



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATU SENSU* EM DIREITO E PROCESSO
CONSTITUCIONAL

CAMILA ANDRADE PACHECO DE BORBA

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL (ECI) E O ATIVISMO JUDICIAL
ESTRUTURAL DIALÓGICO COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DO DIREITO
FUNDAMENTAL À SAÚDE

FORTALEZA/CE

2017

CAMILA ANDRADE PACHECO DE BORBA

**O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL (ECI) E O ATIVISMO JUDICIAL
ESTRUTURAL DIALÓGICO COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DO DIREITO
FUNDAMENTAL À SAÚDE**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização *Latu Sensu* em Direito e Processo Constitucional da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará – ESMEC, como requisito parcial para obtenção do Título de Especialista em Direito.

Orientadora: Profa. Ms. Denise dos Santos Vasconcelos Silva

FORTALEZA

2017

CAMILA ANDRADE PACHECO DE BORBA

**O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL (ECI) E O ATIVISMO JUDICIAL
ESTRUTURAL DIALÓGICO COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DO DIREITO
FUNDAMENTAL À SAÚDE**

Monografia apresentada ao Curso de
Especialização *Latu Sensu* em Direito e Processo
Constitucional da Escola Superior da Magistratura
do Estado do Ceará – ESMEC.

Aprovada em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. Denise dos Santos Vasconcelos Silva (Orientadora)
Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará – ESMEC

Prof. ?
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. ?
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Ao meu amado filho Eric, razão da minha vida e existência, que do seu jeito me fez acreditar no melhor e continuar lutando pelos meus sonhos.

Ao meu esposo Victor, meu amor, que me motivou e deu todo o suporte emocional e estrutural para concluir esta etapa, sempre estando ao meu lado nos bons e maus momentos.

À minha mãe, Maria do Carmo, e ao meu pai, Emanuel, grandes incentivadores da minha formação acadêmica, por todas as palavras, conselhos, amor e paciência.

Aos meus irmãos Victor, Fernanda e Eduardo e a minha madrasta Karina, pela simples existência e apoio constante.

A Deus, que me trouxe a vida e me deu forças para finalização desta etapa.

AGRADECIMENTOS

A Deus que me deu o discernimento necessário, proporcionando-me coragem e perseverança para caminhar até aqui e alcançar mais uma graça em minha vida.

A toda minha família, pais, avó, irmãos, tios, primos, madrasta, meu marido e filho, pessoas tão especiais, razões da minha vida, que tornaram este percurso menos dificultoso e mais suave com seu apoio e amor incondicional.

Aos meus amigos, especialmente aqueles que conheci durante este curso, pelo companheirismo e cumplicidade vividos, pelos sorrisos e alegrias partilhadas, pela contribuição para o meu aprendizado, bem como pelo auxílio e suporte essenciais nos momentos difíceis.

À professora Denise dos Santos Vasconcelos Silva (Orientadora), por sua disponibilidade, pelos estímulos prestados à produção acadêmica, pelo carinho, atenção e paciência na orientação desta obra e ainda por todas as críticas e sugestões que foram fundamentais na consecução e finalização da presente monografia.

A todos os professores e colaboradores integrantes da Escola superior da Magistratura do Estado do Ceará - ESMEC, por transmitirem ensinamentos jurídicos e de vida valiosos, aprimorando-me como ser humano, em direção ao sucesso profissional.

À Secretaria da Primeira Vara de Recuperação de Empresas e Falências, em nome de todos os funcionários que por lá passaram e dos ilustres juízes, Dr. Cristiano Rabelo Leitão e Cláudio Augusto Marques de Sales, que me oportunizaram a honra de trabalhar num local repleto de boas energias, onde pude contar com a amizade de pessoas maravilhosas, que confiaram em mim e me incentivaram durante toda minha jornada acadêmica e profissional e, ainda, pacientemente, ensinaram-me o cotidiano forense, contribuindo efetivamente para minha formação profissional.

A todos que, de algum modo, contribuíram para a realização deste trabalho.

Muito obrigada.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo tratar do estado de coisas inconstitucional (ECI) e suas características sob a perspectiva histórica e contexto sociopolítico de sua aparição na Colômbia, bem como a sua recepção no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da ADPF 347/DF. Pretende-se com esta pesquisa monográfica identificar o efeito principal do reconhecimento deste instituto, qual seja, o ativismo judicial estrutural dialógico, cujo conceito baseia-se num novo modelo de intervenção do Poder Judiciário, conquanto haja violação grave e generalizada de direitos fundamentais, olvidados de forma contumaz do amparo estatal necessário, e que tem por consequência a coordenação judicial de políticas públicas de modo organizado e integrado entre os três poderes da República, sob constante fiscalização do Judiciário. Ao amparo desta nova ótica, a pesquisa, ora realizada, objetiva ainda demonstrar, pelo método bibliográfico e documental, a possibilidade do reconhecimento do ECI quanto aos direitos fundamentais sociais, notadamente quanto à proteção e efetivação do direito fundamental à saúde, em virtude da violação constante e sistematizada a este direito fundamental.

Palavras-chave: Estado de coisas inconstitucional. Ativismo judicial estrutural dialógico. Direitos fundamentais sociais. Direito fundamental à saúde.

RESUMEN

Este estudio tiene como objetivo abordar el estado de cosas inconstitucional (ECI) y sus características en la perspectiva histórica y el contexto socio-político de la emergencia en Colombia, así como su recepción en Brasil por el Tribunal Supremo, a través de la ADPF 347/DF. El objetivo de esta investigación monográfica es el efecto principal del reconocimiento de lo ECI, es decir, lo activismo judicial dialógico, cuyo concepto se basa en un nuevo modelo de intervención judicial, aunque exista una violación grave y generalizada de los derechos fundamentales, olvidados de el apoyo estatal necesario y contumaz, y que conduce a la coordinación judicial de las políticas públicas organizadas y de manera integrada entre los tres órdenes de gobierno, bajo supervisión constante del poder judicial. Nesta nueva perspectiva, la investigación tiene también por objetivo demostrar, por el método bibliográfico y documental, la posibilidad de reconocimiento de la ECI para los derechos sociales fundamentales, en particular para la protección y realización del derecho fundamental a la salud, debido a la violación constante y sistemática de este derecho fundamental.

Palabras clave: Estado de cosas inconstitucional. Activismo judicial estructural dialógico. derechos sociales fundamentales. Derecho fundamental a la salud.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL (ECI)	15
1.2 Origem histórica	15
1.2 Definição e limites	19
2 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO	27
2.1 A Arguição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF nº 347/DF	27
2.2 Da medida cautelar concedida pelo Supremo Tribunal Federal	39
3 O ATIVISMO JUDICIAL ESTRUTURAL DIALÓGICO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE	47
3.1 O ativismo judicial estrutural dialógico: conceito e repercussões	47
3.2 Panorama jurídico do direito fundamental à saúde	51
3.3 A efetivação do direito à saúde pelo ativismo judicial estrutural dialógico	56
CONCLUSÃO	64
REFERÊNCIAS	68

INTRODUÇÃO

O estado de coisas inconstitucional (ECI) é uma teoria desenvolvida pela Corte Constitucional Colombiana num contexto de grande instabilidade institucional do Estado Colombiano em razão do crescimento dos grupos armados, como as FARC - Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia.

O poder das milícias armadas influenciou negativamente nas ações sociais, fazendo com que aquele Estado se ausentasse cada vez mais de suas atribuições políticas e sociais constitucionalmente definidas para voltar-se à contenção do poder do narcotráfico e estabelecimento da paz naquele país, fato que gerou crescente violação dos direitos fundamentais da população mais vulnerável.

Com a aprovação da Constituição Republicana da Colômbia de 1991, a Corte Constitucional, amparada no art. 241 da Lei Maior, passou a reconhecer o ECI quando existente uma grave e contínua violação de direitos constitucionais, advindos da omissão recorrente do poder público em promover soluções efetivas na proteção dos direitos fundamentais de pessoas vulneráveis.

No entanto, foi somente na Sentencia T – 025, de 2004 que a Corte Colombiana definiu os pressupostos para a declaração do ECI sendo estes: a) a violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais que afeta um número significativo de pessoas; b) omissão prolongada das autoridades no cumprimento das suas obrigações de garantir os direitos; c) a adoção de práticas inconstitucionais, como a exigência de ação como parte do procedimento para garantir direito violado; d) a não edição de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias necessárias para evitar violação de direitos. e) a existência de um problema social cuja solução compromete a intervenção de várias entidades, exige a adoção um complexo de ações coordenadas e esforço orçamentário adicional; f) congestionamento do judiciário.

A declaração do ECI tem por objetivo uma atuação dirigente do Judiciário, legitimando aquilo que veio a se chamar de ativismo judicial estrutural dialógico, o qual permite uma solução integrada e organizada entre os poderes da República a fim de que se ponha fim à violação ao direito fundamental em questão, isso sob a constante fiscalização do Judiciário.

No Brasil, ouviu-se falar deste instituto pela primeira vez no julgamento da ADPF 347/DF perante o Supremo Tribunal Federal, no qual restou reconhecido o ECI quanto ao sistema

penitenciário nacional, ante a violação massiva e generalizada dos direitos fundamentais dos presos, provocada pelas falhas estruturais decorrente da incapacidade e letargia do poder público em dar efetividade às políticas públicas nesse sentido.

Em que pese a notabilidade que vem ganhando tal instituto, a doutrina brasileira ainda é bastante incipiente em trabalhos relacionados ao tema, em sua maioria manifestando-se por artigos publicados em sítios eletrônicos, havendo, em contrapartida, bastante crítica relacionada ao ECI, uma vez que seu reconhecimento pode ir de encontro aos princípios constitucionais democrático e da separação dos poderes no que tange à intervenção do Judiciário nas atribuições constitucionalmente definidas ao Executivo e Legislativo.

Por outro lado, há quem aceite a declaração do ECI no Brasil, uma vez atendidos os seus pressupostos e partindo-se do princípio de que se trata de medida excepcional de proteção aos direitos fundamentais, pois depende das situações chamadas de urgências institucionais, decorrentes da violação grave e sistematizada de direitos fundamentais.

Consoante o que foi dito e realizando uma contextualização legal do tema, parece ser plenamente aceitável a declaração do ECI quanto aos direitos sociais, notadamente o problema saúde pública no Brasil, uma vez que a sociedade vivencia situação de grandes inconstitucionalidades nesse setor como a falta de aparelhos e profissionais, corredores de hospitais lotados, demora no atendimento, falta de estrutura, inexistência de políticas públicas, o que revela uma violação grave e generalizada do direito fundamental à saúde, sem contar com a crescente judicialização da saúde, decorrente do péssimo (às vezes inexistente) serviço público, o que acaba por provocar microssoluções judiciais comprometedoras do direito coletivo das pessoas alijadas da sociedade.

Seguindo a perspectiva da ADPF 347/DF, há também violação generalizada do direito fundamental à saúde no Brasil, no qual as pessoas sem recursos financeiros são obrigadas a conviver com condições desumanas e cruéis no serviço público colocados a seu dispor, onde somente uma solução estrutural decorrente da cooperação institucional dos três poderes poderia reverter esse quadro contínuo de violações.

A partir do exposto, buscou-se desenvolver pesquisa monográfica que respondesse aos seguintes questionamentos: qual a origem, conceito e pressupostos do ECI? como se verificou a recepção do ECI pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 347/DF? No que consiste o ativismo

judicial estrutural dialógico e a sua importância na efetivação dos direitos fundamentais? Há possibilidade de declaração do ECI para a proteção do direito fundamental social à saúde?

Assenta-se a justificativa desta pesquisa no neoconstitucionalismo, movimento teórico e ideológico que surgiu após a segunda metade do século XX (Pós-Segunda Guerra Mundial), cujo efeito proporcionou um redimensionamento do papel da Constituição, alçando-a em nível de notável centralidade e relevância social.

Deste movimento, surgiram as Constituições que consagraram o famoso Estado de Direito Constitucional, no qual os valores e direitos fundamentais foram alocados no topo da pirâmide do ordenamento jurídico pela vontade popular e passaram a ser determinantes quanto à realidade social, imprimindo uma força normativa às normas constitucionais.

Com efeito, o Poder Judiciário, notadamente as Cortes Constitucionais, foram os grandes protagonistas desse movimento, uma vez que se atribuiu constitucionalmente a este órgão a verificação da validade das normas constitucionais e dos atos emitidos pelo poder público, sendo chamado por alguns juristas de “Guardião máximo da Constituição”.

Nestas condições, foram criadas ferramentas processuais como os remédios constitucionais e ações diretas de controle de constitucionalidade, a fim de que o Judiciário pudesse bem desempenhar o seu papel constitucional e então aplicar o princípio da supremacia constitucional e da força normativa aos casos submetidos a este.

Ocorre que, nos países latinos, sobretudo no Brasil – países que adotam o *civil law* e que se promulgam Constituições analíticas -, cresceu de forma exponencial o número de demandas com larga repercussão política levadas ao Judiciário, intervindo esse poder em assuntos que originalmente são de atribuições e efetivação dos Poderes Executivos e Legislativo.

Desta forma, observou-se no decorrer dos anos um agir mais proativo e intervencionista das Cortes Constitucionais no sentido de dar efetividade social aos direitos fundamentais constitucionais esquecidos pelo poder público, de tal forma que as decisões transmudaram de declaratórias para mandamentais, permeando o campo da elaboração das políticas públicas, tudo com vistas a atender e concretizar os valores constitucionalmente definidos.

Com o avanço da jurisdição constitucional, nasce uma nova teoria constitucional, ou, como alguns autores preferem chamar uma nova “técnica decisória”, denominada de Estado de Coisas Inconstitucional (ECI). Tal teoria tem a finalidade de extirpar a omissão reiterada do Estado em concretizar direitos fundamentais, intrinsecamente ligados à dignidade humana, e pertencentes

a um grupo de pessoas de vulnerabilidade extrema, que pela ausência de voz política ativa ou representatividade política, são comprovadamente esquecidos quanto às políticas públicas implementadas.

Destarte, devido a mora recorrente do Estado, tal violação justificaria uma ingerência maior do Judiciário nas ações judiciais atinentes às questões políticas, no sentido de impulsionar os poderes e órgãos competentes para efetivamente implementar as ações governamentais de sua competência constitucional, possibilitando uma atuação harmonizada e integrada dos três poderes, sob constante fiscalização da Corte Constitucional, visando à regressão gradativa do quadro de inconstitucionalidade.

Em vista do exposto, a relevância jurídica e social do tema decorre do recente reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento de cautelar na ADPF 347, fazendo-se salutar o estudo das repercussões político-sociais daí advindas, especificamente quanto à determinação de medidas estruturais e orçamentárias do Judiciário aos outros órgãos e poderes da República e o possível choque de valores com o princípio constitucional democrático e da separação dos poderes.

Nesse sentido, o trabalho visa fomentar a discussão do tema perante a sociedade e os operadores do direito, com enfoque dado à possibilidade de declaração do ECI e do ativismo judicial estrutural dialógico para reverter a violação ao direito fundamental à saúde no Brasil, uma vez que esta vivencia verdadeiro cenário inconstitucional, cabendo ao Supremo Tribunal Federal, como guardião máximo da Constituição, dar efetividade a este direito fundamental.

Como objetivo geral pretende-se analisar a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) e o seu principal efeito, o ativismo judicial estrutural dialógico, como instrumento de proteção ao direito fundamental social à saúde. Os objetivos específicos são: apresentar, sob a perspectiva histórica e sociopolítica, a nova teoria colombiana de controle de constitucionalidade conhecida como Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), demonstrando seu conceito, requisitos necessários e a relevância que se tem dado ao assunto perante a evolução do papel do Judiciário na sociedade; averiguar a recepção desta teoria no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da ADPF 347/DF; verificar, pelas lições doutrinárias e jurisprudenciais no Direito Comparado e Nacional, o efeito principal do reconhecimento do ECI, qual seja, o ativismo judicial estrutural dialógico, analisando seu conceito e pressupostos; e, por fim, investigar, ao final do estudo

realizado, a possibilidade do reconhecimento do ECI quanto aos direitos fundamentais sociais, notadamente quanto à proteção e efetivação do direito fundamental à saúde.

Com relação aos aspectos metodológicos este trabalho monográfico é desenvolvido por meio de pesquisa essencialmente bibliográfica e documental, inclusive de origem estrangeira, tendo em vista o objeto de estudo refletir uma teoria originalmente colombiana, com um acervo de estudos ainda embrionários no universo jurídico nacional. Assim, procura-se explicar o problema por meio da análise da literatura nacional e estrangeira, publicada em forma de livros, revistas, publicações avulsas e imprensa escrita, com ênfase nas obras de Carlos Alexandre de Azevedo Campos, César Rodriguez Garavito, Diana Rodriguez Franco, Allan Luiz Oliveira Barros e Luís Roberto Barroso, bem como do estudo da legislação e decisões nacionais e estrangeiras relacionadas.

Quanto aos fins, esta pesquisa é exploratória porque busca explicar e interpretar a doutrina, a jurisprudência consolidada pelos tribunais pátrios e estrangeiros e a respectiva legislação vigente, assumindo a forma bibliográfica e documental, procurando, desta forma, aprimorar ideias e auxiliar na elaboração de hipóteses para futuras pesquisas. Segundo a sua abordagem, a pesquisa é qualitativa, visando uma maior compreensão acerca da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) e o seu principal efeito, o ativismo judicial estrutural dialógico, como instrumento de proteção ao direito fundamental social à saúde.

No primeiro capítulo, tratou-se de contextualizar historicamente o estado de coisas inconstitucional, seu conceito e possíveis impasses que poderiam advir do seu reconhecimento, pontuando os aspectos favoráveis e desfavoráveis trabalhados pela doutrina ante os princípios constitucionais da separação dos poderes e o democrático.

O segundo capítulo, por sua vez, focou no reconhecimento do ECI pelo Supremo Tribunal Federal quanto ao sistema penitenciário brasileiro na ADPF nº 347/DF, demonstrando-se os dados estatísticos da atual situação prisional do país, bem como os preceitos fundamentais violados trazidos pelo arguente e, ainda, os argumentos jurídicos aventados pelos ministros da Suprema Corte, no julgamento cautelar desta ação constitucional.

