

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS  
FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS  
CURSO DE DIREITO**

**DÉBORA TAIS HEIN**

**ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL FRENTE ÀS VIOLAÇÕES DE  
DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS  
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Santa Rosa  
2018

**DÉBORA TAIS HEIN**

**ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL FRENTE ÀS VIOLAÇÕES DE  
DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS  
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Projeto de Monografia apresentado às  
Faculdades Integradas Machado de Assis,  
como requisito parcial para avaliação do  
Componente Curricular de Metodologia da  
pesquisa Jurídica do Curso de Direito.

Orientador: Prof.º Me. Cláudio Rogério Sousa Lira

Santa Rosa  
2018

DÉBORA TAIS HEIN

**ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL FRENTE ÀS VIOLAÇÕES DE  
DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS  
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

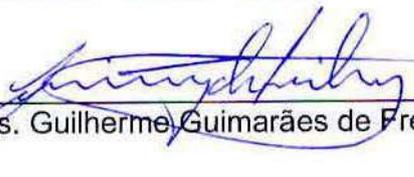
Banca Examinadora



Prof. Ms. Cláudio Rogério Sousa Lira – Orientador



Prof.<sup>a</sup> Ms. Denise Tatiane Girardon dos Santos



Prof. Ms. Guilherme Guimarães de Freitas

Santa Rosa, 27 de junho de 2018.

## **DEDICATÓRIA**

Dedico o presente trabalho a minha família, que nunca mediram esforços para que eu pudesse alcançar os meus objetivos. Obrigada, vocês foram essenciais em toda minha caminhada acadêmica.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, agradeço a minha família pelo amor, incentivo e apoio incondicional. Saibam que são essenciais em minha vida.

Ao meu namorado Gustavo, obrigada por ser essa pessoa extraordinária, que sempre esteve ao meu lado.

Por fim, agradeço a FEMA pelos momentos incríveis que passei nesta Instituição; ficarão para sempre, bem como ao meu orientador pelo comprometimento e paciência.

“A menos que modifiquemos a nossa maneira de pensar, não seremos capazes de resolver os problemas causados pela forma como nos acostumamos a ver o mundo.”

Albert Einstein

## RESUMO

O tema deste Trabalho de Conclusão de Curso versa sobre o Estado de Coisa Inconstitucional frente às violações de direitos e garantias fundamentais, tendo como delimitação temática uma análise da realidade inconstitucional enfrentada pelo Brasil, diante das flagrantes violações de direitos e de garantias fundamentais, a partir da teoria do ECI adotada, inicialmente, pela Corte Constitucional Colombiana. A problemática questiona se a declaração de um ECI, feita pela Suprema Corte, é um meio efetivo e suficiente de concretizar direitos e garantias fundamentais, como forma de justificar o ativismo judicial. Com efeito, o objetivo geral buscou analisar os pressupostos da teoria do Direito Constitucional, bem como a tese da Corte Constitucional da Colômbia, que firmou entendimento em relação ao ECI. O estudo da teoria do ECI é de grande relevância acadêmica e social, considerando as inúmeras violações de direitos e de garantias fundamentais, em razão da omissão do Estado, que deixa de implementar e concretizar políticas públicas efetivas. No que tange à metodologia, à categorização da pesquisa realizou-se pelo método teórico, sendo analisadas doutrinas, leis, jurisprudências, assim como dados e aspectos pertinentes ao tema, sendo que as informações foram buscadas em fontes bibliográficas e documentais. Este Trabalho de Conclusão de Curso organiza-se em dois capítulos: o primeiro abordará a efetivação dos direitos e garantias fundamentais por meio de políticas públicas e a omissão do Estado; e, o segundo, se ocupará do estudo acerca do o ECI frente às violações de direitos e garantias fundamentais. A título conclusivo, entende-se que o reconhecimento da teoria do ECI pelo Supremo Tribunal Federal é uma forma de efetivação de direitos e garantias fundamentais, que visa à superação da realidade inconstitucional atualmente vivenciada. Logo, a Corte Suprema desenvolve um papel ativista, concretizador de políticas públicas, motivada pela omissão estatal.

Palavras-chave: Estado de Coisa Inconstitucional – Direitos e Garantias Fundamentais – ADPF 337.

## **ABSTRACT**

The theme of this final paper is about the Unconstitutional State of Affairs (Estado de Coisa Inconstitucional - ECI) in the face of violations of fundamental rights and guarantees. Its theme delimitation is an analysis of the unconstitutional reality faced by Brazil, in terms of flagrant violations of rights and fundamental guarantees, from the ECI theory addressed by the Colombian Constitutional Court. The research problem raises the question whether an ECI's statement by the Supreme Court is an effective and sufficient means of realizing fundamental rights and guarantees as a way of justifying judicial activism. In fact, the general objective sought to analyze the assumptions of the theory of Constitutional Law, as well as the thesis of the Colombian Constitutional Court, which established an understanding regarding the ECI. The study of the ECI theory is of great academic and social relevance, considering the numerous violations of rights and fundamental guarantees, due to the omission of the State, which fails to implement effective public policies. Regarding the methodology, the categorization of the research was carried out by the theoretical method. Doctrines, laws and jurisprudence were analyzed, as well as data and important aspects, pertinent to the subject. The information was researched in bibliographic and documentary sources. This final paper is organized into two chapters: the first deals with the realization of fundamental rights and guarantees through public policies and the omission of the state; the second chapter is about the ECI in the fact of violations of fundamental rights and guarantees. By way of conclusion, it is understood that the recognition of the ECI by the Federal Supreme Court is a form of enforcement of fundamental rights and guarantees, aimed at overcoming the unconstitutional reality currently faced. Hence, the Supreme Court plays an activist role, concretizing public policies, motivated by the omission of the state.

Keywords: Unconstitutional State of Affairs – Fundamental Rights and Guarantees – ADPF 337.

**LISTA DE ABREVIACÕES, SIGLAS E SÍMBOLOS.**

CF – Constituição Federal

CCC – Corte Constitucional Colombiana

ed. - Edição

ECI – Estado de Coisa Inconstitucional

p. – página

Fema – Fundação educacional Machado de Assis

Me. – Mestre

nº - Número

STJ - Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

TJ – Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>1 EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS POR MEIO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E A OMISSÃO DO ESTADO.....</b>	<b>13</b>
1.1 O ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	20
1.2 CONCEITOS, ESPÉCIES E PRESSUPOSTOS DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL.....	27
<b>2 ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL E AS VIOLAÇÕES DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>32</b>
2.1 O CASO COLOMBIANO E A SUPERAÇÃO DA REALIDADE INCONSTITUCIONAL A PARTIR DO EXPERIMENTO DA TEORIA DO ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL.....	35
2.2 O CASO BRASILEIRO E A APLICAÇÃO DA TEORIA DO ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL.....	41
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>49</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>52</b>

## INTRODUÇÃO

O tema deste Trabalho de Conclusão de Curso versa sobre o Estado de Coisa Inconstitucional frente às violações de direitos e garantias fundamentais, tendo como delimitação temática uma análise da realidade inconstitucional enfrentada pelo Brasil, diante das flagrantes violações de direitos e de garantias fundamentais, a partir da Teoria do Estado de Coisa Inconstitucional abordado pela Corte Constitucional Colombiana. A problemática questiona se a declaração de um Estado de Coisa Inconstitucional feita pela Suprema Corte é um meio efetivo e suficiente de concretizar direitos e garantias fundamentais, como forma de justificar o ativismo judicial.

O objetivo geral buscou analisar os pressupostos da teoria do Direito Constitucional, bem como, a tese da Corte Constitucional da Colômbia, que firmou entendimento em relação ao Estado de Coisa Inconstitucional. Nesse interim, os objetivos específicos são: a) analisar a efetivação de direitos e garantias fundamentais por meio de políticas públicas do Estado; b) estudar o caso da Colômbia acerca da superação da realidade inconstitucional; e c) investigar a Corte brasileira e a inicialização da aplicação da Teoria do Estado de Coisa Inconstitucional.

O estudo da Teoria do Estado de Coisa Inconstitucional é de grande relevância acadêmica e social, diante das inúmeras violações de direitos e de garantias fundamentais, em razão da omissão do Estado, que deixa de implementar e concretizar políticas públicas efetivas.

Em outro aspecto, a pesquisa é pautada na viabilidade e na coerência, tendo em vista que a realidade social de países em desenvolvimento prova uma tensão contínua entre os Poderes do Estado. Isso se dá em razão de uma vasta carta de compromissos sociais assumidos pelo legislador originário constitucional e da evidente escassez de recursos públicos para concretizar tais políticas sociais, premissas que desencadearam o presente Trabalho de Conclusão de Curso, que vem ganhando destaque no Supremo Tribunal Federal sob a denominação de Estado de Coisa Inconstitucional. Esse assunto foi objeto de ampla discussão na Corte Constitucional da Colômbia, que, de certa forma, influenciou o debate do caso brasileiro.

Com efeito, o presente estudo busca esclarecer a possibilidade de superação da realidade inconstitucional brasileira, corrigindo a violação de direitos e garantias fundamentais, o que repercute, diretamente, para a comunidade jurídica, e, no caso desta pesquisa, para alunos de ciências jurídicas e docentes da área, assim como para a sociedade, vítima das inconstitucionalidades por omissão do Estado.

No que tange à metodologia, a categorização da pesquisa realizou-se pelo método teórico, sendo analisadas doutrinas, leis, jurisprudências, bem como, dados e aspectos importantes, pertinentes ao tema, sendo que as informações foram buscadas em fontes bibliográficas e documentais.

Este Trabalho de Conclusão de Curso organiza-se em dois capítulos: o primeiro analisará a efetivação dos direitos e garantias fundamentais por meio de políticas públicas e a omissão do estado, subdividindo-se em duas frentes: a) ativismo judicial e a judicialização dos direitos fundamentais; e, b) conceitos, espécies e pressupostos da omissão inconstitucional. Por sua vez, o segundo capítulo estudará o Estado de Coisa Inconstitucional a partir das sabidas violações de direitos e garantias fundamentais, subdividindo-se esta última parte em outras duas frentes: a) caso colombiano e a superação da realidade inconstitucional a partir do experimento da teoria do estado de coisa inconstitucional; e, b) o caso brasileiro e a aplicação da teoria do estado de coisa inconstitucional.

## **1 EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS POR MEIO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E A OMISSÃO DO ESTADO**

O reconhecimento e efetivação dos direitos e garantias fundamentais foram marcados por uma evolução histórica, que ganharam ênfase a partir das Declarações Universais de Direitos. No entanto, na medida em que são positivados, se enrobustece a linha tênue de efetivação desses direitos e garantias por parte do Estado, intensificando um Estado Inconstitucional e, concomitantemente, afastando-se da ideia de um Estado Democrático de Direito.

Com ênfase, a Revolução Francesa se constituiu em um acontecimento histórico que contribuiu para o estabelecimento de um processo de fortalecimento do constitucionalismo, desencadeando o surgimento dos Estados, na forma Liberal, de Bem-Estar Social (Welfare State) e Democrático de Direito, visando, com estas formas de poder, a que “[...] o Estado está a serviço do homem (antropocentrismo), limitando sua atividade e poder para o resguardo dos direitos dos indivíduos. A regra do Estado é a liberdade dos cidadãos e a exceção é a autoridade e a intervenção.” (GORRCZEVSKI; KONRAD, 2013, p. 71).

Seguindo a perspectiva, para os doutrinadores, ora citados, a noção de Estado e Constituição surge com o Estado Liberal, além do nascimento dos direitos de primeira dimensão.

Nessa forma de Estado, a Constituição figura como limitadora de poder, visando à organização do Estado. Já em relação ao Estado de Bem-Estar Social, sobressai à intervenção do Estado, sob um viés prestacional, objetivando o bem-estar social, com o advento dos direitos de segunda dimensão. É por isso que o Estado Democrático de Direito pode ser considerado como marco dos direitos de terceira dimensão, pautado na busca e efetivação dos direitos e dignidade humana (GORRCZEVSKI; KONRAD, 2013).

