

**IX ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI QUITO - EQUADOR**

**NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-
AMERICANO II**

MARIA CLAUDIA DA SILVA ANTUNES DE SOUZA

JERÔNIMO SIQUEIRA TYBUSCH

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSC – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

N935

Novo Constitucionalismo Latino-Americano II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UASB

Coordenadores: Jerônimo Siqueira Tybusch; Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza; Ramiro Ávila Santamaría. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-678-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Pesquisa empírica em Direito: o Novo Constitucionalismo Latino-americano e os desafios para a Teoria do Direito, a Teoria do Estado e o Ensino do Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. IX Encontro Internacional do CONPEDI (9 : 2018 : Quito/ EC, Brasil).

CDU: 34



IX ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI QUITO - EQUADOR

NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO II

Apresentação

O Grupo de Trabalho Novo Constitucionalismo Latino-Americano II contou com a apresentação de 13 trabalhos de altíssima qualidade, envolvendo uma gama extremamente complexa de abordagem dentro da área central do constitucionalismo Latino-Americano. As temáticas envolveram elementos como Poder Constituinte, Democracia, Tutela das Famílias, Alteridade, Emancipação, Protagonismo Indígena, Dignidade, Decisão Jurídica, Função Social da Propriedade, Fraternidade, Sustentabilidade, Estado-Nação e Movimentos Sociais. Os mais apresentadores dos artigos são originários de diferentes países da América Latina e vinculavam-se à diversas universidades como Universidad de las Americas - UDLA (Equador), Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA (Brasil), Universidad de Cuenca – UCUENCA (Equador), Universidad Andina Simón Bolívar – UASB (Equador), Universidad del Azuay – UDA (Equador), Universidad Autónoma Gabriel René Moreno – UAGRM (Bolívia), Universidade de São Paulo – USP (Brasil), Universidade Federal de Santa Maria – UFSM (Brasil), Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI (Brasil), Universidad Central del Ecuador – UCE (Equador), Pontificia Universidad Católica del Ecuador – PUCE (Equador), Tribunal Contencioso Electoral del Ecuador, Universidade Federal de Goiás – UFG (Brasil), Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP (Brasil), Universidade Federal de Roraima – UFRR (Brasil), entre outras. Nesse sentido, reputamos como extremamente válido o encontro e debates realizados no âmbito do presente Grupo de Trabalho, servindo como espaço para formação de redes acadêmicas, produção científica, crítica e de relevância, na área do Direito e interdisciplinaridade junto às ciências sociais e humanas, bem como fortalecimento dos laços de integração na América Latina e Caribe.

Prof.Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM (Brasil)

Prof.^a Dr.^a Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI (Brasil)

Prof. Dr. Ramiro Ávila Santamaría - UASB (Equador)

ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: DO PRECEDENTE COLOMBIANO AO CASO BRASILEIRO

STATUS OF THINGS UNCONSTITUTIONAL: FROM THE COLOMBIAN PRECEDENT TO THE BRAZILIAN CASE

Cristiano Aparecido Quinaia ¹
Thiago Munaro Garcia ²

Resumo

O escopo do presente é apresentar uma proposta de compreensão do atual estágio evolutivo da jurisdição constitucional do Brasil. Iniciando com os casos históricos da Suprema Corte dos Estados Unidos da técnica do ativismo judicial, ao surgimento da nova técnica de declaração de estado de coisas inconstitucional da Corte da Colômbia. A partir do novo sistema processual brasileiro criado em 2015, busca-se as ferramentas para compreensão da decisão estruturante proferida com base na declaração de estado de coisas inconstitucional, a partir do relevante caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 que tramita perante o Supremo Tribunal Brasileiro.

Palavras-chave: Controle, Constitucionalidade, Estado, Colômbia, Ativismo

Abstract/Resumen/Résumé

The scope of the present is to present a proposal to understand the current stage of Brazil's constitutional jurisdiction. From the historical cases of the Supreme Court of the United States with judicial activism technique, the emergence of the technique of declaring the unconstitutional state of affairs of Colombia. Based on the new Brazilian process of 2015, it seeks to understand the structural decision based on the unconstitutional state of affairs statement, considered to be ADPF 347 that is filed before the Federal Supreme Court of Brazil.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Control, Constitutionality, State, Colombia, Activism

¹ Mestre em Direito - Sistema Constitucional de Garantia de Direitos, pelo CEUB - Centro Universitário de Bauru, São Paulo. Advogado.

² Doutorando em Direito - Sistema Constitucional de Garantia de Direitos, pelo Centro Universitário de Bauru, São Paulo. Advogado.