Por último, no terceiro capítulo abordou-se o tema central desta pesquisa, qual seja, o ativismo judicial estrutural dialógico como decorrência do reconhecimento do ECI e a possibilidade de utilização na efetivação ao direito fundamental à saúde, considerando-se o atual cenário de violações generalizadas no qual se encontra inserida a saúde pública do Brasil.

À vista disso, versa esse trabalho, em sua essência, sobre a possibilidade de declaração do estado de coisas inconstitucional na efetivação do direito à saúde, de modo a conceber uma solução harmonizada e estratégica, envolvendo todos os três poderes da República na eficaz desconstrução do grave quadro de violações deste direito fundamental.

1 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL (ECI)

Inicialmente, para uma melhor compreensão do fenômeno do estado de coisas inconstitucional, faz-se necessário o estudo do contexto de surgimento desta figura, de origem colombiana, e as repercussões significativas no seio jurídico, político e social daquele país. Nesse sentido, destaca-se, primordialmente, o papel da Corte Constitucional da Colômbia na busca pelo aprimoramento de técnicas decisórias a fim de dar efetividade aos direitos fundamentais esquecidos pelo poder público naquele país, bem como os efeitos positivos e negativos daí decorrentes.

1.2 Origem histórica

O estado de coisas inconstitucional surgiu pela primeira vez no ano de 1997, em julgamento da Corte Constitucional da Colômbia (CCC), na *Sentencia de Unificación* (SU) – 559 de 06/11/1997.

Naquela ocasião, 45 professores das cidades de María La Baja e Zambrano tiveram os direitos previdenciários negados pelas autoridades locais e questionaram judicialmente a perda dos seus benefícios sociais. Ocorre que foram constatadas falhas estruturais decorrente de diversas esferas de poder, atingindo não só os demandantes como um grande número de professores da instituição (CAMPOS, 2015).

Sobre o contexto sociopolítico do país naquele momento, interessante destacar a as palavras de Allan Luiz Oliveira Barros (2016, *online*), as quais evidenciam um país tomado pelo poder do narcotráfico e milícias armadas, tentando lidar desesperadamente com os seus reflexos por meio de políticas públicas direcionadas a sua contenção:

A atuação desses grupos armados, e sua influência no seio da sociedade e entre os próprios agentes do poder público chegou a atuar de forma nociva no âmbito do processo político no país, com eleição de narcotraficantes, o financiamento de campanha eleitoral de parlamentares e até mesmo o assassinato de candidatos à presidência da República contrários à causa do comércio de drogas. A ausência do Estado em áreas importantes, e a insatisfatória prestação de serviços públicos à sociedade, abriu espaço para que esses grupos paramilitares emergissem com forte influência política sobre a sociedade, preenchendo espaço político deixado pelo Estado. A situação vivenciada no Século XX dificultava sobremaneira a estabilidade institucional do Estado colombiano. O Estado não conseguia garantir a paz social, o que também impedia o desenvolvimento econômico do país. Nesse conturbado ambiente social foi aprovada no ano de 1991 a *Constitución Política de Colombia* que não representava ruptura democrática, mas uma continuidade. [...] O ECI tem sido declarado para a proteção do que a corte colombiana denomina de

sujeito especial de proteção constitucional que são pessoas físicas que integram uma minoria étnica, política ou social que se apresentam como grupos vulneráveis, sem voz política, que precisam da proteção do juiz constitucional e devem ser tratados de maneira prioritária.

Assim, a Corte Constitucional, no exercício de sua competência conforme art. 241 da Constituição da Colômbia, declarou um estado de coisas inconstitucionais contrário à Constituição em face da omissão de dois municípios de Bolívar e de um grupo maior alcançado pela situação quanto à afiliação dos seus docentes ao Fundo Nacional Previdenciário do Magistério e gozo dos benefícios previdenciários correspondentes, não obstante a incidência dos respectivos descontos salariais da classe (LYONS; MONTERROZA; MEZA, 2016).

Preocupada inicialmente com a amplitude da violação dos direitos sociais em questão, a Corte reconheceu o estado de coisas inconstitucional e proferiu decisão a favor de todos naquela situação e impôs ações colaborativas entre os entes públicos responsáveis, no sentido de adotarem as providências de forma sistematizada, com vistas à efetivação de tais direitos.

Em outros dois casos emblemáticos, na *Sentencia de Tutela (T) – 153*, de 1998 e na *Sentencia T – 025*, de 2004, a Corte Colombiana declarou, respectivamente, o ECI relativo à situação das penitenciárias do país e também quanto aos direitos fundamentais dos migrantes (*desplazados* ou deslocados) os quais se deslocavam forçadamente no território nacional em razão da violência interna provocada por grupos armados paraestatais, como as FARC - Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (CAMPOS, 2015).

No caso das penitenciárias, foi averiguado superlotação e condições desumanas em que viviam os presidiários (inicialmente os pertencentes às Penitenciárias Nacionais de Bogotá e de Bellavista de Medellín), constatando-se, após, uma situação insustentável em todas as penitenciárias do país que suplicava por medidas de estrutura perante os órgãos responsáveis ante as graves lesões à dignidade dos presos. Sobre esta decisão traz o autor Vieira Junior (2016, p. 17) as importantes considerações:

A Corte colombiana passou a aperfeiçoar o instituto em decisões posteriores. Um dos casos de maior destaque foi o tratado na *Sentencia de Tutela (T) nº153*, de 1998, em que a Corte Constitucional declarou o estado de coisas inconstitucional relativo ao quadro de superlotação das penitenciárias do país. A Corte constatou que o quadro de descumprimento de direitos fundamentais era generalizado. A superlotação e o império da violência nas penitenciárias eram mazelas nacionais, de responsabilidade de um conjunto de autoridades. Além de declarar o estado de coisas inconstitucional, ordenou a elaboração de um plano de construção e reparação das unidades carcerárias e determinou a alocação de recursos orçamentários necessários.

No entanto, a técnica do ECI ainda precisava ser aprimorada, uma vez que apresentava “pouca flexibilidade das ordens judiciais, a baixa fiscalização de seu cumprimento e a pouca preocupação da Corte com a real impossibilidade de as autoridades públicas cumprirem as ordens”, segundo afirma Vieira Junior (2016), servindo o papel da Corte, nesse primeiro momento, apenas para chamar a atenção sobre o tema, conforme ressalta Campos (2015).

Foi somente na Sentencia T – 025, de 2004, no caso dos *desplazados*, que a Corte Colombiana tratou o ECI de modo diverso, definindo assim parâmetros objetivos para a sua declaração, sendo estes: a) a violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais que afeta um número significativo de pessoas; b) omissão prolongada das autoridades no cumprimento das suas obrigações de garantir os direitos; c) a adoção de práticas inconstitucionais, como a exigência de ação como parte do procedimento para garantir direito violado; d) a não edição de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias necessárias para evitar violação de direitos; e) a existência de um problema social cuja solução compromete a intervenção de várias entidades, exigindo a adoção de um complexo de ações coordenadas e esforço orçamentário adicional; e, por último, f) congestionamento do judiciário (CAMPOS, 2015).

Na situação do deslocamento forçado na Colômbia, foi dado um tratamento totalmente diferenciado quanto à o reconhecimento do ECI e seus efeitos, sendo de bom alvitre destacar as ponderações a seguir, as quais retratam a sistematização do instituto:

O caso do deslocamento forçado de pessoas em decorrência do contexto de violência na Colômbia, decidido na Sentencia T – 025, de 2004, é o caso mais importante do gênero. O deslocamento interno forçado de pessoas é um fenômeno típico de países mergulhados em violência, como é o caso da Colômbia. As pessoas são forçadas a migrar dentro do território colombiano, obrigadas a abandonar seus lares e suas atividades econômicas porque as ações violentas de grupos como as FARC ameaçam suas vidas, a integridade física das famílias, não havendo segurança ou liberdade nesses contextos. Todavia, a sociedade civil e as autoridades públicas colombianas, por muitos anos, simplesmente ignoraram as condições às quais se submetiam essas pessoas durante e depois dos deslocamentos. 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 CCC formulou remédios não só em favor dos que pleitearam as tutelas, senão também das outras pessoas que se encontravam na mesma

situação. A Corte acusou a precária capacidade institucional dos outros poderes para o desenvolvimento, implementação e coordenação das políticas públicas necessárias. Sem exercer diretamente as competências desses poderes, a CCC: declarou o ECI; exigiu atenção orçamentária especial ao problema; determinou fossem formuladas novas políticas públicas, leis e um marco regulatório eficientes para proteger, para além dos direitos individuais dos demandantes, a dimensão objetiva dos direitos envolvidos. As ordens foram dirigidas a um número elevado de autoridades públicas e, desta vez, surtiram bons efeitos práticos, principalmente, porque a CCC monitorou a fase de implementação. A manutenção da jurisdição sobre o caso fez toda a diferença (CAMPOS, 2015).

Sendo assim, os elementos imprescindíveis para a declaração do ECI podem ser divididos em “condições de processo”, como as “falhas estruturais das políticas públicas no país”, e “condições de resultado”, como a “violação massiva e sistematizada dos direitos fundamentais de um número indeterminado de pessoas”, podendo ser elencado ainda um terceiro, sendo este a “necessidade imperiosa de atuação conjunta de diversas autoridades públicas para reversão de uma realidade contrária à Constituição” (RODRIGUEZ GARAVITO; RODRIGUEZ FRANCO, 2010).

Nesse sentido, mencionada sentença trouxe uma nova fase processual com objetivo de sanar efetivamente o ECI, não sendo mais cabível a vã tentativa de comunicação às autoridades diretas e a conseqüente ordem judicial impositiva.

Seria preciso, portanto, a determinação de medidas institucionais ajustadas e coordenadas entre os órgãos e entidades públicas envolvidas, tais como a elaboração de um plano de solução em um dado prazo, deliberação com os diversos órgãos públicos, reorganização orçamentária, elaboração de novas leis, incentivos para destravamento burocrático institucional, a implementação de políticas públicas necessárias, sem esquecer da fiscalização da Corte na atuação do poder público.

Nesse último aspecto, haveria uma retenção de jurisdição, revelada pelo monitoramento público e contínuo da Corte Constitucional sobre as providências a serem tomadas pelo Estado, sendo tal supervisão extremamente necessária para dar efetividade à contenção/reversão do ECI declarado.

Assim, nasce uma nova técnica jurídica de proteção aos direitos fundamentais em razão da ineficiência das soluções jurídicas até então adotadas pela Corte, as quais sucumbem diante da reiterada e crescente violação de direitos fundamentais. Não bastava uma resposta concreta às partes que solicitavam a tutela judicial, era necessário contudo uma resposta estrutural e definitiva, de amplo alcance subjetivo e temporal, a fim de reverter gradativamente o quadro generalizado de violações que se havia instalado no país. É o que nos remete a lição de Lyons, Monterroza e Meza

(2016,p. 72):

Esta figura no deja de ser controversial, puesto que rompe con los esquemas tradicionales de los efectos interpartes que caracterizan los fallos de tutela, teniendo en cuenta que en el marco de la declaratoria de un estado de cosas contrario a la Constitución, la Corte asume un papel mucho más comprometido con la sociedad y sobre todo con aquellos sectores más vulnerables de la misma, en la medida en que se da a la tarea de buscar soluciones definitivas a los problemas de naturaleza estructural que se presentan en el país, adoptando decisiones que van más allá del caso concreto y exigiendo el trabajo en conjunto de diferentes autoridades públicas, con el fin de modificar una realidad que resulta abiertamente contradictoria a los principios constitucionales de un Estado Social de Derecho como el nuestro.

Em vista disso, deduz-se que o Estado de Coisas Inconstitucional surgiu diante da situação de crônico desaparecimento estatal, que, por sua vez, ocasionou a inefetividade dos direitos fundamentais mais urgentes de determinados grupos vulneráveis e esquecidos pela política, legitimando, dessa forma, uma atuação mais dinâmica e assertiva da Corte Constitucional Colombiana com vistas à efetivação desses direitos.

Trata-se assim de uma excelente técnica de efetivação dos direitos fundamentais, abrindo-se o caminho para que o Judiciário brasileiro possa cogitá-la nos casos referentes à judicialização da saúde pública no Brasil, uma vez que esta, em função da crescente judicialização tem se mostrado em verdadeiro estado de inconstitucionalidade silenciado, demandando progressivamente uma solução cada vez mais dialogada entre os poderes instituídos.

1.2 Definição e limites

Como visto, o Estado de coisas inconstitucional consiste numa situação de grave e generalizada violação aos direitos fundamentais que, quando reconhecida por uma Corte Constitucional, autoriza a determinação de soluções estruturais emergenciais de maneira articulada entre os diferentes poderes incumbidos dessa tarefa, visando, não interferir nas competências políticas assim definidas na Constituição, mas a impelir as autoridades para que sejam implementadas as políticas públicas dentro de um prazo razoável como forma de sanar tais irregularidades.

Exige-se no ECI uma atuação mais coordenada entre os órgãos públicos na efetivação dos direitos fundamentais a fim de garantir a mínima dignidade de um determinado grupo vulnerável, colocando em cheque o papel dos outros Poderes no que tange as suas competências

constitucionais na pauta política do país e construção do bem-estar da sociedade. Seria, assim, tirar o poder público da sua letargia constitucional.

Segundo Lyons, Monterroza e Meza (2016, p. 71) a figura do Estado de Coisas Inconstitucional pode ser definida como:

[...] un mecanismo o técnica jurídica creada por la Corte Constitucional, mediante la cual declara que ciertos hechos resultan abiertamente contrarios a la Constitución, por vulnerar de manera masiva derechos y principios consagrados en la misma, en consecuencia insta a las autoridades competentes, para que en el marco de sus funciones y dentro de un término razonable, adopten las medidas necesarias para corregir o superar tal estado de cosas.

À vista disso, verifica-se que o ECI é destinado a amparar principalmente a situação das populações vulneráveis, daquelas pessoas que merecem atenção especial Judiciário na efetivação dos seus direitos mais básicos, especialmente aquelas as quais o próprio acesso à justiça é deficitário.

Num conceito mais técnico, entende-se por grupo vulnerável aquele conjunto de pessoas ou grupos populacionais que por suas condições sociais econômicas e culturais, ou ainda por suas características, tais como idade, sexo, educação, estado civil, são suscetíveis de sofrer maus-tratos contra seus direitos fundamentais, requerendo um esforço adicional para integrar o desenvolvimento do país ou aceder a melhores condições de bem-estar. São eles os deslocados, descapitados, as minorias étnicas, as pessoas privadas de liberdade, as pessoas maiores, os indigentes, os defensores dos direitos humanos, os menores, os homossexuais e por fim as mulheres, gestantes ou lactantes, e as discriminadas em razão do sexo (LYONS; MONTERROZA; MEZA, 2016).

A declaração do ECI tem por objetivo uma atuação dirigente do Judiciário, legitimando aquilo que veio a se chamar de ativismo judicial estrutural dialógico, o qual permite uma solução integrada e organizada entre os Poderes da República, a fim de que se ponha fim à violação aos direitos fundamentais em questão, isso sob a constante fiscalização do Judiciário. Passa então a Corte Constitucional a representar um papel não de mero espectador, mas de colaborador na efetivação das medidas políticas de concretização dos direitos fundamentais.

Dessa forma, age a Suprema Corte como verdadeiro guardião máximo da Constituição, de tal forma que as suas decisões transmudam-se de meras declarações para verdadeiros mandamentos, permeando o campo da coordenação das políticas públicas, com vistas a atender e

concretizar socialmente os valores constitucionalmente definidos.

Busca-se com o ECI dar fim à omissão reiterada do Estado em relação aos direitos intrinsecamente ligados à dignidade humana, pertencentes a um grupo de pessoas de vulnerabilidade extrema, que, pela sua ausência de voz política ativa ou por falta de representatividade (ou ainda pela impopularidade no seio social, como os presos), são comprovadamente esquecidos quanto às políticas públicas implementadas. De acordo com George Marmelstein (2016, *online*):

Em termos muito sintéticos, ao declarar o Estado de Coisas Inconstitucional, o Judiciário reconhece a existência de uma violação massiva, generalizada e estrutural dos direitos fundamentais contra um grupo de pessoas vulneráveis e conclama que todos os órgãos responsáveis adotem medidas eficazes para solucionar o problema. Nesse sentido, o ECI é uma forma de dizer que a situação está tão caótica e fora de controle que é necessário que todos os envolvidos assumam um compromisso real de resolver o problema de forma planejada e efetiva.

Com efeito, o cenário de caos institucional enfrentado por alguns setores fragilizados da sociedade incita, de forma urgente, a intervenção da jurisdição constitucional, que não deve se prestar apenas à realização do controle de constitucionalidade dos atos normativos, mas sim interferir nas questões atinentes à política, no sentido de impulsionar os poderes e órgãos competentes a efetivamente implementar ou corrigir as ações governamentais de sua competência na proteção de uma minoria que sempre esteve à margem da sociedade.

Não seria novidade afirmar que tais direitos nem sempre se encontram inseridos nas agendas políticas dos administradores públicos. No entanto, o respeito aos direitos fundamentais deve ser levado a sério em qualquer ocasião, independentemente das conveniências e predileções políticas dos governantes designados a exercer seu papel.

Os direitos fundamentais funcionam como verdadeiros “trunfos” contra a maioria, cuja prevalência deve ser respeitada sempre. Tal ideia é bem representada na metáfora utilizada por Ronald Dworkin (1984) ao arguir que ser detentor de um direito fundamental é o mesmo que possuir uma carta de trunfo num jogo de cartas, e esta prevaleceria mesmo sobre as de maior número. Nessa perspectiva, são os direitos fundamentais limitadores negativos inseridos no ordenamento jurídico e de observância obrigatória pelos poderes.

No que concerne ao papel da Corte em dar efetividade a tais direitos, contrariando o pensamento de Carl Schmitt (2009), para quem a guarda da Constituição deveria ser exercida pelo

Chefe de Estado, em razão da legitimidade democrática para tratar, em decisão final, acerca das questões constitucionais (decisão eminentemente política), Hans Kelsen (2009), por sua vez, defendeu que é dado ao Tribunal Constitucional a tarefa primordial de impor limites jurídicos ao exercício do poder, haja vista o seu caráter essencialmente normativo e contra majoritário. Serviria, portanto, a Corte para limitar o poder político da maioria, considerada a pluralidade de valores no seio social, representados no campo legislativo.

