IV CONGRESSO DE ESTUDOS JURÍDICOS INTERNACIONAIS E I SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE PESQUISA TRABALHO, TECNOLOGIAS, MULTINACIONAIS E MIGRAÇÕES -TTMMS

CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO, JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E EXPANSÃO DOS SISTEMAS DE PROTEÇÃO NAS ORDENS DOMÉSTICA E GLOBAL

T758
Trabalho, tecnologias, multinacionais e migrações: desafios contemporâneos dos direitos humanos na ordem democrática global [Recurso eletrônico on-line] organização IV Congresso De Estudos Jurídicos Internacionais e I Seminário Internacional De Pesquisa Trabalho, Tecnologias, Multinacionais E Migrações -TTMMs – Belo Horizonte;

Organizadores: Fabrício Bertini Pasquot Polido, Maria Rosaria Barbato e Natália das Chagas Moura – Belo Horizonte, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-671-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Desafios contemporâneos e expansão dos direitos humanos na ordem democrática global

1. Trabalho. 2. Tecnologias. 3. Multinacionais. 4. Migrações. I. I Congresso de Tecnologias Aplicadas ao Direito (1:2018 : Belo Horizonte, BH).

CDU: 34

IV CONGRESSO DE ESTUDOS JURÍDICOS INTERNACIONAIS E I SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE PESQUISA TRABALHO, TECNOLOGIAS, MULTINACIONAIS E MIGRAÇÕES -TTMMS

CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO, JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E EXPANSÃO DOS SISTEMAS DE PROTEÇÃO NAS ORDENS DOMÉSTICA E GLOBAL

Apresentação

Trabalho, Tecnologias, Multinacionais e Migrações:

por que discutir os constantes desafios dos direitos humanos na ordem democrática global?

Fabrício B.Pasquot Polido

Maria Rosaria Barbato

Natália Das Chagas Moura

Debates contemporâneos sobre os desafios dos direitos humanos, suas teorias e agendas de resistência e transformação não poderiam ficar alijados da compreensão analítica em torno da relevância ou pertinência de temas transversais da globalidade e que hoje merecem atenção pela academia brasileira. Os múltiplos movimentos envolvendo pessoas, as forças laborais, o capital, e os produtos do intelecto, em escala global, não apenas ignoram fronteiras, padrões culturais ou referenciais morais e éticos, como sistematicamente a realidade prática e pragmática tem demonstrado. Eles igualmente escancaram o esgotamento das formas e procedimentos ditados pelo direito, suas instituições e narrativas.

Nas entrelinhas e encruzilhadas do repertório de atores, contextos e papéis reduzidos ao imaginário das crises cíclicas, da sucessão das fases do capitalismo (industrial, financeiro, tecnológico e informacional) ao longo dos séculos ou da banal “pós-modernidade”, florescem espaços e pontes de transição, sobretudo construídos a partir do trabalho crítico na academia e projetado para governos, legisladores, tribunais, e para a sociedade como um todo. Essa seria a proposta de repensar a permanência e a estabilidade dos direitos humanos como instrumentos transformadores e de irreversível apelo de tolerância. Entre seus desafios contemporâneos, dentro da própria reconceptualização e afirmação do Estado Democrático

de Direito, certamente encontram-se a necessária integração entre o exercício de prerrogativas da cidadania e o resgate da humanidade que deve subsistir em todas as partes do globo, regiões ou localidades.

Com essa nota introdutória, a presente obra vem coligir os estudos coletivos elaborados para a o IV CONGRESSO INTERNACIONAL DE ESTUDOS JURÍDICOS e o I SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE PESQUISA EM DIREITO "Trabalho, Tecnologias, Multinacionais e Migrações –"TTMMs": Desafios contemporâneos dos direitos humanos na ordem democrática global", eventos científicos realizados nos dias 18, 19 e 20 de abril de 2018, na cidade de Belo Horizonte, sob os auspícios do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Os agradáveis encontros de abril congregaram parceiros acadêmicos nacionais e internacionais que se engajaram em iniciativa inovadora e inclusiva de reflexão crítica no Direito e suas interfaces transdisciplinares.

As iniciativas aqui relatadas envolveram ações especialmente voltadas para disseminar a produção na área do Direito, evitando-se incorrer em quaisquer arbitrariedades formalistas que poderiam minar a relevância da dogmática como objeto de estudos no Direito ou vulgarizar o caráter laborativo que deve nortear a academia e as universidades brasileiras. Nesse sentido, em linha com os formatos de plenárias e sessões de discussão de trabalhos, os eventos destacaram a proposta de articular as dimensões políticas, regulatórias, sociais e normativas em torno dos movimentos gerados pelo eixo analítico "Trabalho, Tecnologias, Multinacionais e Migrações – TTMMs", absolutamente inédito na América Latina.

A tarefa de coordenação acadêmica, tendo como plataforma inicial o tradicional e prestigiado Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, com doutorado mais antigo em funcionamento no Brasil (desde 1932), seria a de proporcionar esse espaço de reflexão, agora registrado em obra publicada pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Da mesma forma, a oportunidade criada pelos idealizadores veio a sediar a quarta edição do Congresso Internacional de Estudos Jurídicos, projeto acadêmico de iniciativa dos estimados colegas e professores Luciana Aboim e Lucas Gonçalves, da Universidade Federal do Sergipe - UFS, em continuidade à terceira edição do evento realizada em setembro de 2017, na cidade de Aracajú, Sergipe.

A centralidade do trabalho torna-se cada vez mais evidente nas sociedades de capitalismo central e periférico, haja vista os novos arquétipos que veem surgindo a partir da divisão internacional do trabalho, propiciado tanto pela intensa utilização das tecnologias digitais, bem como pelas migrações, muitas vezes provocadas pela nefasta prática do dumping social e ambiental.

