

e) Afirme que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos do preso, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, visando assim a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção.

f) Reconheça que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abater tempo de prisão da pena a ser cumprida, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, de forma a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção.

g) Determine ao Conselho Nacional de Justiça que coordene um ou mais mutirões carcerários, de modo a viabilizar a pronta revisão de todos os processos de execução penal em curso no país que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas “e” e “f” acima.

h) Imponha o imediato descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN, e vede à União Federal a realização de novos contingenciamentos, até que se reconheça a superação do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.”

Por fim, em sede de pedido definitivo, além da oitiva da União, do Distrito Federal e de todos os Estados da Federação - apontados como responsáveis pelos atos e omissões que ensejaram o quadro de violação de direitos em questão - do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, foi requerida a procedência da ação para:

“a) Declarar o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro.

b) Confirmar as medidas cautelares aludidas acima.

c) Determinar ao Governo Federal que elabore e encaminhe ao STF, no prazo máximo de 3 meses, um plano nacional (“Plano Nacional”) visando à superação do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro dentro de um prazo de 3 anos.

O Plano Nacional deverá conter propostas e metas específicas para a superação das graves violações dos direitos fundamentais dos presos em todo o país, especialmente no que toca à (i) redução da superlotação dos presídios; (ii) contenção e reversão do processo de hiperencarceramento existente no país; (ii) [sic] diminuição do número de presos provisórios; (iii) adequação das instalações e alojamentos dos estabelecimentos prisionais aos parâmetros normativos vigentes, no que tange a aspectos como espaço mínimo, lotação máxima, salubridade e condições de higiene, conforto e segurança; (iv) efetiva separação dos detentos de acordo com critérios como sexo, idade, situação processual e natureza do delito; (v) garantia de assistência material, de segurança, de alimentação adequada, de acesso à justiça, à educação, à assistência médica integral e ao trabalho digno e remunerado para os presos; (vi) contratação e capacitação de pessoal para as instituições prisionais; (vii) eliminação de tortura, de maus tratos e de aplicação de penalidades sem o devido processo legal nos estabelecimentos prisionais; (viii) adoção de medidas visando a propiciar o tratamento adequado para grupos vulneráveis nas prisões, como mulheres e população LGBT.

O Plano Nacional deve conter, também, a previsão dos recursos necessários para a implementação das suas propostas, bem como a definição de um cronograma para a efetivação das medidas de incumbência da União Federal e de suas entidades.

d) Submeter o Plano Nacional à Anelise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, da Defensoria Geral da União, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, do Conselho Nacional do Ministério Público, e de outros órgãos e instituições que queiram se manifestar sobre o mesmo, além de ouvir a sociedade civil, por meio da realização de uma ou mais audiências públicas.

e) Deliberar sobre o Plano Nacional, para homologá-lo ou impor medidas alternativas ou complementares, que o STF reputar necessárias para a superação do estado de coisas inconstitucional. Nesta tarefa, a Corte pode se valer do auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça.

f) Após a deliberação sobre o Plano Nacional, determinar ao governo de cada Estado e do Distrito Federal que formule e apresente ao STF, no prazo de 3 meses, um plano estadual ou distrital, que se harmonize com o Plano Nacional homologado, e que contenha metas e propostas específicas para a superação do estado de coisas inconstitucional na respectiva unidade federativa, no prazo máximo de 2 anos. Cada plano estadual ou distrital deve tratar, no mínimo, de todos os aspectos referidos no item “c” supra, e conter previsão dos recursos necessários para a implementação das suas propostas, bem como a definição de um cronograma para a efetivação das mesmas.

g) Submeter os planos estaduais e distrital à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, do Ministério Público da respectiva unidade federativa, da Defensoria Geral da União, da Defensoria Pública do ente federativo em questão, do Conselho Seccional da OAB da unidade federativa, e de outros órgãos e instituições que queiram se manifestar. Submetê-los, ainda, à sociedade civil local, em audiências públicas a serem realizadas nas capitais dos respectivos entes federativos, podendo a Corte, para tanto, delegar a realização das diligências a juízes auxiliares, ou mesmo a magistrados da localidade, nos termos do art. 22, II, do Regimento Interno do STF.

h) Deliberar sobre cada plano estadual e distrital, para homologá-los ou impor outras medidas alternativas ou complementares que o STF reputar necessárias para a superação do estado de coisas inconstitucional na unidade federativa em questão. Nessa tarefa, mais uma vez, a Corte Suprema pode se valer do auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça.

i) Monitorar a implementação do Plano Nacional e dos planos estaduais e distrital, com o auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça, em processo público e transparente, aberto à participação colaborativa da sociedade civil, até que se considere sanado o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

j) Nos termos do art. 6º e §§ da Lei 9.882, o Arguente requer, ainda, a produção de toda prova eventualmente necessária ao deslinde desta Arguição, tais como a requisição de informações adicionais e designação de perito ou comissão de peritos.”

