

ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: REFLEXÕES ACERCA DO NOVO INSTITUTO E SUA APLICABILIDADE PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ¹

UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS: REFLECTIONS ON THE NEW INSTITUTE AND ITS APPLICABILITY TO THE FEDERAL SUPREME COURT

ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL: REFLEXIONES ACERCA DEL NUEVO INSTITUTO Y SU APLICABILIDAD ANTE EL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Urá Lobato Martins²

ÁREA(S) DO DIREITO: Direito Constitucional. Direito Humanos.

Resumo

O artigo realiza uma reflexão sobre o novo instituto do Estado de Coisas Inconstitucional. Para tanto, apresenta uma revisão da literatura, bem como uma análise crítica acerca da decisão proferida, em sede liminar, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347. Ao final, serão demonstradas as nuances da aplicação de tal instituto pelo Supremo Tribunal Federal, com ênfase para as repercussões na esfera orçamentária.

Palavras-chave: Hermenêutica. Estado de Coisas Inconstitucional. Supremo Tribunal Federal.

Abstract

The study reflects on the new institute of the Unconstitutional State of Affairs. To do so, it presents a review of the literature, as well as a critical analysis of the ruling rendered, in preliminary injunction, in the Argument of Non-Compliance with Fundamental Precept n. 347. In the end, the nuances of the application of such institute will be demonstrated by the Federal Supreme Court, with emphasis on repercussions in the budgetary sphere.

Keywords: Hermeneutics. Unconstitutional State of Affairs. Federal Supreme Court.

Resumen

El artículo realiza una reflexión sobre el nuevo instituto del Estado de Cosas Inconstitucional. Para ello, presenta una revisión de la literatura, así como un análisis crítico acerca de la decisión proferida, en sede liminar, en la alegación de Incumplimiento de Precepto Fundamental n. 347. Al final, serán demostrados los matices de la aplicación de tal instituto por el Supremo Tribunal Federal, con énfasis en las repercusiones en la esfera presupuestaria.

Palabras clave: Hermenéutica. Estado de Cosas Inconstitucional. Supremo Tribunal Federal.

¹ Recebido em 12/07/2018. Aceito para publicação em 19/08/2018.

² Doutora em Políticas Públicas e Formação Humana pela UERJ, Mestre em Direito pela UFFA. Advogada. E-mail: uramartins@ig.com.br

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Estado de Coisas Inconstitucional: delimitações conceituais e contextualização histórica; 3. Análise crítica acerca da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347; 4. Conclusão; 5. Referências.

SUMMARY: 1. Introduction; 2. Unconstitutional State of Affairs: conceptual delimitations and historical contextualization; 3. Critical analysis of the Federal Supreme Court ruling rendered in the Arbitration of Non-Compliance with Fundamental Precept n. 347; 4. Conclusion; 5. References.

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Estado de Cosas Inconstitucional: delimitaciones conceptuales y contextualización histórica; 3. Análisis crítico sobre la decisión del Supremo Tribunal Federal dictada en la alegación de Incumplimiento de Precepto Fundamental n. 347; 4. Conclusión; 5. Referencias.

1 INTRODUÇÃO

A atuação do Judiciário no âmbito das questões que envolvem políticas públicas sempre gerou controvérsias. Isso porque, a priori, caberia ao Executivo a função típica de elaborar e implementar políticas públicas. Ocorre que, atualmente, as situações que ocorrem na esfera das lutas eminentemente políticas sofrem a interferência do Poder Judiciário.

O ideal seria que a divisão entre os Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo funcionasse de forma harmônica no plano da concretude, nos termos do art. 2º da Constituição Federal. Porém, através de contínuas ações e/ou omissões adotadas pelo poder público, direitos consagrados constitucionalmente são violados, requerendo, para tanto, a atuação do Poder Judiciário para que sejam garantidos tais direitos.

Com efeito, quando há falência dos demais poderes, ocorre a ascensão do Judiciário como arauto, quase um mito religioso segundo Maus (2000). Eis a sociedade órfã, de acordo com Maus (2000), que seria caracterizada pela eliminação de discussões geradoras da construção política do consenso, o que propicia a formação de normas e concepções de cunho moral através da “consciência” social na Justiça.