Nesse contexto, é que o ECI surgiu para validar o exercício do papel contra majoritário das Supremas Cortes, quando se está diante de graves falhas estruturais nas políticas públicas voltadas à proteção dos direitos fundamentais daqueles denominados vulneráveis, a fim de proporcionar efetividade ao núcleo rígido da Constituição, a dignidade humana.

Não obstante, considerando o crescente quadro de violações sistematizadas aos direitos fundamentais, como vem se observando no Brasil, temerosa é a utilização dessa técnica decisória, uma vez que acabaria por proporcionar uma maior ingerência do Judiciário em diferentes áreas como moradia, saúde, educação, previdência social, trabalho, proteção aos índios, à mulher, a crianças, entre tantos outros.

Há que se ponderar e analisar com bastante cautela a possibilidade de aplicação deste método de proteção aos direitos fundamentais, de modo que o Judiciário não exerça função tipicamente governativa e legislativa, de encontro ao que emana da Constituição.

Sobre este aspecto, ressaltou Vieira Júnior (2015, p. 22) quanto a maior dificuldade a ser enfrentada no cenário judicial quando da declaração do ECI:

Possível será ao Poder Judiciário, em qualquer instância, identificar a violação de direitos fundamentais no âmbito de determinada política pública. Difícil, todavia, será ponderar, em face do dramático quadro de desigualdades e privações ainda reinantes em nosso país – que impede o acesso dos cidadãos aos mais diversos direitos fundamentais previstos constitucionalmente – em que medida o argumento do financeiramente possível pode ser afastado sem que se comprometam iniciativas seminais para assegurar o adimplemento de outras políticas públicas tão ou mais relevantes do que a que está sob escrutínio judicial em dado momento.

Da mesma forma, na petição inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, intentada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), da lavra do professor e advogado Daniel Sarmento, fala-se que, em razão da “ampla latitude” conferida a Corte quando do reconhecimento do ECI, deve-se manejar esta técnica decisória somente em situações excepcionais, em casos nos quais se identifica um “bloqueio institucional”, no qual “além da séria

e generalizada afronta aos direitos humanos, haja também a constatação de que a intervenção da Corte é essencial para a solução do gravíssimo quadro enfrentado”.

Em contrapartida, o jurista Lênio Streck (2016, *online*), demonstra receio à chegada do ECI no Brasil em virtude de eventual banalização da utilização do instituto junto ao Supremo Tribunal Federal:

Despiciendo dizer — e sou insuspeito pela defesa que faço da jurisdição constitucional — que, ressalvados os excessos, é, sim, dever do Poder Judiciário garantir o cumprimento da lei, independentemente do nome, bonito ou feio, adequado ou inadequado, que a uma situação de descumprimento da lei se tenha dado. Pois a Constituição e a lei são para serem cumpridas. Só que existe uma coisa chamada política, eleições, parlamento, orçamento, enfim, coisas que fazem parte de uma democracia, sem falar do lugar em que vivemos: um país periférico e com um presidencialismo de coalizão, capenga, que dia a dia agoniza. Ou seja, com a crítica ao ECI não estou negando a importância do Judiciário para o cumprimento da Constituição (ele é seu guardião!). Se fosse assim, estaríamos acabando com a ideia de controle de constitucionalidade, com a autonomia funcional do Judiciário e outras tantas prerrogativas que dão os contornos à nossa jovem construção de Estado Constitucional de Direito. Sou um defensor do cumprimento da Constituição; e, quando o Judiciário assim o faz, também sou seu defensor. Por um motivo óbvio: defender a Constituição significa defender a democracia. Mas, atenção. É por isso mesmo que, com a vênua da decisão do STF (ADPF 347) e dos que defendem a tese do ECI, permito-me dizer: o objeto do controle de constitucionalidade são normas jurídicas, e não a realidade empírica — vista de forma cindida — sob a qual elas incidem. Portanto, minha discordância é com o modo como a noção de ECI foi construída.

Deve o ECI ser utilizado com bastante prudência pela Suprema Corte, sendo imperioso o estabelecimento de pressupostos objetivos na atuação do Tribunal Constitucional para garantir a efetiva proteção dos direitos fundamentais, de modo que não se sobreponha “juízos irracionais” ou “instâncias autoritárias”, “com a prevalência dos argumentos funcionalistas sobre os normativos”, uma vez que em sociedades pluralistas e multiculturais como a nossa não se impõe um único modo de se viver ou pensar (HABERMAS *apud* SANTOS, 2010, p.193).

Para se cogitar da utilização do ECI devem ser sopesados o contexto de violações e as normas ou políticas públicas já postas para sua efetivação, para que também não se veja no Judiciário um fim em si mesmo na solução de todas as mazelas do país que forem judicializadas.

Determinadas situações, como a própria saúde pública, demandam grande expertise técnica e estudos orçamentários regulares para sua efetivação, geralmente ausentes nas atribuições jurisdicionais cotidianas. Nesse aspecto, o Judiciário no ECI deverá funcionar como um ponto de partida, no qual a Corte deverá inicialmente averiguar a situação de inconstitucionalidade e, constatada esta, travar um constante diálogo com os demais órgãos (incumbidos de materializar os

direitos violados). Tal fator será essencial no sentido de subsidiar futuramente suas decisões na efetivação dos direitos lesionados, sem imiscuir-se nas competências constitucionais elencadas aos demais poderes.

Acerca dos limites de atuação de uma Suprema Corte no reconhecimento do ECI, Vieira Junior (2015, p. 28) leciona:

Pensamos ser necessário o estabelecimento de parâmetros normativos às decisões do STF no reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, em sede de julgamento de ADPF ou outros instrumentos processuais, para impedir a violação essencial aos princípios implícitos da segurança jurídica e da reserva do financeiramente possível nas ações estatais, além da mitigação ao princípio constitucional da separação dos poderes e de seus principais corolários constitucionais que são: i) a prerrogativa de auto-organização do Poder Executivo (art. 8 da CF); ii) a iniciativa legislativa privativa das leis que disponham sobre seus cargos, regime jurídico de seus servidores, criação de órgãos e entidades da administração pública (art. 61, §1º, da CF); iii) a competência administrativa privativa do Presidente da República (art. 84), em especial aquela que diz respeito à formulação e implementação das políticas públicas, programas, projetos e ações governamentais (art. 84, inciso II, c/c art. 87, parágrafo único); iv) a iniciativa das leis que tratam do planejamento governamental e da correspondente alocação orçamentária (plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual – art. 165 da CF).

Diferentemente, o autor George Marmelstein (2016, *online*), entendendo que o ECI se define como a busca de um diálogo institucional entre os três poderes, estabeleceu uma metodologia a ser seguida quando da utilização dessa nova técnica de decisão:

A linha de ação segue o seguinte esquema: (a) identificação e prova do quadro de violações sistemática de direitos, por meio de inspeções, relatórios, perícias, testemunhas etc. → (b) declaração do Estado de Coisas Inconstitucional → (c) comunicação do ECI aos órgãos relevantes, sobretudo os de cúpula e aos responsáveis pela adoção de medidas administrativas e legislativas para a solução do problema → (d) estabelecimento de prazo para apresentação de um plano de solução a ser elaborado pelas instituições diretamente responsáveis → (e) apresentação do plano de solução com prazos e metas a serem cumpridas → (f) execução do plano de solução pelas entidades envolvidas → (g) monitoramento do cumprimento do plano por meio de entidades indicadas pelo Judiciário → (h) após o término do prazo concedido, análise do cumprimento das medidas e da superação do ECI → (i) em caso de não-superação do ECI, novo diagnóstico, com imputação de responsabilidades em relação ao que não foi feito → (j) nova declaração de ECI e repetição do esquema, desta vez com atuação judicial mais intensa.

Como visto, num primeiro momento, o reconhecimento do ECI serviu para dar uma feição coletiva aos múltiplos litígios individuais instaurados perante a Corte Constitucional Colombiana, em virtude de violações aos direitos fundamentais das partes processuais. Tratava-se de atender a todos de forma semelhante, estendendo-se a proteção judicial para todos aqueles

atingidos, não obstante tenham participado ou não da ação individual.

Passado esse primeiro momento, o ECI tornou-se verdadeira técnica decisória para superação de um quadro de violações graves e sistemáticas aos direitos fundamentais, promovendo-se um diálogo institucional entre os órgãos de diferentes poderes para dar uma solução estrutural, e não mais pontual, ao problema.

Nesses termos, a função da corte não pode ser mais a mera emissão de ordens aos órgãos públicos no sentido darem efetividade a seus programas governamentais, mas sim a de coordenar um processo de mudança institucional, com vistas ao destravamento da burocracia estatal instalada, além de exercer monitoramento contínuo sobre as medidas adotadas pelo poder público (RODRIGUEZ GARAVITO e RODRIGUEZ FRANCO, 2010).

Por conseguinte, assume a corte um papel de orientador, na tentativa de promover o engajamento de diferentes órgãos, como também para estabelecer os parâmetros na caracterização e superação do ECI; impelir e conclamar todos os agentes envolvidos com aqueles direitos fundamentais; monitorar os resultados a longo e curto prazo e, por fim, adotar os mecanismos processuais para pressioná-los a cumprirem os programas elaborados pelos órgãos públicos.

Não se fala aqui em usurpação de competências dos outros poderes, uma vez que o Judiciário não atua no plano material das políticas públicas em favor dos que tiveram os seus direitos violados. A corte apenas promoverá o impulsionamento de forma sistematizada dos órgãos envolvidos, com vistas ao planejamento e implementação das medidas necessárias à superação do ECI, considerando para tanto o grau da violação e o dimensionamento do grupo atingido. Nesse ponto, George Marmelstein declara que (2016, *online*):

É provável que os demais poderes vejam nisso uma intromissão indevida do Judiciário nos assuntos de governo. Afinal, a solução, com mais ou menos intensidade, exige uma alocação de recursos humanos e financeiros que pode afetar a gestão administrativa, além de interferir na conveniência e oportunidade legislativas. Porém, a atuação judicial não é motivada apenas pela inação dos demais poderes, mas sobretudo pela constatação de que está ocorrendo uma violação sistemática dos direitos, que, de algum modo, reflete não só um desrespeito à constituição, mas afeta a própria funcionalidade da atividade judicial. Ou seja, a rigor, toda pessoa prejudicada pela falha na prestação dos serviços públicos poderia ingressar com uma ação judicial para resolver o seu problema particular e, obviamente, os juízes seriam obrigados a proferir decisões para proteger o demandante. Pela fórmula tradicional de tutela em situações assim, a solução se daria por meio de emissão de ordens pontuais para violação concreta e específica de um determinado direito, o que não parece ser adequado, pois, além de gerar a sobrecarga de trabalho, o problema persistiria num nível macro. Por isso, para evitar soluções fragmentadas e assistemáticas, proferidas caso a caso, busca-se por meio do ECI uma solução orquestrada de várias entidades distintas, sob a batuta judicial. Essa união de todos os órgãos que, de fato e de

direito, podem fazer a diferença seria a melhor forma para tentar superar o estado de coisas inconstitucional em sua totalidade.

Destarte, sendo bastante otimistas, observa-se com o surgimento do ECI uma tentativa de superação global das crescentes violações sistematizadas aos direitos fundamentais, imprimindo-se à Corte Constitucional o papel de dar a verdadeira força normativa à Constituição quanto aos preceitos violados, sem, contudo, adentrar no campo das competências constitucionalmente definidas. No entanto, o ECI não se mostrará como “o” remédio ideal para todos os males de uma nação, apenas com um compromisso significativo dos demais entes públicos pode-se extrair, quem sabe, um saldo positivo com a sua aplicação.

2 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

A recepção do estado de coisas inconstitucional (ECI) em solo brasileiro deu-se após a propositura da ADPF 347/DF, com relação às péssimas condições do sistema penitenciário brasileiro atual. Neste momento, o Supremo Tribunal Federal dá um passo adiante na jurisdição constitucional, de modo que surge um novo modelo ativismo judicial, cujo ponto central é o diálogo e a cooperação entre os três poderes na busca por uma solução estruturada e planejada na concretização dos direitos fundamentais em debate.

2.1 A Arguição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF nº 347/DF

Em maio de 2015 o Partido Socialismo e Liberdade – PSOL ajuizou arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), com pedido de medida cautelar perante o Supremo Tribunal Federal (STF), buscando o reconhecimento da situação atual do sistema penitenciário brasileiro como estado de coisas inconstitucional, tendo em vista a violação de preceitos fundamentais da Constituição Federal, em especial, os direitos fundamentais dos presos.

Em vista disso, requereu o arguente que fosse determinado à União, aos Estados e ao Distrito Federal a adoção de providências estruturais pelo poder público tendentes a sanar as gravíssimas lesões decorrentes de sua ação/omissão.

O pedido fundamentou-se em representação formulada pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), sendo instruído com parecer da lavra do Professor Titular de Direito Penal da UERJ, Juarez Tavares e com farta documentação comprobatória do quadro calamitoso e inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

Na petição inicial, subscrita pelo grande constitucionalista Daniel Sarmento, defendeu-se que o sistema penitenciário brasileiro vive um Estado de Coisas Inconstitucional, uma vez que a superlotação e as condições degradantes do sistema prisional configuram cenário fático incompatível com a Constituição Federal, considerada a ofensa de diversos preceitos fundamentais, dentre eles a dignidade da pessoa humana, a vedação de tortura e de tratamento desumano, o direito de acesso à Justiça e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos.

Relatou-se que este quadro de violações resulta de uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos poderes públicos da União, dos estados e do Distrito Federal, incluídos os de natureza normativa, administrativa e judicial, de modo que os órgãos administrativos olvidam preceitos constitucionais e legais ao não criarem o número de vagas prisionais suficiente ao tamanho da população carcerária, inviabilizando condições adequadas ao encarceramento, à segurança física dos presos, à saúde, à alimentação, à educação, ao trabalho, à assistência social, ao acesso à jurisdição.

Ao discorrer sobre o quadro fático do sistema penitenciário do Brasil comparou-se as prisões a “verdadeiros infernos dantescos” (BRASIL, 2015), cuja estrutura conta com celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos, sem falar nos constantes homicídios, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos praticadas por outros detentos ou por agentes do próprio Estado, ressaltando-se ainda a ausência de assistência judiciária adequada, bem como de acesso à educação, à saúde e ao trabalho.

Destacou-se, ademais, que as instituições prisionais são comumente dominadas por facções criminosas, que impõem nas cadeias o seu “reino de terror” (BRASIL, 2015), às vezes com a cumplicidade do Poder Público. Por conta da omissão estatal no controle prisional, não é difícil encontrar nos mutirões carcerários, sob a supervisão do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), presos que já deveriam ter sido postos em liberdade há anos.

Neste cenário lamentável, informou-se sobre o crescente número de rebeliões e motins nas prisões, de forma cada vez mais violentas, tornando-se insustentável o convívio entre os presos, que, por vezes, submetem-se a condições e pagamentos impostos por outros presidiários para uma vida menos degradante no ambiente carcerário.

Com efeito, alegou-se que o fato é de conhecimento público e notório de toda a sociedade e das autoridades públicas, chegando a ser formada a CPI do Sistema Carcerário, na Câmara dos Deputados, cujo relatório final, publicado em julho de 2008, destacou-se: “Apesar da excelente legislação e da monumental estrutura do Estado Nacional, os presos no Brasil, em sua esmagadora maioria, recebem tratamento pior do que o concedido aos animais: como lixo humano (...) Ao invés de recuperar quem se desviou da legalidade, o Estado embrutece, cria e devolve às ruas verdadeiras feras humanas” (BRASIL, 2015).

Consignou-se ainda, nas palavras do ilustre Ministro Luís Roberto Barroso em voto-vista proferido sobre a situação carcerária do país (Recurso Extraordinário nº 580.525) que “a superpopulação e a precariedade das condições dos presídios correspondem a problemas

estruturais e sistêmicos de grande complexidade e magnitude, que resultam de deficiências crônicas do sistema prisional brasileiro” (BRASIL, 2015).

Constatou-se que o CNJ vem debatendo o dramático quadro prisional desde 2008, realizando-se mutirões carcerários e divulgando relatórios oficiais que dão conta da grave situação de violação dos direitos fundamentais dos presos no país.

Nesse contexto, citou-se diferentes intervenções da Corte Interamericana de Direitos Humanos, condenando o Estado brasileiro a cumprir medidas provisórias para garantir a erradicação das situações de risco e providenciar a proteção à vida e à integridade pessoal, psíquica e moral de pessoas privadas de liberdade em várias penitenciárias do país, como foi o caso do Centro Penitenciário Professor Aníbal Bruno, de Recife/PE, da Penitenciária Urso Branco, de Porto Velho/ RO, do Complexo do Tatuapé, de São Paulo/SP, da Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira, de Araraquara/ SP, e do Complexo de Pedrinhas, de São Luiz/MA.

Sustentou-se, ademais, que o encarceramento em massa acaba não gerando a segurança que promete, mas, ao contrário, agrava os índices de criminalidade e de violência social, em detrimento de toda a população, pois as condições desumanas em que se situam os presos e a mistura destes com diferentes índices de periculosidade, tornam frustradas as perspectivas de ressocialização, conforme evidenciam as elevadíssimas taxas de reincidência.

Sobre essa questão, remeteu o arguente a trecho da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, segundo o qual “quando os cárceres não recebem a atenção e os recursos necessários, a sua função se distorce e, em vez de proporcionarem proteção, se convertem em escolas da delinquência e comportamento antissocial, que propiciam a reincidência em vez da reabilitação” (BRASIL, 2015).

Acerca dos dispositivos constitucionais gravemente violados, elencou-se o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a vedação da tortura e o tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), vedação das sanções cruéis (art. 5º, XLVII, “e”), cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (art. 5º, XLVIII) o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX), e a presunção de inocência (art. 5º, LVII) e inúmeros outros direitos fundamentais – como saúde, educação, alimentação adequada e acesso à justiça. Articulou-se tais preceitos à inobservância de diversos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo país, como o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, ofendendo, ainda, a Lei de Execução Penal.