Com efeito, as peculiares características dos pedidos da demanda revelam que o que se busca, no caso, é uma tutela tipicamente dialógica do Supremo. Pretende-se obter planos –

nacional e regionais – formulados pela administração pública competente, e não pelo Poder Judiciário, voltados à solução das inconstitucionalidades expostas. O que se espera do Judiciário, nesse aspecto, é a ordem para que se construam os planos, com fixação de prazos para elaboração e implementação, e conteúdo mínimo, contemplando, por exemplo, grupos ainda mais vulneráveis dentro da população que se pretende proteger. Pede-se, ainda, o monitoramento da atuação estatal, desde a homologação dos planos então elaborados até o acompanhamento de sua execução, e que isso se faça com a devida abertura democrática para a participação e o auxílio de órgãos técnicos, jurídicos e outros atores sociais com interesse na questão.

A relatoria da ADPF 347 coube ao Ministro Marco Aurélio Mello e, em 09 de setembro de 2015, após dois julgamentos suspensos, foi proferida decisão pelo Tribunal Pleno em que se deferiu, em parte, medida cautelar, nos seguintes termos:

“(...) em relação à alínea ‘b’, para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão (...); em relação à alínea ‘h’, por maioria e nos termos do voto do Relator, deferiu cautelar para determinar à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos (...); indeferiu as cautelares em relação às alíneas ‘a’, ‘c’ e ‘d’ (...); indeferiu em relação à alínea ‘e’ (...); e, por unanimidade, indeferiu a cautelar em relação à alínea ‘f’; em relação à alínea ‘g’, por maioria e nos termos do voto do Relator, o Tribunal julgou prejudicada a cautelar (...).”

E ainda:

“O Tribunal, por maioria, deferiu a proposta do Ministro Roberto Barroso, ora reajustada, de concessão de cautelar de ofício para que se determine à União e aos Estados, e especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional (...).”

Em síntese, tem-se que o Supremo reconheceu, de fato, a existência de um estado de coisas inconstitucional quanto ao sistema penitenciário nacional e deferiu, liminarmente, as seguintes medidas: (i) a determinação a juízes e tribunais de implementação, em noventa dias, de procedimentos a ensejar a realização de audiências de custódia de presos; (ii) a ordem à

União de liberação dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional para que sejam usados com a finalidade de proporcionar recursos e meios destinados a financiar e apoiar as atividades e os programas de modernização e aprimoramento do Sistema Penitenciário Brasileiro (Decreto 1.093/94 e LC 79/94); (iii) e o requerimento, de ofício, de informações à União e aos Estados sobre a situação prisional em seus territórios.

Já é sedimentada a orientação do Supremo Tribunal Federal no sentido da legitimidade do controle, pelo Poder Judiciário, de atos de políticas públicas, notadamente em proteção a direitos fundamentais. (ARENHART) Seguindo essa tradição, os Ministros verificaram, na questão em análise, omissão estatal e violações de direitos capazes de, sem sombra de dúvidas, legitimar uma assertiva atuação judicial.

Da análise dos votos que compõem essa decisão, verifica-se que, em geral, os Ministros não hesitaram em reconhecer expressamente o estado de coisas inconstitucional quanto à questão da violação de direitos dos presos no Brasil.