A questão problemática reside em definir qual o papel do Supremo Tribunal Federal com relação aos atos e omissões (in)constitucionais dos poderes políticos, considerando que a norma constitucional estabelece a independência entre os Poderes. Para que seja realizada uma análise crítica desta problemática, torna-se necessário analisar alguns pontos sensíveis ligados ao tema: Quais são os parâmetros estabelecidos para definir o instituto do Estado de Coisas Institucional? Quais são as consequências da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida, em

sede liminar, na ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) n. 347?

Revela-se de suma importância discutir as consequências geradas em decorrência da introdução desse instituto pelo Judiciário. Dessa forma, a seguir, serão demonstrados os contornos do novo instituto denominado Estado de Coisas Inconstitucional, contextualizando-o historicamente, bem como expondo a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, para que possam ser analisados os parâmetros utilizados pela referida Corte.

2 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: DELIMITAÇÕES CONCEITUAIS E CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

De início, cumpre realçar a diferença entre Judicialização das Políticas Públicas e Ativismo Judicial. Sobre a questão, com propriedade, Barroso (2012, p. 31) ensina que “a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte”. Segundo o autor, se existe uma norma constitucional que gera pretensão, seja subjetiva como objetiva, compete ao Poder Judiciário o pronunciamento acerca da matéria. O referido autor aponta as seguintes causas da judicialização: 1) redemocratização do país; 2) constitucionalização abrangente e 3) a abrangência do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

No que tange ao ativismo judicial, este “expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário” (BARROSO, 2012, p. 31). Noutras palavras, Barroso (2012) ressalta que o ativismo judicial resulta da escolha por um instrumento proativo no momento que ocorre a interpretação das normas constitucionais, ocorrendo uma expansão do sentido e do alcance da norma, que pode ser manifestada através de várias posturas, conforme explica o autor:

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2012, p. 26).

Ao analisar a função das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas, Barroso (2017) destaca o desempenho de trs papéis:

Contramajoritário	Representativo	Iluminista
Ocorre através da invalidação dos atos de outros Poderes, através do controle da constitucionalidade de tais atos.	Tem por objeto atender demandas sociais quando as instâncias políticas não foram suficientes para garantir sua satisfação.	Geram avanços sociais decorrentes do processo civilizatório, embora ainda não tenham conquistado a adesão majoritária no âmbito político.

Fonte: Quadro elaborado com base nas afirmações apresentadas por Barroso (2017, p. 27).

Segundo Barroso (2017), o direito  resultado da política (vontade das maiorias), mas no momento em que se d a aplicação do direito, ocorreria o distanciamento da política. Ocorre que “nas sociedades complexas contemporâneas, a lei não é capaz de eliminar um expressivo grau de subjetividade na atuação dos tribunais (...) ao menos nos casos difíceis, sempre haverá uma dimensão criativa – e, portanto, inevitavelmente política – nas decisoes dos tribunais” (BARROSO, 2017, p. 48).

Nesse contexto, questiona-se: em qual patamar estaria situado o Estado de Coisas Inconstitucional? Como seria possível estabelecer os contornos desse novo instituto perante o Supremo Tribunal Federal?

Na realidade, o Estado de Coisas Inconstitucional ganhou relevância em função da possibilidade de ser atribuído caráter coletivo a uma demanda que seria, em tese, apenas individual, conforme ensina Lima (2015), sendo que o novo instituto promove um diálogo institucional na busca pela solução de determinado problema estrutural. Em função disso, Lima (2015) entende que esse modelo tem aptidão promissora no contexto brasileiro.

Contudo, Lima (2015) pondera que o Judiciário não deve determinar o modo de agir dos órgãos que são responsáveis pela elaboração de determinada política. Segundo o autor, o Judiciário deveria atuar no sentido de promover o engajamento entre os órgãos responsáveis, bem como “criar obrigaoes de resultado, estabelecendo parâmetros para caracterizar a superação do ECI e adotando os mecanismos processuais para pressionar os agentes estatais a cumprirem a política pública elaborada pelos próprios órgãos envolvidos” (LIMA, 2015, p. 2).

Campos (2015) sustenta que o Estado de Coisas Inconstitucional é caracterizado como um ativismo judicial estrutural, decorrente de uma paralisia parlamentar ou administrativa, revelando-se, assim, o meio necessário para gerar o funcionamento da máquina estatal, rompendo os bloqueios existentes.