INTRODUÇÃO

Decorridos oitocentos anos da outorga da Magna Carta pelos barões ao Rei John, discute-se o papel do processo perante a Constituição Federal, no exercício da jurisdição constitucional pela Suprema Corte.

Coloca-se em relevo o sensível toque ao sistema de separação de funções sempre que alguma decisão da Suprema Corte adquira o caráter do que se fez habitualmente chamar de técnica de ativismo judicial.

Põe-se de um lado a necessidade de se dar efetividade às decisões tomadas em sede de controle de constitucionalidade, e, em última análise, assegurar a supremacia da pronúncia da Suprema Corte como órgão de estatura máxima do Judiciário.

De outro, questiona-se como compreender a atuação jurisdicional ativa com vistas a efetivar políticas públicas se, por outro ângulo, a administração pública goza de ampla discricionariedade em sua estruturação.

No ponto, um importante precedente da Corte Colombiana é objeto de análise pelo STF - Supremo Tribunal Federal Brasileiro, com vistas em se valer da técnica e colocar em eficácia os preceitos da Constituição Federal de 1.988.

No Brasil, o caso que deu azo à aplicação da técnica de declaração de estado de coisas inconstitucional é a situação de crise carcerária, no qual se constatou que as esferas locais, estaduais e federais da administração se omitiram quanto aos direitos dos presos, de forma a exigir a intervenção de medidas judiciais para assegurar a revitalização do sistema.

As perguntas principais que se colocam a responder são: Cabe à Suprema Corte o controle de discricionariedade orçamentária? Pode a Suprema Corte impor mecanismos de monitoramento e direcionamento orçamentário?

Para isso, urge começar os estudos.

1. LINHAS EVOLUTIVAS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Jurisdição, do latim *juris+dictio* significa o poder do Estado, ou, a função estatal de dizer o direito aplicável ao caso concreto. Extrai-se desse poder o caráter substitutivo, de ingerência do Estado-juiz no conflito de interesses.

A jurisdição exerce o escopo social de atuação da vontade da lei, é dizer, concretizar aquilo que foi posto na lei, caso não tenha havido o cumprimento espontâneo do direito, então, socorre-se ao Poder Judiciário.

De modo geral, a jurisdição pressupõe conflito de interesses, uma lide que é uma disputa qualificada, assim, o juiz interfere nesse conflito estabelecendo a vontade da lei, pacificando a sociedade.

Esse traço não se verifica na jurisdição constitucional, uma vez que no controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal, inexistente disputa de interesses, não há caso concreto (BARROSO, 2012, p. 424).

Por meio de ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade e ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade - o STF conhece abstratamente de uma controvérsia acerca da interpretação da Constituição, de forma direta, concentrada, a jurisdição constitucional não cuida de interesses particulares, conflitos individuais, mas, sim aspira restabelecer a ordem geral.

Toda jurisdição é definitiva, no sentido de que esgota a possibilidade de discussão posterior do assunto, uma vez existindo uma sentença ou acórdão transitado em julgado, forma-se em definitivo aquele entendimento.

A doutrina processualista, entre Dinamarco e Ada Grinover (2006, p. 84), Ivo Dantas (2013, p. 183), fala em um ramo de Direito Processual Constitucional que abrange os princípios que regulam o devido processo legal. De outro lado, existe o Direito Constitucional Processual, que disciplina dos remédios constitucionais, tutela das liberdades e o controle de constitucionalidade.

A jurisdição constitucional ascende, sobretudo, no período entre as duas grandes guerras mundiais, como uma resposta à soberania do Monarca ou do Parlamento, aos desmandes praticados ao longo da Idade Média.

Assim, o positivismo (BARROSO, 2012, p. 424), a partir da década de 50 caiu em desuso, ou, pelo menos, entrou em crise, por conta dos abusos nazistas e fascistas perpetrados em nome do cumprimento da lei.

Desenvolveram-se técnicas de aplicação do direito com mecanismos que buscavam a concretude da decisão judicial. O Poder Judiciário sairia das raias de mera *bouche de loi*, para se tornar guardião dos direitos assegurados pela Constituição.

A Suprema Corte dos Estados Unidos se destacou em razão da decisão sobre a *judicial review*, proferida pelo *chief justice* Marshall, na qual fixou as vigas mestras da supremacia do direito sobre a vontade política.

O Judiciário tornava-se, então, protagonista, a última instância de refúgio do povo, classes e minorias, quando os demais poderes políticos não dispunham de ferramentas para tornar prático o seu direito fundamental.