Destacou-se que o Brasil é hoje o quarto país com a maior população carcerária do planeta, atrás apenas dos Estados Unidos, da China e da Rússia, tendo a população prisional brasileira aumentado em 25 anos mais de 650%, situação que é ainda mais agravada tendo em vista o uso abusivo das prisões provisórias, que de acordo com o CNJ referem-se à 41% dos presos do país. O sistema, conforme salientou-se, funciona de forma altamente seletiva e atinge quase exclusivamente os pobres, apontando os dados sobre os respectivos níveis educacionais que só 0,47% dos presos têm curso superior completo, 5,1% são analfabetos, 12,1% são apenas alfabetizados e 44% possuem somente o ensino fundamental incompleto (BRASIL, 2015).

Por conseguinte, enquadrou-se a população carcerária no que se denominou de “minorias estigmatizadas”, pois estes além de não votarem, constituem um grupo particularmente impopular na sociedade brasileira, fato que desestimula o sistema político e a burocracia estatal a levarem a sério os seus direitos. Assim, falta vontade política na efetivação destes direitos, dependente muitas vezes de juízos discricionários, preferências ideológicas ou cálculos de conveniência política dos governantes de plantão (BRASIL, 2015).

Esta situação de desrespeito desafia a intervenção da jurisdição constitucional brasileira, legitimando-se a atuação dita contra majoritária da corte máxima no respeito à dignidade dos grupos ou minorias vulneráveis, sem que isso decorra violação ao princípio da separação dos poderes.

Sobre as causas da situação retratada, asseverou decorrer de falhas estruturais em políticas públicas, de modo que a solução do problema depende da adoção de múltiplas providências por parte dos diferentes órgãos legislativos, administrativos e judiciais da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Destarte, demonstrou-se que a intervenção de uma Corte Constitucional para solucionar falhas estruturais nas políticas públicas voltadas à proteção de direitos fundamentais já conta com experiências no Direito Comparado, vivenciadas em países como os Estados Unidos, África do Sul, Índia, Argentina e até um caso da Corte Europeia de Direitos Humanos, sendo a técnica “mais fértil neste sentido” aquela usada pela Corte Constitucional da Colômbia, chamada Estado de Coisas Inconstitucional (BRASIL, 2015).

Afirmou-se tratar de uma técnica decisória utilizada na presença de uma “violação maciça de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas, cujo equacionamento dependa de um conjunto complexo e coordenado de medidas a serem adotados por diversas entidades”. Por isso, falou-se em “retenção da jurisdição” da corte para “monitorar, em procedimento público, o cumprimento das medidas que estabelecer” como forma de dar efetividade aos seus comandos (BRASIL, 2015).

Dessa forma, pleiteou-se o reconhecimento do Estado de Coisas inconstitucional para solucionar e reverter o quadro de hiperencarceramento vivenciado pelo Brasil, a fim de impor aos poderes do Estado a “adoção de medidas tendentes à superação de violações graves e massivas de direitos fundamentais, e supervisionar, em seguida, a sua efetiva implementação” (BRASIL, 2015).

Acerca desta técnica decisória, acentuou-se o seu caráter de excepcionalidade, uma vez que confere amplos poderes ao judiciário, apenas podendo ser utilizada em casos de séria e generalizada afronta aos direitos humanos e ainda quando da constatação de que a intervenção da Corte é essencial para a solução do gravíssimo quadro enfrentado.

Consoante descreveu-se, o ECI é reconhecido em casos nos quais se identifica um “bloqueio institucional” para a garantia dos direitos, assumindo a Corte um “papel atípico”, sob o ponto de vista do princípio da separação de poderes, o que implica uma “intervenção mais ampla sobre o campo das políticas públicas” (BRASIL, 2015).

Nesse diapasão, impende destacar os requisitos apontados pelo arguente para declaração do ECI, segundo orientação da Corte Colombiana, são estes:

(i) vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas; (ii) prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantia e promoção dos direitos; (iii) a superação das violações de direitos pressupõe a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais, que podem depender da alocação de recursos públicos, correção das políticas públicas existentes ou formulação de novas políticas, dentre outras medidas e (iv) potencialidade de congestionamento da justiça, se todos os que tiverem os seus direitos violados acorrerem individualmente ao Poder Judiciário (BRASIL, 2015).

Enfatizou-se acerca da importância do precedente criado pela Corte Colombiana no processo T-153 de 1998, em que se reconheceu o ECI no sistema prisional do país. A ação, que objetivava, de início, solucionar apenas o caso das prisões de Bellavista e Modelo (respectivamente, situadas em Medellín e Santa Fé de Bogotá) acabou por englobar o sistema carcerário como um todo, ante os problemas comuns a todos os cárceres colombianos como superlotação, império da violência, extorsão, corrupção e carência de oportunidades e meios para a ressocialização dos presos, violadores da dignidade dos encarcerados.

Não obstante, as determinações e providências daquela Corte, direcionadas a inúmeros órgãos públicos, não enfrentaram positivamente o estado de hiperencarceramento, muito menos estabeleceram o monitoramento das medidas a serem implementadas, revelando-se com isso o lado negativo daquele precedente.

A supervisão da Corte apenas foi evidenciada na decisão sobre o caso dos *desplazados* (deslocados), no qual o tribunal lançou mão da retenção da sua jurisdição para monitorar a implementação de suas determinações. A fiscalização consistiu na “remessa periódica de informações por parte das diferentes autoridades públicas envolvidas” e em “audiências públicas, das quais participaram diversas organizações da sociedade civil, em que funcionários estatais prestaram contas à Corte a propósito das medidas adotadas”, fato que assegurou maior efetividade das decisões da Corte, conferindo-se, ainda, legitimidade e transparência ao processo devido à interação entre as instituições, sociedade civil colombiana, autoridades atingidas, os beneficiários da decisão e o próprio Tribunal Constitucional (BRASIL, 2015).

No Brasil, afirmou-se que a ideia de estado de coisas inconstitucional não era totalmente estranha, sendo mencionada pelo Ministro Luís Roberto Barroso, no voto-vista proferido na questão de ordem nas ADIs 4.357 e 4.425, que tratara do pagamento dos precatórios, ao aduzir que haveria um estado de coisas inconstitucional grave e permanente quanto aos pagamentos decorrentes de condenação em face da Fazenda Pública. Ao final, restaram impostas medidas pela Corte ao CNJ tendentes a solucionar o problema, atribuindo àquele órgão a função de monitorar e supervisionar as medidas direcionadas aos entes públicos.

No que concerne ao Direito Comparado, citou o caso dos Estados Unidos, nos chamados *prison reform cases*, nos quais Cortes federais norte-americanas declararam a inconstitucionalidade dos sistemas prisionais de 41 Estados. Dentre as medidas adotadas, verificou-se a nomeação de interventores na administração das prisões, bem como “um amplo código para a administração das prisões, cobrindo aspectos diversos como as instalações, saneamento, comida, vestuário, assistência médica, disciplina, contratação de pessoal, bibliotecas, trabalho e educação”, consoante as palavras de Charles F. Sabel e Willian H. Simon., em *Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds*, *Harvard Law Review*, n. 117, ano 2004 (BRASIL, 2015).

Do mesmo modo, no caso *Brown v. Plata*, informou-se que a Corte norte-americana manteve determinação da Corte Californiana pela soltura de 46 mil presos de menor periculosidade em razão do grave quadro de superlotação dos presídios do Estado da Califórnia, com base na 8ª emenda à Constituição daquele país, que veda penas cruéis e não usuais, uma vez que em locais com capacidade para 80.000 presos, continha cerca de 156.000 presidiários.

No mesmo propósito, aludiu o arguente sobre precedente na jurisdição constitucional sul-africana quanto à atuação da Corte Suprema em casos envolvendo graves violações de direitos humanos. Tratou-se do caso *Grootboom*, em 2000, no qual pessoas em

situação de profunda miséria e desalojadas reivindicavam do Estado a garantia de abrigos adequados. A Corte então, com base na situação de carência desesperadora daquelas pessoas, determinou que a política estatal sobre moradia fosse reformulada pelo governo, de modo que passasse a contemplar medidas de “alívio imediato para pessoas miseráveis”, sem, no entanto, atribuir quais as ações a serem tomadas. Neste caso, para monitorar sua decisão contou com a atuação da *Human Rights Commission*, órgão independente especializado em direitos fundamentais, a fim de fiscalizar a implementação dos programas habitacionais, junto à Corte (BRASIL, 2015).

Assim, realizou-se naquele país a proteção de direitos sociais pela técnica reconhecida como diálogo institucional¹, cujo conceito reveste-se da participação de diferentes órgãos e instituições dotadas de conhecimento técnico, em conjunto com o Tribunal, auxiliando-o no campo desconhecido das chamadas políticas públicas.

O arguente demonstrou também casos de superlotação carcerária na Argentina e na Corte Europeia de Direitos Humanos que demandaram a utilização de técnicas decisórias semelhantes, sendo, nesta última, utilizado um recurso chamado “decisões piloto” (*arrêt pilot*), consideradas como sendo aquelas proferidas após reiteradas denúncias similares de violação de direitos humanos por um estado Europeu, afim de apontar problemas sistêmicos e indicar soluções genéricas envolvendo a reformulação de políticas públicas em dado prazo (BRASIL, 2015).

Como visto, todos esses precedentes serviram de fundamento para demonstrar a situação gravíssima do problema prisional brasileiro, sendo esta, como afirmou o arguente, “escancaradamente incompatível com a Constituição Federal” (BRASIL, 2015).

Quanto aos atos do poder público, invocou-se atos de natureza normativa, administrativa e judicial, sendo a lesão aos preceitos fundamentais decorrentes de uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos poderes da União, Estados e Distrito Federal.

Em relação às causas de natureza administrativa, apontou-se o descumprimento da União e dos Estados em oferecer número adequado de vagas prisionais; assegurar condições humanas nas instalações carcerárias; garantir a segurança e integridade física dos presos diante dos outros presos e dos próprios agentes estatais; providenciar o acesso à educação, saúde, trabalho, alimentação, jurisdição, assistência material aos detentos e, ainda, aplicar sanções administrativas sem o devido processo legal.

¹ Citou o arguente o autor Victor Abramovich e Christian Courtis. *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2002, pp. 160-168; Cass R. Sunstein. “Social and Economic Rights? Lessons from South Africa”. *Chicago John M. Olin Law & Economics Working Papers* n. 124, 2001.

Nesse sentido, chamou-se atenção sobre a violação consistente no contingenciando de recursos do Fundo Penitenciário – FUNPEN pela União afim de atingir metas fiscais, deixando de repassá-los aos Estados-membros, apesar de encontrarem-se disponíveis, sendo o seu saldo extremamente necessário à melhoria do quadro.

Por sua vez, aduziu-se que o Poder Judiciário não observa os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, nos quais é previsto o direito daquele recolhido à prisão à audiência de custódia, cuja realização poderia reduzir sobremaneira a superlotação prisional, evitando-se as injustificadas restrições à liberdade. Neste aspecto, assentou-se sobre a supralegalidade dos referidos tratados e a sua natureza de direito fundamental, possuindo, portanto, aplicação imediata, não obstante sua inobservância pelo Judiciário.

De igual modo, ressaltou-se a não adoção, sem fundamentação, das medidas cautelares como alternativas à prisão, nem muito menos a consideração das condições subumanas existentes nas prisões brasileiras quando da aplicação e cumprimento das penas. Dessa forma, as penas efetivamente cumpridas acabam sendo muito mais gravosas do que aquelas oferecidas pela legislação e impostas na sentença condenatória, ofendendo-se assim o princípio da proporcionalidade.

No campo normativo, acentuou-se que as políticas criminais são verdadeiros reflexos imediatistas dos apelos sociais contra a impunidade, em nada melhorando a situação carcerária do país, uma vez que o Legislativo acaba se utilizando da chamada “legislação simbólica” ou do “populismo penal” os quais, reversivamente, contribuem ainda mais para a cultura de encarceramento (BRASIL, 2015).

Quanto ao impeditivo relativo ao princípio democrático, argumentou-se que a intervenção da Corte Suprema é legítima pois visa à proteção de direitos fundamentais de uma minoria vulnerável e impopular, sem voz política, não podendo tal grupo permanecer condicionado às preferências das políticas no poder. Assim, acrescentou-se que “quando estas, por excesso ou deficiência, resultarem em graves lesões a direitos básicos – especialmente de grupos vulneráveis – se justifica democraticamente a intervenção jurisdicional” (BRASIL, 2015).

Nesse sentido, o arguente define, nas palavras do ministro Luis Roberto Barroso, em voto-vista no RE 580.525, que “faltam, assim, incentivos para que as instâncias representativas promovam a melhoria das condições carcerárias”, cabendo ao STF promover o impulsionamento do processo de superação do atual estado de inconstitucionalidade que envolve a política prisional do país (BRASIL, 2015).

No que se refere à ausência de *expertise* do Judiciário sobre políticas públicas, afetas essencialmente à competência dos poderes Legislativo e Executivo, reconheceu-se que o “estado de falência total das políticas públicas existentes para a questão prisional” e as graves afrontas à dignidade dos presos daí decorrentes, legitima a postura ativa do Judiciário como guardião da Constituição e dos direitos fundamentais dos presos. Ademais, citou-se o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição, que reflete o princípio da inafastabilidade da apreciação jurisdicional (BRASIL, 2015).

Portanto, quanto a estes obstáculos, argumentou-se que a melhor solução para superação desse quadro de inconstitucionalidade seria a adoção de técnicas decisórias mais flexíveis, fundamentadas no diálogo e na cooperação entre os poderes públicos, entidades independentes e a sociedade civil, atribuindo-se ao governo a formulação de plano, com prazo certo e recursos estabelecidos, sob a aprovação e o monitoramento constante da Corte.

Neste quesito, aludiu, segundo o autor Carlos Alexandre de Azevedo Campo, que as Cortes interviriam determinando a “formulação e implementação de políticas públicas sem abrir mão do potencial institucional dos outros poderes”, buscando-se o equilíbrio entre a efetividade dos direitos constitucionais e o papel político e capacidade institucional dos demais poderes (BRASIL, 2015).

O monitoramento pelo Judiciário, através de audiências públicas e participação de demais entidades, também se faz essencial, de modo que contribui para a fiscalização judicial em relação ao progresso das instituições na reversão do estado de inconstitucionalidade.

Restou salientado ainda que a criação de novas vagas prisionais e melhoria das condições dos estabelecimentos existentes são direitos que se referem ao mínimo existencial dos presidiários, não se sujeitando aos limites impostos pela chamada argumentação da reserva do possível, principalmente levando-se em conta a “posição de garante do Estado” em relação às pessoas encarceradas (BRASIL, 2015).

Afirmou-se, em contrapartida, que as medidas tendentes a reverter o hiperencarceramento irão proporcionar, a médio e longo prazo, diminuição dos gastos públicos e não seu aumento, considerado o custo médio mensal de cada preso, que ultrapassa dois mil reais.

Com efeito, discorreu-se sobre o abismo existente entre as normas e a triste realidade carcerária no país, trazendo diversos dispositivos da lei de execução penal, normas internacionais, bem como resoluções do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária- CNPCP completamente esquecidos pelo poder público.

Os casos mencionados pela CPI da Câmara dos Deputados sobre o Sistema carcerário e as inspeções do CNJ dão conta de que a superlotação é o maior problema a ser enfrentado, uma vez que daí decorrem situações de insalubridade, doenças, motins, rebeliões, mortes e a total degradação do ser humano nas celas. Nos relatórios ficou constatado “celas amontoadas de gente, presos espremidos, sem camas ou colchões, dormindo em esquemas de revezamento, às vezes no chão, em redes suspensas no teto, até em “toca” incrustadas na parede”. O cumprimento da pena, no caso de celas superlotadas, dava-se por muitas vezes em “banheiros, corredores, pátios, barracos improvisados e até mesmo em canil” (BRASIL, 2015).

Tratou-se também da chamada “cultura do encarceramento”, que se revela pelo uso abusivo e desproporcional da prisão provisória no país, esta representa por um percentual de 41% da população carcerária, com crescimento de mais de 1.450% do total de presos provisórios. Tais presos muitas vezes são custodiados junto aos presos já condenados e por vezes obrigados a permanecer em delegacias de polícia cujas condições são ainda mais degradantes que a dos presídios (BRASIL, 2015).

Em vista disso, para corroborar o exposto, foram demonstradas as situações vivenciadas nas penitenciárias envolvendo condições como a “superlotação dos estabelecimentos prisionais, a precariedade das instalações, a carência e falta de treinamento adequado de pessoal nos presídios, o excesso do número de presos provisórios, a prática sistemática de violência contra os detentos, a falta de assistência material, de acesso à justiça, à saúde, à educação e ao trabalho” (BRASIL, 2015).

Um dos grupos mais atingidos com este descaso seria o das mulheres, posto que ausente estabelecimento próprio e adequado a sua condição, berçário e creches para parturientes, acompanhamento médico no pré-natal e no pós-parto, fornecimento de material de higiene íntima, acesso à consulta ginecológica, entre outras situações de insalubridade relatadas.

Do mesmo modo, destacou-se que as minorias sexuais (população LGBT) também são completamente esquecidas. Tal grupo sofre constantemente abusos sexuais, que vão desde o relacionamento habitual forçado com outros presos até estupro. Constatou-se que há por parte dos poderes públicos, a recusa à utilização do nome social nos registros e prontuários, o impedimento ao recebimento de visita íntima, a imposição do uso de roupas inadequadas e do corte de cabelo, negativa do auxílio-reclusão para o cônjuge ou companheiro e o não fornecimento de tratamento hormonal para travesti e transexuais. Em razão dos frequentes abusos, acabam por sofrer mais com a contaminação por doenças sexualmente transmissíveis.

Acerca do Fundo Penitenciário Nacional – FUPEN, criado pela lei complementar nº 79/1994 e regulamentado pelo Decreto nº 1.093/1994 alegou-se que este objetiva financiar medidas e programas voltados à modernização e humanização do sistema prisional brasileiro, porém a maior parte do recurso não é efetivamente gasta.