À margem disso, a historicidade dos direitos fundamentais está vinculada com o surgimento do Estado Constitucional, à medida que ambos buscam o reconhecimento e a proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem, além de estar umbilicalmente ligado com a limitação do poder político (SARLET, 2015).

Nesse contexto, conforme leciona Moraes, há duas características do Estado Constitucional, a saber: o Estado de Direito e o Estado Democrático. O Estado de Direito

[...] caracteriza-se por apresentar as seguintes premissas: (1) primazia da lei; (2) sistema hierárquico de normas que preserva a segurança jurídica e que se concretiza na diferente natureza das distintas normas e em seu correspondente âmbito de validade; (3) observância obrigatória da legalidade pela administração pública; (4) separação dos poderes como garantia de liberdade ou controles de possíveis abusos; (5) reconhecimento da personalidade jurídica do Estado, que mantém relações jurídicas com os cidadãos; (6) reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais incorporados à ordem constitucional; (7) em alguns casos, a existência de controle de constitucionalidade das leis como garantia ante o despotismo do Legislativo. (MORAES, 2009, p. 05).

Portanto, com a evolução do Estado, bem como, o fato de haver correlação entre o direito e as liberdades individuais tuteladas pelo Poder Público, sobressaiu o Estado de Direito. Diante desse processo de evolução, consagraram-se “[...] novas formas de exercício da democracia representativa, em especial, com a tendência de universalização do voto e constante legitimação dos detentores do Poder, fazendo surgir à ideia de Estado Democrático.” (MORAES, 2009, p. 04).

Nesse plano, o Estado de Direito emergiu com “[...] uma limitação do poder absoluto ou desenfreado deste que, anteriormente, era absoluto e inquestionável.” (MOUSQUER, 2016, p. 69).

Na sequência das características acima apontadas, o Estado Democrático, por sua vez, objetivava afastar o autoritarismo e a concentração de poder, devendo “[...] o Estado se reger por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais.” (MORAES, 2009, p. 06).

À vista disso, o Estado Democrático ultrapassava as perspectivas dos outros tipos de Estados, anteriormente citados, haja vista o comprometimento com o constitucionalismo e a democracia, consoante entendimento Clovis Gorcevski e Letícia Regina Konrad, que assim ensinam:

No Estado Democrático de Direito, a Constituição tem uma função mais principiológica e os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana são evidenciados, uma vez que necessitam ser concretizados. A Constituição apresenta um conteúdo mais aberto para interpretações e o Poder Judiciário recebe uma maior importância vez que decide questões para a efetivação dos direitos fundamentais – Jurisdição Constitucional. A Justiça Constitucional é guardiã da vontade geral. Os Tribunais Constitucionais

ganham voz e vez e controle de constitucionalidade começa a ser refletido. (GORRCZEWSKI; KONRAD, 2013, p. 78).

Logo, os direitos e garantias fundamentais ganham ênfase com o Estado Democrático de Direito, os quais deveriam ser assegurados e efetivados pelo Estado. A Constituição Federal de 1988, em seu Título II, assim, classificou os direitos e garantias fundamentais, a saber: direitos e deveres individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos.

Nesse sentido, denominam-se direitos fundamentais aqueles positivados no ordenamento constitucional de cada Estado, que compreendem os direitos individuais e sociais, os quais advêm de uma conquista social de teorização e positivação desses direitos (QUEIROZ, 2011).

Assim, tem-se que, “[...] desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações, tanto no que diz com o seu conteúdo, quanto no que concerne à sua titularidade, eficácia e efetivação.” (SARLET, 2015, p. 45). Em consequência das constantes transformações, juristas fazem referência à existência de três dimensões<sup>1</sup> de direitos, além de parte da doutrina defender uma quarta e quinta dimensão, que passa-se a discorrer.

A primeira dimensão dos direitos fundamentais, que abrangem o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, marca a transição de um Estado autoritário para um Estado de Direito, decorrentes do:

[...] pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificadamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. (SARLET, 2015, p. 46).

Nesse aspecto, os direitos de liberdade, que compreendem os direitos cívicos e políticos, são aqueles que valorizam o indivíduo que compõe a sociedade civil, possuindo o sujeito como titular do direito, à medida que são oponíveis ao próprio Estado, fazendo com que haja a separação entre este e a Sociedade (BONAVIDES, 2004).

---

<sup>1</sup>Em relação à terminologia, apesar de se falar em gerações de direitos, há uma preferência da doutrina pelo termo “dimensão”. Isso se justifica em razão do fato de que o termo dimensão possui caráter de complementariedade e o uso da terminologia geração pode levar a compreensão de uma ideia de substituição dos direitos fundamentais já existentes (SARLET, 2015).

Por conseguinte, os direitos fundamentais de segunda geração desencadearam no decorrer do século XIX, diante do impacto industrial e problemas sociais e econômicos. No entanto, foi apenas no século XX, que esses direitos foram consagrados (SARLET, 2015), a saber:

São os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula. (BONAVIDES, 2004, p. 564).

Com efeito, Sarlet (2015) observa que os direitos de segunda geração não abrangem, apenas, direitos de cunho positivo, mas, também, as liberdades sociais, ou seja, direitos trabalhistas e assistenciais, os quais se vinculam ao princípio da justiça social, uma vez que esses direitos foram marcados por desigualdades das classes menos favorecidas.

No entanto, em razão da natureza e juridicidade desses direitos, houve dificuldades para observância e efetivação, porque tais direitos “[...] exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos.” (BONAVIDES, 2004, p. 564).

Logo, os direitos fundamentais de terceira dimensão, impulsionados pelo impacto tecnológico e científico, assim como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra, caracterizaram-se pela proteção de grupos humanos, ou seja, família, povo e nação, sendo titular do direito a coletividade (SARLET, 2015).

Então, como consequência da constante universalização, assim como da existência e possibilidade de surgimento de novos direitos fundamentais, diante de reivindicações de novas liberdades fundamentais, de acordo com a necessidade da coletividade, os direitos de terceira dimensão englobam:

[...] cinco direitos de fraternidade, ou seja, da terceira geração: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito à comunicação. (BONAVIDES, 2004, p. 569).

Essa dimensão, também pode ser denominada como direitos de fraternidade ou solidariedade, em razão “[...] de sua implicação universal ou, no mínimo,

transindividual, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação.” (SARLET, 2015, p. 49).

Finalizando as dimensões de direitos fundamentais, consagradas ao longo dos anos, diante das reivindicações e das necessidades do indivíduo, há doutrinadores que defendem uma quarta dimensão de direitos fundamentais a ser consagrada.

Assim, na visão de Bonavides (2004), a existência de uma quarta dimensão, está pautada na globalização dos direitos fundamentais, sob o viés de uma universalização institucional umbilicalmente vinculado à fase do Estado Social. Desse modo, o direito à democracia, informação e o direito ao pluralismo constituiriam os direitos fundamentais de quarta dimensão, compreendendo “[...] o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos.” (BONAVIDES, 2004, p. 572).

Contudo, importante referir que os direitos de quarta dimensão só terão ênfase se o direito à informação e ao pluralismo se concretizar de maneira igualitária e conjunta com o direito à democracia, conforme explica Bonavides:

A democracia positivada enquanto direito de quarta geração, há de ser, de necessidade, uma democracia direta. Materialmente possível graças aos avanços da tecnologia de comunicação, e legitimamente sustentável, graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema. Desse modo, há de ser também uma democracia isenta já das contaminações da mídia manipuladora, já do hermetismo de exclusão, de índole autocrática e unitarista, familiar aos monopólios do poder. Tudo isso, obviamente, se a informação e o pluralismo vingarem por igual como direitos paralelos e coadjuvantes da democracia; esta, porém enquanto direito de gênero humano, projetando e concretizado no último grau de sua evolução conceitual. (BONAVIDES, 2004, p. 571).

De outra parte, para a concretização dos direitos e garantias fundamentais, o Estado atua orientado a partir de políticas públicas, buscando uma maior efetivação desses direitos, positivados ou não na Constituição, a fim de adequar a realidade social e inconstitucional existente no Brasil ao regime jurídico adotado.

Assim, deve-se compreender que os direitos fundamentais são recíprocos, na medida em que são assegurados direitos sociais e econômicos, concomitantemente, possibilitam o gozo dos direitos individuais. Contudo, os direitos individuais não sofrem interferência do Estado, uma vez que decorrem de uma atitude omissiva deste, entretanto, os direitos sociais, para serem efetivados, necessitam de uma atitude ativa do Estado, para que haja o cumprimento dos direitos constitucionalmente previstos (MOUSQUER, 2016).

Assim, para que os direitos fundamentais, constitucionalmente, previstos, sejam efetivados, o Poder Público, ao qual é incumbida essa prerrogativa, por meio de órgãos competentes, desenvolve normas constitucionais necessárias, assim como a imediata implementação destas. Logo, para concretização dessas normas constitucionais, o Estado cria atividades regulamentares com a finalidade de possibilitar a atuação prestacional, que na maioria das vezes, denominam-se políticas públicas (MOUSQUER, 2016).

Nessa seara, objetivando a finalidade constitucional, tem-se que a efetivação dos direitos fundamentais dar-se-á mediante a atuação prestacional positiva do Estado, visando ao desenvolvimento comum e à justiça social (CUNHA, 2011, p. 67).

Para Lopes, as políticas públicas constituem

[...] a totalidade de ações, metas e planos que os governos (nacionais, estaduais ou municipais) traçam para alcançar o bem-estar da sociedade e o interesse público. É certo que as ações que os dirigentes públicos (os governantes ou os tomadores de decisões) selecionam (suas prioridades) são aquelas que eles entendem serem as demandas ou expectativas da sociedade. Ou seja, o bem-estar da sociedade é sempre definido pelo governo e não pela sociedade. Isto ocorre porque a sociedade não consegue se expressar de forma integral. Ela faz solicitações (pedidos ou demandas) para Políticas públicas – Conceitos e práticas os seus representantes (deputados, senadores e vereadores) e estes mobilizam os membros do Poder Executivo, que também foram eleitos (tais como prefeitos, governadores e inclusive o próprio Presidente da República) para que atendam as demandas da população. (LOPES, 2008, p.5).

Igualmente, seguindo essa perspectiva, defende o doutrinador Rodrigo Albuquerque de Victor “[...] que a ideia hodierna de política pública guarda íntima relação com o aparecimento do Estado de Bem-Estar Social (Welfare State) – dirigente e prestacional –, marcado pelo compromisso de promover os reclamos sociais.” (VICTOR, 2011, p. 17).

Logo, as políticas públicas apresentam-se como uma forma de efetivação de direitos fundamentais sociais significativos, visto que objetivam “[...] a redução das desigualdades sociais e a concepção de vida digna para todos, devendo atender ao maior número de pessoas em situação de necessidade de atenção estatal e social [...]” (QUEIROZ, 2011, p. 132).

Nessa óptica, as políticas públicas enquadram-se no ramo do conhecimento das ciências sociais e devem ser galardoadas visando às perspectivas da sociedade e viabilidade política (PACHECO; WRASSE, 2017).

Portanto, as políticas públicas caracterizam-se como um meio que deveria ser célere e efetivo, de efetivação dos direitos fundamentais, constitucionalmente, reconhecidos, materializando a dignidade humana e, concomitantemente, alcançando o regime constitucional adotado pelo Brasil.

Contudo, as políticas públicas não se vinculam, apenas, ao Poder Público, tendo em vista que são formas estatais de intervenção nas relações sociais, formada pelo Estado e pela sociedade. Assim, a participação social tem por finalidade estabelecer as demandas sociais e suas expectativas, tencionando a efetivação dos direitos fundamentais (SCHWINN; ODORISSE, 2013). Logo, tem-se que a partir do contexto social é que as políticas públicas ganham ênfase e efetividade.

Com efeito, Mousquer leciona que “Proporcionalmente, tende-se a entender que quanto maior a participação cidadã, melhores as políticas públicas, pois haverá um equilíbrio entre sociedade e governo.” (MOUSQUER, 2016, p. 93). Desse modo:

A participação social é um instrumento para romper com o distanciamento entre a sociedade e a Administração Pública, aproximando-a dos conflitos sociais e políticos e proporcionando aos administrados uma gestão responsiva, dinâmica, atenta à pluralidade dos interesses sociais, com vistas voltadas à efetivação dos direitos fundamentais. (SCHWINN; ODORISSE, 2013, p. 365).