Para Cunha Júnior (2015), o Estado de Coisas Inconstitucional também representaria uma atuação do Poder Judiciário no sentido de um Ativismo Judicial Estrutural, considerando suas consequências na esfera executiva, legislativa e orçamentária.

Streck (2015), por sua vez, entende que o instituto do Estado de Coisas Inconstitucional seria uma espécie de ativismo camuflado. Segundo o autor, o termo “estruturante” que foi utilizado pelo STF, ao tratar a tese do Estado de Coisas Inconstitucional, seria abrangente. Streck (2015) reconhece a importância do Judiciário como guardião da Constituição Federal, no entanto, sustenta que ao Executivo cabe fazer escolhas políticas, sendo que a realidade empírica não poderia ser objeto de controle judicial, conforme pontua a seguir:

O objeto do controle de constitucionalidade são normas jurídicas, e não a realidade empírica — vista de forma cindida — sob a qual elas incidem. Portanto, minha discordância é com o modo como a noção de ECI foi construída. Receio pela banalização que ela pode provocar. Tenho receio de um retorno a uma espécie de jusnaturalismo ou uma ontologia (clássica) que permita ao judiciário aceder a uma espécie de “essência” daquilo que é inconstitucional pela sua própria natureza em um país periférico (STRECK, 2015, p. 3).

Ouso discordar de Streck (2015), pois apesar de ser competência do Executivo a função de elaborar políticas públicas, ou seja, de fazer escolhas políticas, quando há um quadro de omissões reiteradas, nada mais justa a intervenção do Judiciário para promover as alterações necessárias para garantir efetividade aos direitos fundamentais. Nesse ponto, o Estado de Coisas Inconstitucional revelaria um avanço na hermenêutica constitucional, pois esta não pode ficar limitada a uma restrita interpretação das normas jurídicas. Ao contrário, a realidade fática não pode ser ignorada, como foi o caso da questão da crise do sistema penitenciário que deu origem à ADPF n. 347. Ora, se as políticas públicas não estão surtindo efeito ou são inexistentes, justifica-se a atuação do STF como guardião da Constituição Federal.

Cumprir fazer uma breve contextualização histórica do Estado de Coisas Inconstitucional. Tal instituto é proveniente de decisões proferidas pela Corte

Constitucional da Colômbia, em face da constatação de graves violações a direitos considerados fundamentais. No ano de 1997 a referida Corte proferiu a Sentença de n. 559, que tratava sobre questão de direitos previdenciários de professores, pois não teria ocorrido a devida vinculação dos servidores a qualquer Fundo de benefício social, o que impossibilitou o recebimento de benefícios sociais devidos, embora tenha ocorrido a dedução de contribuição de tais benefícios da folha de pagamento, fato que violaria o artigo 5º do Decreto 196 de 1995 (COLÔMBIA, Sentença 559, 1997).

Em função disso, a Corte Constitucional da Colômbia aplicou ao caso o instituto do Estado de Coisas Inconstitucional, determinando, por conseguinte, que as autoridades sanassem o problema. Dessa forma, a referida Corte entendeu que a omissão do poder público afetava toda a categoria envolvida, e não somente os demandantes. Noutras palavras, a Corte decidiu que o estado de coisas verificado na demanda também estaria presente em outros municípios, razão pela qual determinou que as autoridades competentes deveriam ser comunicadas sobre a questão, para que a violação à Constituição Política fosse sanada (COLÔMBIA, Sentença 559, 1997).

No ano seguinte, em 1998, a Corte Constitucional Colombiana proferiu a Sentença de n. 153, que teve por objeto analisar a questão envolvendo o sistema carcerário, mais especificamente, a situação de risco oriunda do deslocamento das pessoas que estavam privadas da liberdade, uma vez que grupos terroristas faziam graves ameaças. Novamente, foi configurado o Estado de Coisas Inconstitucional, em função da violação aos direitos fundamentais, em decorrência do precário sistema carcerário vigente, considerando a existência de problemas como a superlotação, violências, atos de corrupção, ausências de condições necessárias para garantir a ressocialização dos presos, dentre outros. Dessa forma, foi ordenado que as autoridades públicas nacionais e territoriais tivessem ciência do Estado de Coisas Inconstitucional nas prisões e adotassem as medidas corretivas para solucionar esse estado de coisas (COLÔMBIA, Sentença 153, 1998).