Com o objetivo de proporcionar às leitoras e leitores o aprofundamento de temas contemporâneos no eixo investigativo “Trabalho, Tecnologias, Multinacionais e Migrações – “TTMMs”, o livro permitirá apresentar os desafios a serem enfrentados na interface com os direitos humanos. Esperamos que os trabalhos aqui selecionados e sistematicamente organizados possam capitanear novas pesquisas temáticas e que respondam a demandas de investigação na academia, dentro da compreensão de dinâmicas e condicionantes que afetam e transformam a sociedade global no século XXI.

Belo Horizonte, outubro de 2018.

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E AS SENTENÇAS ESTRUTURAIS: IDENTIFICAÇÃO E PERSPECTIVAS DE APLICAÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

THE STATE OF THINGS UNCONSTITUTIONAL AND THE STRUCTURAL SENTENCES: IDENTIFICATION AND PROSPECTS OF APPLICATION IN THE DEMOCRATIC STATE OF LAW.

Kátia Alessandra Pastori Terrin [1]
Lucas Mantovani Chiquetti [2]

Resumo

O Supremo Tribunal Federal, por intermédio da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, elaborada pelo Partido Socialista e Liberdade (PSOL), aborda pela primeira vez na jurisdição constitucional brasileira o chamado "Estado de Coisas Inconstitucional". Para o desenvolvimento do estudo, adota-se o método de abordagem dedutivo. Além disso, como método de procedimento aplica-se o monográfico. Durante o desenvolvimento do artigo, busca-se esclarecer o instituto e sua importância no mundo jurídico para a proteção e efetivação de direitos fundamentais, em conjunto com a adoção de sentenças estruturais.

Palavras-chave: Direito comparado, Direitos fundamentais, Estado de coisas inconstitucional, Políticas públicas, Sentenças estruturais

Abstract/Resumen/Résumé

The Supreme Federal Court, through the Action for Non-compliance with Basic Precept, No. 347, prepared by the Socialist Party and Freedom (PSOL), addresses for the first time in the Brazilian constitutional jurisdiction the so-called "Unconstitutional State of Things." For the development of the study, the method of deductive approach is adopted. In addition, the monographic method applies as a method of procedure. During the development of the article, it is sought to clarify the institute and its importance in the legal world for the protection and fulfillment of fundamental rights, together with the adoption of structural sentences.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Comparative law, Fundamental rights, State of things unconstitutional, Public policy, Structural sentences

[1] Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela UEL. Pesquisadora/orientadora de PIBIC/PUCPR. Docente da PUCPR e FACCAR.

[2] Acadêmico do terceiro ano de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) – Campus Londrina. Pesquisador de Iniciação Científica da referida Instituição. Bolsa PIBIC/PUCPR.

INTRODUÇÃO

O Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) é um conceito concebido pela Corte Constitucional Colombiana (CCC), e foi declarado pela primeira vez em 1997. A principal ideia que o permeia é de a Suprema Corte de um país poder atuar com o propósito de corrigir uma situação envolvendo um quadro de afronta e violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, violações essas que são causadas pela inércia das autoridades públicas e geram um "litígio estrutural".

Por conseguinte, em maio de 2015, no Brasil foi ajuizada uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) pelo Partido Socialista e Liberdade (PSOL) e o Supremo Tribunal Federal foi provocado para analisar as omissões reiteradas do nosso Poder Executivo em relação à violação sistemática de preceitos fundamentais no sistema penitenciário brasileiro. Como base para formular a ADPF, foi afirmado o caráter desumano, degradante e cruel dos presídios brasileiros, que fomentam o aumento da criminalidade e afastam um de seus objetivos essenciais: a ressocialização do preso. Não obstante aos direitos da personalidade, que exigem o respeito à incolumidade física (corpo físico) e psíquica (mente e consciência), tratando de assuntos como liberdade, igualdade, solidariedade e a diferença, surgem temas referentes de à honra e o reconhecimento da dignidade humana, tendo em vista o caráter desumano dos presídios, que afetam diretamente seu físico e emocional. Foram, ainda, atacadas as ausências de medidas legislativas, orçamentárias e administrativas que representam uma "falha estrutural" aos direitos dos presos, além da sua expansão nos últimos anos, tornando nosso país como a 3ª maior população carcerária mundial.

Diante de todo o exposto, o interesse pela amplitude de vertentes que podem ser estudadas com o tema principal é profundo. Com isso, a pretensão deste trabalho é analisar os fundamentos e os pressupostos do Estado de Estado de Coisas Inconstitucional a partir de três pontos de vista. Quanto à natureza da pesquisa, esta será aplicada, visto que objetiva gerar conhecimentos para a aplicação prática do instituto, dirigidos a solução de problemas específicos da sociedade. Por outro lado, do ângulo de seus objetivos, a pesquisa será essencialmente exploratória, sendo que, do ponto de vista de seu objeto, deverá ser qualitativa, utilizando-se de pesquisa bibliográfica e documental, tendo em vista o caráter preponderantemente teórico do estudo, possuindo como fontes privilegiadas, a doutrina e as ações nacionais e internacionais existentes. O artigo é composto em tópicos essenciais para a compressão do tema e aborda o surgimento do instituto e os casos que ganharam destaque durante o desenvolvimento do instituto em questão. Após a compreensão dos pressupostos, o

próximo passo é uma análise da íntima relação entre o ECI e as sentenças estruturais, que advém da formulação e implementação de políticas públicas voltadas à superação da realidade inconstitucional. Por fim, o debate em relação ao direito comparado. Encerra-se o trabalho, apresentando as reflexões extraídas do estudo.

1. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: CONCEITO E VISÃO

É certo que em um Estado Constitucional, a prevalência dos direitos fundamentais, dos princípios constitucionais e a necessidade da interpretação conforme a Constituição Federal (1988) são intrínsecas à jurisdição, não havendo qualquer inconstitucionalidade na materialização dessas promessas tardias da modernidade por meio da jurisdição constitucional, muito pelo contrário, a recusa em concretizar as normas constitucionais, que aqui são entendidas como princípios e regras, é que seria ilegítima, pois negar-se-ia a máxima efetividade às normas constitucionais.

Em países de modernidade tardia, como o Brasil, não há o que se falar na falha da constituição dirigente, tampouco em posturas eminentemente procedimentalistas, ao gosto de Habermas, que critica a invasão da política e da sociedade pelo direito. (HABERMAS, 1997). Ao contrário, para o cumprimento das promessas incumpridas da modernidade, notadamente levando-se em consideração a jurisdição constitucional, deve haver uma atuação muito mais efetiva da justiça constitucional, para a implementação dos direitos fundamentais, máxime os sociais. É o que defendem as correntes denominadas substancialistas.

A Constituição Federal de 1988, não se limitou a proteger apenas o processo democrático ou definir as instituições que travam os debates e conflitos dentro da comunidade, pelo contrário, ousou ao instituir em seu corpo normativo um amplo rol de regras e princípios definidores de direitos e garantias fundamentais (o que torna ainda mais legítima a busca pela proteção e efetivação desses direitos), sociais ou coletivas, transformando-se assim em verdadeira constituição substancial. (MENDES, 2014)

Esses direitos e garantias fundamentais não podem ser taxados, de maneira alguma, como simples adornos destinadas ao embelezamento da ordem constitucional. São normas jurídicas dotadas de aplicabilidade imediata (Constituição Federal, art. 5º, §3º) e que devem ser cumpridas como qualquer outra, sem qualquer distinção.

A Constituição Federal de 1988 preceitua os direitos e garantias fundamentais, que foram criados para resguardar a dignidade humana, bem como para servirem de alicerce à proteção e efetivação dos direitos individuais e coletivos da população em geral, sempre

primando por uma sociedade justa e igualitária. Uma das formas que encontraram para concretização destes direitos foi através da criação de políticas públicas, um conjunto de ações realizadas pelo governo para auxiliarem na garantia dos direitos, máxime os sociais.

O termo “Estado de Coisas Inconstitucional” (ECI) surgiu na Colômbia em meados dos anos noventa, como forma de corrigir, com a atuação do Poder Judiciário, graves e reiteradas violações aos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos. A Corte Constitucional Colombiana (CCC) declarou o ECI pela primeira vez em 1997, e tal como se desenvolveu esse caso, têm-se uma amostra de como floresceu o conceito e os pressupostos essenciais de aplicação do instituto em questão.

Para Alexandre Campos (2016, p. 99) o Estado de Coisas Inconstitucional tem raiz nos “structural remedies*”* (remédios estruturais) dos Estados Unidos e foi declarado pela primeira vez em decisão proferida na “Sentencia de Unificación (SU) –559, de 1997”, emanada pela Corte Constitucional Colombiana. Na ocasião, diversos professores de dois munícipios Colombianos propuseram ações de tutela pois, os municípios estavam falhando em inscrevê-los no sistema de seguridade social, ou seja, tiveram benefícios previdenciários recusados, e a Corte ao analisar, constatou que este problema não era apenas dos demandantes, mas atingia 84,16% dos professores vinculados a sistemas municipais e consequentemente levando o problema ao âmbito nacional. Analisando ainda mais afundo o problema, a Corte verificou que a origem da violação não estava apenas nos municípios, mas sim, na própria política nacional de redistribuição de recursos voltados a área da educação.

Se, no caso em questão, a Corte Colombiana decidisse apenas contra as autoridades demandadas (prefeitura e municípios), a solução não seria alcançada, pois a raiz do problema estava na própria política nacional de redistribuição de recursos. A inconstitucionalidade estava na própria estrutura, e não decorrente apenas de certos atos isolados do poder público ou de normas constitucionais.

Assim, de acordo com Campos (2016, p. 97) a Corte constitucional colombiana atua para proteger não um direito fundamental individual, mas sim, todo o sistema de direitos fundamentais, sua dimensão objetiva, derivados não de um enunciado constitucional específico e expressivo de uma ordem de legislar, e sim da constituição como um todo. A declaração do Estado de Coisas Inconstitucional apresenta-se, dessa forma como um "mecanismo jurídico" marcado pela “presença de um juiz constitucional muito mais ativo socialmente, mais comprometido com a busca de soluções profundas aos problemas estruturais" que "repercutem sobre o desfrute dos direitos fundamentais". Um juiz constitucional que vai ultrapassar a resolução de casos particulares e "assume uma verdadeira dimensão de estadista destacando-se

como um agente de transformação", cujas decisões exigem "a atuação coordenada de diferentes autoridades públicas" dirigida à superação das violações direitos fundamentais.

Neste caso, então, surgem algumas diretrizes fundamentais, pois não se trata de tutelar direitos individuais, mas a dimensão objetiva ante a uma violação massiva e generalizada que decorre não apenas de uma autoridade, mas sim da própria estrutura de funcionamento.

Garcia Jaramillo (apud CAMPOS, 2016, p. 186) diz:

> A doutrina da criação judicial do Estado de Coisas inconstitucional surgiu como resposta judicial à necessidade de reduzir, em casos determinados, a dramática separação entre as consagrações da normatividade e a realidade social em um país tão particularmente garantista em suas normas como desigual em sua realidade.

