

O INSTITUTO DO ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL (ECI) NA REALIDADE SOCIOECONÔMICA BRASILEIRA: VIOLAÇÕES SISTÊMICAS DE DIREITOS E A FALHA NO ACESSO À SAÚDE

Luis Claudio Martins de Araujo¹

Rodrigo Augusto Fatudo Magalhães²

Resumo: O estado de coisas inconstitucional (ECI) é sempre o resultado de situações concretas de paralisia parlamentar ou administrativa sobre determinadas matérias. O ECI revela-se, assim, um importante instrumento, ainda que longe do ideal em uma democracia, para superar esses bloqueios e fazer a máquina estatal funcionar. Além de superar bloqueios políticos e institucionais, a intervenção judicial estrutural pode ter o efeito de aumentar a deliberação e o diálogo sobre causas e soluções do ECI. Adotadas ordens flexíveis e sob monitoramento, mantêm-se a participação e as margens decisórias dos diferentes atores políticos e sociais sobre como superar os problemas estruturais. Ao atuar assim, em vez de supremacia judicial, as cortes fomentam

¹ Pós-Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor da graduação e pós-graduação da Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC). Professor do Doutorado e Mestrado da Universidade Veiga de Almeida (UVA). Professor convidado da pós-graduação da Fundação Getúlio Vargas (FGV), Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), da Escola da Advocacia-Geral da União (EAGU), da Escola de Administração Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (ESAJ) e da Universidade Cândido Mendes (UCAM).

² Graduando em Direito pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC). Bolsista de pesquisa PIBIC, com produção acadêmica na área do Direito Público.

o diálogo entre as instituições e a sociedade, promovendo ganhos de efetividade prática e democráticos das decisões. Na ordem jurídica pátria o instituto foi incorporado no julgamento, pelo STF, da ADPF 347, que tratava das violações existentes no sistema carcerário brasileiro. Contudo, fica o questionamento quanto à possibilidade de que novos cenários de violações no âmbito nacional recebessem o tratamento do ECI. Nesse sentido a saúde pública brasileira, especificamente o SUS, faz, de fato, jus a uma nova declaração do instituto por parte do Supremo, que poderá apresentar soluções a partir de uma participação da população por meio de audiências públicas e a participação de *amici curiae*, além de poder, visando a efetividade da sentença, adaptar as soluções já apresentadas conforme novas demandas venham a surgir ao longo do tempo, ensejando uma necessidade de acompanhamento da sentença.

Palavras-chave: Estado de Coisa Inconstitucional; Realidade socioeconômica brasileira; Falha no acesso à saúde

Abstract: The Unconstitutional State of Affairs (ECI) is always the result of factual situations of parliamentary or administrative paralysis in certain matters. The ECI reveals itself as an important instrument, yet far away from the ideal in a democratic state, to overcome institutional barriers and make the State machinery work. Beyond overcoming political and institutional barriers, structural judicial intervention can have the effect of increasing the deliberation and dialogue about the ECI causes and solutions. Making use of flexible orders and monitoring, it is granted the participation and decision margin provenient from the many different political and social actors about the solutions that could be used to overcome the structural issues. Actuating as that, the courts, instead of judicial supremacy, foment dialogue between Society and the state institutions, promoting effectiveness and democratic gains inside the decision. The ADPF

347, that treated about the human rights violations that occurred in the Brazilian prison system, is an example on how the ECI was used in the Brazilian juridical order. Nevertheless, one question that remains is whether it is possible that new scenarios of violations, inside Brazilian scope, may or not be treated as an ECI. In this sense, it is possible to affirm that the public health system, specifically the Unique Health System (SUS), deserve that treatment by the Supreme Court, that will be able to show solutions through the social participation, in form of public audiences and the participation of *amici curiae*. Also, by having the goal of giving effectiveness to the sentence, the court could adapt the previously presented solutions already given by the original sentence through decisional adaptation as new demands emerge over time, giving rise to a need for decisional follow up.

Keywords: Unconstitutional State of Affairs (ECI), Brazilian socioeconomic reality, Failure to health access

INTRODUÇÃO



As violações sofridas pelo povo brasileiro são cada vez mais naturalizadas. São tidas como questões imutáveis. Contudo, não devem assim permanecer. Diante de violações sistemáticas de direitos fundamentais, um estudo aprofundado quando ao tema do Estado de Coisas Inconstitucional se faz necessário.

Enquanto grande parcela da população sofre diante das violações, os poderes executivo e legislativo se mantêm inertes em relação à defesa desses direitos fundamentais, os quais o Estado teria a obrigação de respeitar e promover.

Diante disso, o poder judiciário deve tomar para si funções atípicas e ativistas que permitam, sem que isso se transforme em verdadeira supremacia judicial, a tomada de providências em caráter dialógico com os demais poderes e com a

sociedade, visando a efetivação do respeito aos direitos fundamentais.

Ainda no tratamento do ECI um fato deve ser constatado: a sua declaração fere princípios como o da tripartição dos poderes, levantando ainda o questionamento quanto à sua legitimidade para esse tipo de sentença, por não ser um poder eleito.

Contudo, deve-se despir de pré-conceitos em relação ao ativismo judicial, de modo que não pode se considerar o ativismo na declaração do ECI “aprioristicamente ilegítimo, salvo aquele voltado a afirmar a supremacia judicial: o ativismo do tipo antidualógico³”, devendo esse ser evitado.