Além da apuração da observância do procedimento para aprovação da lei, o Judiciário passa a aferir a razoabilidade e compatibilidade, na técnica que seria chamada de *substantive due process*, isto é, não apenas o aspecto formal e adjetivo, mas, o caráter substancial do conteúdo da lei, sua direção e finalidade.

Com essa tendência, os juízes passam a fiscalizar a disposição dos direitos e sua compatibilidade com a vontade política disposta na Constituição Federal que não pode ser relegada. Já não basta que os políticos sigam as regras formais para aprovação da lei, mas, também que se curvem às competências fixadas pela Constituição dos Estados Unidos.

E, ao menos pelos juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos, esse movimento foi seguido nas gerações seguintes ao caso *Marbury vs. Madison*, com vindouras e inéditas decisões sobre o controle de constitucionalidade das leis.

O termo atualmente conhecido como ativismo, em verdade, “é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969” (BARROSO, 2012, p. 427).

Earl Warren presidiu a Suprema Corte por mais de uma década e, sob sua condução, foi responsável por julgamentos épicos que despontaram a interpretação de garantias fundamentais, como a igualdade e assistência judiciária integral.

Entre os casos célebres destaca-se *Brown v. Board of Education* do ano de 1954, no qual se discutia a segregação racial e o contexto da separação que se fazia entre as escolas de brancos e de negros nos Estados Unidos.

Branco e negro não se sentavam lado a lado nas salas de aula, nem apanhavam o mesmo ônibus escolar, sendo severa a *apartheid* que se fazia presente na realidade das crianças e adolescentes estadunidenses.

O caso, então, chegou à Suprema Corte dos Estados Unidos que deveria analisar, sob o prisma do pacto federativo, a competência dos Estados para disporem sobre o ensino, inclusive sobre a segregação.

Earl, com lapidar sapiência, tangenciou a questão sobre raça e racismo, pois, enfrentaria forte pressão interna da corte, e externa, de grande parte da população que era ainda racista.

O *Chief of Justice Warren* partiu do pressuposto do princípio da igualdade, no sentido de que o mesmo ônibus no qual o aluno branco pode ser transportado também deve receber o aluno negro, pois, ambos são cidadãos estadunidenses.

Logo, se os Estados Unidos da América se comprometeu em prestar a educação,

devia fazê-lo em pé de igualdade com todas as crianças e adolescentes, sem qualquer discriminação quanto aspectos étnicos.

A ligação do cidadão com o Estado, esse vínculo de súdito, fazia-o credor de igual direito que era conferido a qualquer outro indivíduo, razão pela qual qualquer privação implicava a pretensão de obrigar o Poder Público.

A Suprema Corte, então, declarou ser incompatível com o pacto constitucional ofertar de forma diversa o mesmo serviço público de educação a alunos brancos e negros, que deviam receber igual oferta de ensino e conteúdo.

Outro célebre caso decidido nesse período é *Gideon vs. Wainwright* 372 US 335, do ano de 1963, quando a corte enfrentou o dilema a respeito do direito de defesa do acusado criminalmente.

Clarence Gideon foi acusado da prática delituosa perante o Tribunal da Flórida, sendo que no dia da sessão de julgamento compareceu sozinho, desacompanhado de advogado.

Requeru, então, ao juiz que presidia o feito que lhe fosse nomeado um advogado público, o que foi indeferido sob o argumento de que apenas acusados pobres por crime de pena capital faziam jus à assistência judiciária.

Gideon defendeu-se durante todo o processo, por si mesmo, fazendo seus arrazoados, contudo, veio a ser condenado. Recorreu à Corte do Estado da Flórida, sendo negado seu pedido. Ingressou, então, com pedido na Suprema Corte dos Estados Unidos, com base na 6ª Emenda, que assegura:

Em todos os processos criminais, o acusado terá direito a um julgamento rápido e público, por um júri imparcial do Estado e distrito onde o crime houver sido cometido, distrito esse que será previamente estabelecido por lei, e de ser informado sobre a natureza e a causa da acusação; de ser acareado com as testemunhas de acusação; de fazer comparecer por meios legais testemunhas da defesa, e de ser defendido por um advogado.

A Suprema Corte definiria se a interpretação a ser conferida a esta emenda implica em sustentar a obrigação de os Estados membros prestarem assistência integral nas acusações perante seus Tribunais de Justiça.

Na decisão, a Suprema Corte concedeu o *writ of certiorari*, ou seja, reconheceu o cerceamento de direito de Gideon e pronunciou, no mérito, reconhecendo que o Tribunal deveria reverter a decisão, recomendo a instrução do caso com a concessão de advogado de defesa a Gideon.