Merece destaque o voto proferido pelo Relator, Ministro Marco Aurélio, rico em referências a importantes aspectos da doutrina do ECI, segundo os contornos conferidos pela T-025, a sinalizar, ao menos de sua parte, uma importação não meramente retórica, mas autêntica do instituto. Há o reconhecimento, por exemplo, da caracterização de um litígio estrutural, decorrente de falha estatal estrutural, com a necessidade de envolvimento de uma pluralidade de autoridades públicas para a superação das transgressões. Há menção, ainda, ao caráter complexo e flexível das ordens que a espécie de demanda requer, além da necessidade de manutenção da jurisdição para monitoramento da decisão. Salienta-se o seguinte trecho de seu voto, bastante elucidativo da compreensão do Ministro sobre o instituto:

“Ao Supremo cumpre interferir nas escolhas orçamentárias e nos ciclos de formulação, implementação e avaliação de políticas públicas, mas sem detalhá-las. Deve formular ordens flexíveis, com margem de criação legislativa e de execução a serem esquematizadas e avançadas pelos outros Poderes, cabendo-lhe reter jurisdição para monitorar a observância da decisão e o sucesso dos meios escolhidos. Ao atuar assim, reservará aos Poderes Executivo e Legislativo o campo democrático e técnico de escolhas sobre a forma mais adequada para a superação do estado de inconstitucionalidades, vindo apenas a colocar a máquina estatal em movimento e cuidar da harmonia dessas ações. Como destaca a doutrina colombiana, o Tribunal não chega a ser um ‘elaborador’ de políticas públicas, e sim um ‘coordenador institucional’, produzindo um ‘efeito desbloqueador’ (GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. Cortes y Cambio Social. Cómo

la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado em Colombia. Bogotá. Dejusticia, 2010, p. 39)".

O Ministro Luiz Fux, por sua vez, reconheceu expressamente tratar-se de caso de ativismo judicial dialógico, operado por Cortes Constitucionais estrangeiras como, além da colombiana, as da Índia e da África do Sul, com vistas a implementar direitos fundamentais.

Além disso, merece nota a crescente adesão de terceiros à lide, fator essencial à legitimidade democrática e à própria efetividade e exequibilidade das ordens a serem proferidas. Até a conclusão deste trabalho, já tinham se habilitado como *amici curiae* as Defensorias Públicas dos Estados do Rio Grande do Norte, do Rio de Janeiro e de São Paulo, além da própria Associação Nacional dos Defensores Públicos, da Fundação de Apoio ao Egresso do Sistema Penitenciário – FAESP e da OSCIP Instituto Pro Bono.¹⁵

Após o reconhecimento expresso do ECI em decisão liminar na ADPF 347, verificaram-se manifestações pontuais dos Poderes Executivo e Legislativo sobre o tema.

Em 19 de dezembro de 2016 foi publicada a Medida Provisória 775, alterando a Lei Complementar 79 de 1994 no tocante a transferência de recursos financeiros do Fundo Penitenciário Nacional aos Fundos dos Estados e do Distrito Federal. Entre as inovações mais relevantes, destaca-se a inclusão do §4º ao art. 3º, com a determinação de que no mínimo trinta por cento dos recursos do FUNPEN sejam aplicados na construção, reforma, ampliação e aprimoramento de estabelecimentos penais. Além disso, o novo art. 3º-A autoriza a União a repassar percentuais da dotação orçamentária do FUNPEN, a título de transferência obrigatória, aos fundos dos estados, do distrito federal e dos municípios, independentemente de convênio ou instrumento congênere. O dispositivo ainda determina, no §1º, que os repasses em questão deverão ser aplicados no financiamento de programas para melhoria do sistema penitenciário nacional no caso dos estados e do DF, e de programas destinados à reinserção social de presos, internados e egressos ou de programas de alternativas penais, no caso de municípios.¹⁶

¹⁵ Consulta efetuada em 02.03.2017.

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>

¹⁶ Art. 3º-A. *Fica a União autorizada a repassar os seguintes percentuais da dotação orçamentária do FUNPEN, a título de transferência obrigatória, aos fundos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, independentemente de convênio ou instrumento congênere: (Incluído pela Medida provisória nº 755, de 2016)*
I - até 31 de dezembro de 2017, até setenta e cinco por cento; (Incluído pela Medida provisória nº 755, de 2016)
II - no exercício de 2018, até quarenta e cinco por cento; (Incluído pela Medida provisória nº 755, de 2016)
III - no exercício de 2019, até vinte e cinco por cento; e (Incluído pela Medida provisória nº 755, de 2016)
IV - nos exercícios subsequentes, até dez por cento. (Incluído pela Medida provisória nº 755, de 2016)

A medida, cuja exposição de motivos faz referência ao reconhecimento do ECI pelo Supremo, vai ao encontro da medida cautelar deferida, no sentido de que se dê aos recursos do Fundo Penitenciário a devida destinação, e cuida de fixar valores mínimos a serem aplicados diretamente na melhora das condições dos estabelecimentos prisionais.