Relatou-se que atualmente o fundo conta com saldo de R\$ 2,2 bilhões, sendo gasto no ano de 2013 menos de 20% dos gastos autorizados, ante o contingenciamento orçamentário da União, bem como devido ao excesso de rigidez e burocracia da União para liberação dos recursos aos demais entes federativos. Assim, demonstrado o estado de inconstitucionalidades, o uso de tais recursos não pode ficar condicionado à discricionariedade governamental, notadamente quando se está diante de situações de grave afronta à dignidade de centenas de milhares de pessoas.

Finalizou o arguente que, face este terrível cenário de violações dos direitos humanos dos presos e a ineficiência das políticas públicas já implementadas no sentido de reverter tal situação (fato que ocasiona crescimento exponencial da população prisional), cumpre ao STF uma postura ativa, determinando medidas tais quais: i) elaboração e implementação de planos de ação pela União, Estados e Distrito Federal, sob monitoramento judicial; ii) realização das audiências de custódia; iii) fundamentação das decisões que não aplicarem medidas cautelares diversas da prisão, a fim de reduzir o número de prisões provisórias; iv) consideração do estado de coisas inconstitucional quando da aplicação e execução da pena.

Por todo o exposto, informou o arguente estar caracterizada “a necessidade de adoção urgente de medidas voltadas ao equacionamento das gravíssimas lesões aos direitos fundamentais dos presos, inclusive em prol da segurança e de toda a sociedade”, requerendo, como pedido liminar, as seguintes providências: a) aos juízes e tribunais que, em caso de decretação ou manutenção de prisão provisória motivem expressamente suas razões que impossibilitam a adoção das medidas cautelares, previstas no art. 319, do Código de Processo Penal; b) aos juízes e tribunais a aplicabilidade imediata dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, para que realizem audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, viabilizando comparecimento do preso perante o juiz em até 24h do momento da prisão; c) aos juízes e tribunais que considerem fundamentadamente o dramático quadro fático do sistema penitenciário brasileiro no momento da concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; d) aos juízes para que sempre que possível apliquem penas alternativas à prisão, uma vez que a pena é cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica;

e) ao juiz da execução penal que este abrande os requisitos temporais para fuição de benefícios e direitos dos presos, como progressão de regime, livramento condicional, suspensão condicional da pena, quando se constatar que o efetivo cumprimento da pena é significativamente mais severo do que a pena imposta, preservando a humanidade e proporcionalidade na sanção; f) ao juiz da execução para abrandar o tempo de pena a ser cumprida, quando se verificar que o seu cumprimento efetivo é mais severo do que a pena imposta; g) ao CNJ a fim de que coordene um ou mais mutirões carcerários, de modo a viabilizar as revisões das execuções penais no país que envolvam restrição à liberdade, visando adequá-los às medidas “e” e “f”; h) à União para que essa se abstenha de realizar novos contingenciamentos do Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, impondo-se a imediata liberação das verbas existentes até superação do quadro de inconstitucionalidades (BRASIL, 2015).

Quanto a mérito, impende transcrever todas as providências definitivas requeridas na petição da mencionada ADPF:

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 aos 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; (iii) diminuição do número de presos provisórios; (iv) 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; (v) efetiva separação dos detentos de acordo com critérios como sexo, idade, situação processual e natureza do delito; (vi) 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; (vii) contratação e capacitação de pessoal para as instituições prisionais; (viii) eliminação de tortura, de maus tratos e de aplicação de penalidades sem o devido processo legal nos estabelecimentos prisionais; (ix) 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 análise 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 (BRASIL, 2015).

Diante do que foi visto, tem-se que a ADPF 347/DF abriu um precedente de grande peso na esfera jurisdicional. Tal ação levou à Suprema Corte pedido de reconhecimento do denominado estado de coisas inconstitucional no sistema prisional do país, apontando, com fundamento em relatórios e dados estatísticos, o deplorável quadro de violações aos direitos fundamentais dos presos.

As questões atinentes ao sistema penitenciário foram colocadas sob a perspectiva de um litígio estrutural, haja vista que decorrente de uma multiplicidade de atos e omissões dos poderes da União, Estados e Distrito Federal. Além disso, restou comprovado o total colapso institucional no que tange às políticas públicas visando à melhora da situação carcerária no país, sendo necessário, portanto, para reversão do quadro, uma solução estrutural efetiva baseada no diálogo e cooperação entre diferentes instituições, haja vista a complexidade que o tema envolve.

2.2 Da medida cautelar concedida pelo Supremo Tribunal Federal

Em 27 de agosto 2015 o plenário do Supremo Tribunal Federal iniciou julgamento da medida cautelar na ADPF 347/DF, concluindo-o somente em 09 de setembro de 2015, por maioria de votos e nos termos do voto do Relator Ministro Marco Aurélio Mello.

Sobre as providências solicitadas pelo arguente, o Tribunal deferiu a cautelar 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 e à alínea “h” 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.

Além disso o Tribunal, por maioria, deferiu a proposta do Ministro Luís Roberto Barroso, reajustada em plenário, 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.

Nos termos do brilhante voto do Relator, a situação prisional constitui a pauta do dia no Tribunal, de modo que consiste no objeto de inúmeras ações e recursos: Recurso Extraordinário 580.252 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5170/DF, nos quais se discute o direito do preso à indenização por danos morais em razão das condições degradantes das prisões; Recurso Extraordinário 641.320, em que restou reconhecida repercussão geral sobre o direito do condenado cumprir pena em regime aberto ou prisão domiciliar, ante a ausência de acomodação adequada; a ADI 5.356/MS, que trata da inconstitucionalidade de norma que estabelece o bloqueio de sinal de rádio e comunicação em área prisional e, por fim, o Recurso Extraordinário 592.581/RS, que discute a possibilidade de o Judiciário obrigar os estados e a União a realizar obras em presídios.

Sobre a relevância do tema levado ao Judiciário, o relator aduziu que:

Não se tem tema ‘campeão de audiência’, de agrado da opinião pública. Ao contrário, trata-se de pauta impopular, envolvendo direitos de um grupo de pessoas não simplesmente estigmatizado, e sim cuja dignidade humana é tida por muitos como perdida, ante o cometimento de crimes. Em que pese a atenção que este Tribunal deve ter em favor das reivindicações sociais majoritárias, não se pode esquecer da missão de defesa de minorias, do papel contra majoritário em reconhecer direitos daqueles que a sociedade repudia e os poderes políticos olvidam, ou fazem questão de ignorar (BRASIL, 2015).

Segundo apontou o ministro, a população carcerária, de maioria pobre e negra, alcançava, em maio de 2014, 711.463 presos, fato que levou o Brasil à terceira maior população carcerária do mundo, depois dos Estados Unidos e da China. “Com o déficit prisional ultrapassando a casa das 206 mil vagas, salta aos olhos o problema da superlotação, que pode

ser a origem de todos os males”, justificou adiante, ressaltando que a maior parte desses sujeitos sofrem com condições de superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual (BRASIL, 2015).

Em vista desse quadro de violação generalizada de direitos fundamentais dos presos, argumentou que deve ser reconhecida a inequívoca falência do sistema prisional brasileiro, uma vez que aos presos é negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre.

Sobre os preceitos legais violados, o ministro expos, além daquelas normas descritas na Constituição como direitos fundamentais, outras igualmente reconhecedoras dos direitos dos presos como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos, além da própria Lei de Execução Penal e a Lei Complementar nº 79/94, por meio da qual foi criado o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN.

Nesse contexto, afirmou que o tratamento desumano dado aos presos reflete na sociedade sob a forma de mais violência e insegurança social, pois, em vez de ressocializar os pequenos delinquentes, os cárceres acabam devolvendo à sociedade verdadeiros “monstros do crime”, devendo a problemática ser considerada responsabilidade de toda a sociedade (BRASIL, 2015).

De acordo com o ministro, a situação prisional no país é problema dos três poderes: Legislativo, Judiciário e Executivo, bem como da União, dos estados e do Distrito Federal, caracterizando o problema como uma falha estrutural decorrente de “falta de coordenação institucional”, na qual se verifica um verdadeiro fracasso nas políticas legislativas, administrativas e orçamentárias. Sobre esse aspecto, ressalta:

A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa falha estrutural a gerar tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação. A inércia, como dito, não é de uma única autoridade pública – do Legislativo ou do Executivo de uma particular unidade federativa –, e sim do funcionamento deficiente do Estado como um todo. Os poderes, órgãos e entidades federais e estaduais, em conjunto, vêm se mantendo incapazes e manifestando verdadeira falta de vontade em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade. Faltam sensibilidade legislativa e motivação política do Executivo (BRASIL, 2015).

Abordou quanto à responsabilidade sistêmica dos poderes, uma vez que a deficiência estatal é ampla e irradia-se em diferentes esferas de governo. Assim, para resolver a situação, apenas uma solução ou conjunto de soluções com “alcance orgânico de mesma extensão, ou seja, deve envolver a atuação coordenada e mutuamente complementar do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, dos diferentes níveis federativos, e não apenas de um único órgão ou entidade” (BRASIL, 2015).

Para o relator trata-se o caso do chamado “litígio estrutural” no qual são necessárias “políticas públicas ou correção daquelas que não alcançam os objetivos desejados, alocação de recursos orçamentários, ajustes nos arranjos institucionais e nas próprias instituições, novas interpretações e aplicações das leis penais”. Por conseguinte, é indispensável a coordenação de medidas da União, dos estados e do Distrito Federal, medidas estas que alcancem o campo legislativo, executivo, orçamentário e interpretativo, este último afeto ao Judiciário na tentativa de reversão da cultura do encarceramento ainda tão presente nas decisões judiciais (BRASIL, 2015).

Ante o estágio de grave inconstitucionalidade, pontuou o ministro que o Supremo pode desempenhar importante papel tanto de forma típica quanto atípica. A primeira atuação seria na tentativa de reduzir os possíveis excessos na forma de interpretar e aplicar a legislação penal e processual penal, legitimando-se o Tribunal a “racionalizar a concretização da ordem jurídico-penal de modo a minimizar o quadro, em vez de agravá-lo, como vem ocorrendo” (BRASIL, 2015).

Os problemas residem, entretanto, quanto à atuação atípica, pois haveria a intervenção do Judiciário nos bastidores das políticas públicas e escolhas orçamentárias. Aqui debates surgem quanto à afronta ao princípio democrático e da separação dos poderes, uma vez que tal atuação invade as competências constitucionais dos outros poderes, legitimados a atuar nessa área por força da representação popular.

No entanto, assinalou o ministro que em casos de gravíssima violação dos direitos fundamentais, nos quais a dignidade humana está em jogo, presente a omissão estatal, justificasse a atuação mais categórica na corte, em razão do papel do Supremo na proteção do mínimo existencial. A esse respeito, destacou:

[...] apenas o Supremo revela-se capaz, ante a situação descrita, de superar os bloqueios políticos e institucionais que vêm impedindo o avanço de soluções, o que significa cumprir ao Tribunal o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados. Isso é o que se aguarda deste Tribunal e não se pode exigir que se abstenha de intervir, em nome do princípio democrático, quando os canais políticos se apresentem obstruídos, sob pena de chegar-se a um somatório de inércias injustificadas. Bloqueios

da espécie traduzem-se em barreiras à efetividade da própria Constituição e dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos. (BRASIL, 2015).

Destarte, não há que se falar em ofensa ao princípio democrático diante da paralisação dos poderes políticos no cumprimento do seu papel, ainda mais se considerar que a situação dos presos é, de fato, mais preocupante diante da “sub-representação parlamentar” e “impopularidade desses indivíduos”. É que, sendo a opinião pública fator importante nas eleições, acabam os políticos atendendo aos anseios imediatos daqueles que o elegeram para fazer jus à representação parlamentar, e a sociedade atual clama pelo fim da criminalidade e por segurança pública, sendo a tutela dos encarcerados assunto de “pouco prestígio popular”. Falta, como afirmou o ministro, falta de “vontade política”, apta a superar os bloqueios institucionais (BRASIL, 2015).

A esse propósito, importante destacar nas palavras do ministro o seu entendimento:

[...] se atua, no Supremo, por meio de códigos distintos perante a opinião pública, comparados aos dos Poderes Legislativo e Executivo. Deve-se rejeitar o populismo judicial, ainda mais consideradas as esferas de liberdade e dignidade dos indivíduos, sempre envolvidas nos processos penais. Juízes e Tribunais devem buscar credibilidade popular, mas mediante os motivos juridicamente adequados das decisões [...] Tanto do ponto de vista liberal da dignidade inerente a todos os seres humanos, quanto sob o ângulo utilitarista da maximização do bem-estar dos membros da sociedade, a atitude certa é a de buscar soluções para a tragédia diária dos cárceres brasileiros, pouco importando a opinião majoritariamente contrária. Em síntese, a solução das graves violações de direitos fundamentais dos presos, decorrentes da falência do sistema prisional, presentes políticas públicas ineficientes e de resultados indesejados, não consegue avançar nas arenas políticas ante a condição dos presos, de grupo social minoritário, impopular e marginalizado. Nesse cenário de bloqueios políticos insuperáveis, fracasso de representação, pontos cegos legislativos e temores de custos políticos, a intervenção do Supremo, na medida correta e suficiente, não pode sofrer qualquer objeção de natureza democrática (BRASIL, 2015).

Do mesmo modo, quanto ao princípio da separação dos poderes, argumentou que tal crítica padece de sentido na medida em que se questiona o próprio vazio de políticas públicas eficientes. Por conseguinte, sendo a deficiência do Estado a própria razão do agravamento da crise no sistema carcerário, tal alegação se mostra infundada.

Além disso, a intervenção judicial do STF não se substituiria na formulação e consecução das políticas públicas em suas minúcias, contudo retiraria o Estado da situação de evidente dormência, promovendo incentivos e direcionamento aos poderes na formulação e implementação das políticas públicas, de forma a efetivar os direitos fundamentais violados nos exatos limites constitucionais dispostos na Carta da República.

Com efeito, o relator expõe sobre este papel do Supremo na superação do quadro de inconstitucionalidades no sistema prisional:

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 [...] retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas, assegurando, assim, a efetividade prática das soluções propostas. Ordens flexíveis sob monitoramento previnem a supremacia judicial e, ao mesmo tempo, promovem a integração institucional cogitada pelo ministro Gilmar Mendes, formuladas que são no marco de um constitucionalismo cooperativo (BRASIL, 2015).

Passando à apreciação dos oito pedidos cautelares, declarou o ministro que sete versam sobre interpretação e legislação penal processual penal e um acerca de medida orçamentária da União.

Inicialmente, o relator teve por adequado o pedido dirigido aos juízes e tribunais, sobre a fundamentação da utilização ou manutenção da prisão provisória, bem como a necessidade de motivação pela não aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal. De igual modo, deferiu os pleitos voltados à observância do estado de inconstitucionalidades apontado, quando da concessão de cautelares penais, da aplicação da pena, durante o processo de execução penal e ao tempo da escolha de penas alternativas à prisão definitiva.

Não obstante, o relator indeferiu os pedidos envolvendo o abrandamento dos requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos e o abatimento do tempo de prisão em consideração às condições desumanas das prisões. O ministro considerou que, “em relação aos benefícios e direitos dos presos, há disciplina legal que não pode ser flexibilizada em abstrato. A contagem de tempo para a fruição desses direitos há de ser feita caso a caso, observando-se os parâmetros legais” (BRASIL, 2015).

Quanto ao pedido de compensação do tempo de custódia definitiva, uma vez que esta é cumprida em condições mais severas, argumentou sobre ausência de previsão legal para tanto, devendo tal pedido deve ser indeferido. O mesmo raciocínio foi levado em consideração tornando por prejudicado o pedido em relação ao CNJ para implemento das referidas medidas.

Sobre a determinação da realização de audiências de custódia, o relator afirmou que a medida é imposição dos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cíveis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, já internalizados no país, o que lhes confere hierarquia

supralegal, devendo a medida ser imediatamente adotada a fim de se evitar superlotação carcerária desnecessária.

No que diz respeito à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN e à proibição de a União realizar novos contingenciamentos, esclareceu o ministro que já houve preocupação interna de agentes políticos pela sua liberação, por exemplo pela apresentação de projeto de lei complementar - PLC nº 25, de 2014, voltado à proibição de contingenciamento do referido fundo. No entanto, tal proposta legislativa ainda não foi aprovada, encontrando-se em trâmite no Congresso Nacional.

Contudo, asseverou que referida iniciativa política não tem o condão de barrar o Supremo em decisões sobre escolhas orçamentárias, haja vista que o caótico contexto dos cárceres impõe medidas urgentes e não pode esperar até o fim da deliberação legislativa. Enfatizou ademais que a mera proposta legislativa “não significa deliberação e decisão política sobre o tema” (BRASIL, 2015).

Consoante bem demonstrou o relator, a não utilização dessas verbas implica na ausência de reformas dos presídios ou a construção de novas unidades, bem como de projetos de cunho ressocializador, cuja efetivação poderia possibilitar a redução de tempo na prisão. Além disso, a limitação dessas despesas pela União é suscetível de críticas ante o que prescreve a lei complementar nº 101/2000, art. 9º, §2º, o qual trata sobre a regra de contingenciamento de valores, excluindo-se as despesas referentes a obrigações constitucionais e legais do ente, como é o caso do fundo penitenciário.

Nesse passo, tratando a verba do FUPEN destinada à um fim específico, restaria vedado o contingenciamento pela União, com vistas à cobrir os “passivos contingentes e outros riscos e eventos fiscais imprevistos”, conforme dispositivo legal supracitado (BRASIL, 2015).

Tratando de escolhas orçamentárias da União e intervenção da Corte, muito bem ponderou o ministro no seguinte trecho:

A violação da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial autoriza a judicialização do orçamento, sobretudo se considerado o fato de que recursos legalmente previstos para o combate a esse quadro vêm sendo contingenciados, anualmente, em valores muito superiores aos efetivamente realizados, apenas para alcançar metas fiscais. Essa prática explica parte do fracasso das políticas públicas existentes. Como assevera o professor Eduardo Bastos de Mendonça, 'políticas públicas são definidas concretamente na lei orçamentária, em função das possibilidades financeiras do Estado', de forma que “a retenção de verbas tende a produzir, na melhor das hipóteses, programas menos abrangentes”. Segundo o autor, a medida mostra-se ainda mais problemática tendo em conta “que os cortes têm atingido programas relacionados a áreas em que, para além de qualquer dúvida, a atuação do Estado tem sido insatisfatória ou insuficiente”, como é o caso do sistema penitenciário nacional (MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. A

Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 97-98) (BRASIL, 2015).