Esse precedente histórico é de suma importância para compreender o alcance da cláusula do devido processo legal, sendo certo que hoje no Brasil, o Supremo Tribunal Federal já solidificou entendimento de que a assistência judiciária deve ser amplamente interpretada, de forma a assegurar ao cidadão, seja ele brasileiro ou estrangeiro em trânsito pelo território nacional, toda assessoria jurídica, em qualquer etapa do procedimento, com a mais ampla defesa, os recursos a ela inerentes, os meios probatórios, tais como perícia, a serem custeados também pela Administração da Justiça, consoante é possível extrair do aresto abaixo colacionado, sob a lavra do eminente Ministro Carlos Velloso:

Ementa: - CONSTITUCIONAL. ACESSO À JUSTIÇA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. Lei 1.060, de 1950. C.F., art. 5º, LXXIV. I. - A garantia do art. 5º, LXXIV -- assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos -- não revogou a de assistência judiciária gratuita da Lei 1.060, de 1950, aos necessitados, certo que, para obtenção desta, basta a declaração, feita pelo próprio interessado, de que a sua situação econômica não permite vir a Juízo sem prejuízo da sua manutenção ou de sua família. Essa norma infraconstitucional põe-se, ademais, dentro no espírito da Constituição, que deseja que seja facilitado o acesso de todos à Justiça (C.F., art. 5º, XXXV). II. - R.E. não conhecido. RE 205746 RS. Segunda Turma. CARLOS VELLOSO.

Outro importante precedente da Corte Warren é o caso *Miranda vs. Arizona*, no qual se abordou os direitos do preso quanto ao interrogatório, depoimentos, acusação, e nomeação de advogado.

Miranda foi preso em sua casa identificado por uma testemunha, conduzido à Delegacia onde, após duas horas de interrogatório, obteve-se sua confissão escrita e assinada. Com base nessa prova oral colhida de seu depoimento, Miranda foi legado à júri e veio a ser considerado culpado pela prática de estupro e sequestro, recebendo pena de 20 anos de prisão.

A Suprema Corte conferiu interpretação à 5ª Emenda que assegura o devido processo legal não apenas no âmbito do processo judicial, mas, a qualquer procedimento criminal no qual a pessoa seja investigada e acusada.

A decisão considerou como supremo o direito de obter garantias e salvaguardas para que a pessoa não se veja obrigada a incriminar-se para se livrar de tortura ou qualquer meio infamante.

Assim, o acusado deve ser avisado sobre seu direito ao silêncio, ao acesso de advogado, bem como de que qualquer declaração poderá ser usada contra si perante o julgamento no Tribunal.

Esse padrão decisório de ativismo, embora usualmente empregado para designar qualquer decisão da jurisdição constitucional moderna, em verdade, é empregado

esporadicamente pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro.

Por diversas ocasiões a Suprema Corte do Brasil destacou-se na defesa dos direitos das minorias, grupos vulneráveis e excluídos da maioria política elitizada.

Os precedentes mais significativos no Brasil, sem dúvida, são a ADI 4277 e ADPF 132, no qual se discutiu a possibilidade de reconhecimento de união estável homo afetiva, entre pessoas do mesmo sexo.

Naquele precedente, o Relator Ministro Carlos Ayres Britto votou no sentido de entender que, inexistindo vedação expressa pela Constituição, e considerando os predicados da igualdade e da dignidade da pessoa humana, o disposto na legislação ordinária não poderia conduzir à restrição da união estável.

Sustentou o relator que “o sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica”, até porque o art. 5º, *caput*, é expresso em vedar essa interpretação.

Nesse caso se observa que a Corte não se limitou em dar a interpretação, senão que foi além para permitir o exercício de um direito civil que não contava com previsão legal. Essa constitui a típica técnica de ativismo.

De outro lado, constata-se outra tendência do pós-guerra e consequência da globalização, que é a judicialização que “significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário” (BARROSO, 212, p. 425) e, em última análise, pela Suprema Corte.

2. PRECEDENTE COLOMBIANO SU 559/97

Dentro dessa linha de atuação intensa das Supremas Cortes no âmbito da jurisdição constitucional, há um importante precedente de um tribunal sul-americano que, em que pese decorridas duas décadas, inspira reflexão até os dias atuais.

Em 1997 a Suprema Corte da Colômbia foi convocada a manifestar-se em um caso envolvendo o cerceamento de direitos sociais de professores da rede pública de ensino, cujas necessidades foram relegadas pela administração pública.