É importante salientar, antes de prosseguir o estudo sobre o tema, que mais do que conhecer o rótulo "Estado de Coisas Inconstitucional", é de suma relevância conhecer seu procedimento, haja visto que a Corte Constitucional Colombiana já utilizou o mesmo procedimento sem chama-lo de Estado de Coisas Inconstitucional.

Dado este entendimento, o próximo passo é reconhecer a evolução histórica desse instituto. Luis Ricardo Gómez Pinto (apud CAMPOS, 2016, p. 163-164) aponta três fases distintas do instituto até os dias atuais. A primeira fase é denominada de "etapa do iluminismo constitucional", que alcançou as decisões sobre os casos María la Baja e Zambrano estendeu-se de 1997 a 2000; a segunda fase ficou conhecida como "tenebrismo constitucional", entre os anos 2000 a 2004; e por fim, a terceira fase, chamada de "etapa do renascimento".

É certo que na segunda metade da década de 90, o instituto do ECI ainda era pouco desenvolvido e, os autores que tratam deste assunto na Colômbia são unânimes em dizer que foi a fase de descoberta e também a de maior desvalorização do instituto, pois muitas vezes, a Corte afirmou haver um Estado de Coisas, sem que de fato houvesse a necessidade de se declarar um quadro de violenta inconstitucionalidade, até chegar, então, nos dois casos de maior referência sobre o tema, que contribuíram para o aperfeiçoamento do instituto, e que aqui serão debatidos.

O primeiro caso de maior repercussão é o Sistema Penitenciário Colombiano (T—153/1998), que iniciou como sendo uma demanda de apenas dois presídios colombianos: Penitenciária Nacional de Bogodá e de BellaVista de Medellín, mas que, a Corte ao analisar mais afundo o caso, percebeu que o problema era de todo o sistema carcerário, e não apenas daqueles dois presídios em particular. Toda a estrutura sofria com a superlotação e as condições indignas e degradantes, condições estas que violavam direitos fundamentais.

A corte percebeu então, que não bastaria apenas resolver a demanda dos dois presídios em questão, serviria apenas para a manutenção dos mesmos e não solucionaria o problema de fato. Era preciso uma medida estrutural, uma intervenção sistêmica. (CAMPOS, 2016). A corte determinou então, ordens de natureza estrutural, para que o Congresso, o Poder Executivo em conjunto com as entidades locais formulassem planos de restruturação dos presídios e novas políticas públicas para a superação daquele quadro.

A decisão foi um fracasso e todos apontam isso, pois faltou a corte monitorar o processo, a mesma não reteve jurisdição sobre o caso e o sistema continuou com os mesmos problemas. Carlos Alexandre (2016) ensina que o erro da corte no caso do sistema carcerário foi proferir ordens sem qualquer acompanhamento ou diálogo na fase de implementação.

Nas palavras de Campos (2015):

> O monitoramento, envolvido em audiências públicas e com a participação ampla da sociedade civil, permite aos juízes saber se as instituições democráticas estão progredindo ou se os bloqueios se mantiveram. Atuando assim, em vez de supremacia judicial, as cortes, por meio de remédios estruturais flexíveis e sob supervisão, promovem o diálogo amplo entre as instituições e a sociedade. Ordens flexíveis acompanhadas de monitoramento podem, portanto, ser superiores às ordens detalhas e rígidas não apenas sob as óticas democrática e política, mas também quanto aos resultados desejados. Daí por que comportamento judicial da espécie possuir tanto virtudes democráticas como vantagens pragmáticas.

A lição foi aprendida e o Caso do Deslocamento Forçado de pessoas dentro do território colombiano por causa da violência urbana (T-025/2004) retrata muito bem a evolução do mecanismo.

Carlos Alexandre (2015) introduz muito bem o caso ao dizer:

> Na Sentencia T –025, de 2004, a CCC examinou, de uma vez, 108 pedidos de tutelas formulados por 1.150 núcleos familiares deslocados. A maior parte dessa população era composta por vulneráveis como mulheres cabeças de família, menores, minorias étnicas e idosos. Argumentaram que os direitos à moradia, saúde, educação e trabalho eram absolutamente inexistentes, carecendo as vítimas do mínimo para sobreviver. A Corte conclui estarem presentes os principais fatores que caracterizam o ECI: a permanente e massiva violação de direitos fundamentais, a omissão de diferentes atores estatais que tanto implica essa violação como a mantém, o envolvimento de um número elevado de pessoas afetadas e a necessidade de a solução ser alcançada pela ação conjunta e coordenada de vários órgãos.

A Corte, ao analisar, identificou os mesmos pressupostos do caso anterior, que o problema não era apenas daqueles demandantes, mas envolvia 92% dos deslocados e constatou-se que os mesmos não tinham cobertura de direitos básicos durante o deslocamento. Percebeu-

se ainda que o tema estava completamente fora da agenda política colombiana, era um tema ignorado pela sociedade como um todo e com ausência total de políticas públicas, mesmo a Colômbia já tendo sido notificada por organismos internacionais sobre o problema (deslocamento forçado também ocorre em países como África e no sul da Ásia), e as autoridades colombianas continuaram na inércia, sem solucionar o problema.

Deste caso, tem-se que a violação massiva e generalizada de direitos fundamentais, decorrentes da ausência de políticas públicas, de falhas estruturais, de inércia dos agentes públicos e somente serão superadas com medidas estruturais, movimentando os organismos públicos e até mesmo privados.