Como então avaliar a legitimidade, que deve ser analisada caso a caso, da declaração de um ECI pela corte constitucional brasileira? Preliminarmente à exposição de uma possível resposta para esse questionamento, uma verdade deve ser necessariamente analisada: a questão da legitimidade de um ECI coloca em confronto diferentes princípios da ordem jurídica nacional, principalmente a separação dos poderes e os princípios relacionados aos direitos fundamentais violados (dignidade da pessoa humana, integridade física, acesso à saúde, etc...).

Tendo em vista uma realidade de princípios conflitantes, uma das técnicas possíveis é a aplicação da ponderação de princípios, por meio da regra da proporcionalidade, teorizada pelo jurista Robert Alexy, por meio do qual serão sopesados os princípios conflitantes, analisando qual deve prevalecer no caso concreto. Análise minuciosa deve então ser feita tendo como base os subprincípios da regra da proporcionalidade – *Adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*. Tome-se nota que esses subprincípios devem ser analisados de forma cumulativa e na exata seqüência ora apresentada.

Em sede da adequação, percebe-se que o ECI é adequado pelo fato de ser “apto para alcançar o resultado

³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional – Salvador. JusPodivm, 2016, p. 219

pretendido⁴”. Parte da doutrina defende ainda que esse subprincípio poderia ser atingido pelo mero fomento o resultado pretendido, não se obrigando a efetivamente concretizá-lo, sendo então a adequação a necessidade de que “o objetivo legítimo pretendido seja alcançado *ou pelo menos fomentado*⁵”.

Já no que tange a necessidade, essa seria atingida, podendo tratar o meio como necessário, quando não há meios, que na mesma intensidade, promovessem, com menor limitação, o direito fundamental atingido. Dessa forma, o ECI resta necessário tendo em vista que, por características inerentes à sua declaração, como a demanda da atuação de diversos órgãos estatais para a solução das violações, não há outro método menos restritivo que, na mesma intensidade, promovesse os direitos⁶.

Dando fim então ao exame de proporcionalidade, passa-se ao último subprincípio, a proporcionalidade em sentido estrito, que realiza o “sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva⁷”.

A declaração de um ECI se encontra então em consonância com esse último requisito tendo em vista que, na prática pública, apesar de ser uma relevante violação ao princípio da separação dos poderes, a importância da realização dos direitos fundamentais com ele colidentes são consideravelmente superiores, não só pela quantidade de direitos violados mas também pela

⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann, “A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”, p. 172

⁵ Apud. SILVA, Virgílio Afonso da, O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais 798 (2002), p. 37

⁶ Apud. SILVA, Virgílio Afonso da, O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais 798 (2002), p. 38

⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. “O proporcional e o razoável”, *revista dos Tribunais* 798 (2002), p. 40.

Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>>. Acesso em 01.novembro.2019.

profundidade dessas violações.

Ainda no que tange à legitimidade, as audiências públicas não devem ser tomadas exclusivamente como métodos de acompanhamento de cumprimento da decisão. Somando-se ao já exposto papel de acompanhamento decisório e de efetivação da decisão na superação das violações, os processos que tratam de políticas públicas, “jamais podem existir sem audiências públicas”, sendo “esse tipo de ato o motor desses processos⁸”.

Por fim, extremamente necessário se fazer a reflexão quanto aos muitos casos de violação de direitos fundamentais existentes no Brasil. Atualmente um deles se mostra gritante: o quadro da saúde pública.

As violações massivas decorrentes de um quadro verdadeiramente inconstitucional do Sistema Único de Saúde (SUS), com o passar do tempo, se mostram cada vez mais aptas a ensejar a instituição de novo quadro de ECI. O quadro de violações não é novo, ele vem se perpetuando na sociedade por décadas, tal como a omissão dos poderes estatais na promoção de políticas públicas para sua superação.

Não seria possível falar que o Estado pode simplesmente abrir mão de promover os direitos fundamentais relacionados à saúde, um dos pilares para uma sociedade justa, produtiva e igualitária.

Os valores e direitos violados aqui, afetam ainda não somente um ou outro integrante da sociedade, mas sim valores coletivos, de tal forma que processos individuais não seriam capazes de apresentar uma solução adequada, além de congestionar a atuação judiciária. Reiterasse, portanto, a necessidade de uma atuação ativista do judiciário⁹.

O judiciário, de tal maneira, em conjunto com a

⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: Reflexões a partir da ACP do carvão, p. 17.

⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: Reflexões a partir da ACP do carvão, p. 16.

sociedade, tem papel fundamental na superação desse quadro de Coisas Inconstitucional da saúde brasileira por meio de um meio dialógico, que efetive os direitos violados, por meio de sentenças estruturais e com um necessário acompanhamento pós-decisório.

Cinco foram os principais autores utilizados no projeto em análise, sendo eles Carlos Alexandre de Azevedo Campos¹⁰, Siddharta Legale Ferreira¹¹, Virgílio Afonso da Silva¹², Sérgio Cruz Arenhart¹³ e Robert Alexy¹⁴.