A situação narrada dava conta de professores de rede de ensino básica que sofriam o desconto para contribuição ao fundo social, porém, não estavam afiliados a nenhuma entidade de gestão do direito previdenciário.

Essa falha da administração causava muitos transtornos aos docentes, prejudicando, indiretamente, a qualidade do serviço de educação que a todos era assegurado pela

Constituição do Estado como direito social básico.

A questão que foi enfrentada pela Corte Colombiana diz respeito à compreensão da discricionariedade da administração executiva como competência de estruturar-se e organizar-se a seu modo. Consoante se decidiu, há discricionariedade desde que não envolva tarefas fundamentais a serem cumpridas pelo Estado, de forma que a omissão não cause prejuízos aos direitos da população, sobretudo, aos estratos pobres que precisam de educação pública de qualidade.

O argumento da inexistência de recursos para criação do fundo ou caixa de amparo aos professores não era hábil de justificar-se pela discricionariedade da administração pública, restando superado.

De forma pioneira, a Corte Colombiana reconheceu naquele caso a constatação de um *estado de cosas contrario a la Constitución Política*, técnica de julgamento que ficou conhecida como o estado de coisas inconstitucional.

Naquela situação, abespinhou-se a Suprema Corte pelo fato de que a situação da rede de ensino público municipal chegou ao Tribunal de Estado e ao conhecimento da administração estadual, que nada fizeram.

Por fim, subiu à Suprema Corte e, até então, nem a Administração Federal havia se comovido com a situação dos alunos e dos docentes, razão pela qual reconheceu uma situação de total descumprimento daquele direito social, por todas as esferas do poder.

Como destacado, naquele caso havia previsão de estatura constitucional e infra legal no sentido de reconhecer o direito que estava sendo tutelado, não se invocando de ativismo ou inovação jurisdicional. Consoante constou da fundamentação:

La disposición del Decreto 196 de 1995 es clara en el sentido de determinar que todos los educadores de los entes departamentales, distritales y municipales deben ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, obligación que no puede ser soslayada a través de la instauración en los municipios de mecanismos informales de seguridad social (Sentencia de Unificación 559/97).

Ocorreu que, a despeito da ordem legal, a administração pública quedou-se inerte colocando em xeque o importante serviço de educação pública, com prejuízo à população e aos profissionais envolvidos na missão de educar.

Pronunciado o estado de coisas inconstitucional, a Suprema Corte Colombiana passou então a estudar um mecanismo processual para tornar efetiva sua decisão, que pudesse praticamente concretizar o direito sem, contudo, que implicasse ofensa à separação das funções.

A primeira providência adotada foi a notificação ao órgão administrativo para que não se faça recalcitrante no cumprimento da disposição constitucional, cessando desde logo a ofensa ao cumprimento das normas fundamentais com sua omissão.

Porém, a Corte Colombiana foi além, fixando o prazo de 01 (um) ano para que a administração pública responsável efetue o cumprimento do direito de afiliação dos professores, com a obrigação de prestação de contas.

Muito se discute a respeito da consequência jurisdicional de um pronunciamento da Suprema Corte que reconheça o estado de coisas inconstitucional, ou seja, alguma providência haveria de ser tomada, como fez a Corte Colombiana, a fim de que ali seja cessada a ofensa.

Consoante se sabe, a Suprema Corte é a instância última e máxima do Poder Judiciário, de tal sorte que depois dela a esperança do cidadão há de ser apagadas, de tal sorte suas decisões devem possuir o máximo de efetividade. Afinal, o Direito Constitucional liga o universo jurídico ao plano decisório do político, daí decorrendo a responsabilidade do juiz constitucional na fiscalização e condução de sua efetividade (ROYO, 1995, p. 52).

3. O CASO NO SUPREMO TRIBUNAL BRASILEIRO: ADPF 347

Assim como as técnicas de jurisdição constitucional expandiram-se da Suprema Corte dos Estados Unidos, também este mecanismo da Corte Colombiana tem influenciado sobremaneira o exercício da competência do Supremo Tribunal Federal do Brasil.

Há algum tempo é denunciada a situação precária dos presídios pelo País, desde o problema estrutural da superlotação até o problema orgânico da laborterapia, educação, reinserção, como óbices à eficácia do sistema como um todo.

Adotando como base relatórios do próprio CNJ – Conselho Nacional de Justiça - e de outras instituições, chegou ao Supremo Tribunal Federal a ADPF 347 questionando o sistema carcerário brasileiro e buscando a declaração de um estado de coisas inconstitucional.