Finalizado o voto do relator, o Tribunal chegou ao consenso de que os pedidos referentes à fundamentação da utilização ou manutenção da prisão provisória, bem como a necessidade de motivação pela não aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão, e aquele relativo à observância do estado de inconstitucionalidades, quando da concessão de cautelares penais, da aplicação da pena, durante o processo de execução penal e ao tempo da escolha de penas alternativas à prisão decorrem da própria legislação e do sistema jurídico como um todo, especificamente do art. 93, IX, da Constituição e dos arts. 282, § 6º e 315 do Código de Processo Penal, os quais impõem o dever de motivação aos juízes. Destarte, não haveria necessidade do Tribunal, em cautelar vinculante, reiterar esse dever e impor aos magistrados que cumpram o que já está previsto na lei e na Constituição.

No tocante ao pedido direcionado ao CNJ, o Tribunal o teve por prejudicado, uma vez que a finalidade dos mutirões seria para o cumprimento das cautelares já rejeitadas pela falta de previsão legal. Além disso, enfatizou a Corte que a realização dos mutirões carcerários já é uma realidade no país e vem funcionando a contento, com resultados positivos divulgados em relatórios oficiais do próprio órgão.

Por último, foi acatada pela Corte a proposta do Ministro Luís Roberto Barroso, com o reajuste final, de concessão de cautelar de ofício para que se determine à União e aos Estados, e especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhassem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional.

À vista do exposto, conclui-se que o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da medida cautelar na ADPF nº 347 deu um grande salto na jurisprudência nacional ao acolher, pioneiramente, a técnica do estado de coisas inconstitucional veiculada pelo PSOL. Destarte, reconheceu a Corte ser legítima a atuação do Tribunal presente o estado insuportável de violações dos direitos fundamentais dos presos, reclamando uma intervenção urgente do judiciário, mesmo que, inicialmente, por cognição sumária, tendo em vista as reiteradas ações e omissões das autoridades públicas responsáveis na efetivação desses direitos.

3 O ATIVISMO JUDICIAL ESTRUTURAL DIALÓGICO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Após o estudo da figura do estado de coisas inconstitucional em si, será dado ênfase, neste momento, à análise do principal efeito do seu reconhecimento pela Suprema Corte, o ativismo judicial estrutural dialógico. Assim, no presente capítulo, destaca-se esta nova forma de atuar da Corte e a sua ingerência atípica nos demais poderes, bem assim os possíveis impactos daí advindos, dentre eles os limites impostos pelos princípios constitucionais democrático e da separação de poderes.

Do mesmo modo, foca-se na atual situação crítica da saúde pública brasileira, bem como os mecanismos jurídicos criados pelo ordenamento para sua proteção e efetivação, para, em seguida, delinear um possível reconhecimento do estado de coisas inconstitucional deste valioso direito fundamental.

3.1 O ativismo judicial estrutural dialógico: conceito e repercussões

Conforme restou evidenciado nos capítulos anteriores, a partir da declaração do estado de coisas inconstitucional, surge uma nova modalidade de ativismo judicial consistente na intervenção do Judiciário em relação aos demais Poderes da República (Executivo e Legislativo) com vistas à superação dos bloqueios políticos e institucionais, ampliando-se o diálogo e a cooperação entre os órgãos a fim de solucionar um litígio de caráter estrutural.

Nesse diapasão, verifica-se o ativismo judicial estrutural dialógico como principal efeito da declaração do ECI nas Cortes Constitucionais. Ele é a própria ingerência do Poder Judiciário nas ações governamentais, de maneira harmonizada com os outros poderes e órgãos, na tentativa de dar eficácia e concretude aos valores constitucionais estabelecidos pelo constituinte.

Segundo o autor Allan Luiz Oliveira Barros (2016), o ativismo judicial dialógico, decorrente da declaração do ECI, trata-se de uma “atuação proativa” do Judiciário diante das chamadas “urgências institucionais”, a qual justifica uma cooperação emergencial entre os órgãos públicos para sanar a reiterada violação aos direitos fundamentais, uma vez comprovada a omissão contumaz da atuação do Estado.

Destarte, ele caracteriza-se pela intervenção do Judiciário nas esferas legislativa e administrativa, sendo a principal função da corte coordenar um processo de mudança institucional através da emissão de ordens de “desbloqueio” que costuma emperrar a democracia estatal e de um processo de monitoramento contínuo sobre as medidas adotadas pelo poder público. (RODRIGUEZ GARAVITO, César e RODRIGUEZ FRANCO, Diana, 2010).

Trata-se de importante mecanismo suplementar (e excepcional) para a proteção dos direitos fundamentais catalogados na Constituição Federal e que se destina a retirar os responsáveis públicos do seu estado de inação e impulsioná-los na adoção das políticas públicas a que estão legitimados constitucionalmente a concretizar, dada a situação emergencial apresentada.

A Corte assume aqui uma posição mais heterodoxa na efetivação dos direitos fundamentais violados, sem, no entanto, adentrar no campo da elaboração de políticas públicas, uma vez que este é função inerente aos demais poderes. Assim, a Corte promoverá “a aproximação das instituições necessárias”, bem assim da sociedade civil, “coordenando a efetivação dos direitos fundamentais lesionados, não lhe cabendo o papel de executor, mas de mediador ou controlador do plano de metas traçado” (SARMENTO, 2016).

Dessa forma, surge um novo conceito de ativismo judicial que intenta dar soluções práticas através de mecanismos institucionais mais flexíveis e totalmente diversos daqueles utilizados no modelo predecessor. Trata-se de um verdadeiro potencial das Cortes de promover espaços para uma democracia deliberativa ou um neoconstitucionalismo cooperativo, os quais hão de complementar os atrofiados espaços de deliberação política hoje existentes para a efetivação dos comandos constitucionais.

É aquilo que o autor Peter Häberle (2007) convencionou chamar de Estado Constitucional Cooperativo no qual se verifica progressivamente, em razão do pluralismo constitucional, relações de interdependência e de colaboração entre diferentes ordens constitucionais nacionais e o Direito Internacional, demonstrando-se as relações nacionais, internacionais ou até mesmo supranacionais em constante simbiose e aprendizado recíproco. Para que haja tal complexo de relações cooperativas, deve haver um robustecimento nos ordenamentos jurídicos nacionais em relação à proteção dos direitos fundamentais, instituindo-se uma identidade transnacional alicerçada no humanismo.

Numa outra acepção, o constitucionalismo cooperativo envolve o “reconhecimento de que também no âmbito interno de um mesmo Estado Nacional, seja possível travarem-se relações,

de cooperação entre diferenciados interlocutores”, sobressaindo-se tal processo dialógico como alternativa à questão da justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais e dos limites definidos pelo princípio democrático. A jurisdição constitucional perfaz-se, então, no melhor sentido, da necessária cooperação e rearticulação entre as instâncias responsáveis (legislativo ou judiciário), promovendo-se uma maior ou menor contenção judicial de acordo com o direito em debate. Assim, não há que se falar em um único autor, ou última palavra em direitos fundamentais, e sim no melhor protagonista para veicular aquele direito em uma dada situação, ampliando-se o cenário de deliberações quanto ao seu conteúdo (VALE, p. 11).

Sobre as características deste novo modelo de ativismo, faz-se mister trazer à colação o entendimento de César Rodríguez Garavito e Diana Rodríguez Franco (2010):

Los fallos representativos del activismo dialógico comparten tres rasgos. Primero, las sentencias dialógicas tienden a dictar ordenes más abiertas que las del activismo clásico. En términos de los criterios de Tushnet (2008) para distinguir los remedios judiciales ‘fuertes’ de los ‘débiles’ —esto es, la amplitud, la obligatoriedad y la perentoriedad de las órdenes del fallo—, sus remedios tienden a ser más débiles. Las sentencias de la jurisprudencia dialógica tienden a abrir un proceso de seguimiento que alienta la discusión de alternativas de políticas públicas para solucionar el problema estructural detectado en el fallo. Los detalles de las políticas, por tanto, tienden a surgir en el transcurso del proceso de seguimiento, no en la sentencia misma. Con frecuencia, además, las órdenes de los fallos no implican obligaciones de resultado muy precisas, sino el deber de las autoridades públicas de diseñar e implementar políticas que avancen en la protección de los derechos vulnerados. Segundo, la implementación de los fallos tiene lugar mediante mecanismos de seguimiento periódicos y públicos. Al mantener su competencia sobre el caso después de la sentencia, las cortes dialógicas suelen dictar nuevas decisiones a la luz de los avances y retrocesos del proceso, y alentar la discusión entre los actores del caso en audiencias públicas y deliberativas. Tercero, por esa razón, los fallos dialógicos tienden a involucrar un espectro más amplio de actores sociales en ese proceso de seguimiento. Además de la misma corte y las entidades públicas destinatarias de las órdenes, la implementación involucra a todos aquéllos que, directa o indirectamente, son afectados o tienen interés legítimo en el resultado del caso estructural. Esto incluye a las víctimas cuyos derechos han sido violados, las organizaciones de la sociedad civil relevantes, los organismos internacionales de derechos humanos y otros actores cuya participación resulte útil para la protección de los derechos objeto del caso, desde organizaciones de base hasta centros académicos.

Importa destacar que quanto maior for o grau de inércia, vulnerabilidade das pessoas envolvidas e essencialidade dos direitos violados maior deverá ser a intensidade da atuação judicial e a busca pela sua implementação pela Corte (MARMELSTEIN, 2015).

Um aspecto relevante desta nova concepção de ativismo vem a ser o monitoramento da Corte após a sentença emanada, por meio da retenção de sua jurisdição, significando dizer que, após conclamar os órgãos responsáveis e a sociedade civil a traçar as metas a serem implementadas,

esta fiscaliza o cumprimento dos ciclos de implementação das políticas públicas e o seu progresso na superação do quadro de inconstitucionalidades, podendo revê-los acaso se mostrem inefetivos.

Outrossim, Silva Júnior (2017) esclarece que as ordens proferidas pela corte devem ser flexíveis, abrindo-se uma margem de criação legislativa e de execução a serem utilizadas pelas demais instâncias responsáveis, as quais legitimadas pelo voto possuem o respaldo democrático, técnico e financeiro sobre a melhor forma prática de superação do estado de inconstitucionalidade.

Quanto às possíveis críticas relacionadas ao princípio democrático ante a ausência de representatividade popular dos juízes, tem-se que as práticas políticas e institucionais das democracias modernas acabam por pôr em cheque o principal argumento deste debate. Isso por que as constantes notícias de escândalos de corrupção, tráfico de influência ou desvio de finalidade dos governantes demonstram o quão complexo é o problema representatividade popular, devendo este ser mencionado apenas diante de uma democracia “realmente existente”. Nas democracias incipientes, os meios de fiscalização vertical, incluído aqui as eleições periódicas, acabam sendo muito esporádicos ou manipulados, não atendendo a sua função precípua, cuja finalidade é garantir a ordem democrática e os direitos constitucionais. (RODRIGUEZ GARAVITO, César e RODRIGUEZ FRANCO, Diana, 2010).

Nesse contexto, tem-se de suma importância a fiscalização exercida pelo Judiciário para fazer frente às omissões e ações inconstitucionais do Executivo e/ou Legislativo. O aparelhamento e independência do Poder Judiciário constituem fator determinante para destravar os demais, trazendo, ao revés, e mediante o emprego de mecanismos adequados, como o ativismo judicial estrutural dialógico, medidas que acabam por promover a democracia.

Portanto, o cerne deste modelo de ativismo é o direcionamento do Judiciário aos atores públicos responsáveis para que se comprometam, em um dado prazo e dentro da sua esfera de atribuições, a reverter todas essas falhas estruturais que acarretam a grave e sistemática lesão aos direitos fundamentais. Não há, todavia, a imposição de ordens com as minudências das políticas a serem efetivadas, pois do contrário estar-se-ia violando o princípio democrático e o da separação dos poderes.

Nesse passo, conclui-se que tal modelo de ativismo busca o equilíbrio entre os princípios da inafastabilidade da jurisdição e proteção dos direitos fundamentais de um lado e o imperativo democrático da separação dos poderes e a deliberação sobre políticas públicas de outro.

3.2 Panorama jurídico do direito fundamental à saúde

O direito à saúde foi elencado na Constituição Federal em seu Título I, Capítulo 2, catalogado junto ao rol dos direitos fundamentais sociais, de acordo com o que dispõe o art. 6º do diploma constitucional: “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Mais adiante, a Constituição trata a saúde como integrante da seguridade social, estabelecendo o seu art. 196 que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas, que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Cumprе ressaltar que o direito à saúde, efetivado pelo Sistema Único de Saúde (SUS), possui como uma de suas diretrizes o atendimento universal e integral, com prioridade para ações preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais, sendo financiado pelas contribuições sociais mencionadas no art. 195 da Constituição, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (além de outras fontes), nos percentuais indicados em lei complementar, de acordo com as disposições do art. 198, da Constituição Federal.

No campo infraconstitucional, as leis nº 8.080/90 e nº 8.142/90 são as denominadas leis orgânicas da saúde e possuem como regulamento o SUS. A primeira aborda as condições para promover, proteger e recuperar a saúde, além da organização e o funcionamento dos serviços também relacionados à saúde. Segundo o seu art. 1º são regulamentadas, em todo território nacional, “as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado”. A segunda, por sua vez, trata da participação da comunidade na gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde, evidenciando-se na referida legislação a descentralização político-administrativa da saúde na forma da municipalização dos serviços e das ações de saúde, com redistribuição de atribuições e recursos em direção aos municípios.

Consoante prescreve o art. 7º, da lei 8.080/90:

São princípios do Sistema Único de Saúde, dentre outros: I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; II – integralidade de assistência,

entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema; III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral; IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie. (BRASIL, 1990).

Isso significa dizer que o direito à saúde deve ser assegurado a todos, indistintamente, devendo ser prontamente atendido pelo Estado aquele que dela necessitar.

Tendo por base a lição de Canotilho (1998), a saúde insere-se no rol dos ditos direitos fundamentais prestacionais, cuja efetivação depende de uma atuação positiva do Estado, seja na criação de uma norma legislativa concretizadora, seja na efetivação de políticas públicas.

Outrossim, segundo a renomada classificação dos direitos fundamentais de Bobbio (1992), o direito à saúde qualifica-se como direito fundamental de segunda geração, cuja aparição deu-se com a chegada do Estado Democrático e Social de Direito que, além de se abster a fim de assegurar as liberdades públicas, passou a ter o dever de concretizar por meio de políticas sociais ativas os direitos sociais, econômicos e culturais.

Ada Pellegrini Grinover (2010, p. 10) retratando o contexto histórico e social da aparição dos direitos sociais prescreveu:

A transição entre o Estado liberal e o Estado social promove alteração substancial na concepção do Estado e de suas finalidades. Nesse quadro, o Estado existe para atender ao bem comum e, conseqüentemente, satisfazer direitos fundamentais e, em última análise, garantir a igualdade material entre os componentes do corpo social. Surge a segunda geração de direitos fundamentais – a dos direitos econômico-sociais –, complementar à dos direitos de liberdade. Agora, ao dever de abstenção do Estado substitui-se seu dever a um *dare, facere, praestare*, por intermédio de uma atuação positiva, que realmente permita a fruição dos direitos de liberdade da primeira geração, assim como dos novos direitos.

Portanto, sendo o direito à saúde bem jurídico fundamental e indispensável à vida minimamente digna, qualquer restrição a esse bem seria, em tese, inconstitucional, havendo a possibilidade do ajuizamento de ação individual ou coletiva, concreta ou abstrata, com vistas a assegurar a sua plenitude. Assim, foram reconhecidos, na ordem jurídica constitucional democrática atual, muitos mecanismos de proteção aptos a enfrentar esse debate, tais como: a ação judicial individual, ação popular, ação civil pública, mandado de segurança coletivo ou individual, mandado de injunção e as ações diretas de controle abstrato de inconstitucionalidade, que visam precipuamente exercer um controle quanto às demais funções estatais na efetivação dos direitos fundamentais.

Não obstante, conforme ressalta Silva (2007, p. 16), os direitos prestacionais são “de

natureza econômica relevante”, ou seja, dependentes da conjuntura econômica estatal para sua efetivação em juízo. Assim, surge a eventual impossibilidade de satisfação de todos os direitos sociais eventualmente reclamados, sobrando ao Estado, diante da escassez de recursos, escolher a melhor opção quanto a sua alocação na efetivação dos direitos, resultando daí, as chamadas “escolhas trágicas”.

O argumento utilizado pelo poder público fundamenta-se na chamada teoria da reserva do possível, de origem Alemã. Neste precedente, os autores alegavam o descumprimento do art. 12 da Constituição Alemã, que prevê o direito do cidadão à livre escolha de sua profissão e por esta razão o Estado deveria oferecer o número de vagas pleiteadas em universidades equivalentes à demanda desejada, sem concorrentes. Com fundamento no princípio da razoabilidade, decidiu a Corte Alemã pela não-obrigatoriedade de criação de novas vagas no curso de Medicina por considerar que já haveria o mínimo de prestações materiais capazes de assegurar a existência digna, não podendo o cidadão exigir do Estado algo que fuja do limite do razoável (MONTINEGRO, 2016).