No que tange ao primeiro autor, o mesmo foi um dos pioneiros no estudo do cenário do Estado de Coisas Inconstitucional, sendo seu livro uma obra aprofundada acerca do tema, passando pelas mais variadas reflexões e problematizações. Desse modo, o autor, ao apresentar ainda o histórico do ECI, sua evolução, seus prós e contras, seu impacto institucional, e diversos outros tópicos acerca do tema, em conjunto com outras doutrinas, possibilita uma análise que permite o efetivo entendimento quanto ao instituto, plantando uma semente que possibilita questionamentos quanto a possibilidade de novas declarações de ECI.

¹⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional – Salvador. JusPodivm, 2016

¹¹ FERREIRA, Siddharta Legale; ARAÚJO, David Pereira. O estado de coisas inconvencional: trazendo a corte interamericana de direitos humanos para o debate sobre o sistema prisional brasileiro, Revista Publicum Rio de Janeiro, v.2, n. 2, 2016. Disponível em: <<https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/26042/23647>>. Acesso em 01.novembro.2019.

¹² SILVA, Virgílio Afonso da. “O proporcional e o razoável”, revista dos Tribunais 798 (2002), p. 40. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>>. Acesso em 01.novembro.2019.

¹³ ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: Reflexões a partir do caso da ACP do carvão

¹⁴ ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005. _____. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução Virgílio A. da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

Quanto ao segundo autor, o mesmo se mostra completamente inovador ao tratar da possibilidade de se haver um Estado de Coisas Inconvencional, onde demonstra que as violações massivas e sistemáticas de direito podem ser consideradas não somente estados de coisas inconstitucionais, mas verdadeiramente inconvencionais.

Sobre o terceiro autor, as reflexões trazidas pelo mesmo em relação a regra da proporcionalidade e seus subprincípios fomentam um instigante debate quanto a questão da legitimidade do ECI. Não seria possível que o estado se eximisse de suas obrigações para com a sociedade, de tal forma que ferir certos princípios, como a separação dos poderes, seria aceitável para a efetivação de todo um rol de princípios (dignidade da pessoa humana, acesso à saúde, integridade física, etc...) da população que são violados.

O quarto autor traz questionamentos quanto a melhor forma de realizar a efetivação de direitos fundamentais dos particulares, mostrando a inaptidão das demandas individuais, e até mesmo das demandas coletivas, nesse sentido. Realça ainda a importância da participação de setores populacionais, por meio de audiências públicas e de *amici curiae*, na legitimação do julgamento de causas de passem por políticas públicas. Se texto nos proporciona, dessa forma, elementos aplicáveis ao ECI e que o dão legitimidade e efetividade.

Por fim, há ainda, no presente trabalho, influência do autor alemão Robert Alexy¹⁵. A partir da elaboração do conceito de regras e princípios, passando então a tratar da ponderação dos princípios, o autor apresenta ferramentas que possibilitam o melhor entendimento e aplicação do ECI, fundamentalmente a ponderação.

¹⁵ ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005. _____. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução Virgílio A. da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

I. ASPECTOS TEÓRICOS E GLOBAIS DO ECI

Tipicamente, ao pensar em violações de direitos, pensamos em primeiro lugar em uma conduta positiva, comissiva, por parte de um determinado agente. Contudo, é possível que se fale em omissão que enseje violação massiva e sistemática de direitos.

Nesse sentido, essa omissão reiterada e persistente pode ter tido origem no legislativo, na falta de elaboração de normas que promovam a disseminação e aplicação de direitos fundamentais, ou no executivo, na falta de elaboração e implementação de políticas públicas que satisfaçam esse tipo de direitos.

A Corte Constitucional Colombiana então apresenta uma possível solução: o Estado de Coisas Inconstitucional. Na ordem jurídica pátria o instituto foi incorporado no julgamento, pelo STF, da ADPF 347, que tratava das violações existentes no sistema carcerário brasileiro.

Contudo, fica o questionamento quanto à possibilidade de que novos cenários de violações no âmbito nacional recebessem o tratamento do ECI. Nesse sentido a saúde pública brasileira, especificamente o SUS, faz, de fato, jus a uma nova declaração do instituto por parte do Supremo, que poderá apresentar soluções a partir de uma participação da população, visando adaptar as soluções já apresentadas conforme novas demandas que vão surgindo ao longo do tempo, ensejando uma necessidade de acompanhamento da sentença.

Nesse sentido, o estado de coisas inconstitucional, possui alguns pressupostos principais, tais como a situação de violação generalizada de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; a superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades.

Os pressupostos do ECI revelam conexão com a figura do “litígio estrutural”, caracterizado pelo alcance a número

amplo de pessoas e por implicar ordens de execução complexa. A ideia de “litígio estrutural”, por sua vez, vincula o ECI à fixação de *structural remedeis* (remédios estruturais), ou seja, o juiz deve interferir nas escolhas orçamentárias e nos ciclos de formulação, implementação e avaliação de políticas públicas, lançando mão de ordens que, ao mesmo tempo, redimensionem esses ciclos e permitam melhor coordenação estrutural. Importante destacar que o juiz não chega a detalhar as políticas, e sim a formular ordens flexíveis, cuja execução será objeto de monitoramento contínuo, por exemplo, por meio de audiências públicas periódicas, com a participação de setores da sociedade civil e das autoridades públicas responsáveis.