A ação foi distribuída ao Ministro Marco Aurélio para apreciação de medida cautelar, cujo julgamento plenário seguiu quase que totalmente o voto proferido pelo relator, contudo, restringindo algumas medidas concretas para o julgamento de mérito, publicou-se a seguinte ementa:

FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.

De forma interessante, no julgamento foi levantado o cenário épico do Inferno narrado por Dante de Alighieri, épica obra literária na qual se descreve sua passagem pelo purgatório, a travessia na canoa de *Carontes*, até o paço e limbo no qual sofrem os criminosos de acordo com a natureza do crime capital que tenha sido por ele praticado, em um cenário infernal de dor, angústia, consoante descrição surreal levada a cabo pelo eminente escritor italiano:

Eis a estância, que eu disse, às dores feita,
Onde hás de ver atormentada gente,
Que da razão à perda está sujeita.
Por esse ar sem estrelas irrompia,
Soar de pranto, de ais, de altos gemidos:
Também meu pranto, de os ouvir, corria (ALIGHIERI, 2003, p. 32).

Com tal melancolia ficou caracterizado o sistema prisional brasileiro, em condições desumanas cujo suplício a que submete os condenados faz-lhe aumentar seu ódio social a impossibilitar a tarefa de ressocialização, conforme elucidou o Ministro Relator:

Conforme esclarece, a técnica da declaração do “estado de coisas inconstitucional” permite ao juiz constitucional impor aos Poderes Públicos a tomada de ações urgentes e necessárias ao afastamento das violações massivas de direitos fundamentais, assim como supervisionar a efetiva implementação (Supremo Tribunal Federal a ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Federal – 347. REL. MIN. MARCO AURÉLIO).

De tal sorte, a decisão final da Suprema Corte foi no sentido não apenas de declarar presente o estado de coisas inconstitucional, senão também desde logo, fixar o prazo de 90 (noventa) dias para que o Ministério da Justiça tornasse possível a realização de audiência de custódia visando à apresentação do caso ao juiz de direito que decidirá pela remessa do acusado à enxovia.

Cabe registrar que o julgamento ainda não foi pautado no mérito para o Plenário da Suprema Corte, contudo, pelo voto do Relator Ministro Marco Aurélio, a decisão não se resume em declarar o estado de coisas, mas, também determinar mecanismos de fiscalização para o cumprimento da ordem:

Aponta caber ao Supremo, ou quem lhe faça as vezes, o monitoramento da fase de implementação, devidamente auxiliado por entidades dotadas do indispensável conhecimento, inclusive com a participação deliberativa da sociedade civil. Dessa forma, o Tribunal interviria sem abrir mão “do potencial institucional dos outros poderes” (ADPF 347).

Entende-se, nesses casos, que a Suprema Corte não age ativamente criando política pública, mas, como “coordenador institucional” (GRAVITO, 2010, p. 39) realinhando as diretivas orçamentárias a partir do texto constitucional.

4. AS TÉCNICAS DE TUTELA DE DIREITOS

Em defesa da adoção de técnicas de eficácia da decisão jurisdicional no âmbito constitucional, não se pode deixar de mencionar a atual quadra evolutiva do processo.

Nunca existiu sociedade sem direito e sem processo. Se o direito sempre se fez presente como conjunto ordenado de regras que propiciam a convivência harmônica, de outro, o processo sempre se fez presente como ritos e fórmulas por meio das quais um povo impunha sua vingança.

O processo evoluiu. As pioneiras técnicas de execução da pena com a vida e a escravidão do devedor, atravessaram os séculos até a fase moderna, na qual a execução é realizada com base em técnicas sub-rogorárias e coercitivas (indutivas). Assim, a tutela jurisdicional ganha um novo relevo na atualidade, tal qual desenhada pela doutrina:

Deixe-se claro, porém, que a tutela jurisdicional, no nosso entendimento, não é sinônimo de sentença, mas sim de procedimento estruturado (mediante, por exemplo, sumarização formal e material, tutela antecipatória, sentença imediatamente executável) para tutelar efetiva e adequadamente o direito material (MARINONI, 1998, p. 22).

Tutela jurisdicional não é mais sinônimo de sentença, de decisão de uma Corte de Justiça, mas deve traduzir-se em efetividade, sob pena de o processo, criado para modificar a vida das pessoas, tornar-se o velho conjunto de fórmulas sem atuação concreta.