Então, para que haja uma real efetivação dos direitos fundamentais, constitucionalmente, previstos, faz-se necessária uma reestruturação da Administração Pública em sua forma de operar “[...] devendo desenvolver políticas públicas capazes de atender, de maneira geral e igualitária, às necessidades fundamentais dos cidadãos.” (QUEIROZ, 2011, p. 132).

Em que pese os direitos fundamentais vincularem os poderes públicos, tanto o Legislativo e Executivo, quanto o Poder Judiciário, tais direitos, num primeiro momento, ganham ênfase a partir do Poder Executivo, que possui o dever de efetivá-los, elaborando programas de ação, ou seja, políticas públicas, sob pena de omissão inconstitucional (QUEIROZ, 2011).

No entanto, a realidade da sociedade, na maioria das vezes, se choca com o texto constitucional, verificando-se, assim, uma constante violação de direitos consagrados ou não na Constituição da República, transformando a estruturação e efetivação de políticas públicas, que deveriam atingir uma maior porção societária,

radicalizando a realidade inconstitucional, em uma linha tênue, carregada de simbolismo, mas sem a concretização de direitos e garantias fundamentais.

### 1.1 O ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A participação social do Estado, atualmente, não é efetiva, uma vez que as reivindicações sociais não possuem força coercitiva para arquitetarem políticas públicas, caracterizando uma omissão estatal na garantia dos direitos fundamentais. À vista disso, abrem-se lacunas resultantes da má aplicabilidade das políticas públicas, juntamente, com a omissão do Estado, acarretando na busca pela efetivação dessas políticas por meio do Poder Judiciário (SCHWINN; ODORISSE, 2013).

Nesse sentido, importante a lição de Queiroz:

Não podemos negar que, quando se pleiteia judicialmente um direito fundamental social prestacional (por ações individuais ou coletivas), questiona-se a atuação dos poderes públicos na realização desses direitos, a sociedade não esteja agindo em defesa de seus interesses e que o Poder Judiciário não seja, nesse momento, um espaço também de ação social, já que qualquer decisão, além de contar com a participação das partes, terá repercussão social. (QUEIROZ, 2011, p. 164-165).

Logo, tem-se que a partir da atuação do Poder Judiciário, conquanto, este não seja o mais apropriado, a sociedade busca dos demais Poderes, tanto o Legislativo, quanto do Executivo a efetivação e concretização da Constituição Social, Econômica e Cultural do Brasil (QUEIROZ, 2011).

Nessa mesma linha, a atuação do Poder Judiciário, na competência de outros Poderes, mostra-se “[...] necessária quando o Poder Público estiver inadimplente, para que os direitos fundamentais sejam concretizados e o poder que emana do povo seja devidamente respeitado.” (SCHWINN; ODORISSE, 2013, p. 366).

Assim, tratando-se de omissão por parte da administração pública, o Poder Judiciário ganha ênfase a partir de provocação da sociedade, podendo exigir do Poder Público, diante do seu poder controlador, a efetivação dos direitos fundamentais. Por conseguinte, o “Poder Judiciário pode declarar a Administração Pública em falta constitucional e exigir o exercício da discricionariedade, entendida como poder dever (Moreira Neto) ou dever poder (Mello) de agir, segundo os mandamentos fundamentais constantes na CF e suas finalidades.” (QUEIROZ, 2011, p. 144).

Na mesma toada, diante de uma constante omissão sistêmica do Estado, tem-se que a judicialização de questões públicas é o caminho trilhado mais célere e eficaz na concretização de direitos garantidos e não efetivados, porquanto, extrai-se que a:

[...] atualidade é uma escalada do número de pessoas que ingressam no Judiciário, imbuídas do desejo de corrigir diretrizes governamentais. Esta parcela crescente da população brasileira socorre-se da interferência “contramajoritária” do Poder Judiciário, no intuito de fazer valer seus direitos subjetivos. (VICTOR, 2011, p. 21).

Nesse contexto, a judicialização de questões públicas, mostra-se um meio utilizado pelas minorias contra as majorias, ou seja, através do Poder Judiciário estas minorias buscam a realização das previsões constitucionais e insurgem contra medidas abusivas, surgindo assim, o que se denomina de ativismo judicial, no qual, “O Judiciário termina sendo provocado a se pronunciar sobre questões que, a rigor, encerram conteúdo político.” (VICTOR, 2011, p. 30).

À vista disso, o ativismo judicial se desenvolve dentro do sistema jurídico, sendo, portanto, a “[...] conduta adotada pelos juízes e tribunais no exercício de suas atribuições. Isto é, a caracterização do ativismo judicial decorre da análise de determinada postura assumida por um órgão/pessoas na tomada de uma decisão que, por forma, é investida de juridicidade.” (STRECK; TASSINARI; LEPPER, p. 56, 2015).

Seguindo esta premissa, os autores supracitados referem o quão ímprobo é definir um conceito para o referido termo, em razão de inúmeras compreensões sobre este. Diante disso, os autores elencaram perspectivas sobre a temática, objetivando estruturar as inúmeras compreensões, a saber:

a) Como decorrência do exercício do poder de revisar (leia-se, controlar a constitucionalidade) atos dos demais poderes; b) como sinônimo de maior interferência no Judiciário (ou maior volume de demandas judiciais, o que, neste caso, configuraria muito mais a judicialização); c) como abertura à discricionariedade no ato decisório; d) como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador, dentre outras. (STRECK; TASSINARI; LEPPER, p. 56, 2015).

Portanto, vivencia-se, hodiernamente, um cenário de ativismo judicial, sendo o Poder Judiciário protagonista destes fenômeno, adentrando cada vez mais na seara das políticas públicas, ou seja, acaba legislando sobre determinados temas, função atípica, e assumindo o papel dos outros Poderes da República. À vista disso, o papel exercido pelo Poder Judiciário no âmbito da judicialização é ambíguo, seja em

elaborar políticas públicas, seja em controlar políticas públicas criadas por terceiros (VICTOR, 2011), uma vez que:

O poder judiciário, por suas características institucionais e pelo lugar que ocupa na distribuição das funções estatais, não foi pensado como protagonista principal na hora de efetivar os direitos econômicos, sociais e culturais. Tal mister cabe primariamente aos poderes políticos. Sem embargo, quando provocado adequadamente pode ser um poderoso instrumento de formação e desarticulação de políticas públicas na área social. (VICTOR, 2011, p. 35).

Logo, tem-se que em um país como o Brasil, de baixo desenvolvimento industrial, a Administração Pública se depara com a indisponibilidade de recursos financeiros para a efetivação e concretização dos direitos fundamentais, destarte, havendo recursos disponíveis deve-se priorizar a efetivação de tais direitos. Nesse ponto, poderá “[...] haver verificação judicial a fim de se saber se os recursos disponíveis foram prioritariamente alocados visando à resolução das questões fundamentais urgentes.” (QUEIROZ, 2011, p. 145).

Diante de tal controle pelo Poder Judiciário, destaca-se que não cabe a este, a competência de implementar e formular programas de efetivação de direitos fundamentais, visto que, ao:

[...] Judiciário cabe apenas cotejar o comportamento omissivo ou insuficiente daquele Poder com a obrigação de realização dos direitos fundamentais, e não agir em sua substituição. O Judiciário age na tentativa de tornar operativo o Executivo, objetivando suprir as omissões com o exercício discricionário da Administração Pública. (QUEIROZ, 2011, p. 146).

Outrossim, é fato notório, de que o Poder Público, mesmo diante da efetivação constitucional dos direitos fundamentais, é omissivo em sua concretização. Logo, “[...] discute-se, a partir daí, se o Judiciário pode impor a realização de políticas públicas constitucionalmente asseguradas, a despeito de tais escusas.” (VICTOR, 2011, p. 42).

Ainda nesse sentido, leciona Maria do Socorro Azevedo de Queiroz que o Judiciário somente possuirá legitimidade para concretizar e efetivar os direitos fundamentais sociais, bem como, atos administrativos quando “[...] as decisões judiciais forem fundamentadas com argumentos jurídicos e fáticos aceitáveis pela comunidade envolvida com as questões fundamentais [...]” (QUEIROZ, 2011, p. 165).

Portanto, parte-se da premissa que, para se concretizar o ativismo judicial, pressupõe-se a prévia existência ou inexistência de políticas públicas, sobressaindo nesse cenário o Poder Judiciário, em função atípica, a fim de resguardar ou efetivar os direitos e garantias fundamentais, diante da omissão dos demais poderes (VICTOR, 2011). No entanto, “[...] ao tutelar direitos individuais fundamentais previstos em lei, o Juiz não está propriamente determinando a implementação de política pública, mas sim controlando atos administrativos.” (VICTOR, 2011, p. 36).

Diante de tal controle, Queiroz alerta quanto à sobrecarga assumida pelo Poder Judiciário, uma vez que tal fato pode desencadear um conflito entre os Poderes da República, afetando o princípio da separação dos poderes, ao passo que há uma objeção na atuação do Poder Judiciário “[...] na efetivação dos direitos fundamentais sociais prestacionais, sendo este Poder acusado de substituir o Executivo em seus atos, por sua atuação resultar no estreitamento da discricionariedade administrativa e, em alguns casos, na própria supressão.” (QUEIROZ, 2011, p. 146). Não obstante, é de se ponderar que o exercício do Poder Judiciário:

[...] é um exercício de controle e não de substituição; é um exercício para a contribuição na efetivação dos direitos fundamentais sociais prestacionais e não de implementação, propriamente, de programas de ação materializadores de prestações sociais, que se baseia em procedimentos que permitem uma discussão da decisão, tal qual a proporcionalidade e a razoabilidade [...] (QUEIROZ, 2011, p. 146).

Nessa óptica do ativismo judicial, emerge a crítica da doutrina, diante da postura ativa adotada pelo Poder Judiciário. Para os autores Streck; Tassinari; Lepper o ativismo judicial foi criado pelo Direito, sendo enfrentado como um problema de cunho, unicamente, jurídico. No entanto, o ativismo traz consequências para além do sistema jurídico, ou seja, acaba englobando todas as demais esferas (STRECK; TASSINARI; LEPPER, p. 56, 2015).

Por conseguinte, na visão dos autores supramencionados, os quais defendem, em primeiro plano, a busca pelo verdadeiro sentido do ativismo judicial, a fim de desenvolver e exteriorizar uma resposta, sob o viés do Estado Democrático de Direito. Em segundo plano, sobressai o questionamento, para que possa haver uma compreensão das decisões judiciais. Logo, “[...] tem-se uma concepção de ativismo que pode ser sintetizado como a configuração de um Poder Judiciário revestido de

supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente.” (STRECK; TASSINARI; LEPPER, p. 56-57, 2015).

Com efeito, conforme exemplifica o doutrinador Victor, a partir dos ensinamentos de Vieira de Andrade que:

[...] a insuficiente definição constitucional a respeito do conteúdo dos direitos prestacionais do Estado exige a conformação de um poder constituído. Este múnus conformador não caberia ao juiz, na sua função aplicadora, sob a cobertura de uma interpretação, mas sim ao órgão (ou conjunto de órgãos) competente para a definição e a materialização das linhas gerais das políticas econômicas, sócias e culturais. (VICTOR, 2011, p. 37).

Nessa linha, leciona Vieira de Andrade que, diante da complexidade de efetivação de políticas públicas sociais, estas não deveriam englobar o rol de direitos constitucionalmente previstos, tendo em vista que, para a realização de tais políticas públicas necessita de “[...] opções autônomas e específicas de órgãos que disponham simultaneamente de capacidade técnica e de legitimidade democrática [...]” (VICTOR, 2011, p. 37).