Posto isso, a Corte determinou que fossem realizadas audiências públicas e periódicas junto com organismos da sociedade civil para monitorar e discutir as medidas tomadas, para saber do sucesso das mesmas e o que precisaria ser revisto. A corte passou, então, a reter jurisdição sobre o caso.

A Corte emitiu, ainda, ordens estruturais flexíveis e deixou que os poderes (legislativo e executivo) formulassem as políticas públicas, mas definiu parâmetros, prazos e obrigações para a superação do quadro de inconstitucionalidade. O conteúdo das políticas públicas seriam discutidos pelos poderes responsáveis e jamais pela corte, o que garante a separação dos poderes. O termo chave para esse processo seria o de reconhecer a Corte como catalizadora (CAMPOS, 2016), pois ela não formula diretamente as políticas públicas, apenas tira da inércia os agentes públicos e define prazos para a superação do quadro de violação.

Fica claro, ao analisar os casos acima descritos, que a Corte buscou harmonizar o ativismo judicial revelado na intervenção sobre as políticas públicas com uma proposta de diálogos institucionais. Paul Rouleau e Linsey Sherman (2009, p. 171-206) afirmam que são preferíveis "ordens flexíveis sujeitas à jurisdição supervisória" a "ordens detalhadas sujeitas à execução se desrespeitada". Com ordens flexíveis e diálogo sobre a implementação de medidas, cortes apontam a omissão estatal inconstitucional e a consequente violação massiva de direitos, fixam parâmetros e até prazos para a superação desse estado, mas deixam as escolhas técnicas de meios para os outros poderes. O acompanhamento permite aos juízes, uma vez devidamente informados, tomarem medidas capazes de assegurar a implementação das ordens, o que contribui para soluções superiores comparadas a eventuais decisões unilaterais. (Campos, 2015)

Não obstante, Gravito (2010, p. 15) afirma:

> A corte convocou audiências públicas periódicas, com a participação de atores estatais e sociais, para discutir a elaboração e a implementação das novas políticas públicas, criando espaços de deliberação e formas alternativas,

> inovadoras e potencialmente democratizantes, de aplicação judicial dos direitos constitucionais.

Para finalizar, na visão de Campos (2016), mais do que um rótulo, é necessário discutir as novas posturas de cortes constitucionais e/ou cortes Supremas no sentido de transformações processuais voltadas a aproximar as normas constitucionais da realidade concreta, para a efetividade de direitos fundamentais.

2. PRESSUPOSTOS DE APLICAÇÃO

Lima (2015) elucida que a Corte Constitucional colombiana, na decisão T 025/2004, sistematizou os seis pressupostos de aplicação que costumam ser levados em conta para determinar que uma determinada situação fática constitui um estado de coisas inconstitucional.

O primeiro, segundo Lima (2015) é a existência de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais, capaz de afetar um número significativo de pessoas. O segundo fator é a inércia do poder estatal, ou seja, uma prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantir a aplicação destes direitos. O terceiro, tange a adoção de práticas inconstitucionais a gerar, por exemplo, a necessidade de sempre ter que se buscar a tutela judicial para a obtenção do direito. O quarto a não adoção de medidas legislativas, administrativas e até mesmo orçamentárias necessárias para impedir a violação de direitos. O sexto fator configura-se quando existe um grave problema social cuja solução depende da intervenção de várias entidades, da adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações e da disponibilização de recursos adicionais consideráveis. Por fim, deve existir a possibilidade de um congestionamento do sistema judicial, caso ocorra uma procura massiva pela proteção jurídica.

No mesmo sentido, Cunha Júnior (2015) sustenta que da leitura das decisões da Corte Constitucional Colombiana, pode-se concluir que o ECI caracteriza-se, fundamentalmente, diante da constatação de que:

(a) é grave, permanente e sistemática a violação de direitos fundamentais, que afeta não apenas um pequeno número de pessoas, mas sim, a um amplo e indeterminado conjunto de pessoas (na hipótese, não basta uma proteção insuficiente); (b) há comprovada omissão reiterada de diversos e diferentes órgãos estatais no cumprimento de suas obrigações de proteção e efetivação dos direitos fundamentais, que deixam de adotar as medidas legislativas, administrativas e orçamentárias necessárias para evitar e superar essa violação, culminando em

uma falha estrutural das instâncias políticas e administrativas; (c) há a necessidade de a solução ser construída pela atuação conjunta e coordenada de todos os órgãos envolvidos e responsáveis, de modo que a decisão do Tribunal – que se reveste de natureza estrutural, na medida em que envolve uma pluralidade de providências – é dirigida não apenas a um órgão ou autoridade, mas sim a uma pluralidade órgãos e autoridades, visando à adoção de mudanças estruturais (como, por exemplo, a elaboração de novas políticas públicas, a alocação ou remanejamento de recursos públicos, obrigações de fazer ou de não fazer, etc.).

3. Direito Comparado

Quando se trata da aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional no Direito Comparado, não se pode afirmar que as intervenções estruturais das cortes têm sido algo muito comum neste campo. David Landau (2015, p. 407) afirma que essas "medidas são custosas, requerem tempo, demandam uma quantidade de aptidões jurídicas e políticas por parte dos juízes, e só parecem funcionar bem em certos contextos políticos."