No ano de 2004 a referida Corte proferiu decisão semelhante durante a Sentença n. 025, tendo estabelecido os seguintes parâmetros para definir o instituto em questão:

- (i) a violação maciça e generalizada de vários direitos constitucionais que afetam um número significativo de pessoas; (ii) a omissão prolongada das autoridades no cumprimento das suas obrigações de garantia dos direitos;

(ii) a adoção de práticas inconstitucionais, como a incorporação da ação de tutela como parte do procedimento para garantir o direito violado; (iii) a não emissão de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias necessárias para evitar a violação de direitos. (iv) a existência de um problema social cuja solução compromete a intervenção de várias entidades, exige a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações e requer um nível de recursos que exijam um esforço orçamentário adicional importante; (v) se todas as pessoas afetadas pelo mesmo problema utilizarem a ação da tutela para obter a proteção de seus direitos, haverá um maior congestionamento judicial (COLÔMBIA, Sentença 025, 2004, p. 4) (tradução nossa).

Ao analisar os parâmetros citados acima, evidencia-se que o Estado de Coisa Inconstitucional é configurado quando há lesão a vários direitos constitucionais, sendo que esta violação abrange um número significativo de pessoas, em decorrência de uma omissão estatal, seja através da falta de adoção de medidas na esfera legislativa, administrativa ou orçamentária, com a finalidade de sanar o problema. Cabe ressaltar que o problema social em questão, segundo a Corte Constitucional Colombiana, é aquele que requer a intervenção de vários órgãos, exigindo-se, assim, ações coordenadas (COLÔMBIA, Sentença 025, 2004).

A seguir, serão analisados os parâmetros utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para adotar a tese do Estado de Coisas Inconstitucional no âmbito brasileiro.

3 ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PROFERIDA NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N. 347

O Partido PSOL (Partido Socialismo e Liberdade), representado pela Clínica UERJ Direitos e seus advogados, ajuizou em face da União Federal a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347, com o objetivo de obter provimento jurisdicional no sentido de reconhecer o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro e, por conseguinte, que fossem adotadas as medidas cabíveis para sanar o problema e promover melhoria das condições carcerárias vigentes no Brasil.

O mérito da ação decorreu de condutas comissivas e omissivas dos poderes públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, decorrente da superlotação e das condições degradantes do sistema prisional, razão pela qual tais fatos seriam incompatíveis com a Constituição Federal, tendo sido requerida a concessão de liminar nos seguintes termos:

- a) Determine a todos os juízes e tribunais que, em cada caso de decretação ou manutenção de prisão provisória, motivem expressamente as razões que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.
- b) Reconheça a aplicabilidade imediata dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, determinando a todos os juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão.
- c) Determine aos juízes e tribunais brasileiros que passem a considerar fundamentadamente o dramático quadro fático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal.
- d) Reconheça que como a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica, a preservação, na medida do possível, da proporcionalidade e humanidade da sanção impõe que os juízes brasileiros apliquem, sempre que for viável, penas alternativas à prisão.
- e) Afirme que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos do preso, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, visando assim a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção.
- f) Reconheça que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abater tempo de prisão da pena a ser cumprida, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, de forma a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção.
- g) Determine ao Conselho Nacional de Justiça que coordene um ou mais mutirões carcerários, de modo a viabilizar a pronta revisão de todos os processos de execução penal em curso no país que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas “e” e “f” acima.
- h) Imponha o imediato descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, e vede à União Federal a realização de novos contingenciamentos, até que se reconheça a superação do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro (BRASIL, Petição Inicial da ADPF 347, p. 69-70).

Em sede de liminar, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o Estado de Coisa Inconstitucional, através de decisão da maioria e conforme o voto do Relator Min. Marco Aurélio, tendo sido deferidas apenas as liminares referentes às alíneas b e h, citadas na decisão transcrita alhures, sendo indeferidas as demais.

Dessa forma, foi deferida liminar no sentido de determinar aos juízes e Tribunal que observassem o Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 9.3) e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (art. 7.5), devendo realizar audiências de custódia em até noventa dias, bem como viabilizar o comparecimento do preso perante autoridade judiciária no prazo de 24 horas, contados da prisão. Além disso, foi determinado que a União liberasse o saldo acumulado do Fundo

Penitenciário Nacional para fins de utilização com a finalidade prevista em lei, vedando novos contingenciamentos. Ao final, foi determinado que a União e os Estado, em especial o Estado de São Paulo, encaminhasse ao STF informações acerca da situação prisional.