Por outro lado, sustentam os autores Streck; Tassinari; Lepper que, hodiernamente, há um ativismo judicial desenfreado, sendo que o Poder Judiciário é caracterizado por uma intensa e direta intervenção na esfera política. Veja-se, por exemplo, o que sustentam esses autores:

O ativismo judicial deita suas raízes no utilitarismo supostamente moral e na vontade de poder de quem o pratica, algo muito perigoso ao regime democrático. A violação à Constituição é sempre uma ameaça à democracia. O senso comum costuma pensar a Democracia como um processo cujo fim é a sua conquista, ou como algo do qual a coletividade se apropria. Não é visto tal qual é: uma relação, sempre instável e sujeita a altos e baixos, a avanços e retrocessos, a continuidade ou rupturas. (STRECK; TASSINARI; LEPPER, p. 59, 2015).

De outra parte, considerando a realidade da sociedade brasileira como um país repleto de inconstitucionalidades, já que o contexto social, atualmente, existente não se encontra em equilíbrio com o texto constitucional, surge a necessidade de

[...] questionar a própria efetividade dos parâmetros constitucionais estabelecidos para a tutela dos direitos fundamentais, propiciando a tutela adequada às necessidades humanas, com o objetivo de conferir maior proximidade entre o texto constitucional e contexto social.” (OLIVEIRA JUNIOR, 2012, p. 39).

Com efeito, conforme exemplificam as autoras Schwinn e Odorisse, a partir dos ensinamentos de Robert Alexy, que, em decorrência dessa inconstitucionalidade de efetivação dos direitos fundamentais, surgem algumas dificuldades:

[...] primeiro é a hierarquia constitucional dos direitos fundamentais; o segundo é a força de concretização suprema, já que os direitos fundamentais vinculam todos os três poderes e, essa vinculação é controlada judicialmente; o terceiro é a importância das questões que os direitos fundamentais tratam, o quarto é a questão da interpretação, que deve ser realizada pelo Poder Judiciário a fim de se garantir a aplicação moral, ética, justa e segura dos direitos constitucionais em cada caso, o que torna muitos julgamentos de cunho político e social. (SCHWINN; ODORISSE, 2013, p. 367).

Sendo assim, em relação à efetivação das políticas públicas pelo Estado, as quais são elaboradas pelos Poderes Legislativo e Executivo, como atos típicos e controladas pelo Poder Judiciário, com o fim de efetivar direitos, caracterizam-se duas formas de concretização, a saber: políticas públicas constitucionais e políticas públicas infraconstitucionais (OLIVEIRA JUNIOR, 2012).

Em relação às políticas públicas constitucionais, leciona o autor supracitado, que se subdivide em natureza constitucional-fundamental ou constitucional-geral, ambas explícitas no texto constitucional. Outrossim, quanto às políticas públicas infraconstitucionais, também denominadas de políticas assistencialistas ou populistas, que se concretizam de forma imediata, garantindo à população menos favorecida um mínimo existencial dos direitos fundamentais e da dignidade humana (JUNIOR, 2012).

Nesse contexto, Oliveira Junior (2012) sustenta que, para a concretização de políticas públicas inconstitucionais, deve-se verificar se há reciprocidade com a proteção constitucional dos direitos fundamentais, de forma a contribuir para sua imediata efetivação, defendendo a impossibilidade de retrocesso, visando ao progresso social<sup>2</sup>.

No entanto, esta última forma de política pública, traz, por sua vez, uma proteção momentânea ao garantir um mínimo existencial. Contudo, sem êxito, uma vez que os resultados dependerão do contexto social e da efetivação dos demais direitos fundamentais, de forma conjunta, para que realmente haja resultados a longo prazo. Nesse sentido, estas formas de políticas públicas:

Podem ser mais facilmente aplicáveis em sociedades menos cidadãs, menos participativas e mais subordinadas. Não que não devam existir, sendo

aceitável em momentos emergências, mas, se a diferença entre o remédio e o veneno é a dose, esse tipo de políticas, em grau elevados não surtirá o efeito desejado. (MOUSQUER, 2016, p. 94).

Logo, ao analisar as políticas públicas de concretização dos direitos fundamentais, sejam elas de cunho constitucional ou infraconstitucionais, denota-se a falta de comprometimento do Estado em cumprir sua finalidade constitucionalmente determinada, ou seja, de efetivação e proteção desses direitos, garantindo o bem comum e, dessa forma, sobressaindo-se à realidade inconstitucional hodiernamente enfrentada.

Desse modo, diante da omissão estatal na garantia e proteção dos direitos fundamentais, abre-se a porta para a atuação do Poder Judiciário, já que, para inibir essas omissões, é necessária a intermediação das ações civis públicas, conforme bem explica Oliveira Junior:

A ausência de políticas públicas concretizadoras dos direitos fundamentais importam em omissão inconstitucional sujeita a controle judicial. Tal controle pode ser provocado em sede de ação civil pública, ação popular, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas dignitate, ou exercício do direito de ação [...] (OLIVEIRA JUNIOR, 2012, p. 42).

Portanto, resta claro que o Estado possui a obrigação/dever de garantir a proteção dos direitos fundamentais, conforme constitucionalmente expresso, o que não vem sendo observado, diante da ausência de políticas públicas efetivas, capazes de proporcionar ao Estado o cumprimento de sua finalidade na construção da justiça social, assim como de assegurar uma vida digna aos cidadãos e reverter à realidade inconstitucional enfrentada, violadora de direitos e garantias fundamentais.

## 1.2 CONCEITOS, ESPÉCIES E PRESSUPOSTOS DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e, concomitantemente com o Estado Democrático de Direito passou-se a vigorar preceitos constitucionais de direitos e garantias fundamentais de proteção às pessoas; contudo, corresponder e dar aplicabilidade a todos os preceitos conferidos pela Constituição Federal consiste em um grande impasse, visto que inúmeras normas não possuem eficácia, seja pela

ausência de políticas públicas, seja pela má aplicabilidade dos preceitos constitucionais, tanto pelo legislador, quanto de órgão administrativo.

Adentrando no tema proposto, a omissão inconstitucional “[...] pode decorrer da própria falta de coordenação entre medidas legislativas e administrativas, de falhas nos ciclos de políticas públicas.” (CAMPOS, 2016, p.31-32). Nesse toar, quando o Poder Público, em qualquer de suas funções, deixar de efetivar

[...] de forma total e parcial o dever de legislar, infringe com esse comportamento negativo, a própria integridade da Constituição Federal. A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitavelmente gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por conseguinte, comportamento que deve ser evitado. (DOUGLAS; ARAÚJO; CHAVES, 2017, p. 62).

Nesse sentido, cabe consignar que a simples omissão do Poder Público não acarretara eventual inconstitucionalidade, haja vista que para que a omissão seja declarada inconstitucional “[...] é preciso que exista uma exigência constitucional de ação: a Constituição determina uma atuação do poder público, que simplesmente não se realiza, ou não se realiza a contento.” (BRITO, 2004, p. 21). Além desta premissa, faz-se necessário que a omissão esteja vinculada com uma norma individualizada (BRITO, 2004).

De acordo com a Constituição Federal, a teor do artigo 103, § 2º, a inconstitucionalidade por omissão, ao ser declarada, torna-se um meio para dar efetividade/aplicabilidade ao texto constitucional (BRASIL, 1988).

Sob a óptica do doutrinador Carlos Alexandre de Azevedo Campos, existem três posicionamentos doutrinários sobre as omissões inconstitucionais, a saber: doutrina tradicional, pioneira e constitucional. Preliminarmente, a visão tradicional sobre a matéria, resume-se a:

[...] vincular a omissão inconstitucional à estrutura semântica dos enunciados normativos constitucionais e à correlata eficácia jurídico-formal desses enunciados, ou seja, a uma determinada tipologia dos enunciados em razão de diferenças de estrutura e de graus de aplicabilidade. (CAMPOS, 2016, p. 38).

A segunda percepção, ou seja, a doutrina pioneira limitou o enfoque e passou a analisar as omissões inconstitucionais sob o viés das normas constitucionais de eficácia limitada, arguindo a premissa de que “[...] apenas essas reclamariam a

intermediação normativa e regulamentar para que pudessem ser aplicadas.” (CAMPOS, 2016, p.40).

Encerrando os posicionamentos doutrinários, tem-se a doutrina constitucional, que conjectura a auto aplicabilidade dos preceitos constitucionais, na medida em que estes, apenas, por se tratar de Constituição, possuam força normativa, veja-se:

Para a doutrina constitucional, é como se a suficiente densidade normativa do enunciado constitucional autoaplicável dispensasse qualquer providência normativa ulterior para torná-lo – e aos direitos nele reconhecidos – uma realidade concreta, de modo que não haveria, dessa forma e em absoluto, qualquer dever constitucional de legislar ou regulamentar, o que faria a omissão normativa uma impossibilidade lógica. (CAMPOS, 2016, p.40).

Nesse interim, para o aludido doutrinador, “A omissão estatal não viola, simplesmente, um enunciado normativo constitucional, mas impede a atuação concreta da norma constitucional correspondente e do direito fundamental veiculado.” (CAMPOS, 2016, p.18).

Levantadas essas premissas, pode-se atribuir a omissão inconstitucional a dois momentos, a saber: a adoção das Constituições Dirigentes e ao reconhecimento da segunda dimensão de direitos fundamentais, ao passo que foi atribuído ao Estado o dever de desempenhar ações aptas a alcançar os fins sociais constitucionalmente previstos (LIMA, 2014).

Em um contexto histórico, as omissões inconstitucionais originaram-se na Alemanha, em 1951 e foram ganhando ênfase em outras Constituições do continente europeu, especificadamente, Itália, Eslovênia e em Portugal. Por sua vez, a matéria foi debatida no Brasil, apenas, com o advento da Constituição Federal de 1988, com instrumentos de combate à omissão, quais sejam: Mandado de Injunção, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (LIMA, 2014).

Não obstante isso, para a doutrina de Campos (2016), o reconhecimento da inconstitucionalidade, em termos de Brasil, apresenta-se sob “[...] a concepção formal, puramente obrigacional, ignorando-se, por completo, o viés normativista da identificação da omissão, o que deve ser reprovado, em especial, por conta da posição dos direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira.” (CAMPOS, 2016, p. 37-38).

Ainda nesse aspecto, é notório que os Poderes da República mantiveram-se inertes em relação aos direitos e às garantias fundamentais após promulgação da Constituição Federal de 1988, motivo pelo qual o Supremo Tribunal Federal viu-se obrigado a enfrentar a matéria (LIMA, 2014), como bem demonstra o julgado a seguir colacionado:

**CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.** FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. (ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016). (grifo nosso) (BRASIL, 2015).

Ao discorrer sobre omissão inconstitucional, faz-se necessário tecer algumas considerações em relação às suas espécies, podendo ser classificada como total ou parcial.

Inicialmente, a omissão caracteriza-se como total quando o Poder Público, bem como, órgão administrativo, deixa de prestar a tutela jurisdicional do direito quando possuía o dever para tanto. Por sua vez, a omissão parcial<sup>3</sup> pode ser definida pela

---

<sup>3</sup> Pode-se usar como exemplo de omissão total e parcial a ADI MC 1843, que retrata de forma clara e concisa as hipóteses de violação, veja-se: DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - **Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná- los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em conseqüência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere**

insuficiência legislativa, ou seja, o legislador atende de forma parcial os preceitos constitucionais (BRITO, 2014).

Como visto, a omissão pode ocorrer “[...] tanto da absoluta ausência de ato normativo obrigatório (omissão absoluta) quanto da circunstância de o dever de legislar ter sido cumprido apenas parcialmente ou de modo incompleto ou defeituoso (omissão parcial).” (CAMPOS, 2016, p. 36).

Em relação aos pressupostos, que possuem como fundamento a melhor compreensão da omissão inconstitucional, a doutrina delimita-os em quatro. Primeiramente, tem-se o descumprimento de um dever constitucional de legislar, ou seja, decorre “[...] da circunstância de o legislador não cumprir um dever constitucional concreto de atuação política normativa.” (CAMPOS, 2016, p. 36).

Como segundo pressuposto, o doutrinador supracitado, defende a necessidade do decurso de certo lapso temporal para caracterização da omissão, uma vez que, quanto mais negativa for a atitude do Poder Público como um todo, mas debilitado restará os preceitos constitucionais; conquanto, tem-se uma ambiguidade no ponto, na medida em que a Constituição Federal de 1988 não delimitou o lapso temporal para configuração da omissão inconstitucional (CAMPOS, 2016).