Quanto às denominadas escolhas trágicas do Estado, impende transcrever as palavras bastante esclarecedoras de Trotte (2012, p. 08):

O momento agora é pela busca da efetividade das normas constitucionais, fundada na premissa da força normativa da Constituição e o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional, baseada em novos métodos hermenêuticos e na sistematização de princípios específicos de interpretação constitucional. O objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema de proteção ao direito à saúde, traduz meta cuja não realização qualificar-se-á como censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao poder público, especialmente porque a Lei Fundamental da República delineou, nessa matéria, um nítido programa a ser necessariamente implementado, mediante adoção de políticas públicas consequentes e responsáveis. O administrador público está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional, ou seja, a sua própria finalidade: o bem estar e a justiça social. Destaca-se, portanto, que a margem de discricionariedade é limitada, o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e a conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois essa questão foi deliberada pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração. Essa discricionariedade se demonstra apenas no que se refere às políticas públicas já elencadas no texto constitucional, como por exemplo, conferir direito à vacina para um grupo da população ou custear o tratamento de apenas um paciente com alguma enfermidade rara. Nesse diapasão é que se encontram as escolhas trágicas. A própria existência de políticas públicas, por si só, implica escolhas trágicas, pois decorre de opção por determinadas políticas públicas, em detrimento de outras. A necessidade de ‘escolhas trágicas’ consiste também em optar por concretizar determinados direitos, para algumas pessoas, em detrimento dos direitos de outras. Essa tese foi desenvolvida por Stephen Holmes e Cass R. Sunstein, que sustentam que escolher ‘x’ sobre ‘y’ significa desistir de ‘y’, que, se for

a alternativa perdida mais valorizada, é definido como o custo de escolher X. Destacam os autores que quando um direito é efetivado, alguém ganha e alguém perde. A aplicação de um direito é ‘aceita’ pela parte vencida porque essa parte não tem escolha, ou seja, porque todo o poder do Estado está ao lado do detentor do direito e, portanto, contra a parte vencida.

A teoria das escolhas trágicas permite deduzir que o Estado sempre estará em momento de tensão entre fazer valer o direito fundamental à saúde na situação concreta, de um lado, e superar as dificuldades institucionais em viabilizar a alocação de recursos financeiros limitados, de outro. Tendo em vista a escassez de recursos, os direitos prestacionais não poderão ser atendidos em sua íntegra, restando ao Estado realizar opções trágicas, sacrificando um direito para dar concretude a outros.

Em que pese a justificativa estatal pela teoria da reserva do possível, há que se considerar que a saúde, além de ser catalogado como direito fundamental, de acesso universal e igualitário, está intrinsecamente ligada ao direito à vida, sendo a sua proteção indispensável para garantir a dignidade humana, objetivo fundamental da nossa ordem jurídica.

A saúde é bem integrante daquilo que o Supremo Tribunal convencionou chamar de “mínimo existencial” (BRASIL, 2004), sendo a sua ausência, e até mesmo a deficiência de políticas públicas responsáveis para conferir efetividade a este direito, uma omissão inconstitucional passível de censura pelo Judiciário, em razão do seu papel de concretizador de direitos fundamentais.

No trecho abaixo, o relator da ADPF nº 45 destaca a importância de assegurar o do mínimo existencial nas políticas públicas:

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível. Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa –, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. [...]. (BRASIL, 2004).

Por esta razão, quando se está diante daquele núcleo central de direitos inerentes à

dignidade humana, deve ser reconhecida a sua eficácia jurídica pelo Judiciário, sendo neste caso, uma intervenção jurisdicional legítima.

A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais está prevista no art. 5º, §1º, da Constituição Federal e independe, portanto, de intermediações legislativas e executivas. Nem mesmo as normas programáticas, que se tratam de diretrizes, retiram seu conteúdo eficaz, uma vez que constituem “parâmetro para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas, gerando, no mínimo, um direito subjetivo negativo e possibilitando sempre ao indivíduo exigir do Estado que este se abstenha de atuar de forma contrária ao conteúdo da norma que consagra o direito fundamental” (SILVA, 2007). Quanto aos efeitos das normas programáticas, reconheceu a própria Suprema Corte:

Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei do Estado” [...] (BRASIL, 2004).

Em sendo assim, como direito fundamental, a saúde tem aplicabilidade direta e imediata, decorrente do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais e a “simples omissão do órgão governamental, ao não atuar em prol dos direitos sociais mínimos, garantidos constitucionalmente, já mostra a vileza, a tirania do legislativo e Executivo”. Portanto, em situações excepcionais, o “Judiciário tem o dever de determinar à Administração prestações positivas mínimas de direitos sociais, em benefício da população, com destaque aos carentes” (VITTA, 2013, p. 774).

Em vista desse contexto, observa-se que muitas são as normas na proteção do direito à saúde, bem como inúmeros são os mecanismos jurídicos para sua proteção, contudo ainda existem falhas estruturais graves na área da saúde pública que merecem atenção especial do Estado no seu mister constitucional. Em verdade, o que falta não é a elaboração de mais normas ou projetos sociais, mas políticas públicas de qualidade, que atendam a um número significativo de pessoas de forma racionalizada e programada, dentro das possibilidades financeiras do Estado, de forma a garantir o mínimo existencial dos necessitados.

3.3 A efetivação do direito à saúde pelo ativismo judicial estrutural dialógico

Atualmente, vê-se um crescente número de demandas judiciais a fim de concretizar a assistência integral à saúde pelo Estado. São casos dos mais diversos envolvendo a falta ou insuficiência de medicamentos, instalações hospitalares insalubres e amontoadas de enfermos, longas filas de espera para atendimento, inexistência de vagas em leitos de unidades de tratamento intensivo (UTI), ausência de materiais ou a baixa qualidade deste, dentre outros casos, inseridos nesse universo catastrófico.

Em notícia recentemente publicada no sítio eletrônico do jornal Folha de São Paulo em 28/09/2016, na qual o problema da judicialização da saúde é retratado de uma forma bem pedagógica, evidenciou-se o crescimento das ações partir da década de 1980 com a progressiva constitucionalização dos direitos sociais e as dificuldades do Estado em prover os serviços efetivamente. Ademais, o envelhecimento da população, a crise econômica e os cortes no orçamento da saúde contribuíram para o atual aumento dos casos, demonstrando-se que o total de condenações do Estado de São Paulo, por exemplo, quase dobrou nos últimos cinco anos (foi de 9.385 em 2010 para 18.045 no ano passado). Em contrapartida, Rio Grande do Sul disparou com um total de 24,72 ações por 100.000 habitantes (SÃO PAULO, *online*).

Na pesquisa ora registrada, as respostas do governo quanto ao crescimento excessivo de ações em matéria de saúde foram as de que o volume de ações judiciais é crescente e tem causado desequilíbrio nas contas; são gastos valores altos para beneficiar poucos pacientes; as despesas "inesperadas" podem ameaçar políticas de saúde, já que orçamentos só preveem remédios incluídos na lista do SUS e, por fim, há distorções em algumas solicitações, por exemplo, de pedidos de itens como lenços umedecidos, colchão de solteiro e até remédio para cães. Por outro lado, alegam os representantes dos pacientes que há demora na incorporação e oferta de tratamentos pelo SUS ou na análise de novos medicamentos pela Anvisa; deve haver revisão necessária no conceito de "alto custo", a ser olhado do ponto de vista do paciente; geralmente tratam-se de remédios que já foram aprovados por agências de outros países, como a americana e, ainda, uma decisão contrária pode inviabilizar o acesso à saúde a pacientes pobres ou com doenças raras, por exemplo, cujo tratamento só está disponível no exterior.

Para bem retratar este grave cenário, o Conselho Nacional de Justiça, considerando o elevado número e a ampla diversidade dos litígios referentes ao direito à saúde, bem como o forte

impacto dos dispêndios decorrentes sobre os orçamentos públicos, aprovou, em 6 de abril de 2010, a Resolução nº 107/2010, criando o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resoluções das demandas de assistência à Saúde, no intuito de elaborar estudos e propor medidas ou a expedição de normas para o aperfeiçoamento dos procedimentos judiciais e administrativos visando à solução mais rápida e, sobretudo, a prevenção de novos conflitos na área da saúde, como, por exemplo, os relacionados ao fornecimento de medicamentos, outros produtos e tratamentos médicos ou internações, bem como o monitoramento de ações relativas ao SUS ou ao sistema complementar.

A instalação do Fórum da Saúde deu-se somente em 03/08/2010, sendo publicado, nesta ocasião, relatório de demandas em andamento nos Tribunais de Justiça Estaduais e Federais de todo país, revelando um número total de 240.980 processos relativos à saúde até o ano de 2011. Somente no Estado do Ceará, até março de 2011, já se alcançava um número de 8.344 demandas sobre saúde, já no Rio Grande do Sul, constatou-se o total de 113.953 ações, o que revela a profundidade do problema (BRASIL, 2010).

Tal medida resultou da realização da Audiência Pública nº 4, realizada pelo Supremo Tribunal Federal para discutir as questões relativas às demandas judiciais, que objetivavam o fornecimento de prestações de saúde, e a consequente constatação da carência de informações clínicas prestadas aos magistrados a respeito dos problemas de saúde enfrentados pelos autores dessas demandas. Seguiu-se, também, a linha da recomendação do CNJ nº 31 de 30/03/2010, que já visava à adoção de medidas com fim de melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde.

Interessante objetivo trazido pelo Fórum da Saúde, conforme art. 2º da resolução nº107/2010, inciso III, foi a proposição de medidas concretas e normativas destinadas a otimizar a rotina processual relativa ao direito à saúde, bem como a organização e estruturação com a criação de unidades judiciárias especializadas (BRASIL, 2010).

Tal atribuição restou materializada, recentemente, na resolução do CNJ nº 236 de 06/09/2016, ao dispor sobre a criação e manutenção, pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais de Comitês Estaduais da Saúde, bem como a especialização de vara em comarcas com mais de uma vara de Fazenda Pública.

O Comitês Estaduais da Saúde tem, entre as suas atribuições, a de auxiliar os tribunais

na criação de Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS), constituído de profissionais da Saúde, para elaborar pareceres acerca da medicina baseada em evidências, sendo representado por Magistrados especializados na área da saúde, gestores da área da saúde (federal, estadual e municipal), e demais participantes do Sistema de Saúde (ANVISA, ANS, CONITEC, quando possível) e de Justiça (Ministério Público Federal e Estadual, Defensoria Pública, Advogados Públicos e um Advogado representante da Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil do respectivo Estado), bem como integrante do conselho estadual de saúde que represente os usuários do sistema público de saúde, e um representante dos usuário do sistema suplementar de saúde que deverá ser indicado pela Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor por intermédio dos Procons de cada estado (BRASIL, 2016).

Com efeito, diante desse contexto, verifica-se que Judiciário já reconheceu o problema da judicialização da saúde como um mal a ser enfrentado de forma global, uma vez que as diversas soluções emergenciais individuais proferidas pelos magistrados carecem de conhecimento técnico e programação orçamentária para tanto, acabando por comprometer as políticas públicas futuras e o direito coletivo daqueles sem acesso qualificado à justiça no que tange ao usufruto do direito à saúde com qualidade.

A respeito dessa atuação do Judiciário, leciona o professor Luis Roberto Barroso (2007, *online*), em parecer submetido à Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro:

Mais recentemente, vem se tornando recorrente a objeção de que as decisões judiciais em matéria de medicamentos provocam a desorganização da Administração Pública. São comuns, por exemplo, programas de atendimentos integral, no âmbito dos quais, além de medicamentos, os pacientes recebem atendimento médico, social e psicológico. Quando há alguma decisão judicial determinando a entrega imediata de medicamentos, frequentemente o Governo retira o fármaco do programa, desatendendo a um paciente que o recebia regularmente, para entregá-lo ao litigante individual que obteve a decisão favorável. Tais decisões privariam a Administração da capacidade de se planejar, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão. Cada uma das decisões pode atender às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente, impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública. [...] As políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as desigualdades econômicas e sociais. Contudo, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial. Por isso, a possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais serviria à classe média que aos pobres. Inclusive, a exclusão destes se aprofundaria pela circunstância de o Governo transferir os recursos que lhes dispensaria, em programas institucionalizados, para o cumprimento de decisões judiciais, proferidas, em sua grande maioria, em benefício da classe média.

Nesse sentido, compromete-se a alocação de recursos em demandas individuais e aleatórias, colocando em risco a saúde dos demais em situação de vulnerabilidade, cujo acesso à informação e à justiça são limitados, muitas vezes, inclusive, pela ausência de Defensores Públicos na localidade (MONTINEGRO, 2016).

Evidencia-se atualmente uma necessária interlocução entre os autores responsáveis pela efetivação do direito à saúde, dentre eles magistrados, médicos, organizações não-governamentais, advogados, Defensores Públicos, Ministério Público, a própria população e os órgãos e instituições responsáveis, de modo que se amplie o debate, revejam-se as políticas públicas existentes ou fortaleçam a legislação, a fim de que se chegue a uma efetiva solução do problema da saúde no país.

Sob esta ótica, é preciso inverter a lógica no atual contexto do controle judicial das políticas públicas sobre direitos sociais e reconhecer o hiato inconstitucional vivenciado na saúde pública, que deve ser remediado de forma estrutural, com a promoção de macrossoluções para sua real efetivação, sob uma visão multidisciplinar e integrada entre os diferentes poderes da república e a sociedade.

Isto por que não adianta a solução dos problemas da saúde com decisões específicas e pulverizadas, abrangendo somente um setor da sociedade, enquanto que a maioria da população continua a sofrer com o quadro de inconstitucionalidades, decorrentes da falta de coordenação e planejamento dos órgãos de atuação.

Quanto a essa judicialização excessiva, aponta Luis Roberto Barroso (2007, *online*) que o Judiciário passou a apresentar-se como “vítima do excesso de ambição, da falta de critérios e de voluntarismos diversos”, proferindo decisões “extravagantes ou emocionais”, com condenações envolvendo “tratamentos irrazoáveis – seja por que inacessíveis, seja por que destituídos de essencialidade – bem como de medicamentos experimentais de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas”. Enfatiza, ademais, sobre a incerteza quanto ao destinatário (União, Estados e Municípios) das condenações relativas ao fornecimento de medicamentos. Diante dessa falhas, afirma o autor que os processos acabam por acarretar “superposição de esforços e de defesas, envolvendo diferentes entidades federativas e mobilizando grande quantidade de agentes públicos”, representando, por consequência, mais “gastos, imprevisibilidade e desfuncionalidade da prestação jurisdicional”.

Desse modo, para evitar decisões despidas de funcionalidade, deve-se partir para uma

visão sistemática, da macro justiça, de modo que seria muito mais vantajoso, do ponto de vista econômico-social, um ativismo judicial que buscasse, com o auxílio do demais poderes, uma gestão eficiente dos recursos públicos, orientado pela avaliação técnica dos custos e benefícios, chegando-se assim a uma solução estruturada na resolução do problema da saúde pública.

Dentre as medidas a serem adotadas na saúde pública, Montenegro (2016, *online*) sugere:

Especificamente no que tange o direito à saúde, é preciso reconhecer que o Governo Federal tem mostrado uma tímida preocupação com a questão, instituindo algumas medidas que poderão resultar melhoras a longo e a curto prazo, como a ampliação de vagas nos cursos da área da saúde, sobretudo, nas universidades de medicina e com criação do programa “Mais Médicos”. No entanto, tais fatos representam uma gota de água num deserto imenso em que se encontra o sistema público de saúde. Ainda há muito a ser feito, sobretudo, em termos estruturais, como a unificação do concurso público para ocupação dos cargos de médicos e da estruturação de sua carreira, estabelecendo níveis que obriguem a todos aqueles que ingressarem no serviço público a assumirem seus cargos independente da localidade desejada, assim como acontece com os órgãos do judiciário, por exemplo. Faz-se necessária, ainda, uma padronização dos procedimentos administrativos, como a oferta de serviços e materiais e, acima de tudo, uma fiscalização técnica eficiente no repasse de verbas e na aplicação de investimentos. E, principalmente, anseia-se que a saúde pública altere sua atuação repressiva, passando a atuar preventivamente no combate a enfermidade, o que poderá representar a longo prazo uma economia nos cofres públicos.

A título de complementação, atenta-se para a necessária revisão e atualização constante dos procedimentos e tratamentos já catalogados, a realização de atualização periódica de protocolos e diretrizes terapêuticas, ampliação da participação da sociedade civil nas discussões sobre a incorporação de medicamentos e procedimentos, aplicação de prazos legais aos processos administrativos nas respostas à população, estudos sobre o custo e benefício da incorporação de novas tecnologias ou medicamentos comprovadamente eficazes, dentre outras medidas de cunho estrutural a serem repensadas. Cogita-se aqui, inclusive, de uma revisão do termo integralidade nas leis orgânicas da saúde por meio de projetos de lei e resoluções a serem observadas pelo Ministério da Saúde quanto à informação e resposta à população.

A despeito da situação dramática da saúde pública no país, sua efetivação encontra verdadeiros entraves, mesmo sendo um assunto recorrente nas pautas políticas do país. Sabe-se que ela, ainda hoje, continua sendo objeto de barganha entre os representantes do povo no poder, orientada para atender a interesses escusos, seja para angariar votos e conquistar um eleitorado fiel, seja para levar adiante projetos que atendem unicamente a determinado setor, considerando-se as ligações econômicas entre as empresas privadas do setor da saúde com chefes do Executivo e Legislativo.

Alicerçado na ideia de que a política está embebida de “paixões, impulsos e lutas pelo poder”, Vitta (2014, p. 766) aduz que a função jurisdicional deve estar alheia à política, pois ao magistrado cumpre exercer sua função com serenidade, isenção e equilíbrio, de acordo com as provas apresentadas nos autos e à luz do Direito.

Não obstante, a situação atual é de desinteresse generalizado com a coisa pública, de influência do poderio econômico nos processos eleitorais, da manipulação da mídia quanto à opinião pública, de corrupção generalizada dos governos e, ainda, da infidelidade dos governantes aos princípios dos seus partidos e às propostas de campanha por questões que deveriam configurar a autodeterminação de uma nação (ENZWILER *apud* VITTA, 2014).

Nesse contexto, aqueles a quem a Constituição determinou a função precípua de canalizar os recursos públicos e decidir pela sua melhor distribuição no tocante às políticas públicas sobre saúde, estão se omitindo de forma contumaz, não no que se refere à criação de leis e projetos públicos (que já são demasiados), mas no alcance destes no tocante à efetivação do direito à saúde daqueles mais desfavorecidos.

Desse modo, diante da ausência de representatividade eletiva e das crises enfrentadas pela ordem democrática atual, resta ao Judiciário, em face da massificação do direito à saúde vivenciada pelos seus destinatários, combatê-la com rigor, conferindo máxima eficácia a este direito, cuja essência deriva do direito à vida e, conseqüentemente, da dignidade humana, objetivo maior perseguido pelo constituinte de 1988.