É importante ressaltar que o Estado de Coisas Inconstitucional não é um procedimento exclusivo da Corte Constitucional Colombiana. Na década de 50, os Estados Unidos decidiram o Caso Brown v. Board of Education of Topeka , optando pelo fim da segregação racial no Ensino Público dos Estados do Sul. Na Argentina , recentemente com o Caso Mendoza y otros vs. Argentina, que trata da poluição em larga escalada de um rio argentino que oferecia grave risco a saúde das populações locais e a Corte então foi demandada para resolver este caso, e afirmou não possuir capacidade específica para isso, mas declarou que tinha a obrigação de fazer com que os poderes políticos se movimentarem, ou seja, catalisar movimentos para superar o quadro de violação massiva de direitos fundamentais. Foi ai, então, que a corte convocou especialistas sobre o assunto, políticos e membros da sociedade civil e passou a deliberar sobre as medidas. (BERGALLO, 2014)

Na Índia, o caso paradigma foi o do combate à fome, onde a Corte era constantemente demandada sobre o problema da fome, que é endêmico na Índia, e ao analisar, a Corte descobriu que havia uma deficiência na política econômica de distribuição de grãos, e por fim, acabou intervindo nesta política, mas sempre deliberando com os demais poderes, e determinando a criação de um organismo não governamental para a monitoração e relatar a implementação das novas medidas retendo jurisdição. (VILHENA, 2013)

No Peru, a Corte Constitucional declarou o ECI em três grandes casos. O primeiro, no Expediente nº 2579-2003HD/TC, conhecido como o "caso Arellano Serqúen", de 06 de abril

de 2004. O segundo caso, no Expediente nº 3149-2004-AC/TC, de 20 de janeiro de 2005, envolvia direitos individuais de professores que estavam sendo violados por parte de autoridades dos Ministérios da Economia e Finanças e da Educação, e por fim, no Expediente nº 03426-2008-PHC/TC de 26 de agosto de 2010, que versava sobre à falta de políticas públicas de tratamento e reabilitação da saúde mental de pessoas sob custódia penal do Estado

4. Sentenças Estruturais

Após a análise dos principais casos envolvendo a aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional, o exame dos pressupostos revela uma conexão com as chamada "stuctural suit" (processo estrutural), que também pode ser definido como o ponto chave de toda essa discussão, pois essas sentenças estruturais tem como base o diálogo e as transformações. (FISS, 1978)

O caso paradigma em destaque é conhecido como Brown v. Board of Education (1954), um julgamento da Suprema Corte norte-americana em razão de uma ação coletiva ajuizada contra o município de Topeka (Kansas), treze pais reclamavam contra a política de segregação racial permitida nas escolas fundamentais da cidade. Após um amplo debate, a Suprema Corte, em decisão concluiu pela inconstitucionalidade da prática impugnada, por violação à Décima Quarta Emenda à Constituição dos EUA, pondo fim à prática até então autorizada da doutrina dos "separados mais iguais"[1]. Os argumentos foram baseados na Constituição Americana, na clausula chamada *"*the equal protection of the laws", exigindo assim a integração racial nas escolas. Havia ali a necessidade de uma reforma em larga escala da Instituição de Ensino Público, saindo de um sistema dual, ou seja, escolas para brancos e escolas para negros, para um sistema único, integrado.

Um ano mais tarde, diante de queixas de várias escolas quanto às dificuldades em implantar a nova política de não-discriminação, e a resistência absurda de alguns membros da sociedade, inclusive de governadores locais, em casos famosos como Little Rock (1957) a Suprema Corte norte-americana viu-se forçada a reexaminar a questão, originando a decisão conhecida como Brown v. Board of Education II.

Nessa decisão, a Suprema Corte norte-americana, à vista da resistência de muitos Estados em atender ao novo marco estabelecido pela primeira decisão, decidiu que a implementação da ordem de não-segregação de crianças negras em escolas deveria fazer-se

[1] Presente no caso Plessy v. Ferguson, 163 U. S. 537 (1896).

pela progressiva adoção de medidas que eliminassem os obstáculos criados pela discriminação, sob a supervisão das cortes locais. Em suma, a ordem da Suprema Corte, considerando as grandes dificuldades encontradas em satisfazer de pronto o direito postulado e a variedade dos problemas enfrentados pelas escolas locais, autorizou a criação de planos (cuja execução seria acompanhada pelo Poder Judiciário local) para a superação do quadro de violação de direitos fundamentais e das graves inconstitucionalidades. Esses planos demandariam tempo e precisariam conformar-se às peculiaridades de cada lugar. Assim, conseguiu-se decisão mais aderente à realidade de cada lugar. Com isso, a segunda fase de Brown teve mais sucesso em sua implementação.

Descrevendo esse novo quadro processual, Owen Fiss (1978) faz algumas observações e formula uma nova categoria das chamadas "injunctions", e para o autor, o caso Brown ensina que não se pode ter uma concepção apriorística de remédios adequados e legítimos para determinados direitos, existe a utilidade de se ver a necessidade para implementar esse direitos, observar a substância. Para Owen Fiss (1978), a forma deve seguir a substância, sob pena de direitos ficarem sem remédios.

Quando a Corte passou a adotar as medidas estruturais para a superação do quadro, ela o fez por conta da necessidade, a legitimidade veio então da própria necessidade. Nesses casos, *"injunctions"* simplesmente reparatórias ou preventivas não teriam sucesso em remover aquele quadro de inconstitucionalidade, seriam necessários *"injunctions"* que transformassem essas instituições do governo que estavam em mal funcionamento. Havia necessidade de reformas estruturais e passou, então, a formular o conceito próprio da chamada *"public law litigation"* nos Estados Unidos, que mais do que prevenir ou remediar, buscavam transformar. (FISS, 1978) Abram Chayes (1976, p.1302), ao tratar da *"public law litigation"*, afirma que as cortes não são chamadas para resolver demandas entre indivíduos conforme o direito privado, mas sim, sobre mudanças sociais em larga escala, programas e políticas públicas.

