

A DECLARAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL COMO GARANTIA DE ACESSO A “NOVOS” DIREITOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

CAROLINA NOURA DE MORAES RÊGO¹

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO 1. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – ORIGEM E FUNDAMENTO PARA SUA UTILIZAÇÃO 2. ACESSO A “NOVOS” DIREITOS E NEOCONSTITUCIONALISMO. 3. O ATUAL USO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMO: Este artigo busca a partir de uma perspectiva histórico-jurídica recente analisar a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, assim como a sua utilização no Brasil, devido às mudanças sociais e aos “novos” direitos, e ainda observar, diante da necessidade de ressignificações como essa declaração tem se apresentado no ordenamento jurídico brasileiro dentro das suas possibilidades de uso.

PALAVRAS-CHAVES: Estado de Coisas Inconstitucional. ‘Novos’ direitos. Neoconstitucionalismo. Direitos Fundamentais.

¹ Doutora em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Mestre em História pela Universidade de Brasília (UnB). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Licenciada em Língua Francesa pela Universidade de Nancy (França). Licenciada em História pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Assessora Jurídica no Ministério Público Federal. Coordenadora na Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Professora nos Programas de Graduação, Mestrado e Doutorado (FADISP).

THE DECLARATION OF THE UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS AS A GUARANTEE OF ACCESS TO “NEW” RIGHTS IN THE FEDERAL SUPREME COURT

ABSTRACT: This article seeks, from a recent historical-legal perspective, to analyze the Theory of the Unconstitutional State of Things, as well as its use in Brazil, due to social changes and new rights, and in view of the need for resignifications and, as this declaration has presented in the Brazilian legal system within its possibilities of use.

KEYWORDS: Unconstitutional State of Things. 'New' rights. Neoconstitutionalism. Fundamental rights.

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca discutir a utilização da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) pelo Supremo Tribunal Federal (STF) diante de graves ocorrências de violações de direitos fundamentais. Ressaltando-se que longe de exaurir o tema, a ideia é demonstrar por meio de jurisprudência recente a relevância política do Poder Judiciário em se tratando dessas graves violações.

Concerne, portanto, da busca da efetivação de uma vida mais justa legitimada pela Corte Suprema por meio de políticas públicas, normas orçamentárias e poderes públicos. Dessa forma, este artigo, se delimita por meio de pesquisas bibliográficas e teóricas aos arcabouços necessários para a explicitação e exemplificação deste instituto ‘novo’ utilizado no ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, serão demonstradas algumas utilizações jurisprudenciais da declaração atreladas a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, assim como,

interligadas ao Neoconstitucionalismo, pós Segunda Grande Guerra e ao estudo dos 'novos' Direitos, que traz consigo a necessidade de se pensar em novas soluções para novas tutelas, assim como, para antigas demandas sociais. De se observar que os dias atuais tem viabilizado constantemente a busca por "novos" direitos das mais diversas naturezas, devido a novos modos de viver e de interagir, o direito está tendo que se recriar, se ressignificar para suprir, atender e garantir tutelas e demandas individuais e coletivas que antes não existiam, ou não eram vistas/demandadas, principalmente, no campo dos direitos e das garantias fundamentais.

Diante disso, o Neoconstitucionalismo fortalece a possibilidade do uso do Estado de Coisas Inconstitucional, uma vez que, é um movimento do Direito que garante, preserva e promove os direitos fundamentais, direitos esses que são a base de defesa da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional. Assim sendo, entende-se pela visão do Direito Constitucional com pilares enraizados no Estado Democrático de Direito, do princípio da dignidade da pessoa humana e na defesa e na garantia dos direitos fundamentais, levando-se em conta a função social da ciência jurídica na busca de uma sociedade, sobretudo, mais igualitária.

1. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL ORIGEM E FUNDAMENTO PARA SUA UTILIZAÇÃO

Muito tem se falado, nos dias atuais, sobre a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, instituto originário do direito colombiano, utilizado pela primeira vez na história do Poder Judiciário brasileiro na ADPF 347/2015, em sede de medida liminar. Importante ressaltar, que no ano de 2015, o Estado de Coisas Inconstitucional foi notado como um instrumento jurídico-processual possível e eficaz em situações de repetidas e excessivas violações aos direitos fundamentais. Dessa maneira, fato é que o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) tem em sua previsão a ocorrência de afrontamentos aos direitos fundamentais de forma grave e constante.

Nesse sentido o Estado de Coisas Inconstitucional² se define como:

[...] a prova da violação de Estado social do direito e a desvalorização da Constituição social. É por isso que, com sua declaração, entramos em um estado de anormalidade, um período que supõe o exercício de maiores poderes e responsabilidades pelo Estado; e isso deve ser objeto de escrutínio pesado social, político e legal.³

De se notar que a não observância aos direitos fundamentais é uma ideia incabível em um Estado Democrático de Direito que possui como princípio basilar o princípio da dignidade da pessoa humana, assim como, na defesa inexorável dos direitos fundamentais. E, em sendo, necessária essa manutenção do Estado Democrático de Direito, e mais ainda, devendo ser observada, sobretudo, a preservação dos direitos fundamentais de modo indeclinável, já que o papel do Poder Judiciário torna-se essencial, pois amplia a relevância política das cortes superiores em casos de grave e repetida afronta a direito fundamental. Dessa forma, compreende-se que diante da excepcionalidade, a partir do exame de quadro fático, é possível a intervenção do Poder Judiciário

² As declarações do Estado de Coisas Inconstitucional, baseiam-se nas averiguações de que: (i) é grave, permanente e generalizada a violação de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo e indeterminado de pessoas (na hipótese, não basta uma proteção insuficiente); (ii) há comprovada omissão reiterada de diversos e diferentes órgãos estatais no cumprimento de suas obrigações de proteção dos direitos fundamentais, que deixam de adotar as medidas legislativas, administrativas e orçamentárias necessárias para evitar e superar essa violação, consubstanciando uma falha estrutural das instâncias políticas e administrativas (isto é, não basta, para caracterizar o Estado de Coisas Inconstitucional, a omissão de apenas um órgão ou uma autoridade); (iii) existe um número elevado e indeterminado de pessoas afetadas pela violação; e (iv) há a necessidade de a solução ser construída pactuada (solução dialógica) pela atuação conjunta e coordenada de todos os órgãos envolvidos e responsáveis, de modo que a decisão do Tribunal – que se reveste de natureza estrutural, na medida em que envolve uma pluralidade de providências – é dirigida não apenas a um órgão ou autoridade, mas sim a uma pluralidade de órgãos e autoridades, visando à adoção de mudanças estruturais (como, por exemplo, a elaboração de novas políticas públicas, a alocação ou remanejamento de recursos públicos, obrigações de fazer ou de não fazer, etc.). CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **O estado de coisas inconstitucional como garantia dos direitos fundamentais**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/47193/o-estado-de-coisas-inconstitucional-como-garantia-de-direitos-fundamentais>. Acesso em: 25 jul. 2018.