Contudo, para superar a crítica quanto à separação dos poderes e ausência de legitimidade democrática do Judiciário no controle judicial estrutural de políticas públicas de atendimento à saúde, deve-se buscar uma solução diversificada, dialogada, na qual todos os poderes são chamados a cumprir o seu papel de forma cooperativa, sob a supervisão judicial.

É aí que entra em cena o ativismo judicial estrutural dialógico, cuja finalidade, como foi vista, é fazer valer os direitos fundamentais, conclamando-se os demais promotores do Estado Democrático a fazer justiça e cumprir, juntamente ao órgão jurisdicional, os desígnios da Constituição. Não há nada mais democrático que esse novo compromisso social efetivado pelos três poderes públicos, cada qual na sua esfera de poder, afastando-se daí as críticas quanto a este ponto.

Sobre os efeitos do ECI e do conseqüente ativismo judicial estrutural dialógico, destaca Barros (2016, *online*):

O traço diferencial do ECI é político, em um primeiro momento, pois convida todos os poderes a prestarem contas das políticas públicas e a justificar a omissão do Estado na área social vulnerada. Em um segundo momento, utiliza-se de uma decisão de conteúdo declaratório-mandamental para que os poderes omissos promovam as ações necessárias para a correção de rumo constitucional, realizando providências de ordem concreta para cessar a violação sistemática de direitos fundamentais às minorias vulneráveis tuteladas, oportunizando a realização de um novo pacto social entre as instituições para que o resultado das políticas públicas seja alcançado de forma satisfatória, de acordo com os valores tutelados pelo texto constitucional. Nem sempre o Estado de Coisas Inconstitucional representa uma omissão legislativa ou a ausência de norma jurídica disciplinadora do direito fundamental, mas pode estar constantemente relacionado ao não atendimento da norma existente ou sua inadequada execução, em razão dos meios materiais anteriormente empregados não terem alcançado os resultados queridos pela Constituição.

Consoante o que foi dito e realizando uma contextualização legal do tema, parece ser plenamente aceitável a declaração do ECI quanto ao direito fundamental à saúde, uma vez que a lamentável situação desse setor, afeta uma parcela considerável de pessoas, levando, conforme mencionado, a uma enxurrada de ações tendentes a concretizar esse direito.

Nesse sentido já caminha o STF e o CNJ para uma atuação mais dialogada na judicialização da saúde, adotando-se medidas com a participação de diferentes entidades e estruturando a justiça de forma mais sistematizada e eficiente nas prestações relativas à saúde. Contudo, ainda se verificam muitas soluções tópicas e objetivas, de pouco alcance, dependendo, portanto, de uma atuação dirigente do STF na declaração do ECI quanto à saúde pública para se atingir os setores mais desprivilegiados socialmente e sem acesso à justiça.

Pela aceitação do ECI na tutela do direito à saúde, Montenegro (2016, *online*) ensina que o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional atrairá resultados mais eficazes do que os inúmeros casos individuais à espera do Judiciário para efetivação da tutela do direito à saúde, já que impende, igualmente, uma solução mais justa e uniforme.

Da mesma forma, porém com um tímido receio quanto aos limites de atuação do Supremo Tribunal Federal, uma vez que o ECI busca solucionar os problemas de natureza estrutural e complexa, de larga escala, George Marmelstein (2016, *online*) enuncia:

De certo modo, o modelo do ECI pode ser até útil para os demais poderes, na medida em que pode evitar a pulverização de soluções tópicas em muitos níveis diferentes que, sem dúvida, atrapalhariam a gestão do sistema. Ou seja, se o ECI for declarado, e o plano de ação elaborado e iniciado, os órgãos envolvidos poderiam, em tese, ter um maior controle da situação, favorecendo a racionalidade no processo decisório. Hoje, como qualquer situação de desrespeito à constituição é judicializada de forma isolada, é impossível alcançar soluções sistematizadas, reinando um verdadeiro caos que pode até aumentar o quadro de inconstitucionalidade. Basta ver o exemplo da judicialização da saúde, em que

as microsoluções (caóticas) impedem qualquer planejamento das macrosoluções (sistemáticas). Uma declaração de ECI em matéria de saúde, com a apresentação de um plano de solução global, minimizaria o caos em que se vive hoje, onde qualquer paciente ingressa com ações judiciais para pedir qualquer remédio, inviabilizando a construção de um plano racional de longo alcance.

Seguindo as arestas bem definidas quando da utilização colombiana da técnica do Estado de Coisas Inconstitucional, bem como os elementos trazidos na ADPF 347/DF, verifica-se que, no tocante ao direito à saúde: a) há uma violação generalizada, em razão das condições desumanas e cruéis do serviço público disponibilizado, atingindo um número significativo de pessoas vulneráveis, ressaltando-se aqui o acesso universal da saúde pública e a ausência de representatividade política existente quanto aos carentes; b) há omissão reiterada do poder público na melhoria do quadro, evidenciada pelas constantes notícias veiculadas na mídia e pela a judicialização excessiva, aludindo-se às precárias condições da saúde pública; c) há a necessidade de uma solução estrutural, com a organização de um plano racionalizado de ações, desta vez programado, com a reestruturação das medidas administrativas, legislativas e orçamentárias, envolvendo a participação dos diferentes poderes e entidades, a fim de reverter esse quadro contínuo de violações e, por fim, d) há potencial obstrução da justiça pelo acesso à saúde, que já é notória nos tribunais do país (inclusive objeto de resoluções do Conselho Nacional de Justiça), em razão da incontestável violação ao direito à saúde.

Ante o exposto, dada a atual conjuntura do poder público quanto às violações massivas do direito fundamental à saúde, bem como diante do cenário de inefetividade das decisões judiciais na garantia desse direito quanto àqueles mais vulneráveis, sem acesso à justiça, urge o reconhecimento de um novo modelo de ativismo judicial, que busque concretizar, com a ajuda dos demais poderes, a longo prazo e em larga escala subjetiva, o acesso à saúde de qualidade, garantindo-se o mínimo existencial dos enfermos e necessitados, sem interferências indevidas de um poder pelo outro na sua atuação típica.

CONCLUSÃO

No desenvolver do trabalho, apreciaram-se alguns aspectos da recente técnica decisória chamada de Estado de Coisas Inconstitucional. Primeiramente, resgatou-se historicamente sua origem e conceito, seus elementos indispensáveis e possíveis debates acerca do tema. Verificou-se, ademais, a recepção do ECI pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF/DF 347 quanto ao sistema penitenciário brasileiro e, por fim, foi examinado o seu principal efeito, qual seja, o ativismo judicial estrutural dialógico, notadamente em relação à hipótese de proteção ao direito fundamental da saúde.

Como visto, o ECI emergiu na Colômbia em virtude de situações de grave e contínua violação de direitos constitucionais, advindos da omissão recorrente do poder público em promover soluções efetivas na proteção dos direitos fundamentais de pessoas em extrema vulnerabilidade, como foi o caso dos presos daquele país e dos deslocados em território nacional.

A *Sentencia* T – 025, de 2004, proferida pela Corte Colombiana, acabou por definir os pressupostos para sua declaração do ECI, sendo estes: a) a violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais que afeta um número significativo de pessoas; b) omissão prolongada das autoridades no cumprimento das suas obrigações de garantir os direitos; c) a adoção de práticas inconstitucionais, como a exigência de ação como parte do procedimento para garantir direito violado; d) a não edição de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias necessárias para evitar violação de direitos. e) a existência de um problema social cuja solução compromete a intervenção de várias entidades, exige a adoção um complexo de ações coordenadas e esforço orçamentário adicional; f) congestionamento do judiciário.

Tais pressupostos restaram reconhecidos como verdadeiros limites de atuação da Suprema Corte, haja vista a ingerência atípica do Judiciário em funções constitucionalmente definidas aos poderes do Executivo e Legislativo. Não obstante, a declaração do ECI teve por objetivo uma atuação dirigente do Judiciário, legitimando aquilo que veio a se chamar de ativismo judicial estrutural dialógico, o qual permitiu uma solução integrada e organizada entre os poderes da República a fim de pôr fim à violação ao direito fundamental em questão, sob a batuta do Judiciário.

Em verdade, não se tratou de legitimar uma intervenção indevida nas competências constitucionais, mas sim realizar uma mobilização integrada do poder público como um todo,

liderada pelo Judiciário (devido ao acesso à justiça), a fim de retirar as autoridades públicas do seu estado de inércia quanto à efetivação dos direitos fundamentais. Isso, pois, as decisões, até então apenas reconhecedoras das violações aos direitos fundamentais, revelaram-se inefetivas, sendo necessário o caráter mandamental da Corte na reformulação das políticas públicas para abranger o problema de forma estrutural.

Com efeito, o novo ativismo judicial veio para dar ênfase à adoção de medidas institucionais ajustadas e coordenadas entre os órgãos e entidades públicas envolvidas, tais como a elaboração de um plano de solução em um dado prazo, deliberação com os diversos órgãos públicos, reorganização orçamentária, elaboração de novas leis, incentivos para destravamento burocrático institucional, implementação de políticas públicas necessárias e, por fim, a necessária retenção de jurisdição da Corte até a total contenção/reversão do quadro.

Diante dessa perspectiva, viu-se que o Brasil, por meio do Supremo Tribunal Federal, acabou seguindo o precedente colombiano e reconheceu o ECI em julgamento cautelar na ADPF/DF nº 347, haja vista as condições desumanas dos presídios brasileiros, bem como a existência de falhas estruturais decorrentes da incapacidade e letargia do poder público (Legislativo, Administrativo e Judiciário, em suas três esferas) em tomar as medidas administrativas, legislativas e orçamentárias com vistas a reverter esse quadro.

Nessa linha, o Supremo determinou a instalação urgente das audiências de custódia nos prazos máximos de noventa dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso em até vinte e quatro horas do momento da prisão, em conformidade com a legislação internacional; o imediato descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN para o fim ao qual foi destinado e, por fim, determinou à União e aos Estados e, especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhassem ao STF relatórios sobre situação prisional.

A despeito das críticas fundadas na violação à separação dos poderes e falta de legitimidade democrática dos órgãos do Judiciário, tem-se, contrariamente, que o STF caminha para o reconhecimento de uma jurisdição constitucional cada vez mais democrática e participativa possível, pois visa à congregação dos demais poderes da República, bem como da sociedade civil, a enfrentar problemas no país e estabelecer respostas urgentes, harmonizadas e dialogadas tendentes à concretização dos direitos fundamentais, tal como manda a Carta Constitucional. Trata-se de um novo neoconstitucionalismo, dessa vez, tendo a cooperação institucional como protagonista.

Outrossim, destacou-se que o ativismo judicial estrutural dialógico é importante mecanismo excepcional na proteção dos direitos fundamentais catalogados na Constituição Federal e que se destina a retirar os responsáveis públicos do seu estado de inação e impulsioná-los na adoção das políticas públicas a que estão legitimados constitucionalmente a concretizar, dada a situação emergencial apresentada. Não há, todavia, a imposição de ordens com a elaboração detalhada de políticas a serem efetivadas, pois do contrário estar-se-ia violando o princípio democrático e o da separação dos poderes.

De igual modo, verificou-se que este novo modelo de ativismo busca, primordialmente, proteger os grupos mais vulneráveis, como restou decidido em relação aos presos (que não possuem voz ativa política) ou aqueles que vivem situação de extrema miserabilidade, sem acesso à informação e à Justiça, cuja representatividade também é prejudicada, tendo em vista a infidelidade política dos seus representantes no governo em relação às promessas de campanha eleitoral.

Especificamente no que concerne ao direito fundamental à saúde, evidenciou-se que este pertence ao chamado mínimo existencial, uma vez que decorre do direito à vida, intrinsecamente ligado a dignidade humana. Contudo, a atual situação caótica vivenciada nesse setor, constantemente veiculada pela mídia e pelo Judiciário, evidenciam as péssimas condições da saúde pública no país, dando a entender que ainda existem falhas gravíssimas de ordem estrutural incapazes de concretizá-lo de forma efetiva e universal, conforme determina a Constituição Federal de 1988 e normas infraconstitucionais.

Em razão desse quadro, observou-se um crescimento expressivo da judicialização do direito à saúde, restando ao Judiciário a imposição de soluções emergenciais e individuais, na maior parte dos casos, em total desacordo com a dotação orçamentária para tanto, comprometendo-se, por conseguinte, a eficiência administrativa no tocante à implementação de programas institucionalizados em atendimento à saúde de qualidade aos demais cidadãos.

Diante do que foi visto, constatou-se, conclusivamente, ser plenamente possível a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional para a efetivação ao direito à saúde, em face do atual quadro de inconstitucionalidades no qual está inserido. A violação massiva deste direito e o significativo número de pessoas afetadas reclamam a adoção de uma nova postura do Judiciário, um novo modelo de ativismo que trate o problema de modo sistemático e a nível de macro justiça, conclamando os demais Poderes e entidades na reformulação/criação das políticas públicas,

fundadas numa gestão compartilhada, programada e eficiente dos recursos públicos, com vistas a solucionar o problema de forma estruturada e universal.

REFERÊNCIAS

BARROS, Allan Luiz de Oliveira. **Estado de coisas inconstitucional e a efetividade dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/47078/estado-de-coisas-inconstitucional-e-a-efetividade-dos-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 20 set. 2016.

BARROSO, Luis Roberto. **Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 05 out. 2016.

BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à luz da judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>> Acesso em: 28 jun. 2017.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 10 ed., Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 31. Brasília, DF, 30 mar. 2010. **Diário da Justiça da União nº 61/2010, em 07 abr. 2010**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1195>>. Acesso em: 10 out. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 107. **Brasília, DF, 06 abr. 2010**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2831>>. Acesso em: 10 out. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 238. **Brasília, DF, 06 set. 2016**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3191>>. Acesso em: 10 out. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%20E7ao.htm>. Acesso em: 03 out. 2016.

BRASIL. Lei nº 8.080/90, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 20 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm> Acesso em: 22 jun. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.142/90, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 31 dez. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm> Acesso em: 22 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 347 MC/DF. Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Brasília, DF. **Diário da Justiça, 19 fev. 2016**. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF+347%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/j2hp5cr> >. Acesso em: 22 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 45 MC/DF. Relator: Min. Celso de Melo. Brasília, DF. **Diário da Justiça, 04 maio 2004**. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14800508/medida-cautelar-em-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-45-df-stf#!> > Acesso em: 22 set. 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria constitucional**. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Jotamundo: estado de coisas Inconstitucional**. Disponível em: < <http://jota.uol.com.br/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional> >. Acesso em: 14 set. 2016.

COLÔMBIA. Corte constitucional da Colômbia. Sentencia de Tutela nº T-025-04. Magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil. **Bogotá, D. C., 22 de janeiro de 2004**. Disponível em: < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-025-04.htm> > Acesso em: 23 set. 2016.

DWORKIN, Ronald. Rights as trumps. In: WALDRON, Jeremy. **Theories of Rights**. Oxford: Oxford University, 1984.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo poder judiciário. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**, v. 7, n. 7, 2010.

HABERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LYONS, Josefina Quintero; MONTERROZA; Angélica Matilde Navarro; MEZA, Malka Irina. **La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable em Colômbia**. Disponível em: < <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4767667.pdf> >. Acesso em 23 set. 2016.

MARMELSTEIN, George. **O estado de coisas inconstitucional – ECI: apenas uma nova onda do verão constitucional?** Disponível em: < <https://direitosfundamentais.net/2015/10/02/o-estado-de-coisas-inconstitucional-eci-apenas-uma-nova-onda-do-verao-constitucional/> >. Acesso em: 14 set. 2016.

MONTINEGRO, Monaliza. **Estado de coisas inconstitucional pela efetivação do direito à saúde**. Disponível em: < <http://justificando.cartacapital.com.br/2016/01/15/estado-de-coisas-inconstitucional-pela-efetivacao-do-direito-a-saude/> > Acesso em: 14 set. 2016.

RODRIGUEZ GRAVITO, César e RODRIGUEZ FRANCO, Diana. **Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia.** Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Direitos fundamentais e democracia: o debate Habermas-Alexy.** Curitiba: Juruá, 2010.

SÃO PAULO. Jornal Eletrônico Folha de São Paulo. **Entenda a judicialização da saúde e debate do STF sobre acesso a remédios.** Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/09/1817519-entenda-a-judicializacao-da-saude-e-debate-do-stf-sobre-acesso-a-remedios.shtml>>. Acesso em: 28 set. 2016.

SARMENTO, Leonardo. **O estado de coisas inconstitucional em perspectiva adaptada: o fundamental papel do STF.** Disponível em: <<https://www.brasil247.com/pt/colunistas/leonardosarmento/212136/O-Estado-de-Coisas-Inconstitucional-em-perspectiva-adaptada-o-fundamental-papel-do-STF.htm>> Acesso em: 20 jun. 2017.

SCHMITT, Carl. El defensor de la Constitución. *In: La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos, 2009.

SILVA, Ana Cristina Monteiro de Andrade. O poder judiciário como efetivador dos direitos fundamentais. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XI, n. 37, p. 14-24, abr./jun. 2007.

SILVA JÚNIOR. Denarcy Sousa e. **Notas sobre o estado de coisas inconstitucional.** Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/notas-sobre-o-estado-de-coisas-inconstitucional/>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Estado de coisas inconstitucional é uma nova forma de ativismo.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

TROTTE, Natalia Bodstein. **Teoria das Escolhas Trágicas e o Direito à Saúde.** 2012. Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

VALLE, Vanice Lírio do; SILVA, Cecília de Almeida. Constitucionalismo cooperativo ou a supremacia do Judiciário? **Revista Juris Poiesis**, ano 12, n.12, p.321, 2009.

VIEIRA JUNIOR, R. J. A. **Separação de poderes, estado de coisas inconstitucional e compromisso significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal.** Brasília: Núcleo de estudos e pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para discussão nº 186). Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td186>>. Acesso em: 12 set. 2016.

VITTA, Heraldo Garcia. **O poder judiciário na Constituição Federal Brasileira de 1988:** dificuldades, avanços e futuro. Artigo extraído da palestra proferida no dia 30 de outubro de 2013, em Campo Grande (MS). Disponível em: <
http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/01/2014_01_00749_00781.pdf> Acesso em:
29 jun. 2017.