Campos (2016), afirma que as sentenças estruturais buscam afastar a continuidade da violação de direitos fundamentais, a partir de remédios transformativos, que mudam o sistema e as instituições falidas, não são meras obrigações de fazer, mas sim, medidas estruturais que modificam a própria estrutura em funcionamento. Surge então o próprio conceito das *"structural injunctions".*

Owen Fiss (1978) explica, baseado nos litígios dos anos 50 e 60 envolvendo os Estados Unidos, as chamadas *"structural injunctions"*, dizendo:

> Há tempos, o Direito tem abraçado um pluralismo em relação as injunctions, aceitando a ideia de existirem categorias ou espécies de

> injunções. Mas, para a maior parte, a diversidade tem sido muito limitada - satisfeita em distinguir injunctions interlocutórias e definitivas, ou ainda mandatórias ou proibitórias. Eu gostaria de expandir a classificação e apresentar três novas categorias: a injunção preventiva, que busca proibir alguns atos específicos ou série de atos de ocorrerem no futuro; a injunção reparatória, que obriga o réu a engajar em um curso de ação que busque corrigir os efeitos de um passado errado; e a injunção estrutural, que busca efetuar a reorganização de uma instituição social existente.

Campos (2016), remonta a ideia de que o litígio estrutural é, em sua essência, uma "public law litigation", e vincula o Estado de Coisas Inconstitucional à fixação de stuctural remedies (remédios estruturais).

Partindo agora para uma análise dentro da jurisdição brasileira, o quadro de violação massiva de direitos fundamentais pode decorrer de ações e omissões sistemáticas e persistentes dos poderes públicos através da falta de coordenação e diálogo entre os poderes. Fato este, que ficou muito bem comprovado, quando nas sustentações orais do julgamento da ADPF 347, um dos pedidos que era o descontingenciamento de bilhões e bilhões do Fundo Penitenciário Nacional (FunPen), e a Advocacia-Geral da União (AGU), em sua fala, disse que não adiantaria pedir à União o descontingenciamento do fundo, pois os Estados não possuíam políticas públicas para a aplicação deste dinheiro. O Representante dos Estados, o Procurador do Estado de São Paulo em Brasília, Thiago Sombra, afirmou que os Estados não conseguiam aprovação de suas políticas públicas pela União por conta do auto rigor burocrático e exigências técnicas absurdas da própria União.

Fato este que comprova a falta de coordenação entre e diálogo entre os poderes e os agentes públicos. Há então, à necessidade de um terceiro intermediar e coordenar essas falas e essa falta de coordenação.

Para se entender melhor o assunto, o caso dos massacres e violências no Complexo Penitenciário de Pedrinhas, no Maranhão, ilustra bem esta passagem. Após o escândalo nacional e até mesmo internacional das mortes e violações dentro do presídio, o governo liberou milhões do FunPen para a melhorias, ampliações e aperfeiçoamento do sistema carcerário de Pedrinhas. Um ano mais tarde, o governo do Estado do Maranhão devolveu a quantia integral e corrigida a União alegando que não teria garantias de recursos futuros para a manutenção e funcionamento do presídio, inclusive para a alimentação dos presos. O que demostra total falta de diálogo entre os poderes.

Após identificar os pressupostos que caracterizam o Estado de Coisas Inconstitucional e analisar os casos mais importantes para o entendimento do instituto, deve ficar claro que muito

mais do que verificar a existência de um litígio estrutural, faz-se necessário também pensar em uma dinâmica sistemática, e as possibilidades de reparação de quadros de violações massivas e generalizadas de direitos fundamentais, envolvendo os poderes, suas capacidades e agentes públicos responsáveis, e ao mesmo tempo respeitando as prerrogativas constitucionais de independência e harmonia entre os mesmos, e a criação de políticas públicas limitadas por questões orçamentárias.

4- Efeitos das decisões

Partindo do ponto das sentenças estruturais, estas, buscam transformações dialógicas, pois a Corte, adota uma técnica de ordens flexíveis, sem de fato formular as políticas públicas. A Corte irá fixar prazos e parâmetros para a superação quais seriam os poderes envolvidos, as finalidades a serem alcançadas, mas deixa para os poderes públicos, a partir das suas capacidades institucionais próprias, a definição das políticas públicas em si.

Nas palavras de Campos (2015):

> O Estado de Coisas Inconstitucional é sempre o resultado de situações concretas de paralisia parlamentar ou administrativa sobre determinadas matérias. Nesse cenário de falhas estruturais e omissões legislativas e administrativas, a atuação ativista das cortes acaba sendo o único meio, ainda que longe do ideal em uma democracia, para superar os desacordos políticos e institucionais, a falta de coordenação entre órgãos públicos, temores de custos políticos, legislative blindspots, sub-representação de grupos sociais minoritários ou marginalizados.

Ao adotar tais remédios para superar os quadros de violação de direitos, as Cortes passam a cumprir dois objetivos essenciais: o primeiro, o de superar bloqueios políticos e institucionais, e aumentar a deliberação e principalmente o diálogo entre as instituições/poderes, sobre causas e soluções do Estado de Coisas Inconstitucional. Cortes engajam em uma espécie de ativismo judicial estrutural, justificado, no entanto, pela presença de bloqueios políticos e institucionais.

Para Campos (2016, p. 97), ao se declarar o ECI a corte deixa de restringir a função de simples garantidor de direitos individuais em casos particulares e assume papel muito mais ativo, ou seja, o de “contribuir a formulação de políticas públicas e de assegurar sua implementação e o controle de sua execução", para ao final, superar os quadros de violação de direitos fundamentais.