Em que pese determinar o lapso temporal que ensejaria a omissão inconstitucional constituir parte essencial do problema, ao cuidar do referido tema, a Constituição Federal de 1988 não especificou, de forma geral, qual seria o momento preciso de sua ocorrência. O ponto fulcral para o reconhecimento da omissão inconstitucional se relaciona diretamente ao não fazer em tempo útil uma obrigação inculpada em norma constitucional, pressupondo, assim, um juízo sobre o decurso do tempo. (LIMA, 2014, p. 29).

Desse modo, o lapso temporal a decorrer pra caracterizar uma omissão “[...] acaba assumindo papel importante de legitimação do ativismo judicial na superação da omissão legislativa inconstitucional.” (CAMPOS, 2016, p. 34).

O terceiro pressuposto, por seu turno, diz respeito ao efeito objetivo de violação da Constituição, conforme menciona CAMPOS (2016), a partir dos ensinamentos de

---

**ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.** [...] (ADI 1458 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 23/05/1996, DJ 20-09-1996 PP-34531 EMENT VOL-01842-01 PP-00128). **(grifo nosso)** (BRASIL, 1996).

Fernández Segado, no sentido de que não basta a inércia do legislador para que haja uma omissão, devendo esta ser cumulada com o segundo pressuposto.

Por fim, o quarto pressuposto refere-se à intenção do legislador, sendo que independe se este possuía ânimos de perpetuar a inércia ensejadora da omissão inconstitucional.

A fim de alcançar a problemática proposta, no próximo capítulo será abordada a Teoria do Estado de Coisa Inconstitucional e as violações de direitos e garantias fundamentais, assim como, os desdobramentos da aplicação da aludida Teoria na Corte Constitucional Colombiana e a inicialização de sua aplicação no Brasil, através de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347.

## 2 ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL FRENTE ÀS VIOLAÇÕES DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

No presente capítulo será enfrentada a Teoria do Estado de Coisa Inconstitucional e as violações de direitos e garantias fundamentais, haja vista que o reconhecimento da aludida Teoria ocorre em decorrência das omissões estatais do Estado na efetivação desses direitos.

A jurisdição colombiana foi a precursora da teoria do Estado de Coisa Inconstitucional, no ano de 1997, ante a violação massiva de direitos e garantias constitucionais, em razão da omissão do Estado. Da aludida teoria

[...] se obteve a compreensão de que essa situação fática social, de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais, de forma estrutural, atingindo a um número grande e indeterminado de pessoas, era oriunda da omissão das autoridades competentes em não cumprir o que previsto em lei para a manutenção e preservação dos quadros sociais, sendo certo que, acaso todos os atingidos por essas violações de direitos fundamentais, viessem a reivindicar a tutela jurisdicional desses direitos, muito provavelmente, ter-se-ia um comprometimento do sistema judiciário em meio ao número desenfreado de demandas judiciais. (MAYER; JUNIOR, 2017, p. 172).

Logo, a omissão do próprio Estado, em cumprir suas premissas típicas, desencadeou o Estado de Coisa Inconstitucional, atribuindo ao Poder Judiciário uma função atípica, ou seja, de caráter ativo, impositivo, ao qual foi denominado de ativismo judicial.

Na visão de Campos, sob o viés do reconhecimento do Estado de Coisa Inconstitucional pela Corte Colombiana, a decisão

[...] busca conduzir o Estado a observar a dignidade da pessoa humana e as garantias dos direitos fundamentais uma vez que esteja em curso graves violações a esses direitos por omissão dos poderes públicos. O juiz constitucional depara-se com uma realidade social necessitada de transformação urgente e, ao mesmo tempo, com falhas estruturais e impasses políticos que implicam, além do estado inconstitucional em si mesmo, a improbabilidade de o governo superar esse estágio de coisas contrário ao sistema de direitos fundamentais, sem que o seja a partir de uma forte e ampla intervenção judicial. (CAMPOS, 2016, p. 96).

Posto isso, é a partir desta decisão que “[...] a Corte Constitucional reconhece o Estado de Coisa Inconstitucional e impõe aos demais poderes do Estado e entidades

estatais a adoção de providências no sentido de superar a violação massiva de direitos fundamentais.” (GUIMARÃES, 2017, p. 82).

Insta consignar, como toda teoria, o Estado de Coisa Inconstitucional foi aperfeiçoando-se na medida em que foi sendo reconhecido e aplicado, sendo marcado por decisões exitosas e outras que não alcançaram o fim a que se destinavam.

Campos (2016) leciona que a progressividade do Estado de Coisa Inconstitucional da maneira atual prolatada, pode ser dividida em duas fases: 1) falha de efetividade; e, 2) aperfeiçoamento.

Na primeira fase, a qual foi marcada por decisões com desfechos negativos, questiona-se se a situação possuía a necessidade de reconhecimento do Estado de Coisa Inconstitucional, pois inexistiam falhas estruturais e violações massivas de direitos. Além do mais, a decisão prolatada foi insuficiente, haja vista a ausência de monitoramento no cumprimento das determinações exaradas (CAMPOS, 2016). Com efeito, “À medida que a corte construía os fundamentos e os pressupostos, ela também incorria em falta de rigor na aplicação dos mesmos.” (CAMPOS, 2016, p. 167).

Por conseguinte, a segunda fase foi marcada pelo aperfeiçoamento, bem como, pelos pressupostos caracterizadores do Estado de Coisa Inconstitucional e pelo rigor e monitoramento, ou seja, pelos fatores que ocasionaram o insucesso na primeira fase.

Nesse toar, leciona Campos que, “Essa segunda fase, portanto, caracteriza-se pelo aperfeiçoamento da técnica de declaração do ECI ao agregar-se a prática de monitoramento das decisões.” (CAMPOS, 2016, p. 168).

Então, é imperioso salientar que o reconhecimento do Estado de Coisa Inconstitucional deve ser visto como a última forma de resolução da situação problema, bem como, deve ser analisado se está diante de um contexto de violação massiva e generalizada dos direitos e garantias fundamentais, decorrentes de omissões do Estado, sob pena de banalizar a teoria e chegar a resultados insatisfatórios.

Não obstante isso, a teoria vem sendo, amplamente, debatida a partir da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) número 347, que tramita junto ao Supremo Tribunal Federal, assunto que será melhor estudado no item 2.2.

Em apertada síntese, aqueles que criticam o Estado de Coisa Inconstitucional fundamentam suas premissas na ubiquidade, violação do princípio da separação dos Poderes, amplo ativismo judicial pelos Tribunais, bem como, na falta de efetividade da teoria se aplicada ao Brasil.

Nessa seara, destaca-se o entendimento do professor Lênio Streck, ao se manifestar sobre o tema em um texto na sua coluna no site Conjur<sup>4</sup>, cujo artigo foi intitulado como “Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo”.

Para o doutrinador, a teoria aqui debatida trata-se de um termo lato, capaz de tomar dimensões imensuráveis, tendo em vista que o Brasil é um país periférico, violador de direitos e garantias fundamentais, repleto de omissões estatais. Além do mais, a teoria violaria o controle de constitucionalidade, criando mais autonomia ao Poder Judiciário (STRECK, 2015). Nesse sentido, o professor expõe sua concepção quanto ao tema em cotejo, a saber:

[...] minha discordância é com o modo como a noção de ECI foi construída. Receio pela banalização que ela pode provocar. Tenho receio de um retorno a uma espécie de jusnaturalismo ou uma ontologia (clássica) que permita ao judiciário aceder a uma espécie de “essência” daquilo que é inconstitucional pela sua própria natureza-em-um-país-periférico. Uma espécie de realismo moral [...] o ECI pressupõe uma leitura dualista da tensão entre fatos e normas, desconsiderando que o problema da eficácia do direito, sobretudo após o giro linguístico (que o direito parece querer ignorar), não pode ser mais tratado como um problema de dicotomia entre norma e realidade, um, como referi acima, verdadeiro ranço jusnaturalista, sob pena de se agravar ainda mais o problema que por meio da crítica se pretende denunciar. (STRECK, 2015, sem página).

Por conseguinte, as objeções por parte da doutrina que englobam a premissa da ubiquidade, bem como do uso difuso da teoria do Estado de Coisa Inconstitucional argumentam que, qualquer descumprimento as disposições constitucionais poderia gerar uma inconstitucionalidade, permitindo aos juízes e Tribunais intervirem, de forma livre, em políticas públicas, assim como nas instituições em dissonância com a Constituição Federal. Além do mais, essa intervenção é vista por parte da doutrina como violação ao princípio da separação dos Poderes, ultrapassando as barreiras de competências de cada Poder do Estado (CAMPOS, 2016).

Ademais, outra crítica levantada contra a aplicação do Estado de Coisa Inconstitucional refere-se à possibilidade de subjetivismo decisório, haja vista que a

---

<sup>4</sup> Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo> - Acesso em: 20/05/2018. Acesso em: 20 maio 2018.

teoria permitiria aos Tribunais amplo ativismo judicial, sendo que esta possibilidade poderia ocorrer de forma arbitrária, intensificando as omissões constitucionais (CAMPOS, 2016).

Em contrapartida, algumas das críticas, aqui debatidas, são refutadas, ao passo que a ubiquidade, o uso difuso, a separação dos Poderes, bem como, o subjetivismo decisório não prosperam, diante da excepcionalidade de que trata a teoria do Estado de Coisa Inconstitucional, ou seja,

Não será qualquer violação de direitos que justificará o manejo da técnica pelo STF, mas apenas aquela que, de forma objetiva, se manifestar generalizada e estiver relacionada a um estado permanente de inércia estatal, de bloqueios políticos e de flagrante incapacidade institucional. Deve pressupor ausência de políticas e programas públicos minimamente capazes de superar, gradativamente, o quadro de violação endêmica de direitos humanos. Assim, a intervenção judicial estrutural será sempre o último recurso. (CAMPOS, 2016, p. 294).

Portanto, entre objeções e doutrinas que defendem a teoria em cotejo, é necessário tomar decisões para superar as violações constitucionais existentes no sistema brasileiro, seja por meio da teoria do Estado de Coisa Inconstitucional, modificando a atual realidade enfrentada, seja mediante o emprego de mecanismos existentes capazes de tornar possíveis os direitos e garantias fundamentais. Certo é que há falhas estruturais por parte do Poder Público em diversas esferas, sendo de suma importância uma solução pacificadora.

## 2.1 O CASO COLOMBIANO E A SUPERAÇÃO DA REALIDADE INCONSTITUCIONAL, A PARTIR DO EXPERIMENTO DA TEORIA DO ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL

Inicialmente, antes de adentrar no tema em cotejo, insta consignar alguns pontos sobre a legislação colombiana, bem como, sobre o sistema constitucional daquele País.

A Constituição Política da Colômbia foi publicada em 1991, disciplinando todo o ordenamento jurídico e normas específicas, bem como ampliando e enfatizando os direitos fundamentais. Além disso, possui a Corte Constitucional Colombiana “[...] amplo acesso a jurisdição e significativas competências e poderes de controle sobre

os atos dos outros atores do governo e em torno da missão fundamental de “guarda da integridade e supremacia da Constituição (artigo 241).” (CAMPOS, 2016, p. 100).

A Constituição foi contemplada pelo controle misto de constitucionalidade das leis, seja por meio do controle abstrato, possibilitando a propositura de ações diretamente na Corte, seja por meio do controle concreto, possibilitando a revisão das decisões judiciais. Em ambos os casos, as ações possuem o caráter defensivo dos direitos constitucionais (MAYER; OLIVEIRA JUNIOR, 2017).

Ademais, a partir da implementação do controle abstrato verificou-se “[...] uma maior satisfação da população com o ordenamento jurídico, em especial pelo envolvimento direto do povo nos assuntos políticos e sociais da sociedade.” (MAYER; JUNIOR, 2017, p. 180).

Nesse contexto, a aludida Corte exerce um papel imprescindível, tornando-se de grande destaque, especialmente por ser a precursora da teoria do Estado de Coisa Inconstitucional.