³ “(...) es la prueba del incumplimiento del Estado social de derecho y de la desvalorización de la Constitución social, por eso, con su declaratoria, ingresamos a un estado de anormalidad, a un período que supone el ejercicio de mayores competencias y responsabilidades por parte del Estado; y que debe ser objeto de un flerte escrutinio social, político y jurídico”. CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. **Seminário “Estado de cosas inconstitucional”**. Universidad de Los Andes, Bogotá, 28 de setembro de 2008.

na implantação de políticas públicas direcionadas à concretização de direitos fundamentais.

Diante disso, no ano de 1997, foi que a Corte Constitucional da Colômbia em sede de jurisprudência elaborou a chamada teoria do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI)⁴ com o objetivo maior de sanar situações estruturais de extremo e prolongado insucesso em suas políticas públicas e que por consequência gerava violações nos direitos fundamentais da sua população, dessa forma, entende-se, que há uma enorme “incompatibilidade entre a política pública oficial dos governos democráticos ao longo dos anos e os parâmetros constitucionais da promoção da inclusão social, igualdade material e proteção da dignidade de pessoa humana”.⁵

O primeiro uso do conceito de Estado de Coisas Inconstitucional realizado pela Corte Colombiana foi no julgamento SU-559 de 1997⁶, no qual o juiz Eduardo Cifuentes declarou:

A Corte se, a partir de agora, verificar que a omissão do comportamento indicado viola a Constituição Política, é possível que a Corte, em razão de suas funções, possa emitir uma ordem

⁴ Neste momento é importante fazer uma observação a respeito da natureza jurídica do Estado de Coisas Inconstitucional, a declaração do ECI é entendida como mecanismo, ferramenta, teoria, instituto, decisão jurisprudencial, entre outras nomenclaturas, ressalva-se, portanto, que tanto na Colômbia, quanto no Peru, Argentina e Brasil vários termos são usados pela doutrina e pelas decisões, haja vista, não haver nem uma voz uníssona a respeito de qual realmente seja a natureza jurídica do ECI nem mesmo uma discussão doutrinária a respeito. “*De igual manera se advierte que la creación y desarrollo de esta figura es eminentemente jurisprudencial, puesto que no existe una ley específica, o doctrina especializada que abarque la regulación de esta figura.*” (BUSTAMANTE BOHORQUEZ, Tomás. La interpretación constitucional. **Revista Universitas Estudiantes**, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2006. p. 135).

⁵ PAIXÃO, Juliana. **Estado de coisas inconstitucional. Sob a perspectiva da saúde pública e da metáfora da árvore**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 45-46.

⁶ Essa técnica – declaração do Estado de Coisas Inconstitucional – foi utilizada no caso em que 45 professores dos Municípios de Maria La Baja e de Zambrano tiveram direitos previdenciários malferidos por autoridades locais. Na análise da situação concreta, a Suprema Corte Colombiana constatou que o descumprimento da obrigação era generalizado, alcançando um grande número de professores, indo muito além dos autores da ação proposta. Também restou certificado que a falha demonstrada não poderia ser imputada a apenas um órgão estatal, pois possuía uma natureza estrutural, diretamente ligada a uma deficiência profunda da própria política de educação. Desse modo, a Corte Colombiana decidiu em favor não somente dos demandantes da ação, mas sim em favor de todas as pessoas em situações similares, encaminhando ordens a todas as autoridades de entidades públicas para corrigir as falhas sistêmicas percebidas. Posteriormente, neste mesmo contexto, a Corte Colombiana, enfrentou duas grandes questões de repercussão: o caso do sistema carcerário colombiano e o deslocamento forçado de pessoas por motivo de violência interna notada no país, devido a grupos guerrilheiros e paramilitares. RÊGO, Carolina Noura de Moraes. **O estado de coisas inconstitucional: entre o constitucionalismo e o estado de exceção**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p.65.

às autoridades competentes, para que, o mais breve possível adotar as medidas necessárias para eliminar os fatores que influenciam na geração de um estado de coisas que é abertamente inconstitucional⁷

Diante da tutela insuficiente de direitos fundamentais com a omissão normativa, a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, com características inovadoras, frente a uma realidade fática, pode levar o fato a ser julgado inconstitucional ou não conforme as hipóteses de comprovação do Estado de Coisas Inconstitucional. Vale lembrar que o controle de constitucionalidade como mecanismo de proteção coletiva vislumbra a declaração de uma inconstitucionalidade voltada a um fato, a uma realidade, e assim, a omissão do Estado é confirmada com essa declaração, a declaração de inconstitucionalidade, e com isso, os Poderes (Executivo, Judiciário e Legislativo) são convocados a efetivar a superação ao desrespeito dos direitos humanos, e dessa forma, do específico estado de coisas inconstitucional. Lembrando que o fomento da participação conta com os Poderes, e ainda, com o apoio da população que clama por maior cumprimento dos direitos fundamentais, sendo que a sentença estrutural oferece diversas soluções constitucionais para a falha estrutural, “se caracterizando como verdadeiro sistema de múltiplas portas apto a oferecer meios de resolução de conflitos voltados à construção do consenso – dentre eles, a mediação”. Nesta técnica, as partes constroem, conjuntamente, uma solução que atenda às suas necessidades legítimas.^{8 9}

Assim, tem-se que a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional trata de uma situação extrema de omissão estatal, percebidas como ‘falhas estruturais’, não tendo a ver com artigos constitucionais específicos ou ordens expressas de legislar ou de regulamentar, porém, tem a percepção, como uma

⁷ “La Corte si, desde ahora, de verificarse que el comportamiento omisivo indicado viola la Constitución Política, es posible que la Corporación, en razón de sus funciones, pueda emitir una orden a las autoridades públicas competentes, con el objeto de que a la mayor brevedad adopten las medidas conducentes a fin de eliminar los factores que inciden en generar un estado de cosas que resulta abiertamente inconstitucional”. Disponível em: www.corteconstitucional.gov.co. Acesso em: 10 ago. 2018.

⁸ PAIXÃO, Juliana. **Estado de coisas inconstitucional. Sob a perspectiva da saúde pública e da metáfora da árvore**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 51.

⁹ RÊGO, Carolina Noura de Moraes. **O estado de coisas inconstitucional: entre o constitucionalismo e o estado de exceção**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 56.

“omissão ou ineficiência do aparato estatal que resulta na proteção deficiente de direitos fundamentais”¹⁰, e partindo desse pressuposto, analisa-se a ausência das políticas públicas que se notem e a não observância do mínimo existencial, “pode-se dizer que está declarada a omissão normativa inconstitucional livremente da disposição da norma constitucional equivalente, vale a pena ressaltar que o chamado mínimo existencial diz respeito ao conteúdo primordial dos direitos fundamentais”, e sobremaneira, “que se refletem nas hipóteses da existência humana digna, e assim, tem-se o mínimo existencial dos direitos da liberdade, como dos direitos sociais, e em não havendo o cumprimento do mínimo existencial pode acontecer a omissão normativa constitucional em relação a esses direitos”.¹¹

Importante, assim, destacar que para restar caracterizada a omissão é relevante a questão temporal, tendo função essencial na configuração da omissão legislativa constitucional como esclarece José Afonso Silva “a omissão inconstitucional só se caracteriza pelo não cumprimento, depois de tempo razoável, das imposições constitucionais imperativas”¹², assim como, Carlos Alexandre de Azevedo Campos, que segue no mesmo entendimento “não basta, pois, a inação, é preciso que a passividade do legislador gere a violação de um dever constitucional de legislar”, e também, “o transcurso de um período de tempo razoável”, já que, a “omissão constitucional não viola, apenas, enunciado normativo constitucional, mas impede a atuação concreta da norma constitucional ao direito fundamental, deve-se “combater a visão tradicional da inconstitucionalidade por omissão como sendo algo definido por exclusão: ou é omissão legislativa, ou é administrativa”, pois a “omissão, implicando proteção deficiente dos direitos, caracteriza-se como um quadro permanente de falhas estruturais.”¹³

¹⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 58.