CONCLUSÃO

O Estado de Coisas Inconstitucional tem como berço a Corte Constitucional Colombiana, da qual já reconheceu o instituto em alguns casos. No Brasil é uma tese bastante discutida, que foi abordada pelo jurista Daniel Sarmento na petição da ADPF nº 347/DF, conhecida como Partido Socialismo e Liberdade x União, no qual bem abordou a deficiência do Sistema Penitenciário do Brasil e a violação dos direitos e garantias fundamentais, e os requisitos essenciais para a caracterização do instituto em tela comentado. Apesar de haver diferenças institucionais importantes entre o STF e a CCC, a prática da declaração do ECI e da formulação de ordens estruturais, flexíveis e sob monitoramento, torna-se uma boa maneira do Tribunal Maior passar a lidar com essas falhas estruturais prejudiciais à efetividade dos direitos fundamentais dos brasileiros.

Durante o desenvolvimento deste trabalho, foram abordados, através do método dedutivo, o conceito e os pressupostos que caracterizam o Estado de Coisas Inconstitucional. Em seguida, após analisar os casos de maior importância em que foram aplicados o instituto em tela, surge a ideia de sentenças estruturais, que foram discutidas partindo das ideias de Owen Fiss, e durante o desenvolvimento do tema, foi possível demonstrar a intima conexão entre o ECI e as sentenças estruturais, voltadas a superação de quadro de violação de direitos fundamentais.

Por fim, buscou-se demonstrar, através do direito comparado, que o ECI não é um fenômeno exclusivo da Colômbia, mas que está presente em diversos países espalhados pelo globo. Justifica-se esse trabalho pelo seu alto valor teórico e por refletir o novo constitucionalismo brasileiro. Ademais, mostra-se oportuno se pensar em mecanismos de adoção da Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional com vistas à efetivação e implementação dos direitos fundamentais constitucionalmente resguardados, para que se possa, ao final, demonstrar a harmonização e manutenção do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BERGALLO, Paola. **La causa "Mendonza": uma experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho a la salud**. In: GARGARELLA, Roberto (Comp.) Por uma justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo**. Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivim, 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Jota Mundo: Estado de Coisas Inconstitucional.** Artigo publicado in: <http://jota.info/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional> Acesso em 16 jan.2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural#_ftn10>. Acesso em: 01 fev. 2018.

Cf. VILHENA, Oscar; BAXI, Upendra; VILJOEN, Frans. (Ed.)**Transformative constitutionalism: Comparing the Apex courts of Brazil, India and South Africa.** Johannesburg: PULP, 2013;MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia.** New York: Cambridge University Press, 2013

COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. Expediente: 137001 Y OUTRO. Sentencia T-153. Actores: Manuel José Duque Arcila, Jhon Jairo Hernández y Otros. Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. 28 de abril de 1998.

COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. Sentencia de Uificación nº SU-559. Actores: Délfida Carrascal Sandoval, Francisca Correa Padilla, Francia Cassiani Peña, Carmen Cecilia Cueto Navarro, María Victoria Julio Meza, Pedro Carval San Martín, Carmen Rosario Torres Acevedo, Merlyn Vanegas Alvarez, Carmen Serrano España, María Isabel Arcia Herrera, Miladys Vanegas Batista, Josefina Fuentes Pérez, Wilson Cabeza Arroyo, Edilberto Calderón Polanco, Alberto Montes, José Alvarez Larios, Xiomara Cantillo, Candelaria Causado, Minerva Tobías, Wilson Carey Palencia, Briggitte Torres, Asunción Simanca, Gloria Suárez Herrera, Orlando Beltrán, Rosario Mulford Hernández, Jenny Acosta, Gehovanny Barcas, Yarlis Cabarcas, Amaury Guzmán, Marina Mercado, Daici Rodríguez, Tatiana Torres, Martha Arzayús, Jorge Rosales, Wilmer Madera, Hildeberto Avila, Amarilda Vergara De Ávila, José Herrera Esquivel, Emiro Mercado Moreno, Dalgy Hernández Cotes, Ana Del C. Hernández, Donaldo Gamarra, Alberto Montes, Margarita Durán, Ana Hernández E Ivonne Lozano. Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. 06 de novembro de 1997

CF.CHAYES, Abram. **The Rule of the Judge in Public Low Litigation**. Harvard Law Review Vol 86 (7), 1976.

CF. por todos: FISS, Owen M. **The Civil Rights Injunction**. Bloomington: Indiana University Press, 1978

GRAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. Cortes y Cambio Social. **Cómo la Corte Constitucional transform el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Dejusticia, 2010, p. 15.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia – entre faticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Disponível em: <https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/264042160/estado-de-coisas-inconstitucional>. Acesso em: 17 jan. 2018.

LIMA, George Marmelstein. **O Estado de Coisas Inconstitucional – ECI**: apenas uma nova onda do verão constitucional? Disponível em: <https://direitosfundamenta is.net/2015/10/02/o-estado-de-coisas-inconstitucional-eci-apenas-uma-nova-onda-do-verao-constitucional/> Acesso em: jan. 2018.

LANDAU, David. **Derechos Sociales e limites a la reforma constitucional: la influencia de la Corte Constitucional en el Derecho Comparado**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015, p 407.

MAGISTRADO, MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA; MAGISTRADO, RODRIGO ESCOBAR GIL; MAGISTRADO, JAIME CORDOBA TRIVIÑO. **Sentencia T-025/04**. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: 01 fev. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª, ed. Saraiva, São Paulo-2014.

ROULEAU, Paul; SHERMAN, Linsey. Doucet-Boudreau, Dialogue and Judicial Activism: Tempest in a Teapot? **Ottawa Law Review** Vol. 41 (2), 2009, p. 171-206.

Supreme Court of the United States, 349 U. S. 294 (1955)

Supreme Court of the United States, 347 U. S. 483 (1954).