Assim, sem chegar a ser um “elaborador” de políticas públicas, o juiz comporta-se como um “coordenador institucional”. Nessa seara então da ADPF, deve-se dar especial atenção ao caso paradigmático da ADPF 347, por meio da qual o STF instituiu a figura do Estado de Coisas Inconstitucional, que será posteriormente melhor abordado.

Ante o exposto, vale aqui observar as palavras do professor Carlos Alexandre Azevedo Campos, que afirma que:

“a preocupação deve ser com a falta de medidas normativas que resulte em inefetividade de disposições constitucionais, e não necessariamente de medida legislativa, assim entendida como ato de competência do legislador. A omissão pode se dar, por exemplo, por ausência de decreto, regulamentação ou outras medidas próprias do Poder Executivo e seus órgãos. (...) a omissão normativa pode decorrer da própria falta de coordenação de medidas legislativas e administrativas, de falhas nos ciclos de políticas públicas¹⁶.”

Resta então evidente a complexidade de omissões inconstitucionais, devendo essas serem exaustivamente estudadas, sendo esse uma das finalidades do estudo a ser elaborado.

Dada a complexidade do tema, teorias como a do litígio estrutural, ou processo estrutural, como anteriormente citado,

¹⁶ *Ibid.*, p. 31, 32.

devem ser analisadas. Podem ser definidos em atenção a doutrina do *structural suit* (processo estrutural) de Owen M. Fiss, professor emérito da *Yale Law School*, como litígios estruturais aqueles em que:

“um juiz, pondo em confronto uma burocracia estatal e valores de dimensão constitucional, se compromete em reestruturar a organização com finalidade de eliminar ameaças aqueles valores apresentados pela presente organização institucional¹⁷.”

A questão do litígio estrutural fica também intimamente relacionado com as questões policêntricas. Essas são problemáticas complexas, com mais de um centro, de modo que a resolução do problema em sua totalidade demanda esforços simultâneos para resolução de todos esses centros correlacionados¹⁸.

Podem as questões policêntricas serem comparadas com “teias de aranha”. A tensão entre os vários fios da teia se determina pela relação entre todo o conjunto de fios, de tal sorte que caso se quebre um fio, a tensão será tão somente distribuída para dos demais, não sendo suficiente para a quebra da teia.

Nessa medida, para a solução desse tipo de litígio, resta necessário que sejam expedidas ordens, visando mudanças estruturais, para variados órgãos estatais. Esse número de órgãos envolvidos será, portanto, maior ou menor conforme a quantidade de centros do litígio estrutural.

Desta feita, fica evidente que, tendo em vista persistentes e massivas violações de direitos, tendo como origem omissões estatais, aqueles que tem seus direitos violados irão, naturalmente, buscar a tutela jurisdicional para ver satisfeitos seus direitos.

Justamente por serem violações massivas que atingem diversos grupos populacionais, será igualmente massiva a quantidade de processos com pedido e causa de pedir semelhante, ou

¹⁷ FISS, Owen M. The forms of Justice. The Supreme Court Term. Harvard Law Review Vol. 93 (1), 1979, p.2. (187 CA)

¹⁸ FLETCHER, William A. The Discretionary Constitution Institutional Remedies and Judicial Legitimacy, 91 Yale L.J. 645 (1981) (184 CA)

até mesmo iguais, que serão impetrados contra as violações estatais. Esses novos processos, somados aos antigos, poderão, com tranquilidade, gerar engessamento da máquina judiciária, que, no caso brasileiro, já se encontra saturada.

Outro fator importante no que tange à quantidade de demandas é a possibilidade de que haja uma discrepância decisória sobre casos semelhantes caso haja uma quantidade massiva de processos.

Essa discrepância causaria insegurança jurídica e de sobremaneira feriria princípios do processo civil que são tipificados no atual código de processo civil, como o artigo 926, que determina que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, ou seja, *“treating cases like alike*”¹⁹²⁰”.

O quadro *supra* apresentado ocorreu, variadas vezes, na Colômbia. Observando então o quadro de violações no país, a Corte de Constitucionalidade Colombiana instituiu o inovador instituto do Estado de Coisas Inconstitucionais (ECI), por meio da qual o judiciário, de modo ativista, por meio de interferência na elaboração de políticas públicas que visassem o término das violações.

Dessa maneira, o ativismo²¹, ao menos na perspectiva

¹⁹ ZANETI JR, Hermes. Precedentes (treat like cases alike) e o novo Código de Processo Civil; universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da “jurisprudência persuasiva” como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*, vol. 235, p. 293–349, set./2014.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. p. 6. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direito-novo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em 01.novembro.2019.

²¹ Lembra-se que o conceito de judicialização, não se confunde o conceito de ativismo judicial. Luís Roberto Barroso, atento à recorrente distorção entre os conceitos, esclarece a distinção existente: “A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. A judicialização, no contexto

aqui enfrentada, é observado quando o poder judiciário, com maior interferência em atividades típicas dos outros poderes, atua mais ampla e intensamente na busca pela implementação de valores e fins constitucionais. Condutas como imposição de condutas de fazer e de não fazer quanto a políticas públicas (senso essa modalidade a mais importante para a análise do ECI), a aplicação de normas constitucionais em eventos não expressamente previstas pelo legislador, e declaração de inconstitucionalidade de normas emanados do legislador por critérios menos rígidos e por conceitos mais abertos, mostram claramente posturas ativistas²².

brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado da vontade política. (...) Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.” Segundo ainda Luís Roberto Barroso “a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição à situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados pelo legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder público, notadamente em matéria de Políticas Públicas.” No sentido oposto, a autocontenção judicial, representa a conduta por meio da qual o Poder Judiciário, inspirado pela ideologia positivista liberal, opta em limitar-se à aplicação mecânica do texto da lei, endossando o respeito à esfera de atuação dos demais poderes. BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 01.novembro.2019.

²² BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. p. 6. Disponível em:

O ECI então se dá pela explícita posição ativista da corte de cúpula do judiciário. Não pode, contudo, ser tomada como ilegítima a atuação da corte. Fatores como a inércia dos demais poderes na efetivação de direitos fundamentais; a participação de setores da sociedade em Audiências Públicas, participação de *amici curiae*; a efetivação de medidas dialógicas com os demais poderes; e outros, tornam a declaração de um Estado de Coisas Inconstitucional legítima.

Ao tratar objetivamente de posições ativistas no judiciário, não podem preconceitos acerca da tripartição dos poderes serem tidos como absolutos. Nesse sentido a doutrina afirma que:

“O ativismo judicial é multifacetado, possui diferentes dimensões, responde a diferentes incentivos e fatores, de modo que a análise de sua legitimidade deve ser contextual. Com efeito, no contexto de um ECI não faltam fatores ou incentivos para o comportamento ativista das cortes. A legitimidade dependerá, portanto, não do exercício puro e simples de ativismo judicial, mas das circunstâncias do caso e da medida de ativismo tomada em face dos outros poderes²³.”

Caso paradigma do ECI na realidade colombiana é o caso dos docentes dos municípios de *María La Baja* e *Zambrano*, tendo seus direitos previdenciários negados pelas autoridades locais. A despeito de apenas 45 professores terem requerido a tutela jurisdicional, foi constatado que cerca de 80% dos docentes se encontravam em situação semelhante.

Na sentença que tratou do caso acima descrito, a corte a) declarou o ECI; b) determinou que municípios em situação semelhante corrigissem a inconstitucionalidade em prazo razoável; e c) ordenou que fossem enviadas, para providências, cópias da decisão aos Ministros da Educação e da Fazenda e do Crédito Público, ao Diretor do Departamento Nacional de Planejamento,

<https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em 01.novembro.2019

²³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional – Salvador. JusPodivm, 2016., p. 219,220

aos membros do CONPES social, aos Governadores e Assembleias, aos Prefeitos e aos Conselhos Municipais²⁴.

Portanto, uma parte da decisão é fundamental para o entendimento do instituto do ECI:

“A Corte Constitucional tem o dever de colaborar de maneira harmônica com os demais órgãos do Estado para a realização de seus fins. Do mesmo modo que deve se comunicar a autoridade competente a notícia quanto a comissão de um delito, não se vê motivo para omitir a notificação de que um determinado estado de coisas é violador da Constituição Política. O dever de colaboração se torna imperativo se o remédio administrativo oportuno pode evitar a excessiva utilização da ação de tutela. [...] Se pedir o cumprimento diligente das obrigações constitucionais de uma determinada autoridade ajuda a reduzir o número de causas de cunho constitucional, que, de outra forma, inevitavelmente, seriam apresentados, tal ação também se destaca como um meio legítimo através do qual o Tribunal exerce a sua função de guardião da integridade da Constituição e da eficácia de seus mandamentos. Se o estado de coisas, como tal, não está de acordo com a Constituição, está diretamente relacionado com a violação dos direitos fundamentais, verificada em um processo de proteção pelo Tribunal Constitucional, a notificação da regularidade existente pode ser acompanhada de um pedido específico ou genérico para as autoridades no sentido de realizar uma ação ou de se abster de fazê-lo. Neste caso, entende-se que a notificação e o pedido compõem um repertório de ordens que o Tribunal pode emitir, em lugar de revisão, com o objetivo de restabelecer a ordem fundamental abalada²⁵.”

Já o caso mais importante de declaração de ECI na Colômbia se deu em sede do julgamento do caso do deslocamento forçado, em que famílias, por conta de problemáticas relacionadas a violência e a grupos paramilitares, abandonando suas casas e migrando dentro do território.

²⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional – Salvador. JusPodivm, 2016., p. 123,124

²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. Sentença em: SU-559. Disponível em:

<<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em 01.novembro.2019.

O julgamento se deu em sede da *Sentencia T – 025*, de 2004²⁶, sentença essa que é marcante pela quantidade de ordens direcionadas aos demais órgãos estatais para findar as violações, de modo que ela:

“Trata de uma verdadeira “macrosentença” por 1) o tamanho da população beneficiária, 2) a gravidade das violações de direitos que pretende resolver 3) os numerosos atores estatais e sociais que envolve, e 4) a ambição e duração do processo de implementação das ordens, que já levam seis anos e seguem abertas. A envergadura do caso amplia, como por um efeito de lupa, os desafios e as oportunidades para a garantia dos direitos sociais nas condições de países latino-americanos (e de outras partes do mundo) em que se combinem a presença de cortes ativistas, o litígio e a mobilização social a favor dos direitos, e a existência de Estados fragmentados e burocracias com capacidade (e vontade) limitadas para aplicar esses direitos²⁷.”