¹¹ RÉGO, Carolina Noura de Moraes. **O estado de coisas inconstitucional**: entre o constitucionalismo e o estado de exceção. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 57.

¹² SILVA, José Afonso. **Controle de constitucionalidade**: variações sobre o mesmo tema. Anuario Ibero Americano de Justicia Constitucional n. 6. Madrid: CEPC, 2002. p. 17.

¹³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 18-20.

A omissão pode ser vista, para André Ramos Tavares, como a ausência do cumprimento de dispositivo constitucional ou lei, como afirma “a omissão pode ocorrer por incumprimento de determinação direta da Constituição ou, ao contrário, pode surgir por incumprimento de lei lastreada diretamente na Constituição”.¹⁴

Esclarece, Jorge Miranda que [...] a inconstitucionalidade por omissão – tal como a inconstitucionalidade por ação – não se afere em face do sistema constitucional”, logo, é “aferida em face de uma norma cuja não exequibilidade frustra o cumprimento da Constituição. A violação especifica-se olhando a uma norma violada, e não ao conjunto de disposições e princípios’.¹⁵

Conforme pode se extrair do artigo 103, § 2º da Constituição Federal do Brasil entende-se que a omissão normativa inconstitucional é a ausência de norma que implica falta de efetividade do preceito constitucional, e essa falta de norma, em consonância com constituição, pode ser de competência de órgão administrativo ou de competência do Poder Legislativo, “a preocupação deve ser com a falta de medidas normativas que resulte em efetividade de disposições constitucionais, e não necessariamente de medida legislativa, assim entendida como ato de competência do legislador”, sobretudo, o instituto da omissão pode ser por causa da “ausência de decreto, regulamentação ou outras medidas próprias do Poder Executivo e seus órgãos”, assim como, “a omissão normativa pode decorrer da própria falta de coordenação entre medidas legislativas e administrativas, de falhas nos ciclos de políticas públicas”¹⁶, como explicado por Canotilho acontecerá a omissão legislativa inconstitucional no momento em que o legislador se afasta do dever de “fazer aquilo a que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado.”¹⁷

¹⁴ TAVARES, André Ramos. **O cabimento do mandado de injunção**: a omissão inconstitucional e suas espécies. In: MENDES, Gilmar Ferreira (org.). **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 391.

¹⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2005. t. VI, p. 305.

¹⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 31-32.

¹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 5. ed., Coimbra: Almedina, 2002., p. 1003-1004.

No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF/DF 347, em 2015, o relator da ADPF, Ministro Marco Aurélio Mello do Supremo Tribunal Federal, trouxe à discussão a adoção do estado de coisas inconstitucional na jurisdição constitucional brasileira, e talvez, até hoje essa seja a grande lição que se deve tirar do estudo da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, olhar ao lado, para os seus vizinhos, pois afinidades sociais, jurídicas, econômicas podem ser mais adequadas e mais próximas da realidade latina americana, notando que é mais fácil achar mais similitudes do que diferenças:

[...] sempre me pareceu fundamental que os juristas brasileiros e olhassem por cima das fronteiras do País e buscassem entender o que vem acontecendo, em matéria jurídica, em nossos vizinhos latino-americanos. O Brasil ignora os latino-americanos como se apenas fossemos um país que faz fronteiras com a América Latina. É auspicioso, então, que um fenômeno jurídico ocorrido na Colômbia, cuja realidade econômica e social é muito mais próxima da nossa que a de potências europeias ou norte-americanas, seja objeto de reflexão jurídica no Brasil.¹⁸

Nesse contexto, à época, na Colômbia, havia um notável embaraço institucional ou político que impedia que o litígio estrutural, que atingia enorme número de pessoas que sofriam de violação de direitos humanos, fosse solucionado, dessa maneira, tinha uma total ausência de vontade política e ineficácia da estrutura administrativa. E assim, nesse entendimento, essa teoria se apresenta como totalmente inovadora e transformadora uma vez que elabora novos preceitos e novos direitos, e indo mais além, a necessidade de ressignificações, para a solução de um problema estrutural identificado como descumprimento dos preceitos constitucionais, dos direitos fundamentais.

2. ACESSO A “NOVOS” DIREITOS E AO NEOCONSTITUCIONALISMO

¹⁸ PAIXÃO, Juliana. *Estado de coisas inconstitucional. Sob a perspectiva da saúde pública e da metáfora da árvore*, cit., introdução.

Com as transformações humanas no decorrer do tempo e as mudanças necessárias exigidas pelas sociedades, nota-se que diversas áreas da vida humana passam por alterações, assim como o direito. Neste sentido, percebe-se que os momentos de lutas sociais, as transformações tecnológicas e científicas, o aparecimento de “práticas de vida diferenciadas, da complexidade crescente de bens valorados e de necessidades básicas, bem como da emergência de atores sociais, portadores de novas subjetividades (individuais e coletivas)” modificaram as relações e os conflitos delas decorrentes, de forma a apresentar novas questões ao mundo jurídico decorrente de “novos direitos que se desvinculam de uma especificidade absoluta e estanque assumem caráter relativo, difuso e metaindividual”, que demandam “pensar e propor instrumentos jurídicos adequados para viabilizar sua materialização e para garantir a sua tutela jurisdicional.”¹⁹

Entende-se que os direitos se evoluem em suas dimensões, conforme proposto por Karel Vasak o qual embasou sua teoria nos ideais da Revolução francesa – *liberte, égalité et fraternité* (liberdade, igualdade e fraternidade), cuja a primeira geração ou dimensão dos direitos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (*liberté*), que tiveram origem com as revoluções burguesas;”, a segunda geração ou dimensão, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (*égalité*), impulsionada pela Revolução Industrial e pelos problemas sociais por ela causados; e a terceira geração ou dimensão seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, ou seja, a fraternidade (*fraternité*), se fortalecendo após as guerras e, especialmente, após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, enquanto que hoje, acredita-se que se estaria na quinta dimensão: tecnologias da informação (internet), do ciberespaço, da realidade virtual, vivendo uma passagem do século XX para o novo milênio, uma transição paradigmática da sociedade industrial para a sociedade virtual, uma vida cibernética, redes de computadores, comércio

¹⁹ WOLKMER, Antonio Carlos, LEITE, José Rubens Morato (org.). **Os “novos” direitos no Brasil:** natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. 3ªed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 19.

eletrônico, possibilidades de inteligência artificial, difusão da internet sobre o campo do Direito, sobre a sociedade mundial, sobre os bens culturais, uma nova era digital, um novo período histórico.²⁰