Como alhures mencionado, a teoria do Estado de Coisa Inconstitucional foi inaugurada pelo Direito Colombiano, no ano de 1997, como uma técnica decisória, construída pela jurisprudência daquele País, visando à criação de soluções de caráter imediato, capazes de modificar violações inconstitucionais que atingem os direitos e garantias fundamentais de um grupo de pessoas, em razão de omissões constitucionais do próprio Estado.

Nessa ótica, Campos (2016) leciona que o juiz constitucional busca direcionar o Estado a visualizar a dignidade da pessoa humana, visto que a situação de violação de direitos que atingem a dignidade da pessoa é decorrente da sua própria omissão. Nesse sentido:

O juiz constitucional depara-se com uma realidade social necessitada de transformação urgente e, ao mesmo tempo, com falhas estruturais e impasses políticos que implicam, além do estado inconstitucional em si mesmo, a improbabilidade de o governo superar esse estágio de coisas contrário ao sistema de direitos fundamentais, sem que o seja a partir de uma forte e ampla intervenção judicial. (CAMPOS, 2016, p. 96).

Contudo, para que a Corte constitucional Colombiana declarasse o Estado de Coisa Inconstitucional, foi necessário a presença de alguns fatores, destacando-se:

[...] a) a vulneração massiva e generalizada de vários direitos fundamentais que afetam um número significativo de pessoas; b) a prolongada omissão das

autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantir esses direitos; c) a não adoção de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias necessárias para evitar a vulneração de direitos; d) a existência de um problema social cuja solução demanda a intervenção de várias entidades, requer a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações, bem como compromete significativos recursos orçamentários; e) a possibilidade de se lotar o Poder Judiciário com ações repetitivas acerca das mesmas violações de direito. (GUIMARÃES, 2017, p. 81-82).

Assim, caracterizadas tais premissas, a Corte Colombiana reconhece o Estado de Coisa Inconstitucional, por meio de decisões classificadas como litígios estruturais ou casos estruturais (GUIMARÃES, 2017), impondo “[...] aos demais poderes do Estado e entidades estatais a adoção de providências no sentido de superar a violação massiva de direitos fundamentais.” (GUIMARÃES, 2017, p. 82).

A Corte Constitucional da Colômbia tornou-se um órgão ativista e popular e, ao declarar o Estado de Coisa Inconstitucional, “[...] atua ativamente sobre as escolhas e medidas do Legislativo e Executivo em razão de detectar omissões e insuficiências, a começar pela falta ou deficiência de políticas públicas, com o propósito de remover violações sistemáticas e contínuas de direitos fundamentais.” (CAMPOS, 2016, p. 120).

Por conseguinte, será delineado sobre as decisões da Corte Constitucional Colombiana ao declarar o Estado de Coisa Inconstitucional, com o intuito de dar maior elucidação à teoria ensejadora da presente Monografia, sendo três as sentenças mais importantes da Corte, a saber:

O primeiro caso que desencadeou o reconhecimento do Estado de Coisa Inconstitucional foi a sentença de unificação (SU) – 559, prolatada em 06 de novembro de 1997 e versava sobre os direitos previdenciários dos docentes municipais, que contribuíam para o fundo previdenciário, o qual era obrigatório e descontado sobre o subsídio mensal; contudo, não recebiam dos agentes municipais os seus direitos sociais básicos (CAMPOS, 2016).

De mais a mais, a Corte, ao verificar que se tratava de uma omissão massiva de direitos que envolvia vários órgãos públicos, bem como um grande número de docentes e, a fim de evitar a judicialização de novas demandas, aprofundou-se nas falhas estatais que originaram as violações, proferindo decisão que transcendeu as partes do processo, ou seja, declarou o Estado de Coisa Inconstitucional determinado a correção inconstitucional aos casos análogos (CAMPOS, 2016).

Como lembra Mayel e Oliveira Junior,

A partir da referida constatação, pela Corte Constitucional colombiana foram impostas diversas medidas a serem adotadas e cumpridas pelas autoridades competentes, de modo a superar tal violação, sendo certo que tal decisão visou beneficiar todos aqueles que se encontravam em situações análogas, e não apenas aos que haviam postulado judicialmente o recebimento dos valores devidos. (MAYER; JUNIOR, 2017, p. 171).

Para Guimarães (2017), a Corte Constitucional Colombiana, no caso posto em tela, “[...] limitou-se a declarar a violação da Constituição pelo estado de coisas que originou a ação de tutela e a advertir as autoridades competentes que tal estado de coisas deveria ser corrigido, de acordo com suas funções institucionais, em um prazo razoável.” (GUIMARÃES, 2017, p. 84).

Na sequência das sentenças em que a Corte Constitucional Colombiana aplicou a teoria do Estado de Coisa Inconstitucional, tem-se a T – 153, prolatada em 28 de abril de 1998, que pautava as situações desumanas dos presídios e a superlotação. No entanto, a decisão não obteve êxito, ante a falta de fiscalização das medidas a serem implantadas, persistindo a realidade inconstitucional antes vivenciada.

Conforme lecionada Guimarães, a decisão da Corte Constitucional Colombiana gerou um grande número de críticas

[...] por ter priorizado a construção de novos presídios como forma de superação do estado de coisa inconstitucional sem ter enfrentado as causas de hiperencarceramento constatadas, como a edição de leis penais mais rígidas (direito penal simbólico) e o excesso de decretação de prisões preventivas. A Corte Constitucional também sofreu críticas por não ter monitorado a implementação das medidas adotadas pelo Estado Colombiano. (GUIMARÃES, 2017, p. 86).

Outrossim, para Campos, a Corte, ao enfrentar a matéria em cotejo, por acreditar na soberania de suas decisões, claudicou em

[...] proferir ordens estruturais sem estabelecer procedimentos adequados de monitoramento durante a fase de implementação. As ordens foram flexíveis, possibilitando que os outros poderes manifestassem suas capacidades institucionais, mas faltou uma “jurisdição supervisória” sobre essa efetiva manifestação. (CAMPOS, 2016, p. 134).

*In casu*, ao analisar a matéria, a Corte constatou que a situação era ensejadora do Estado de Coisa Inconstitucional, visto que, as condições a que estavam expostos

os presidiários não possuíram o caráter punitivo e de ressocialização. Nesse interim, identificou a Corte que:

[...] o quadro de superlotação das penitenciárias colombianas implicava a violação massiva dos direitos à dignidade humana, à vida, à integridade física, à família, à saúde, enfim, a amplo conjunto de direitos fundamentais. A violação massiva pode-se dizer, estava dirigida à Constituição como um todo. Destacou a omissão permanente do Estado e da sociedade, verdadeira indiferença dos atores sociais e políticos ao que chamou de “tragédia diária dos cárceres”, de forma que o problema não era apenas de ordem pública, mas um grave problema social. (CAMPOS, 2016, p. 129).

Por fim, um dos casos que mais enfatizou a teoria do Estado de Coisa Inconstitucional, foi o deslocamento forçado de pessoas em razão do quadro de violência a que estavam expostas. A sentença foi denominada T – 025, de 22 de janeiro de 2004.

A inconstitucionalidade posta em debate na aludida sentença

[...] teve sua causa inicial na omissão legislativa inconstitucional, revelada pela formulação deficiente ou insuficiente de políticas públicas, e consolidou-se com a configuração das falhas estruturais – falhas de um conjunto de atores e envolvidas as distintas etapas das políticas públicas –, o que legitimou a “colaboração harmônica” da Corte. O Estado não estava apenas executando ou financiado de forma insuficiente uma política pública, mas a própria política formulada era deficiente. (CAMPOS, 2016, p. 148).

Assim, a Corte buscou suprimir a omissão estatal, verificando a origem da violação dos direitos fundamentais básicos, que decorriam tanto por omissão do Legislativo, quanto do Executivo na formulação de políticas públicas, cumulado com a falta de recursos orçamentários destinados para tal finalidade.

Nesse interim, sinalizou a Corte que

“[...] as políticas públicas então existentes eram incapazes de superar o Estado de Coisa Inconstitucional em que estavam situados os deslocados, tanto em razão da insuficiência dos recursos públicos destinado aos programas quanto em razão das capacidades das instituições estatais envolvidas.” (GUIMARÃES, 2017, p. 87).

Como se viu, a sentença reconheceu as inconstitucionalidades e procurou saná-las de forma imediata, assim como houve a preocupação por parte da Corte Colombiana na fiscalização e no monitoramento das imposições prolatadas, a fim de não incorrer no mesmo lapso da sentença T – 153. Nesse viés, a sentença proferida possuía como escopo a intervenção

[...] na elaboração do orçamento público, exigindo atenção especial na destinação dos recursos para o auxílio e atenção a população deslocada. Também determinou fosse formulada a nova política pública, desta feita adequada a superar satisfatoriamente a violação massiva de direitos das pessoas forçadas a sair de seus lares e abandonar suas atividades econômicas em razão do problema social da violência interna. A Corte exigiu a produção de leis e de um marco regulatório eficientes de forma a proteger, além dos direitos individuais dos demandantes, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais envolvidos. (CAMPOS, 2016, p. 149).

Dessa forma, a Corte Constitucional Colombiana adota uma postura ativista e intervencionista, a fim de superar a realidade inconstitucional a qual está exposta, enfrentando e buscando soluções capazes de cessar violações massivas de direitos e garantias fundamentais. Nesse contexto, a Corte visa “[...] corrigir falhas estruturais em nome da garantia da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, núcleo axiológico e normativo das constituições contemporâneas.” (CAMPOS, 2017, p. 160).

O Estado de Coisa Inconstitucional vem ganhando ênfase em outros países. No Brasil, a teoria foi suscitada em tela na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) número 347, postulada junto ao Supremo Tribunal Federal, em razão do sistema penitenciário brasileiro, o que se passa a delinear a seguir.

## 2.2 O CASO BRASILEIRO E A APLICAÇÃO DA TEORIA DO ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL

Preliminarmente, a República Federativa do Brasil constitui-se um Estado Democrático de Direito, pelo qual se luta pelo reconhecimento dos direitos e garantias fundamentais, os quais foram enfatizados a partir da Constituição Federal de 1988. Sabe-se da existência da linha tênue na efetivação desses direitos e garantias que, por vez, estão longe de serem concretizados, acarretando em um Estado Inconstitucional.

Dentro desse contexto, a “[...] Constituição possui Carta de direitos e mecanismos processuais que permitem, respectivamente, a tutela objetiva de direitos fundamentais e a tomada de ordens estruturais voltadas á superação do estado.” (CAMPOS, 2016, p. 258).

A legislação brasileira tem como parâmetro a Constituição Federal, baseada num Estado Democrático de Direito, o qual visa à dignidade da pessoa humana,

mediante a proteção dos direitos e garantias fundamentais amplamente garantidos pela Constituição Federal. Portanto,

Como toda Constituição democrática contemporânea, a nossa de 1988 possui, em seu núcleo, a previsão de um amplo catálogo de direito fundamentais, veiculados tanto por meio de regras definitivas quanto por enunciados normativos vagos e independentes (princípios), e mediante o qual foi versado o equilíbrio de poder entre sociedade e Estado. Trata-se de direitos negativos e positivos, de matrizes liberal e social, individuais e coletivos, a exigir do Estado o compromisso com o desenvolvimento da pessoa humana em base livres e igualitárias. (CAMPOS, 2016, p. 258).

Então, a Constituição Federal possui como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidaria garantidora do desenvolvimento nacional, visando à erradicação da pobreza, marginalização e redução das desigualdades sociais, além, de promover o bem geral, sem preconceitos ou formas de discriminação (BRASIL, 1988).

Se não bastasse isso, ainda foram promulgados, por meio dos artigos 5º e 6º da Constituição Federal, os direitos e deveres individuais e coletivos, bem como os direitos sociais; sem embargo, como visto, existe uma linha tênue para efetivação desses direitos consagrados pela legislação brasileira por parte do Estado como um todo, sendo constante a violação desses direitos, ante a ausência de políticas públicas, bem como da deficiência na aplicação do orçamento público.