No caso do deslocamento forçado tivemos então a corte atuando não só de modo a declarar a inconstitucionalidade da omissão do legislativo e do executivo.

A corte teve a sua atuação calcada na finalidade de findar a violação de direitos, de modo que também supervisionou o cumprimento de seu julgado por meio de audiências públicas, que auxiliaram ainda na verificação da efetividade da decisão, de tal maneira que ensejaram novas decisões para garantir o sucesso do ECI, modelando até mesmo as medidas legislativas utilizadas²⁸.

Esse monitoramento ressalta ainda o caráter dialógico da decisão ao ser um termômetro para que, mesmo ao longo do

²⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. Sentença T-025/04. Disponível em:

<<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>.

Acesso em 01.novembro.2019.

²⁷ RODRÍGUEZ GRAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre os derechos em el Sur Global. p, 68

²⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional – Salvador. JusPodivm, 2016, p. 142, 143, 153.

tempo, haja uma preocupação pela corte de que a decisão e sua finalidade estejam sendo efetivamente cumpridos.

Após toda a exposição previamente feita e, seguindo a doutrina de Carlos Alexandre Azevedo Campos, quatro serão, portanto, os pressupostos que ensejam uma declaração de ECI; a) a violação massiva e sistemática de direitos fundamentais; b) constante omissão das autoridades públicas em seu dever de promoção dos direitos fundamentais, seja ela legislativa na falta de elaboração da norma ou do executivo na não implementação de políticas públicas; c) a necessidade do envolvimento de todo um conjunto de órgãos visando findar as violações nos direitos fundamentais, com a responsabilidade recaindo para diversos agentes; e d) potencial para uma ampla quantidade de demandas judiciais sejam impetradas pelos afetados, de modo que somando-se as demandas anteriores, causaria um congestionamento na máquina judiciária²⁹.

II. ASPECTOS BRASILEIROS DO ECI

Frustrado ficaria Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte, ao constatar as mais variadas violações aos direitos fundamentais exaustivamente tipificados pela carta constitucional de 1988. Como afirmou durante o processo constituinte, com bastante clareza, antecipando as necessidades básicas inerentes a todos os cidadãos:

“A Constituição mudou na sua elaboração, mudou na definição dos poderes, mudou restaurando a federação, mudou quando quer mudar o homem em cidadão, e só é cidadão quem ganha justo e suficiente salário, lê e escreve, mora, tem hospital e remédio, lazer quando descansa (Ulysses Guimarães)”³⁰.

²⁹ Ibid, p. 180-187

³⁰ GUIMARÃES, Ulisses. Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988, publicado no DANC de 5 de outubro de 1988, p. 14380-14382. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/plenario/discursos/escrivendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituinte->

Diversos são os brasileiros que não possuem acesso a justo e suficiente salário, que não leem ou escrevem, que não possuem residência, que não conseguem ter acesso a hospitais e remédios, nem ao lazer em sua hora de descanso. Na visão do constituinte, portanto, essas pessoas não poderiam ser consideradas cidadãs, o que, por si só, demonstra, a defasagem da efetivação dos direitos fundamentais na realidade brasileira.

O cenário político e institucional brasileiro torna-se cada vez mais conturbado com o passar do tempo. Grande parcela da massa populacional encontra-se desacreditada e desesperançosa diante do cenário de massivas e contínuas violações de diferentes direitos fundamentais de diferentes grupos sociais, tipicamente minorias e grupos vulneráveis³¹.

Esse tipo de violação, encontra-se tão enraizado por vezes na nossa sociedade de modo tão naturalizado, não sendo possível, inclusive delimitar de forma exaustiva quantas são aquelas pessoas que se encontram em situação de violação, sendo assim um problema não só jurídico, mas social³².

No Brasil, por meio da decisão proferida no âmbito da ADPF 347, impetrada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), o Supremo Tribunal Federal declarou a existência de um Estado de Coisa Inconstitucional no âmbito do sistema carcerário brasileiro.

A partir da instituição do ECI brasileiro no caso da ADPF 347, percebeu-se uma violação massiva e sistemática de direitos, ensejada por omissões estatais, ante um grupo amplo da sociedade e que demanda soluções interinstitucionais, sendo esse estado de coisas conflitante com a constituição.

19871988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>. Acesso em 01.novembro.2019.

³¹ RAQUEL CÁRDENAS, Blanca. Contornos jurídico-fáticos del estado de cosas inconstitucional. p. 5661

³² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional – Salvador. JusPodivm, 2016., p. 180

No caso brasileiro, o STF atuou de modo ativista determinando que fossem realizadas determinadas medidas, sendo uma das principais a necessidade de os juízes e tribunais realizassem “audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão³³”.

A liminar, com a implementação da audiência de custódia, apenas realizou a aplicação dos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que eram reiteradamente descumpridos pelo Estado brasileiro.

Contudo, a implementação das audiências de custódia não foi a única providência dada a outros poderes institucionais por parte do poder judiciário. Houve ainda a determinação de aplicação de recursos do Fundo Penitenciário Nacional (Funpen), demonstrando a relativização da tripartição dos poderes existente na decretação de um ECI, tendo em vista que o direcionamento de recursos seria atividade, a priori, do poder executivo.