Nas Grandes Guerras, no século XX, percebidas suas atrocidades e com o fim da Segunda Guerra Mundial, há os avanços da internacionalização dos direitos fundamentais, que são compreendidos, internacionalmente como direitos humanos. Que em contexto internacional, o termo significa “conjunto de direitos e faculdades que garantem a dignidade humana e se beneficiam de garantias internacionalizadas institucionalizadas”.²¹ Sendo que o objetivo dos direitos fundamentais seria visto como o “limitar a liberdade de atuação dos órgãos do Estado. Dependendo da matéria o Estado pode ser obrigado a fazer algo (acesso de todas as crianças às escolas) ou abster-se de atuar (policia não pode a princípio, adentrar o domicílio do indivíduo).”²²

Conforme afirma Canotilho “os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos [...] direitos do homem são direitos válidos para todos os povos em todos os tempos e os direitos fundamentais são os direitos dos homens jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente”.²³

Assim sendo, é com o Neoconstitucionalismo que se percebe a necessidade da centralidade assumida pelos direitos fundamentais na Constituição, e, além disso, a exigência de uma interpretação específica destes direitos, buscando-se uma nova visão quanto aos direitos fundamentais que se baseia no conceito do mínimo existencial, melhor dizendo, há certos direitos fundamentais prestacionais conectados justamente à ideia de mínimo existencial, que por sua vez, está ligado à ideia da dignidade da pessoa humana, sendo assim, no momento em que aquela “contraprestação for essencial para a

²⁰ WOLKMER, Antonio Carlos, LEITE, José Rubens Morato (org.). **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. 3ªed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 19 e ss.

²¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2009, p. 35.

²² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2009, p. 54.

²³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 407.

realização da existência digna, o Estado tem por obrigação assumir com a contraprestação e o Judiciário tem papel relevante ao intermediar tal concretização.”²⁴

Nesse entender, é que a doutrina do Estado de Coisas Inconstitucional se funde a filosofia política da Teoria de Justiça de John Rawls, e a sua noção de mínimo social (*social minimum*), cujas questões de justiça básica atingem preocupações com a desigualdade social e econômica, mas também, com a distribuição desigual de oportunidades, uma vez, que para Rawls, as condições sociais mínimas são imprescindíveis para que os indivíduos se percebam como capazes de exercer liberdades e direitos básicos, ou seja, que as necessidades básicas dos seres humanos, dentro de uma perspectiva não ideal, sejam garantidas pela justiça constitucional em razão de a garantia do mínimo social ser um elemento constitucional essencial, nesse contexto fático, a proposta de Rawls corrobora com o papel da Corte Constitucional colombiana e com o papel do Supremo Tribunal Federal brasileiro na proteção do mínimo existencial que são violados nos casos de Estado de Coisas Inconstitucional.²⁵

E assim sendo, na visão de Rawls, para se tenha justiça, a mesma deve ser considerada digna desde que cumpridos dois princípios: a igualdade e a liberdade. Em se tratando de igualdade – as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal forma que sejam consideradas vantajosas para todos dentro dos limites do razoável (princípio da diferença), e ligadas a posições e cargos acessíveis a todos (princípio da igualdade de oportunidades), enquanto, em se tratando de liberdade – as pessoas têm demandas iguais para liberdades básicas.²⁶

Como demonstrado, é a partir do princípio constitucional de legislar, que deve instituir o dever de proteção onde o Estado enquanto legislador deveria efetivar na busca da defesa de bens e valores fundamentais como a liberdade, a honra, a vida, a dignidade, e por fim, esse dever de proteção é “independente

²⁴ RÊGO, Carolina Noura de Moraes. **O estado de coisas inconstitucional**: entre o constitucionalismo e o estado de exceção. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 45.

²⁵ RAWLS, John. **Political liberalism**. New York: Columbia University Press, 1993. p. 229-230.

²⁶ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 20-30.

da natureza diretamente aplicável ou não da norma que consagra o direito constitucional”, como diz Campos, e complementa “o caso do mínimo existencial é a melhor prova de como a omissão na garantia de direitos básicos pode ser tida por inconstitucional mesmo na ausência de qualquer dispositivo constitucional específico.”²⁷

Segundo George Marmelstein a concepção normativa dos direitos fundamentais surge:

[...] junto com a consolidação das vigas-mestras do Estado democrático de direito, exatamente quando foram criados mecanismos jurídicos que possibilitassem a participação popular na tomada das decisões políticas, bem como foram desenvolvidos instrumentos para o controle e a limitação do poder estatal. É a partir daí que os valores liberais se transformam em verdadeiras normas jurídicas, capazes de serem invocadas perante uma autoridade independente, inclusive contra o próprio Estado.²⁸

Sobretudo, implacavelmente, essas mudanças sociais buscam “novos bens, novos sujeitos, novos *status* que exigem, e continuarão exigindo, novos direitos”, de acordo com Caio Rogério da Costa Brandão ²⁹. E com mudanças, transformações, alterações sociais, nada mais a se esperar do que necessidade de que ocorra o mesmo com a ciência jurídica, e indo além, com demandas de novas tutelas jurisdicionais ou tutelas jurisdicionais diferentes das então existentes.

Como elucida Norberto Bobbio:

Os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O

²⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 72.

²⁸ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo:Atlas. 2019. Ebook.

²⁹ BRANDÃO, Caio Rogério da Costa, BACELAR, Jeferson Antonio Fernandes, OLIVEIRA, Frederico Antonio Lima de. **Novos direitos e o ativismo judicial no Brasil**: uma reflexão a partir do olhar crítico de Enrique Dussel Rev. Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais | e-ISSN: 2526-0111 | Evento Virtual | v. 6 | n. 1 | |Jan/Jun. 2020, p. p. 20-35.

elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc.³⁰

Trata-se, portanto, de um ativismo judicial ou não? Ou seja, um papel criativo dos tribunais ao buscarem uma visão nova para o direito, trazendo particularidades, singularidades a um caso concreto, antecipando-se ao legislativo. Apesar de o tema ser controverso e trazer críticas e defesas entende-se que não é o objeto de discussão deste presente trabalho, mas essa Judicialização da política acaba por acontecer no momento em que questões sociais de cunho político são levadas ao Judiciário, para que ele tutele e resolva conflitos e busque manter a paz, por meio do exercício da jurisdição. Logo, os Poderes Legislativo e Executivo não cumprem com suas funções previstas de forma constitucional, e assim, o Poder Judiciário adentra na seara desses poderes com o intuito de beneficiar a coletividade, uma vez que justifica sua atuação pela inafastabilidade da jurisdição e o acesso à justiça, de acordo com previsão constitucional, na tentativa de estabelecer regras do jogo democrático, protegendo valores e direitos fundamentais.

Nesse contexto, prevê o artigo 5º, inciso XXXV, inserido no rol de direitos e garantias fundamentais, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, também chamado de cláusula do acesso à justiça, ou do direito de ação “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Como ressaltado por Norberto Bobbio “O importante não é fundamentar os direitos do homem, mas protegê-los. Não preciso aduzir aqui que, para protegê-los, não basta proclamá-los”³¹, reforça Antonio Carlos Wolkmer que “Por certo, os ‘novos’ direitos materializam exigências permanentes da própria sociedade diante das condições emergentes da vida e das crescentes prioridades determinadas socialmente.”³²

³⁰ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, trad. Carlos Nelson Coutinho, RJ: Campus, 1992, p. 14.