Prestar tutela jurisdicional é mirar o mundo fático, a realidade dos gabinetes da administração pública, as salas de audiência, os paços municipais, os locais onde o poder e orçamento são determinados. É nesse contexto que o processo precisa atuar, no destaque conferido pela doutrina brasileira:

Bem se vê, do exposto, que o conceito de tutela jurisdicional está relacionado com o da atividade propriamente dita de atuar a jurisdição e com o resultado dessa atividade. Prestar a tutela jurisdicional, ou, para usar a linguagem constitucional, apreciar as lesões ou ameaças a direitos, significa, em última análise, formular juízo sobre a existência dos direitos reclamados e, mais do que isso, impor as medidas necessárias à manutenção ou reparação dos direitos reconhecidos (ZAVASCKI, 1997, p. 06).

Sem concretude, nem mesmo a Suprema Corte, instância máxima do Judiciário, imporá respeito em seus julgados por isso, no Brasil, com o advento do (Novo) Código de Processo Civil de 2015, destaca-se os poderes atribuídos ao juiz de valer-se de *técnicas executivas atípicas*, objetivando em cada caso mecanismos específicos de intervenção de acordo com a necessidade do caso:

Lei n. 13.105 de 2015.

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...]

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.

É uma nova etapa científica do processo. O juiz pode empregar técnicas idôneas ao cumprimento de sua decisão, ainda que não previstas em lei, obviamente, observando o contraditório, ampla defesa e os recursos a ele inerentes. Porém, é inegavelmente um avanço em termos de efetividade de direitos, como aponta a doutrina:

Trata-se de regra que convida à reflexão sobre o CPC de 2015 ter passado a admitir, de maneira expressa, verdadeira regra de flexibilização das técnicas executivas, permitindo ao magistrado, consoante as peculiaridades de cada caso concreto, modificar o modelo preestabelecido pelo Código, determinando a adoção, sempre de forma fundamentada, dos mecanismos que mostrem mais adequados para a satisfação do direito, levando em conta as peculiaridades de cada caso concreto. Um verdadeiro “dever-poder geral executivo” ou de efetivação portanto (BUENO, 2017, p. 192).

Desta feita, se no processo comum ordinário que se inicia perante as instâncias, cuida, em grande parte, de interesses setorializados, o juiz pode se valer de medidas executivas atípicas, por maior razão, na jurisdição constitucional, há de se convalidar o emprego de técnicas idôneas de execução de decisão imposta em face da Administração Pública.

5. DECISÕES JUDICIAIS ESTRUTURANTES

A decisão proferida pela Corte da Colômbia e a decisão proferida cautelarmente pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil têm em comum a técnica de estruturar a tarefa que deve ser cumprida pela administração governamental para a efetividade de um direito fundamental.

Em tais casos, a omissão do governo em dar cumprimento a uma tarefa constitucional exigiu da Corte de Justiça uma missão diferenciada. Declarar a inconstitucionalidade ou a omissão não bastaria, sem prazos e sem sanção, o administrador público não seria demovido de sua conveniência em destinar recursos financeiros e humanos ao cumprimento do objetivo.

Por isso, emergiu a necessidade de a Corte apontar os passos a serem respeitados para que a estrutura administrativa possa atender aos anseios da população dando vazão ao acolhimento do direito fundamental.

Nesse compasso, o diálogo democrático transfere-se das câmaras legislativas para o Poder Judiciário que, em cumprimento à missão outorgada pela Constituição Federal, reconhece o descumprimento de um direito fundamental e estrutura a forma como deve ser restabelecida sua concretização.

O consenso social em torno da necessidade de um direito ser respeitado depois de vinculado ao rol de direitos e garantias fundamentais reflete-se também no papel democrático que o processo exerce.

O processo é, sob a perspectiva da jurisdição constitucional, o meio de as decisões democráticas serem efetivadas, quando, a despeito da existência da previsão legal, a administração pública se omite em executá-lo.

O exemplo brasileiro é bastante lúcido. Depois de a crise carcerária contar com a omissão de todas as esferas do governo, a previsão constitucional de respeito à dignidade dos condenados e a vinculação do Brasil ao Pacto de San José da Costa Rica não podiam passar a descoberto no Supremo Tribunal Federal.

Esse passo adiante tomado pela Suprema Corte, de não apenas pronunciar a deficiência administrativa, mas impor-lhe a estruturação que deve obedecer para efetivar a proteção dos encarcerados, é a jurisdição ofensiva, defendida pela doutrina:

Quando se entende a constituição como interpretação e configuração de um sistema de direitos que faz valer o nexos interno entre autonomia privada e pública, é bem-vinda uma jurisprudência constitucional ofensiva (offensiv) em casos nos quais se trata da imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade: tal jurisprudência é até exigida normativamente (HABERMAS, 1997, p. 347).