Desse modo, além da contrariedade constitucional, outra contrariedade se encontra também presente: o conflito com os tratados internacionais de direitos humanos, especialmente com o Pacto de *San José* da Costa Rica e ao entendimento da Corte Internacional de Direitos Humanos (CIDH). Trata-se então de verdadeira aplicação analógica do ECI no plano transfronteiriço.

Dessa forma, observa-se que a CIDH já condenou o Estado brasileiro, por mais de uma vez, por conta de descumprimento de devida atenção aos direitos fundamentais, principalmente em unidades prisionais e socioeducativas. Resta essa realidade demonstrada de modo que, até outubro de 2016, haviam 35 Medidas Provisórias, 5 sentenças e 8 supervisões de

³³ Liminar deferida em sede da ADPF 347. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acesso em 01.novembro.2019.

cumprimento de sentença.

Interessante ainda observar a quantidade de cumprimento de sentenças. Como já demonstrado anteriormente, o acompanhamento do órgão expedidor de sentença que determina determinadas ações em sede de litígios estruturais é essencial para a efetivação da mesma. Esse tipo de medida pela CIDH reforça a possibilidade de uma aplicação de um Estado de Coisas Inconvencionais, em analogia ao Estado de Coisas Inconstitucional.

Na doutrina brasileira, se ressaltam as lições de Siddharta Legale Ferreira e de David Pereira de Araújo, que, em proposta autoral, trouxeram à tona a referida teoria do Estado de Coisa Inconvencional. Afirmam, após ampla análise de casos de julgamento envolvendo o Brasil na CIDH, especificamente no que tange a presídios e unidades socioeducativas, que:

“A corte IDH e a CIDH podem desempenhar um papel relevante nesse litígio estrutural, cobrando ações concretas por parte do Estado, provocando uma atuação da União que não pode alegar no plano internacional que a saúde pública envolve uma competência federativa do Estado-Membro. Mais do que isso, a reiteração de medidas provisórias, somadas aos mecanismos de supervisão de cumprimento de sentença consubstanciam uma importante fase pós-deliberativa ou pós-decisória de acompanhamento da decisão e, a despeito dos limites e insuficiências, de ativismo judicial transaccional pode estimular um diálogo interinstitucional no plano interno, por exemplo, quando a corte IDH cobrou um plano de emergência, como o fez no caso envolvendo o Presídio de Curado. Esse diálogo, por meio de uma maior intervenção da Corte IDH, aumentará potencial e gradativamente a efetividade dos direitos humanos previstos na CADH, auxiliando o Estado brasileiro a reverter o atual Estado de coisas não só inconstitucional, mas também inconvencional³⁴.”

³⁴ FERREIRA, Siddharta Legale; ARAÚJO, David Pereira. O estado de coisas inconvencional: trazendo a corte interamericana de direitos humanos para o debate sobre o sistema prisional brasileiro, *Revista Publicum* Rio de Janeiro, v.2, n. 2, 2016, p. 79. Disponível

Contudo, não pode ser o sistema carcerário, atualmente, o único objeto passível de receber uma declaração de ECI, de modo que seria a saúde brasileira, representado pelo Sistema Único de Saúde (SUS) um outro possível objeto, como há de ser demonstrado com a evolução da pesquisa.

O SUS hoje, como é notório, se encontra em estágio de colapso. Ante a realidade fática vivenciada por toda a população brasileira, sobremaneira, aquela parcela não abastada sendo essa a grande maioria, tendo em vista a alta concentração de renda na sociedade brasileira, é latente que o sistema de saúde brasileiro não atende minimamente a demanda social. Pela simples observação, sendo, portanto, senso comum, aqueles que procuram por atendimento médico em unidades públicas são submetidos a necessidade de uma espera explicitamente desproporcional.

Aqueles que então efetivamente recebem o tratamento, no momento do atendimento, são atendidos em hospitais públicos que se encontram muitas vezes em estado precário, com falhas estruturais, falta de material, remédios, médicos, enfermeiros, anestesistas, pediatras, etc...

O problema da saúde brasileira não é atual, de tal forma que as violações massivas a direitos (dignidade da pessoa humana, acesso à saúde, integridade física, etc...), são historicamente reiteradas. Essas precariedades são incontestavelmente fruto de omissões do legislativo e do executivo que deveriam ter se aprofundado na elaboração de políticas públicas que pudessem reverter esse dramático quadro.

Uma atuação ativista declaratória de ECI por parte do STF, nesse sentido seria extremamente favorável tendo em vista que, contando com a participação da sociedade civil por meio de audiências públicas e da participação de *amici curiae*, poderiam elaborar aprofundados avanços no quadro de evidentes inconstitucionalidades.

Desta forma, a participação da corte, em momento posterior ao declaratório de ECI, na realização de uma fiscalização de cumprimento da sentença, deve ainda ocorrer indubitavelmente. O acompanhamento posterior se mostra como um dos fatos que causa maior efetividade na superação das violações, de modo que, em análise do professor Carlos Alexandre de Azevedo Campos quanto ao acompanhamento realizado pela Corte Colombiana de Constitucionalidade no caso do deslocamento forçado, “o monitoramento expôs as omissões e deficiências dos poderes políticos na fase de cumprimento das decisões³⁵”.