³¹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, trad. Carlos Nelson Coutinho, RJ: Campus, 1992, p. 14, p. 22.

³² WOLKMER, Antonio Carlos, LEITE, José Rubens Morato (org.). **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. 3ªed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 21.

Importante observar que Antonio Carlos Wolkmer afirma que é preciso ter claro que a realidade contemporânea tem viabilizado constantemente “novos direitos” de natureza individual, social e metaindividual. O aparecimento de novos modos de viver, produzir, de se relacionar, de se organizar em coletividades, de pensar a política e a religião, a cultura e a as relações com a natureza, a ciência e a bioética podem determinar interesses que transcendem os limites conhecidos e as possibilidades do sistema, ensejando situações de necessidade, carência e exclusão.³³ Porém, de se notar que às novas tutelas deveriam ser elaborados mediante metodologias e formas necessárias à sua efetivação. E diante disso, compreende-se que se faz necessária a flexibilização do sistema, indispensável ao equilíbrio e harmonia, bem como ao desempenho dinâmico de sua função de preservação do modo de produção social, sem perder de vista a unicidade do ordenamento jurídico e seus valores essenciais.

3. O ATUAL USO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

É relevante destacar que no Brasil, a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, foi utilizada pela primeira vez na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347, de 2015, e, como já dito, anteriormente, são necessários os requisitos: vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas; prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantia e promoção dos direitos; a superação das violações de direitos pressupõe a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais, que podem depender da alocação de recursos públicos, correção de políticas públicas existentes ou formulação de novas políticas, dentre outras medidas; e potencialidade de congestionamento da justiça, pois se todos os que tiverem os

³³ WOLKMER, Antonio Carlos, LEITE, José Rubens Morato (org.). **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas.** 3ªed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 34-37

seus direitos violados ocorrerem individualmente ao Poder Judiciário haverá um conglomerado de impossível resolução de processos.

Entende-se que pela declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, partindo dos pressupostos confirmados, o Supremo Tribunal Federal poderá intervir sobre a formulação, a implementação e o monitoramento das políticas públicas, ‘caracterizando o ativismo judicial em sua dimensão estrutural’, de acordo com a ADPF 347/2015³⁴, o Supremo Tribunal Federal, a partir de medidas estruturais poderia, “superar os bloqueios políticos e institucionais que servem para agravar a violação massiva e repetida dos direitos fundamentais dos presos”, e, sobretudo, assim, poderia mudar a opinião pública sobre o tema, despertar a atenção da sociedade sobre o quadro, colocando o problema na agenda política brasileira, provendo ou aumentando a deliberação sobre o sistema carcerário”.³⁵

Ademais, a partir da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional alcança as sentenças estruturais, e há a interferência sobre as ações dos poderes políticos sobre os interesses de diferentes grupos da sociedade civil. Apesar de sempre existir questões orçamentárias, o principal aqui, é que o Poder Judiciário oportunize esquemas de monitoramento e a partir desses mecanismos de monitoramento o próprio Supremo Tribunal Federal adéque suas decisões

³⁴ Dessa forma, conforme a petição inicial da ADPF, o Supremo Tribunal Federal deveria obrigar os juízes e os tribunais de todo o Brasil que: a) quando fossem decretar ou manter prisões provisórias, fundamentassem em decisão dizendo expressamente o motivo pelo qual estão aplicando a prisão e não uma das medidas cautelares alternativas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal; b) implementassem, no prazo máximo de 90 dias, as audiências de custódia (informativo 795, Supremo Tribunal Federal); c) quando fossem impor cautelares penais, aplicar pena ou decidir algo na execução penal, levassem em consideração, de forma expressa e fundamental o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro; d) estabelecessem, quando possível, penas alternativas à prisão; e) abrandassem os requisitos temporais necessários para que o preso goze de benefícios e direitos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando ficar demonstrado que as condições de cumprimento da pena estão, na prática, mais severas do que as previstas na lei em virtude do quadro do sistema carcerário; e f) abatessem o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento são, na prática, mais severas do que as previstas na lei. Isso seria uma forma de “compensar” o fato de o Poder Público estar cometendo um ilícito estatal. O Supremo deveria obrigar que o Conselho Nacional de Justiça: g) coordenasse um mutirão carcerário a fim de revisar todos os processos de execução penal em curso no país que envolva a aplicação de pena privativa de liberdade visando a adequá-los às medidas pleiteadas nas alíneas ‘e’ e ‘f’ acima expostas. O Supremo Tribunal Federal deveria obrigar que a União: h) liberasse, sem qualquer tipo de limitação, o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) para utilização na finalidade para a qual foi criado, proibindo a realização de novos contingenciamentos. Supremo Tribunal Federal STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347/DF 2015**. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 8 fev. 2016.

³⁵ Supremo Tribunal Federal STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347/DF 2015**. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 8 fev. 2016.

para torná-las mais eficazes. Esse monitoramento deve fazer as correções nos atos de implementação defeituosos como nas próprias decisões judiciais que se revelem difíceis ou impossíveis de cumprimento ³⁶, e dessa maneira, havendo o diálogo entre os poderes, isso não deve ser entendido como uma interferência nos poderes, mas sim, como uma ação adequada para as medidas estruturais.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio Mello, em sede de mérito da ADPF 347/15, destaca que a partir do aspecto fático o sistema penitenciário brasileiro deveria ser comparado a “verdadeiros infernos dantescos”, destacando que as celas são superlotadas, imundas, insalubres, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos, homicídios frequentes, espancamentos, tortura e violência sexual praticados contra os presos tanto por outros detentos quanto por agentes do Estado, ausência de assistência judiciária adequada, bem como de acesso à educação, à saúde e ao trabalho.

Sendo assim, neste mesmo entender na ADPF 347/15, o então ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo fez a seguinte comparação “os presídios seriam escolas do crime e masmorras medievais, preferindo a morte a ficar preso no Brasil”.³⁷ No mesmo sentido, Daniel Sarmiento, advogado do PSOL no caso concreto, afirma que a situação carcerária do Brasil é a mais grave situação de direitos humanos na atualidade contemporânea, os direitos fundamentais ao mínimo existencial que estão relacionados, diretamente, a saúde, educação, alimentação, assistência judiciária, trabalho, previdência e assistência social, estão sendo brutalmente e constantemente violados, cujo “quadro de violação massiva de direitos fundamentais está atrelado à omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de garantia dos direitos dos presos – está atrelado a falhas estruturais”, é irrefutável que nesta ADPF brasileira, todas as hipóteses estão preenchidas para a confirmação do Estado de Coisas Inconstitucional, já que, inicialmente “o sistema prisional

³⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 197-209.