Assim, de meramente normativa e perspectiva a jurisprudência constitucional passa a ser ofensiva e introspectiva, focando em técnicas executivas atípicas a fim de impor à administração pública que observe determinado percurso para que seja cessada a ameaça e lesão a um direito fundamental.

No precedente brasileiro, a determinação acautelatória, de que o preso compareça no prazo de vinte e quatro horas perante o juiz em audiência de custódia, exigiu a implementação de salas de custódia e disposição de magistrados, serventuários, enfim, a estruturação administrativa para atendimento da imposição judicial, sob a fiscalização pelo CNJ - Conselho Nacional de Justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do que foi dito constata-se a redemocratização da administração pública, que sai das raias privativas do Chefe do Executivo e passa a ser objeto de estruturação pela Suprema Corte com vistas a possibilitar o cumprimento do programa constitucional de políticas sociais.

A Suprema Corte dos Estados Unidos foi responsável por inaugurar as balizas da jurisdição constitucional, iniciando com a *judicial review* e, passando pela corte de Warren, trouxe a técnica do ativismo judicial.

Nos primeiros precedentes, a Suprema Cortes dos Estados Unidos despontou com a iniciativa de tornar juridicamente exercitável os direitos até então consagrados apenas em texto constitucional ou de emendas, porém sem observância pelos demais poderes do Estado.

Em data mais recente, a Corte Constitucional Colombiana viria a decidir a respeito de situação generalizada de desrespeito aos direitos sociais de professores da rede de ensino público.

Nesse precedente sul-americano, pronunciou-se a declaração de estado de coisas inconstitucional, para referir-se à situação de total omissão das esferas do governo quanto a destinação de recursos para o cumprimento de tarefas básicas na implantação dos direitos fundamentais.

Uma vez uma das funções essenciais do poder estatal seja malversada pela Administração Executiva caberá ao Supremo Tribunal Federal fiscalizar o distanciamento da finalidade aos programas constitucionais.

Nesse compasso, as cortes constitucionais têm conferido papel diferenciador à jurisdição constitucional que, até certa data, se limitava em declarar a constitucionalidade ou

inconstitucionalidade de leis.

Os dilemas da sociedade moderna exigem o implemento de novas técnicas pelo Poder Judiciário, sobretudo, para que suas decisões sejam cumpridas de forma eficaz, destacando-se, no Brasil, o Código de Processo Civil de 2015, que passa a prever de forma expressa a possibilidade de o magistrado empregar técnicas executivas atípicas para satisfação da condenação.

Assim, no Brasil, quando a Constituição Federal consagra no art. 5º, inciso XXXV, que não se excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, tal garantia também deve se aplicar no processo de jurisdição constitucional.

O controle do estado de coisas inconstitucional é, portanto, uma vertente processual da eficácia da execução que o rito de controle de constitucionalidade deve possuir mirando sua eficácia e implementação.

Logo, tudo caminha no sentido de que a jurisdição constitucional assuma um feitiço democrático, no sentido de encampar a demanda social latente no texto da lei que não foi ainda observado pela administração pública.

O consenso social sobre a necessidade de certo direito ser tratado como fundamental se transfere para o processo da jurisdição constitucional que dá prosseguimento como lugar de discussão da força popular.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de Coalização: O dilema institucional brasileiro. Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro. vol. 31, n. 1, 1988, pp. 5 a 14.

ALIGHIERI, Dante de. Divina Comédia. São Paulo: Ebook, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa. Diário Oficial da União, 05. out. 1988.

BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.

BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. – 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

DANTAS, Ivo. Direito Processual Constitucional e Direito Constitucional Processual: Um debate em aberto. Ufpe, Revista Acadêmica, Vol. 85, N.2, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. GRINOVER, Ada Pelegrine. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 2006.

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

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 1 v.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória (individual e coletiva). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ROYO, J. Perez. Curso de Derecho Constitucional. Madrid: Marcial Pons, 1995.

SUPREMA Corte dos Estados Unidos da América. Disponível em: <http://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/facts-and-case-summary-gideon-v-wainwright>. Acesso em 25.04.2017.

SUPREMA Corte dos Estados Unidos da América. Disponível em: <http://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/facts-and-case-summary-miranda-v-arizona>. Acesso em 25.04.2017.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela. São Paulo: Saraiva, 1997.