CONCLUSÃO

A realidade socioeconômica, política e institucional brasileira tem apresentado as mais variadas barreiras para a efetivação dos direitos fundamentais previstos na carta constitucional. Ao importar o ECI da corte constitucional colombiana, o STF trouxe a possibilidade de intervir de forma ativista na efetivação de direitos, trazendo uma resposta dialógica aos problemas existentes.

Após a utilização do ECI no âmbito da ADPF 347, nasce o questionamento quanto a possibilidade de que novos cenários de violações sistemáticas de direitos sejam reconhecidas como passíveis de receberem a tutela do instituto em análise.

Dessa forma, passada minuciosa e aprofundada análise dos pressupostos para provimento de nova declaração – quais sejam a violação massiva e sistemática de direitos fundamentais; reiterada omissão dos poderes públicos; a necessidade do envolvimento diversos agentes para obtenção de uma efetiva solução; e potencial de grande congestão judicial – concluiu-se que um cenário em especial faz jus, qual seja o do Sistema Único de Saúde (SUS), amplamente conhecido pelas falhas de acesso à

³⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional – Salvador. JusPodivm, 2016, p. 210

saúde a que dá causa.

Dialogando com o pressuposto da necessidade do envolvimento diversos agentes para obtenção de uma efetiva solução, a presente pesquisa aponta para que, ao se tratar do ECI, há a existência dos litígios estruturais e das questões policêntricas, já aprofundadas anteriormente.

Além de um estado e um Estado de Coisas Inconstitucional, concluiu-se ainda que haveria a possibilidade de que fosse também decretado a existência de um Estado de Coisas Inconvencional, em atenção à doutrina do professor Siddharta Legale³⁶, tendo em vista o descumprimento de pactos internacionais a que se submete o Brasil, em especial o pacto de São José da Costa Rica.



III. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005. _____. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução Virgílio A. da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. Estado De Coisas Inconstitucional No Brasil. *Lumen Juris*, 2018.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: Reflexões a partir do caso da ACP do carvão

³⁶ FERREIRA, Siddharta Legale; ARAÚJO, David Pereira. O estado de coisas inconvencional: trazendo a corte interamericana de direitos humanos para o debate sobre o sistema prisional brasileiro, *Revista Publicum* Rio de Janeiro, v.2, n. 2, 2016. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/26042/23647>>. Acesso em 01.novembro.2019.

- ÁVILA, Humberto Bergmann, “A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, p. 6. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Seleção.pdf>. Acesso em 01.novembro.2019.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional – Salvador. JusPodivm, 2016
- CRISOVAM, Thaianie Correa. A Supremacia Judicial E A Teoria Dos Diálogos Constitucionais: Sobre a implementação de mecanismos de diálogo no panorama constitucional brasileiro. Universidade Federal Do Rio Grande Do Sul Faculdade De Direito Programa De Pós-Graduação, 2017
- CURSINO, Bruno Barca. O transplante do Estado de Coisas Inconstitucional para o sistema jurídico brasileiro via ADPF. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 16 – n. 50, p. 89-121 – jul./dez. 2017
- ESCOSSIA, Matheus Henrique dos Santos da. O diálogo constitucional numa perspectiva brasileira: um colóquio contínuo entre os três poderes. RDU, Porto Alegre, Volume 11, n. 63, 2015, 65-83, maiojun 2015.
- FERREIRA, Siddharta Legale; ARAÚJO, David Pereira. O estado de coisas inconvenional: trazendo a corte interamericana de direitos humanos para o debate sobre o sistema prisional brasileiro, Revista Publicum Rio de Janeiro, v.2, n. 2, 2016. Disponível
- FISS, Owen M. The forms of Justice. The Supreme Court Term. Harvard Law Review Vol. 93 (1), 1979.
- FLETCHER, William A. The Discretionary Constitution Institutional Remedies and Judicial Legitimacy, 91 Yale L.J. (1981)
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MORAES, Maria Valetina de.

“Diálogo” entre Poderes no Brasil? Da inconstitucionalidade da regulação da vaquejada à vaquejada como patrimônio cultural imaterial brasileiro: uma análise crítica. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 63-81, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/inc.v5i1.56031.

- MARIANO, Cynara Monteiro; Furtado, Emmanuel Teófilo; Maia, Isabelly Cysne Augusto. Contribuições do Estado De Coisas Inconstitucional para a superação das omissões não normativas: Dos Entraves Institucionais Ao Desenvolvimento Humano. *Revista Culturas Jurídicas*, Vol. 5, Núm. 10, jan./abr., 2018
- PAIXÃO, Juliana Patrício da. Estado de coisas Inconstitucional. *Lumen Juris*, 2017. SILVA, Cecília de Almeida. Diálogos institucionais e ativismo. Curitiba: Juruá, 2010.
- RAQUEL CÁRDENAS, Blanca. Contornos jurídico-fáticos del estado de cosas inconstitucional.
- RODRÍGUEZ GRAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre os derechos em el Sur Global.
- SILVA, Virgílio Afonso da. “O proporcional e o razoável”, revista dos Tribunais 798 (2002),
- VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; PEPE, Vera Lúcia Edais; SCHRAMM Fermin Roland. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 20 [1]: 77-100, 20 010 VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. Diálogo institucional e controle de constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 2015