³⁷ Supremo Tribunal Federal STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347/DF 2015**. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 8 fev. 2016.

brasileiro revela violação massiva e generalizada de direitos fundamentais do preso quanto à dignidade, higidez física e integridade psíquica”.³⁸

O Supremo Tribunal Federal, dessa maneira, reconheceu que: vários enunciados constitucionais, inúmeros documentos internacionais (o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos), assim como, muitas normas infraconstitucionais, estavam sendo desrespeitados. Como bem explicado por Michel Foucault o começo da pena é, concretamente, uma decisão da justiça, porém a sua administração, sua qualidade, seus regramentos é feito a partir de um procedimento autônomo que administra tudo “a prisão, local de execução da pena, é ao mesmo tempo local de observação dos indivíduos punidos. Em dois sentidos”, e complementa: “Vigilância é claro. Mas também conhecimento de cada detento, de seu comportamento, de suas disposições profundas, de sua progressiva melhora; as prisões devem ser concebidas como um local de formação para um saber clínico sobre os condenados”.³⁹

Reforça Michel Foucault, que “a prisão, em sua realidade e seus efeitos visíveis, foi denunciada como o grande fracasso da justiça penal. Estranhamente, a história do encarceramento não segue uma cronologia ao longo da qual se sucedessem logicamente”, ou seja, “o estabelecimento de uma penalidade de detenção, depois o registro de seu fracasso; depois a lenta subida dos projetos de reforma, que chegariam à definição mais ou menos coerente de técnica penitenciária; depois a implantação desse projeto; enfim a constatação de seus sucessos e fracasso”.⁴⁰

O Supremo Tribunal Federal, até os dias atuais⁴¹, ainda não julgou definitivamente o mérito da ADPF, o Ministro Roberto Barroso pediu vista, porém já foi apreciado o pedido de liminar, onde a Corte decidiu por conceder

³⁸ Supremo Tribunal Federal STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347/DF 2015**. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 8 fev. 2016.

³⁹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 270-277.

⁴⁰ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 290-292.

⁴¹ Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator)), pediu vista dos autos o Ministro Roberto Barroso. Plenário, Sessão Virtual de 28.5.2021 a 7.6.2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 15 jun 2022.

parcialmente a medida liminar e deferiu os pedidos de letra 'b' e 'h', acima, entendendo que no sistema carcerário brasileiro há de fato uma grande violação disseminada dos direitos fundamentais constitucionais dos apenados. Tem-se que as penas privativas de liberdade empregadas nos presídios tornaram-se desumanas e cruéis.

Importante trazer, neste momento, que a formação dos direitos fundamentais leva em consideração o contexto histórico-cultural de cada sociedade, e assim, existem as divergências entre os países, uma vez que os direitos fundamentais de diversos países, nações podem ter particularidades culturais e históricas e essas serem divergentes. Em se lembrando que os direitos fundamentais não são absolutos, e, é preciso, relativizá-los, ponderá-los, pelas seguintes razões, primeira, pois podem entrar em conflito entre si – e, nessa situação, não se pode estabelecer qual direito superaria o conflito, já que essa questão só pode ser observada tendo em vista o caso concreto, e em segunda razão, o direito fundamental não pode ser usado para a prática de ilícitos. Em relação à limitação de direitos fundamentais Konrad Hesse defende que tal limitação deverá:

[...] ser adequada para produzir a proteção do bem jurídico, por cujo motivo ela é efetuada. Ela deve ser necessária para isso, o que não é o caso, quando um meio mais ameno bastaria. Ela deve, finalmente, ser proporcional em sentido restrito, isto é, guardar relação adequada com o peso e o significado do direito fundamental.⁴²

Para Oscar Vilhena Vieira os direitos fundamentais são “a denominação comumente empregada por constitucionalistas para designar o conjunto de direitos da pessoa humana expressa ou implicitamente reconhecidos por uma determinada ordem constitucional”.⁴³

⁴² HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 148.

⁴³ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 36.

Sendo assim, neste entender de grave e permanente violação aos direitos fundamentais, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 347/15, como visto acima, é considerada a primeira utilização da Corte Superior brasileira da teoria de Estado de Coisas Inconstitucional, mesmo que ainda não julgada definitivamente, e tendo sido, como analisado, utilizada apenas em medidas cautelares, fato é que, posteriormente a ela, várias vezes discutiram-se no plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de uso do Estado de Coisas Inconstitucional, como por exemplo, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 822/21 o ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, proferiu voto no plenário virtual e declarou o estado de coisas inconstitucional na condução das políticas públicas destinadas à realização dos direitos à vida e à saúde, devido a pandemia da Covid-19⁴⁴, o Ministro Gilmar Mendes pediu vista.

Nessa ADPF 822/21 dezoito entidades representativas de trabalhadores entraram com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental na qual as entidades apontaram violação do direito social à saúde e do direito fundamental à vida, em razão da condução do país no enfrentamento à pandemia, alegam, na ação, os autores, que diante da taxa de ocupação de leitos de UTI para Covid-19 superior a 90% e com recordes diários no número de casos e de óbitos concluindo que a situação enfrentada pelo Brasil exigia uma política visando salvar vidas, ainda, afirmam os autores, haver uma inação do governo federal, na coordenação efetiva e na determinação de medidas restritivas em todo no âmbito federal, impedindo assim medidas eficazes locais, regionais ou estaduais.

⁴⁴ Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), que convertia a apreciação da liminar em julgamento final e assentava a procedência do pedido formulado na alínea (a) da petição inicial, declarando o estado de coisas inconstitucional na condução das políticas públicas destinadas à realização dos direitos à vida e à saúde, considerada a pandemia covid-19; julgava procedente, em parte, o pedido formalizado na alínea (b) da peça primeira, para determinar aos entes federados, sob a coordenação do Executivo federal, que implementem: (b.2.9) análise diária dos impactos na redução de casos, taxas de ocupação de leitos hospitalares e óbitos; (b.2.10) campanha educativa e distribuição, em áreas de concentração populacional e baixo percentual de adesão à utilização, de máscaras de pano multicamadas; (b.2.11) orientação para a adoção de providências de bloqueio: (i) comunicação à população para que permaneça o maior tempo possível em casa, sem se deslocar, fazendo-o apenas ante necessidade extrema; e (ii) apoio aos grupos em situação de vulnerabilidade, havendo participação da comunidade; e julgava improcedentes os pedidos contidos nas alíneas (c) e (d) da peça primeira, pediu vista dos autos o Ministro Gilmar Mendes. Plenário, Sessão Virtual de 25.6.2021 a 2.8.2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6150239>. Acesso em 15 jun 2022.

Em seu voto o Ministro Marco Aurélio declarou que:

O preço pago por se viver em uma democracia não chega a ser exorbitante, estando ao alcance de todos: o respeito irrestrito ao que previsto no arcabouço normativo. [...] A conclusão é única: ocorre violação generalizada de direitos fundamentais em relação à dignidade, à vida, à saúde, à integridade física e psíquica dos cidadãos brasileiros, considerada a condução da saúde pública durante a pandemia covid-19. Há falência estrutural.⁴⁵

Importante destacar que o Ministro Marco Aurélio incentiva em seu voto a implementação de políticas públicas e defende no campo democrático e técnico as ações dos Poderes Legislativo e Executivo, para a melhor adequação e superação da crise sanitária, porém para o ministro, apenas as medidas voltadas à contenção da transmissão do vírus e à imunização da população não são suficientes para o momento da pandemia e reitera que a omissão freqüente da União Federal na realização de política adequada em conjunto com Estados, Distrito Federal e Municípios, no combate da pandemia é essencial, o ministro ainda explicou que o Estado de Coisas Inconstitucional ocorre em situação de violação generalizada de direitos fundamentais, inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em alterar a conjuntura e, diante, da obrigação de ação, com a conjunção de vários órgãos para efetuarem as medidas necessárias, dessa forma, o ministro acolheu o pedido para declarar o estado de coisas inconstitucional na direção das políticas públicas para a promoção e preservação dos direitos à vida e à saúde, na pandemia Covid-19, determinando, com o comando do Executivo Federal.