Quanto ao Legislativo, a seu turno, foi proposto Projeto de Lei no Senado¹⁷ em que se pretende inserir, expressamente, no texto da Lei n.9.882/99, que disciplina a ADPF, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal reconhecer o estado de coisas inconstitucional como fundamento para o deferimento de pedido de medida liminar ou para a decisão definitiva de mérito na arguição de descumprimento de preceito fundamental, trazendo pressupostos que muito se aproximam daqueles fixados pela Corte Constitucional colombiana, expostos no capítulo 2 deste trabalho.

Com efeito, embora a positivação do instituto do ECI não seja requisito essencial à sua aplicação e tampouco a resposta que se espera do Poder Legislativo com o seu reconhecimento, não deixa de ser legítima a sua inserção em pauta para debate com fins de fixar balizas e diretrizes à atuação judicial nesse âmbito, em nome da independência e da harmonia dos Poderes.

*§ 1º Os repasses a que se refere o **caput** serão aplicados no financiamento de programas para melhoria do sistema penitenciário nacional, no caso dos Estados e do Distrito Federal, e de programas destinados à reinserção social de presos, internados e egressos ou de programas de alternativas penais, no caso dos Municípios e nas atividades previstas no art. 3º. (Incluído pela Medida provisória nº 755, de 2016)*

¹⁷ PLS 736 de 2015, de iniciativa do Senador Antônio Carlos Valadares.

Conclusão

O início do ano de 2017 foi marcado por dramáticos episódios a respeito da crise do sistema carcerário brasileiro. Graves rebeliões, tumultos e massacres ocorridos em diversas cidades do país, resultando na morte brutal de dezenas de detentos, expuseram ao mundo a degradante realidade dos presídios nacionais e o fracasso do Estado em garantir condições mínimas de segurança e dignidade aos presos no Brasil.¹⁸ Celas superlotadas, insalubres, falta de condições de higiene básica, homicídios, tortura, violência sexual e o controle dos estabelecimentos prisionais por facções criminosas são mazelas comuns aos detentos e que revelam situação bárbara a que chegou o sistema penitenciário nacional.

Diante de tão graves circunstâncias, é inevitável concluir que entre a realidade das prisões brasileiras e o rico rol de direitos fundamentais da Constituição da República, voltados à assegurar o respeito à dignidade humana há um contraste de proporções assombrosas e de muito complexa solução.

Nesse contexto, o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal foi acontecimento de grande relevo.

Neste trabalho, buscou-se tratar da importação do instituto do estado de coisas inconstitucional da Colômbia para o Brasil, como um exemplo de desejável migração de ideias constitucionais a efetivar uma integração jurídica discursiva entre países da América-Latina.

Abordou-se a questão da frequente judicialização dos direitos sociais, econômicos e sociais em determinados países do hemisfério sul, e o desenvolvimento da doutrina do ECI como uma resposta da Corte Constitucional colombiana a esse fenômeno.

Das duas fases em que se classifica o desenvolvimento dessa doutrina em seu país de origem, destacou-se a segunda, inaugurada com a Sentença T-025, proferida no caso da população internamente deslocada, em que se verifica o grau máximo de evolução e aperfeiçoamento do instituto, e também sua maior repercussão prática na proteção dos direitos fundamentais aos quais se direciona. A partir desta decisão, examinaram-se os elementos mais relevantes do instituto, na busca de identificar os fatores responsáveis por seu destaque e importância dentre os demais casos em que declarado o ECI.

¹⁸ Informações extraídas da página da ONG Human Rights Watch, consultada em 28.01.2017.
<https://www.hrw.org/pt/news/2017/01/04/298325>

Apurou-se, nesse sentido, que o proferimento de ordens de caráter complexo e flexível, direcionadas a uma pluralidade de atores sociais para que, dentro de suas competências e capacidades institucionais, agissem de maneira coordenada, aliado à conservação da jurisdição para fins de monitoramento do cumprimento dessas ordens, foram elementos determinantes ao êxito dessa decisão. Além disso, o caráter democrático da atuação da Corte, que ensejou a participação, ao longo de todo o processo, de diversos órgãos governamentais, setores relevantes da sociedade civil, da academia e, notadamente, dos grupos de vítimas cujos direitos se buscava proteger e efetivar também exerceu importante papel nessa questão.