Dessa perspectiva, nasce a abertura sistêmica para se suscitar a Teoria do Estado de Coisa Inconstitucional no Brasil, como uma forma de superar as falhas estruturais omissivas do Estado, bem como as violações massivas de direitos e garantias fundamentais. Alias, para Campos “[...] no Brasil, reúnem-se requisitos institucionais e políticos que permitem cogitar-se, ao menos em abstrato, da declaração do ECI e da atuação do Supremo Tribunal Federal no sentido de superá-la mediante ordens estruturais.” (CAMPOS, 2016, p. 264).

Por conseguinte, desde sua promulgação, a própria Constituição Federal, visando a eventuais inconstitucionalidades das disposições exaradas, criou mecanismos a fim de superar as violações constitucionais por meio da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Mecanismos que, inclusive, são capazes de possibilitar ao Supremo Tribunal Federal a declaração do estado de coisa inconstitucional.

Inicialmente, a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) por omissão tem por escopo “[...] implementar preceitos constitucionais que, para plena eficácia, dependem de legislação complementar infraconstitucional. A ação tem cabimento no momento em que se verifica a inércia ou abstinência do Poder Público.” (SIQUEIRA JR., 2012, p. 305-306).

Logo, a aludida ação está vinculada com uma imposição constitucional que, para ser efetivada, necessita de uma ação do ente público, sendo que a supressão gera uma inconstitucionalidade. Nesse passo,

A inconstitucionalidade vislumbra-se a partir de conduta negativa. O texto constitucional prescreve uma conduta positiva ao Poder Público (um fazer), com a finalidade de garantir a plena eficácia da norma constitucional. O Poder Público omite-se. Essa conduta negativa gere a inconstitucionalidade por omissão. (SIQUEIRA JR., 2012, p. 309).

Por sua vez, passa-se à explanação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), a qual constituiu o instrumento principal, haja vista que sua finalidade corrobora com os pressupostos caracterizadores da Teoria do Estado de Coisa Inconstitucional.

Nesse interim, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental trata-se de um “[...] instrumento com a finalidade exclusiva de defesa da integridade da Constituição e dos direitos fundamentais. Assim, havendo violação de preceitos fundamentais, surge a possibilidade do acesso ao Supremo Tribunal Federal, que é o guardião da Constituição.” (SIQUEIRA JR., 2012, p. 329).

A referida ação foi regulamentada pela Lei nº 9.982/99 que preceitua em seu artigo 1º que, “A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.” (BRASIL, 1999).

Portanto, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental possui o viés de superar violações de direitos constitucionais, na medida em que se constitui como um mecanismo hábil para deliberar sobre violações massivas de direitos fundamentais, diante da deficiência estrutural do Estado. Aliás, para Campos, a ação em debate está

[...] voltada a julgar de forma originária lesão a preceito fundamental por ato normativo ou por lei federal, estadual ou municipal, mesmo se anteriores à Constituição de 1988, a ADPF credencia-

se como melhor remédio contra a violação massiva de direitos fundamentais decorrentes de falhas estruturais, ou seja, para afirmação de controle do ECI. (CAMPOS, 2016, p. 260).

Como visto, para a doutrina atual, a ação, ora debatida, é um meio de resguardar os direitos às garantias fundamentais, bem como enfrentar as inconstitucionalidades em sua efetivação.

Nesse viés, para que se obtenha êxito tanto na ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, assim como na invocação do Estado de Coisa Inconstitucional, faz-se necessário

[...] aprimoramento não só da formação da agenda da Corte, mas também da própria capacidade deliberativa dos membros do Tribunal, o que requer não apenas mudanças institucionais, e sim, igualmente, atitudinais, comportamentais. Há a necessidade de novas posturas institucionais quanto a como deliberar. É necessário ser mais cooperativo e menos adversarial; a preocupação deve ser com a formação de um resultado único, sendo destacadas e bem delimitadas as posições conflitantes. O Tribunal precisa se fazer compreender. (CAMPOS, 2016, p. 263).

Entretanto, apesar do ordenamento jurídico consubstanciar a aplicação da ação supramencionada, bem como, da aplicação da teoria do Estado de Coisa Inconstitucional, deve-se ultrapassar a decisão prolatada, a fim de superar a inconstitucionalidade, violadora de direitos e garantias fundamentais.

Outrora fora mencionado que, no Brasil, o Estado de Coisa Inconstitucional foi invocado com o ajuizamento da ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 347/DF), pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), em virtude da violação massiva e reiterada de direitos e garantias fundamentais concernentes ao sistema carcerário brasileiro.

No ponto, imperioso salientar a situação catastrófica enfrentada pelo sistema carcerário brasileiro e as condições desumanas em que os presos estão submetidos, em razão das omissões inconstitucionais e das falhas estruturais, exacerbada pela inércia do Estado, bem como pela iminente ausência de políticas públicas, o que, por sua vez, inviabiliza a ressocialização dos presos. Nesse sentido, Campos evidencia a atual realidade brasileira:

Além de grave violação de direitos humanos, o sistema carcerário brasileiro representa também um problema de segurança pública. O fim de ressocialização dos presos é algo impensável de ser alcançado. Como se costuma dizer, os presídios brasileiros servem para aumentar a criminalidade

dos pequenos delinquentes: “entram pequenos ladrões, saem monstros”. As taxas de reincidência são muito elevadas e envolvem crimes ainda mais graves – conforme dados do CNJ, em torno de 70%. Muitos desses. Inclusive presos provisórios, acabam aumentando o contingente das facções criminosas, os resultados são violações de direitos humanos dentro dos presídios e aumento da criminalidade e da violência fora desses. (CAMPOS, 2016, p. 267).

Por conseguinte, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), na ADPF nº 347, argumentou, em sua inicial, que a situação carcerária atual preencheria os pressupostos para o reconhecimento do Estado de Coisa Inconstitucional, uma vez que violaria:

[...] o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), a proibição da tortura, do tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, inciso III) e das sanções cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”), assim como o dispositivo que impõe o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º, inciso XLVIII), o que assegura aos presos o respeito à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX) e o que prevê a presunção de não culpabilidade (artigo 5º, inciso LVII), os direitos fundamentais à saúde, educação, alimentação apropriada e acesso à Justiça. Articula com a inobservância de tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo país – 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. (BRASIL, 2015, p.11-12).

Ademais, o Partido aduziu que, caso declarado o Estado de Coisa Inconstitucional, poderia a Corte Suprema “[...] impor aos Poderes Públicos a tomada de medidas urgentes e necessárias à superação de violações massivas de direitos fundamentais, assim como supervisionar a efetiva implementação dessas medidas.” (CAMPOS, 2016, p. 285).

Em caráter liminar, considerando a situação arbitrária do sistema carcerário brasileiro, a qual, como mencionado anteriormente, afeta toda a sociedade, fora postulado, em síntese: a um, para que os juízes e tribunais justifiquem a decretação e manutenção de prisão provisória; a dois, realização de audiência de custódia no prazo máximo de 90 dias; a três, para que seja considerado pelos juízes e tribunais, a situação carcerária, justificando a concessão de cautelares penais, a aplicação da pena e durante o processo de execução da pena; a quatro, seja analisada a possibilidade de penas alternativas à prisão; a cinco, seja determinado aos juízes da execução penal, em caso de cumprimento de pena mais severa comparadas com aquelas previstas no ordenamento jurídico, o abrandamento da pena; a seis, seja realizado o abatimento da pena, nos casos em que for evidenciado o cumprimento de

pena mais severa comparadas com aquelas previstas no ordenando jurídico, como forma de compensar o ilícito estatal; a sete, seja determinado ao Conselho Nacional de Justiça a revisão dos processos de execução penal em curso no país; a oito, a abstenção e a liberação por parte da União, das verbas do Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN (BRASIL, 2015).

A medida cautelar, ao ser apreciada, foi deferida parcialmente, conforme verifica-se da ementa do acórdão:

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. (BRASIL, 2015).

Diante do quadro, apresentado aos Ministros, foi reconhecida a violação massiva de direitos e garantias fundamentais, em razão das omissões dos Poderes do Estado, bem como, da necessidade de retirá-los do estado de inércia em que se encontram, a fim de garantir um mínimo existencial aos presidiários, com a criação e implementação de políticas públicas eficientes, assim como aplicação linear da lei penal existente (BRASIL, 2015).

Por sua vez, o ministro relator, Marco Aurélio Melo, em seu voto, concluiu pela violação generalizada dos direitos fundamentais dos presos, tendo em vista que não é garantido um mínimo de dignidade humana, faltando-lhes higidez física e psíquica, além das penas privativas de liberdades se tornarem, ante a superlotação carcerária e o tratamento degradante e indigno, em penas cruéis e desumanas (BRASIL, 2015).

Nesse sentido, o relator supracitado imputou o problema desencadeado, assim como o problema de insegurança da sociedade, a um mau funcionamento estrutural e histórico por parte do Estado, envolvendo os três poderes, sendo necessário para superar e ganhar efetividade, que a solução possua

“[...] 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, p. 27).

Por derradeiro, Marco Aurélio referiu que a realidade inconstitucional atualmente enfrentada pelo sistema carcerário brasileiro, emergirá do Tribunal um papel que possua o escopo de

“[...] 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, p. 36).

Nesse aspecto, a inércia estatal, bem como a deficiência estrutural na criação e implementação de políticas públicas que envolvem o sistema carcerário brasileiro necessitam de intervenção judicial, sob pena de insuperáveis violações. Com efeito,

“[...] 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, p. 34).

Enfim, no caso em apreço houve a necessidade de intervenção da Corte Suprema diante das inúmeras violações de direitos e garantias fundamentais dos presidiários, ao passo que essas violações inviabilizam a finalidade das penas aplicadas no Brasil, ou seja, de reprimir novas condutas e de ressocializar o preso. Logo, essas violações trazem consequências catastróficas à população brasileira, que sofrem, diariamente, com o aumento da criminalidade e violência.

O fato é que não se pode permitir a perda da credibilidade popular no Sistema Jurídico brasileiro, sem que haja uma intervenção judicial, com o escopo de resguardar os direitos e garantias fundamentais de todos os cidadãos, a fim de superar a realidade inconstitucional hodiernamente enfrenta no Brasil. Portanto, tem-se que o Supremo Tribunal Federal não deve se abster de intervir em violações massivas e generalizadas de preceitos constitucionais, diante da inércia e deficiência estatal.

De mais a mais, quanto aos pedidos de mérito<sup>5</sup> da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 347/DF), encontram-se aguardando julgamento.

---

<sup>5</sup> Além da confirmação dos pedidos proferidos em sede de medida cautelar, no mérito, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) postulou: a) haja a declaração do “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro; b) seja determinados ao Governo Federal a elaboração e o encaminhamento ao Supremo, no prazo máximo de três meses, de um plano nacional visando à superação, dentro de três anos, do quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro; c) o aludido plano contenha propostas e metas voltadas, especialmente, 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 tocante 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 gênero, 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, maus-tratos e aplicação de penalidades sem o devido processo legal nos estabelecimentos prisionais; (IX) adoção de providências visando a propiciar o tratamento adequado para grupos vulneráveis nas prisões, como mulheres e população LGBT; d) o plano preveja os recursos necessários à implementação das propostas e o cronograma para a efetivação das medidas; e) o plano seja submetido 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 desejem se manifestar, vindo a ser ouvida a sociedade civil, por meio da realização de uma ou mais audiências públicas; f) o Tribunal delibere sobre o plano, para homologá-lo ou impor providências alternativas ou complementares, podendo valer-se do auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça; g) uma vez homologado o plano, seja determinado aos Governos dos estados e do Distrito Federal que formulem e apresentem ao Supremo, em três meses, planos próprios em harmonia com o nacional, contendo metas e propostas específicas para a superação do “estado de coisas inconstitucional” na respectiva unidade federativa, no prazo máximo de dois anos. Os planos estaduais e distrital deverão abordar os mesmos aspectos do nacional e conter previsão dos recursos necessários e cronograma; h) sejam submetidos 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, do Conselho Seccional da OAB da unidade federativa, de outros órgãos e instituições que desejem se manifestar e da sociedade civil, por meio de audiências públicas a ocorrerem nas capitais dos respectivos entes federativos, podendo ser delegada a realização das diligências a juízes auxiliares, ou mesmo a magistrados da localidade, nos termos do artigo 22, inciso II, do Regimento Interno do Supremo; i) o Tribunal delibere sobre cada plano estadual e distrital, para homologá-los ou impor providências alternativas ou complementares, podendo valer-se do auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça; j) o Supremo monitore a implementação dos planos nacional, estaduais e distrital, com o auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medida Socioeducativas do

Não obstante isso, a Corte Suprema prolatou importante decisão, mesmo que em sede de liminar, com o intuito de fomentar a busca pela superação da realidade inconstitucional, a fim de vencer a violação massiva e generalizada de direitos e garantias fundamentais, garantindo um mínimo existencial aos presidiários.

## CONCLUSÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso abordou a teoria do Estado de Coisa Inconstitucional diante das violações de direitos e de garantias fundamentais, possuindo como delimitação temática uma análise da realidade inconstitucional enfrentada pelo Brasil, especialmente em razão das flagrantes violações de direitos e de garantias fundamentais, a partir da Teoria do Estado de Coisa Inconstitucional abordado pela Corte Constitucional Colombiana.

A pesquisa buscou verificar se a declaração de um Estado de Coisa Inconstitucional feita pela Suprema Corte é um meio efetivo e suficiente de concretizar direitos e garantias fundamentais, como uma forma de justificar o ativismo judicial.

Por conseguinte, em relação à hipótese, tem-se que os direitos e garantias fundamentais, positivados ou não na legislação, sobretudo na Constituição Federal estão sendo violados, diante da inércia estrutural do Estado. Nesse sentido, a teoria do Estado de Coisa Inconstitucional experimentada pela jurisdição colombiana constitui uma ferramenta útil, sendo possível a sua aplicabilidade no Brasil, a partir da concretização de políticas públicas efetivas, transformando a realidade inconstitucional enfrentada.

Com efeito, a fim de alcançar a problemática proposta, foram analisados os pressupostos da teoria do Direito Constitucional, bem como a tese da Corte Constitucional da Colômbia, que firmou entendimento em relação ao Estado de Coisa Inconstitucional. Nesse particular, pesquisou-se, também, a efetivação de direitos e garantias fundamentais por meio de políticas públicas do Estado, assim como o caso da Colômbia acerca da superação da realidade inconstitucional, bem como a atuação da Corte Suprema brasileira e a indicação da aplicação da teoria do Estado de Coisa Inconstitucional.

Para tanto, o trabalho dividiu-se em dois capítulos. No primeiro, a pesquisa explanou a efetivação dos direitos e garantias fundamentais por meio de políticas públicas e a omissão do estado, sendo arguidos os compromissos sociais assumidos pelo legislador originário constitucional e a linha tênue existente para a efetivação

desses compromissos, ao passo que se intensifica a ideia de um Estado Inconstitucional, afastando-se da premissa de um Estado Democrático de Direito.

Diante dessa linha tênue existente, vem ganhando ênfase o ativismo judicial como forma de efetivação de direitos e garantias fundamentais, visto que o Estado deixa de cumprir sua finalidade constitucionalmente prevista na construção da justiça social, omitindo-se, o que acarreta lacunas de cunho social sujeitas ao controle judicial.

A pesquisa demonstrou que a falta de comprometimento por parte do Estado na concretização de políticas públicas inviabiliza a efetividade aos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, o que desencadeia as omissões inconstitucionais e passam a ser supridas pelo Poder Judiciário mediante o ativismo judicial. Essa forma de atuação judicial, atualmente, tornou-se frequente, seja em razão do crescente número de omissões inconstitucionais, seja porque é um meio célere e eficaz de buscar a tutela jurisdicional de direitos já concretizados no ordenamento jurídico.

Portanto, o ativismo judicial está umbilicalmente vinculado às omissões inconstitucionais, haja vista que a ausência de concretização de políticas públicas eficazes pelo Estado, corroborada com a má aplicabilidade dos preceitos constitucionais, tanto pelo Poder Legislativo quanto pelo Poder Executivo, repercute, diretamente, no Poder Judiciário, que assume um papel atípico, ao qual se denominou ativismo judicial, ou seja, o ativismo foi criado pelo próprio sistema ao violar os compromissos sociais assumidos pelo legislador originário constitucional.

Nessa óptica, desenvolveu-se a pesquisa do segundo capítulo, versando sobre a Teoria do Estado de Coisa Inconstitucional frente às violações de direitos e garantias fundamentais, premissa que vem repercutindo na Suprema Corte, diante da omissão inconstitucional do Estado, violadora de direitos e garantias constitucionais.

Com efeito, a teoria do Estado de Coisa Inconstitucional busca as possibilidades de superação da realidade inconstitucional, corrigindo a violação de preceitos constitucionalmente previstos pelo legislador originário.

Nesse aspecto, a percussora da aludida teoria foi a Corte Constitucional Colombiana ao adotar uma postura ativista e intervencionista, com o intuito de cessar violações massivas de direitos e garantias fundamentais. A pesquisa demonstra que essa Teoria, que foi desenvolvida progressivamente, embora tenha enfrentado

resistência da comunidade jurídicas, vem sendo aperfeiçoada e, de certa forma, alcançando êxito.

Hodiernamente, a teoria alavancou-se e foi aplicada em outros países. No Brasil, ganhou ênfase na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) número 347, postulada junto ao Supremo Tribunal Federal, em razão do sistema penitenciário brasileiro, que enfrenta omissões inconstitucionais e violações massivas de direitos e garantias fundamentais, diante da inércia estrutural do Estado na concretização de meios que possibilitam a premissa do Estado Democrático de Direito e compromissos sociais assumidos pelo legislador constituinte.

Em relação às futuras contribuições reflexivas e intervencionistas sobre o tema em cotejo, frisa-se na investigação a possibilidade de concretização da Teoria no Brasil, a fim de verificar a sua efetividade na superação da realidade inconstitucional.

Por derradeiro, em sede conclusiva, ressalta-se a importância da Teoria do Estado de Coisa Inconstitucional como um meio eficaz de concretização de direitos, que possibilita a Suprema Corte intervir nas omissões inconstitucionais, desempenhando um papel atípico, quebrando a inércia do Estado, superando a realidade inconstitucional atualmente enfrentada e possibilitando a tutela dos direitos constitucionalmente previstos.

## REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL, **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 de out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) Acesso: 20 maio 2018.

\_\_\_\_\_, **Lei 9.982/1999**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 jul. 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19982.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19982.htm) Acesso em: 20 maio 2018.

\_\_\_\_\_, **ADPF/DF 347**, Tribunal Pleno, Supremo Tribunal Federal, Relator: Marco Aurélio, julgado em 09/09/2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665> Acesso em: 20 maio 2018.

\_\_\_\_\_, **ADI/MC1458**, Tribunal Pleno, Supremo Tribunal Federal, Relator: Celso de Mello, julgado em 23/05/1996. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000021002&base=baseAcordaos> Acesso em: 20 maio 2018.

BRITO, Ravena Ribeiro. **Omissões inconstitucionais**: evolução, remédios e técnicas de decisão. Biblioteca Digital: Brasília, 2014. Disponível em: [http://bdm.unb.br/bitstream/10483/9865/1/2014\\_RavenaRibeiroBrito](http://bdm.unb.br/bitstream/10483/9865/1/2014_RavenaRibeiroBrito) Acesso em: 20 maio 2018.

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

CUNHA, Bruno Santos. **Direitos Fundamentais**: da constituição às políticas públicas. Rev. Bras. De Políticas Públicas. Brasília, n. 1, p. 65-82, jan./jun. 2011. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/1214> Acesso em: 16 jun. 2018.

DOUGLAS, Willian; ARAÚJO, Eugênio Rosa de; CHAVES, André Luiz Maluf. **Omissão Inconstitucional e Revisão Geral Anual dos Servidores Públicos**. 3. ed. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2017.

GORCZEWSKI, Clovis; KONRAD, Letícia Regina. Evolução Histórica da Jurisdição Constitucional: apontamentos sobre a proteção internacional dos direitos humanos no estado democrático de direito. In: GORCZEWSKI, Clovis; LEAL, Mônica Clarissa Hennig (Org.). **Constitucionalismo Contemporâneo**: concretizando direitos. Curitiba: Multideia, 2013.

GUIMARÃES, Mariane Rezende. **O estado de coisas inconstitucional: a perspectiva de atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da experiência da Corte Constitucional colombiana.** Boletim Científico ESMPU. Brasília, n. 49, p. 79-111, jan./jun. 2017. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-49-janeiro-junho-2017/o-estado-de-coisas-inconstitucional-a-perspectiva-de-atuacao-do-supremo-tribunal-federal-a-partir-da-experiencia-da-corte-constitucional-colombiana> Acesso em: 20 maio 2018.

JUNIOR, Valdir Ferreira de Oliveira. Políticas Públicas Concretizadoras dos Direitos Fundamentais: controle judicial do dever de progresso e da proibição de retrocesso. **Caderno de Ciências Sociais Aplicadas.** Vitória da Conquista – BA, n. 7, p. 33-49, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://periodicos.uesb.br/index.php/cadernosdeciencias/article/viewFile/869/875> Acesso em: 16 jun. 2018.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, Erik Noleta Kirk Palma. **Paradoxo Entre Constitucionalismo e Democracia: alternativas à colmatação de lacunas inconstitucionais no Brasil.** Biblioteca Digital: Brasília, 2014. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/alesp/biblioteca-digital/obra/?id=21596> Acesso em: 20 maio 2018.

LOPES, Brenner. **Políticas Públicas: conceitos e práticas.** Belo Horizonte: SEBRAE, 2008.

MAYER, Willian da Silva; JUNIOR, Martim Cabeleira de Moraes. **O Estado de Coisas Inconstitucional Colombiano Frente à Constituição Brasileira.** Rev. Direito, Cultura e Cidadania. Osorio, v. 7, n. 1. Ano 2017. Disponível em: [file:///D:/Dados/Downloads/174-666-1-PB%20\(1\).pdf](file:///D:/Dados/Downloads/174-666-1-PB%20(1).pdf) Acesso em: 20 maio 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MOUSQUER, João Victor Magalhães. **Estado e Gestão Pública: o exercício da cidadania através de políticas públicas.** Curitiba: Juruá, 2016.

PACHECO, Raquel Lazzari; WRASSE, Helena Pacheco. **O modelo de coalização de defesa e a formação de políticas públicas como facilitadores de um diálogo democrático.** In: JAQUES, Marcelo Dias; COPELLI, Giancarlo Montagner; MOUSQUER, João Victor Magalhães (Org.). **Direitos Fundamentais em Pauta: Discussões necessárias para o século XXI.** 1. ed. Curitiba: Editora Prismas, 2017.

QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo. **Judicialização dos Direitos Sociais Prestacionais: A efetividade pela interdependência dos direitos fundamentais na Constituição Brasileira.** Curitiba: Juruá, 2011.

SANTOS, Helena Maria Pereira dos; VIEIRA, José Ribas; DAMASCENO, Luana Regina D' Alessandro; CHAGAS, Tayná Tavares das. **Estado de Coisas Inconstitucional: um estudo sobre o caso colombiano e brasileiro.** Rev. Quaestio Iuris. Rio de Janeiro, vol. 08, n. 04, p. 2596-2612, ano 2015. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/20941> Acesso em: 20 maio 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHWINN, Simone Andrea; ODORISSI, Luiza Ferreira. **O controle jurisdicional de políticas públicas como meio de efetivação dos direitos fundamentais e sua relação com o estado democrático de direito**. In: GORCZEVSKI, Clovis; LEAL, Mônica Clarissa Hennig (Org.). **Constitucionalismo Contemporâneo: concretizando direitos**. Curitiba: Multideia, 2013.

SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton. **Direito Processual Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS 3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 5, n. especial, 2015, p. 51-6. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3139> Acesso em: 16 jun. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo**. Conjur, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo> - Acesso em: 20 maio 2018.

VICTOR, Rodrigo Albuquerque. **Judicialização de Políticas Públicas para a Educação Infantil**. São Paulo: Saraiva, 2011.