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 760/20⁴⁶ a ministra Cármen Lúcia, do Supremo Tribunal Federal, reconheceu

⁴⁵ Supremo Tribunal Federal – STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 822/21**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6150239>. Acesso em 15 jun 2022.

⁴⁶ Decisão: Após o voto da Ministra Cármen Lúcia (Relatora), que conhecia e julgava procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, pediu vista dos autos o Ministro André Mendonça. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 6.4.2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6049993>. Acesso em: 15 jun 2022.

que há um Estado de Coisas Inconstitucional na política ambiental brasileira em relação ao desmatamento da Amazônia, dessa forma, a Corte Suprema começou a julgar duas ações que questionam a política ambiental do atual governo, uma ação requer que a União cumpra as metas climáticas, internacionalmente, comprometidas pelo Brasil, e a outra pede a responsabilização do governo federal por supostas omissões no combate ao desmatamento da Amazônia.

Em síntese, os argüentes que são partidos políticos com representação no Congresso Nacional, alegam deficiência na gestão ambiental e atentam para os seguintes pontos na petição a) redução da fiscalização e controle ambientais, com decréscimo na efetividade das autuações e dos processos sancionatórios ambientais; b) redução e inexecução orçamentária no Ministério do Meio Ambiente; c) redução, inexecução orçamentária e carência de servidores no Ibama, ICMBio e Funai; d) paralisação do Fundo Amazônia, com ausência de apresentação de novos projetos; e) inefetividade das operações de garantia da lei e da ordem e operação Verde 2 com consequências nefastas sobre a autonomia e eficiência das unidades de conservação e dos órgãos de prevenção, controle e fiscalização ambientais; f) transferência inconstitucional da coordenação dos órgãos ambientais para comandos militares; g) desregulamentação ambiental abusiva, através da edição do Decreto nº 9.760/2019, que criou a etapa de conciliação no processo sancionador ambiental. Pelo Decreto n. 10.084/2019 se permitiu o cultivo de cana-de-açúcar na Amazônia Legal e, ainda, pelo Despacho Interpretativo n. 706900/2020 do IBAMA se extinguiu a fiscalização in loco da madeira objeto de exportação; h) falta de transparência na disponibilização de informações sobre o cumprimento do PPCDAm, o que impediria o controle social e institucional de suas ações; i) “extinção branca” do PPCDAm, pela desestruturação administrativa dos órgãos de combate ao desmatamento e proteção do clima; j) aumento na taxa de 3 Em revisão ADPF 760 / DF desmatamento, demonstrada por dados do Programa de Cálculo do Desflorestamento da Amazônia – PRODES e do Sistema de Detecção de Desmatamento em Tempo Real – DETER, do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais – INPE, apontando evolução especialmente descontrolada em unidades de conservação e terras indígenas; k) inexecução de deveres

internacionais de redução de desmatamento e de combate à emergência climática assumidos na Conferência Mundial do Clima de Copenhague/Dinamarca, especialmente o de reduzir, até 2020 (ano do ajuizamento da arguição), os índices anuais de desmatamento da Amazônia Legal no máximo a 3.925 km², o que corresponde às previsões do art. 12 da Lei n. 12.187/2009 e inc. I do §1º do art. 19 do Decreto n. 9.578/2018, que internalizaram a meta assumida pelo Brasil perante a comunidade internacional de redução do desmatamento em 80% até o ano de 2020, em relação à média verificada entre 1996 e 2005.

Fato é, que como bem escrito na ADPF hoje “estampam procedimento comum e antes mencionado sobre a poda normativa que se faz sem ruído, uma quase “cupinização” normativa cujos efeitos se notam apenas com o olhar geral sobre o quadro” e externam os “resultados demonstrados quando o entrave burocrático-normativo já impediu o cumprimento da finalidade de preservação das florestas e dos mananciais, das reservas, da proteção das matas, da garantia dos direitos de todos à existência digna e saudável”.⁴⁷ Hoje o Brasil, infelizmente, é conhecido como um país que atua contra a devida gestão ambiental, a Amazônia e o Pantanal nunca sofreu tanto com a omissão estatal, como dito pela Ministra Cármen Lúcia temos uma gestão pública infestada pelo “cupim do autoritarismo, cupim do populismo, cupim dos interesses pessoais, da ineficiência administrativa”, com uma “cupinização normativa”, na sequência o ministro André Mendonça pediu vista.⁴⁸

Outra recente e pertinente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 635/19, chamada de ‘ADPF das Favelas’, trouxe a questão do Estado de Coisas Inconstitucional, é considerada uma ação histórica que juntou diversos movimentos sociais em torno do enfrentamento à violência policial. Apresentada pelo PSB (Partido Socialista Brasileiro), a petição, questiona dois decretos estaduais que regulamentam a política de segurança

⁴⁷ Supremo Tribunal Federal – STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 760/20.**

Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6049993>. Acesso em: 15 jun 2022.

⁴⁸ Supremo Tribunal Federal – STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 760/20.**

Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6049993>. Acesso em: 15 jun 2022.

fluminense e pede o reconhecimento das graves violações de direitos humanos cometidas pelas forças policiais nas favelas, assim como, a implementação de medidas concretas para reduzir a letalidade e garantir justiça às vítimas, cujos pedidos principais são: “a) implementação e monitoramento de um plano de redução da letalidade policial com ampla participação da sociedade civil e instituições públicas comprometidas com a promoção dos direitos humanos, b) não utilização de helicópteros como plataformas de tiros, c) rigor na expedição de mandados de busca e apreensão, a fim de evitar diligências aleatórias e ilegais, bem como na preservação dos locais em casos de crimes cometidos nas operações policiais e de documentação precisa, visando evitar a remoção de indevida de corpos de vítimas ou alteração do local por quaisquer pretextos, d) absoluta excepcionalidade das operações policiais em perímetros em que estejam localizadas escolas, creches, hospitais e postos de saúde, e a elaboração de protocolos para atuação restrita em casos permitidos, e) suspensão do sigilo de todos os protocolos de atuação policial e determinação da obrigatoriedade de elaborar, armazenar e disponibilizar relatórios detalhados sobre cada operação policial, f) instalação de câmeras e equipamentos de GPS nas viaturas e fardas dos agentes, g) determinação de que sejam instaurados e devidamente investigados os casos de mortes e outras violações causadas por agentes de segurança, respeitando o protagonismo das vítimas e familiares de vítimas e priorizando os casos em que as vítimas sejam crianças e adolescentes, h) a inconstitucionalidade de dispositivo que retirou do cálculo das gratificações dos integrantes de batalhões e delegacias os indicadores de redução de homicídios decorrentes de oposição à intervenção policial”⁴⁹, o ministro relator Edson Fachin, acolheu o pedido⁵⁰.