Identificou-se na combinação desses três fatores o chamado ativismo dialógico, o qual, dentro das espécies de ativismo judicial, parece ter o maior potencial para garantir altos níveis tanto de repercussão prática quanto de legitimidade democrática às atuações do Poder Judiciário em âmbito de litígios estruturais sobre direitos fundamentais, tais como o caso das pessoas internamente deslocadas na Colômbia ou o do sistema carcerário no Brasil.

Por fim, examinou-se a decisão em que o Supremo Tribunal Federal se manifestou, liminarmente, adotando a tese do estado de coisas constitucional, na busca por elementos que revelem algo sobre a ainda incipiente importação da doutrina pelo direito nacional.

BIBLIOGRAFIA

- ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões Estruturais no Direito Processual Civil Brasileiro.** Academia. <https://www.academia.edu/9132570/Decis%C3%B5es_estruturais_no_direito_processual_civil_brasileiro>. Acesso em: 17 de janeiro de 2017
- BARROSO, Luís 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, janeiro 2015.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional.** Salvador: JusPodivm, 2016.
- _____. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural.** Consultor Jurídico, 01 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>> . Acesso em: 25 de outubro de 2016.
- CLÉVE, Clémerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Governo Democrático e Jurisdição Constitucional.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.
- DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. **Opinião: Estado de coisas inconstitucional.** Estadão, São Paulo, 19 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional10000000043>> Acesso em: 25 de outubro de 2016.
- FISS, Owen M. **The forms of Justice.** Harvard Law Review, v. 93:1, Novembro 1979.
- GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Juicio a la exclusión – El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales em el Sur Global.** Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015.
- GARAVITO, César Rodríguez e KAUFFMAN, Celeste. **Making Social Rights Real: implementation strategies for courts, decision makers and civil society.** Bogotá: Centro de estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia, 2014. Disponível em: <http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.639.pdf>
- GARGARELLA, Roberto e COURTIS, Christian. **El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes.** CEPAL – Serie Políticas Sociales, n° 153. Santiago: Nações Unidas. 2009.
- JARAMILLO, Leonardo García. **Aproximación a la discusión sobre políticas públicas y justicia constitucional: A propósito del Estado de Coisas Inconstitucional.** Medellín: Foro

Balances y perspectivas de la Constitución: 20 años. Universidad EAFIT – Escuela de Derecho, 2011.

MARMELSTEIN, George. **Estado de Coisas Inconstitucional: uma análise panorâmica.** In: **Diálogos Jurídicos Luso-Brasileiros**, Vol: Perspectivas atuais de Direito Público: o Direito em tempos de crise Oliveira, Paulo Augusto de; LEAL, Gabriel Prado (org.). Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2015.

MATTOS, Karina Denari Gomes de. **Democracia e Diálogo Institucional: a relação entre os poderes no controle das omissões legislativas.** Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação.** São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 10^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial.** In: Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

PIOVESAN, Flavia. **Proteção judicial contra omissões legislativas.** Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. RT, 2003.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

SILVA, Roberto B. Dias da. Manual de Direito Constitucional. Barueri, SP: Manole, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública.** Revista de Direito Administrativo.

_____. **Direitos Fundamentais: Conteúdo essencial, restrições e eficácia.** São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Interpretação constitucional e sincretismo metodológico.** In: Virgílio Afonso da Silva (org.). Interpretação constitucional. São Paulo: Malheiros.

STREK, Lênio Luiz. **Estado de Coisas Inconstitucional é nova forma de ativismo.** Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em: 25 de outubro de 2016.

_____. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais fundamentais. In: Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. (org. Ingo Wolfgang Sarlet). Rio de Janeiro: Renovar.

VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés. **La Garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: El llamado “Estado de cosas inconstitucional”**. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, 2003.

VICTOR, Sergio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional, Democracia e Estado de Direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição**. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

VIEIRA, José Ribas; BEZERRA, Rafael. Estado de coisas fora do lugar (?). Jota, 05 de outubro de 2015. Disponível em: < <http://jota.uol.com.br/estado-de-coisas-fora-lugar> >. Acesso em: 25 de outubro 2016.

YEPES, Rodrigo Uprimny. A judicialização da política na Colômbia: Casos, Potencialidades e Riscos. SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos. Trad. Pedro Soares, n.6, ano 4, 2007.

_____. El Espectador. **Vergüenza y esperanza**, 2015. Disponível em: <<http://www.elespectador.com/opinion/vergueenza-y-esperanza>>. Acesso em: 29 de outubro 2016.