O Supremo Tribunal Federal entendeu pelo veto de uso de helicópteros como plataforma de tiros, restringiu as operações policiais em perímetros escolares e hospitalares, determinou a preservação dos vestígios da cena do crime e evitar remoções de corpos para a realização de perícia, mas não houve

⁴⁹ Supremo Tribunal Federal – STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 635/19**. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 15 jun. 2022.

⁵⁰ Decisão: Após o voto do Ministro Edson Fachin (Relator), que conhecia parcialmente da presente *arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Plenário, Sessão Virtual de 7.8.2020 a 17.8.2020. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 15 jun. 2022.

a obrigação do Rio de Janeiro fazer um plano de redução de letalidade policial e de controle de violações de direitos pelas forças de segurança fluminense.

Diante do exposto, nota-se, que até o presente momento o Estado de Coisas Inconstitucional tem aparecido em uma série de petições iniciais e nos votos dos ministros, normalmente, em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, observando-se que, pelo explanado, a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional deve ser estudada e utilizada como medida excepcional que é, porém, indo além, como um mecanismo a ser utilizado pelo Poder Público e pela sociedade civil com o objetivo de dirimir as diversas violações existentes aos direitos humanos, cuja aplicação tem se mostrado perfeitamente adequada.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo analisado há várias situações de violações aos direitos fundamentais que podem ser alegadas a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil além da crise carcerária, que originou a primeira utilização do instituto. Percebe-se que as vivências e as observâncias de estado de inconstitucionalidade são constantes na saúde, na educação, na segurança, na gestão ambiental, infelizmente, em todas as situações sendo cristalina a constatação para a confirmação dos requisitos necessários. De se observar que o Estado de Coisas Inconstitucional não é um instituto estabelecido na Constituição Federal do Brasil nem em outro instrumento normativo do ordenamento jurídico brasileiro, e a Corte Suprema tem se utilizado dessa declaração em casos concretos extremos, excepcionais, gravíssimos, e de fundamental atuação como Corte Constitucional, como retirado da própria ADPF 347/15, são casos em que se reconhece um 'bloqueio institucional' para a salvaguarda dos direitos, e com isso o Supremo Tribunal Federal atua com maior intervenção no campo das políticas públicas.

A sociedade demanda a atuação cada vez mais do Supremo Tribunal Federal para responder e tratar de questões complexas, novas tutelas, novos direitos, falhas estruturais e omissões estatais que não tratadas pelo Legislativo nem pelo Executivo. Desse modo o Supremo Tribunal Federal tem dado a última palavra, certa ou errada, mas com o 'direito' de errar por último, em relação às demandas constitucionais e está indo além, já que a constituição brasileira atual faz com que a sociedade espere uma resposta da Corte Suprema para fazer valer os seus direitos fundamentais em um Estado Democrático de Direito.

Diante das transformações do constitucionalismo contemporâneo no Brasil e no estrangeiro com o surgimento de um fenômeno que tem alterado o modo de examinar a Constituição e seu papel na interpretação do ordenamento jurídico, como demonstrado, essa necessidade de mudanças ocorridas no Direito Constitucional contemporâneo tem recebido o nome de "neoconstitucionalismo", que é o processo de modificações de padrões que abarca fenômenos difíceis, tais como os direitos fundamentais e o acesso à justiça.

É notório, que há grande ineficiência nas políticas públicas no Brasil, e essa grave situação deveria ser de responsabilidade dos três Poderes (Executivo, Judiciário e Legislativo) assim como da União, dos Estados e do Distrito Federal. Diante de ausência de medidas eficazes legislativas, judiciárias, administrativas, orçamentárias e de fiscalização acontece uma grande "falha estrutural" que faz com que ocorra a violação dos preceitos fundamentais, e assim, ao Supremo Tribunal Federal cabe, diante da inércia dos demais poderes, tomar uma atitude e coordenar ações visando a resolver o problema, onde a intervenção se faz necessária em decorrência da incapacidade demonstrada pelas demais instituições.

Como se sabe o Direito nasce com os primórdios da sociedade, e com ela atravessa mudanças e enfrenta questões com o passar dos anos. Instigados, a ciência jurídica e seus operadores, na função difícilíssima, de se manter o mínimo de ordem na convivência social, notam-se os incalculáveis desafios trazidos pelos novos tempos. É preciso repensar os caminhos e ressignificar os direitos, para se tutelar não apenas os direitos fundamentais e a sua efetivação que

devem ser elementos basilares do direito e da aplicabilidade das leis, mas também os 'novos' direitos.

Nas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental trazidas neste trabalho, longe de finalizado, percebe-se que o direito não existe sem o homem, e que o homem busca na dignidade da pessoa humana e nos demais fundamentos do ordenamento jurídico a sua proteção e o seu bem-estar social. Resta demonstrado aqui que o Poder Judiciário deve ou deveria estar ativo na concretização dos direitos, embasado nas finalidades do Estado Democrático de Direito. Não se podendo aceitar, que por não se saber o que fazer não se faça nada, uma vez que a norma jurídica é construída diariamente, da interpretação e da observação da realidade.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRANDÃO, Caio Rogério da Costa, BACELAR, Jeferson Antonio Fernandes, OLIVEIRA, Frederico Antonio Lima de. **Novos direitos e o ativismo judicial no Brasil**: uma reflexão a partir do olhar crítico de Enrique Dussel Rev. Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais | e-ISSN: 2526-0111 | Evento Virtual | v. 6 | n. 1 | p. 20-35 | Jan/Jun. 2020.

BUSTAMANTE BOHORQUEZ, Tomás. *La interpretación constitucional*. **Revista Universitas Estudiantes**, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, trad. Carlos Nelson Coutinho, RJ: Campus, 1992.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 5. ed., Coimbra: Almedina, 2002., p. 1003-1004.

CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. **Seminário “Estado de cosas inconstitucional”**. Universidad de Los Andes, Bogotá, 28 de setembro de 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **O estado de coisas inconstitucional como garantia dos direitos fundamentais**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/47193/o-estado-de-coisas-inconstitucional-como-garantia-de-direitos-fundamentais>. Acesso em: 25 jul. 2018.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2009.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 1987.
HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo:Atlas. 2019. Ebook.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2005. t. VI, p. 305.

PAIXÃO, Juliana. **Estado de coisas inconstitucional. Sob a perspectiva da saúde pública e da metáfora da árvore**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RÊGO, Carolina Noura de Moraes. **O estado de coisas inconstitucional: entre o constitucionalismo e o estado de exceção**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

SILVA, José Afonso. **Controle de constitucionalidade: variações sobre o mesmo tema**. Anuario Ibero Americano de Justicia Constitucional n. 6. Madrid: CEPC, 2002

TAVARES, André Ramos. **O cabimento do mandado de injunção: a omissão inconstitucional e suas espécies**. In: MENDES, Gilmar Ferreira (org.). **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 391.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 1999.

WOLKMER, Antonio Carlos, LEITE, José Rubens Morato (org.). **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. 3ªed. São Paulo: Saraiva, 2015.

JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal – STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347/15**. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 8 fev. 2017.

Supremo Tribunal Federal – STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 635/19**. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 15 jun. 2022.

Supremo Tribunal Federal – STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 760/20**. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 15 jun. 2022.

Supremo Tribunal Federal – STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 822/21**. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 15 jun. 2022.