Durante o voto do Min. Relator Marco Aurélio foram mencionadas algumas questões que merecem destaque. Inicialmente, o referido ministro ressaltou que a “ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa falha estrutural a gerar tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação” (BRASIL, ADPF 347, p. 27). O referido ministro destacou que a inércia não pode ser atribuída a apenas um dos poderes, seja o legislativo, como o executivo, na medida em que a situação fática revela a inércia do Estado com um todo. Portanto, haveria uma *falha estatal estrutural*, segundo o Min. Marco Aurélio, sendo que tal fato demonstraria que as políticas públicas adotadas não foram suficientes para modificar o quadro de inconstitucionalidades existente.

Outra questão importante contida no voto do Min. Marco Aurélio consiste na constatação de uma espécie de “litígio estrutural”, visto que a solução para determinada questão dependeria de ações coordenadas da União, dos Estados e do Distrito Federal. Sendo assim, seria necessário “um amplo conjunto de mudanças estruturais, envolvida uma pluralidade de autoridades públicas. A vontade política de um único órgão ou poder não servirá para resolver o quadro de inconstitucionalidades” (BRASIL, ADPF 347, p. 29).

Ao indagar sobre qual o papel do STF no contexto de um elevadíssimo estágio de inconstitucionalidade, o referido Min. Relator considera que apenas o STF seria capaz de “(...) superar os bloqueios políticos e institucionais que vêm impedindo o avanço de soluções, o que significa cumprir ao Tribunal o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados” (BRASIL, ADPF 347, p. 39). E prossegue:

Esse é, enfim, o papel que deve desempenhar o tribunal em favor da superação do quadro de inconstitucionalidades do sistema prisional: retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas, assegurando, assim, a efetividade prática das soluções propostas (BRASIL, ADPF 347, p. 39).

No que tange à questão carcerária, nada mais justa a justificativa contida na referida ADPF para reconhecer o Estado de coisas inconstitucional. Contudo, no presente artigo será dada ênfase à parte da decisão que determinou que a União liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional, para que seja utilizado com a finalidade para a qual foi criado, vedando, ainda, novos contingenciamentos. Portanto, o caráter excepcional do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional é um dado incontroverso. A questão que merece destaque consiste em analisar os possíveis impactos decorrentes da intervenção judicial no que tange ao aspecto orçamentário.

De acordo com os fatos narrados inicial da ADPF n. 347, os recursos do Fundo Penitenciário – FUNPEN estariam sendo contingenciados pela União Federal, a qual não teria repassado os valores disponíveis aos Estados.

O Fundo Penitenciário foi criado através da Lei Complementar nº 79, de 1994, sendo que seu artigo 1º estabelece sua destinação: “proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e os programas de modernização e aprimoramento do sistema penitenciário nacional”.

Nos autos da inicial da ADPF 347 foi informado que os recursos do referido Fundo não estariam sendo aplicados corretamente, ocorrendo o contingenciamento de uma parte. Durante o voto do Min. Marco Aurélio, foram apresentados alguns valores contidos nos relatórios do Departamento Penitenciário Nacional:

Para o ano de 2013, por exemplo, a dotação foi de R\$ 384,2 milhões, tendo sido empenhados R\$ 333,4 milhões. Todavia, apenas R\$ 73,6 milhões foram usados: R\$ 40,7 milhões do orçamento do ano e R\$ 32,8 milhões de restos a pagar. Isso significa que mais de 80% dos valores deixaram de ser utilizados. De acordo com a organização contas abertas, o saldo contábil do fundo, no ano de 2013, chegou a R\$ 1,8 bilhão. Segundo o Requerente, ao fim de 2014, o saldo já era de R\$ 2,2 bilhões” (BRASIL, ADPF 347, p. 39).

Portanto, tais fatos afetaram diretamente a crise do sistema penitenciário brasileiro, segundo o STF, considerando que os valores disponíveis não foram usados para melhorar os presídios, bem como construir novos estabelecimentos prisionais, impactando também nos projetos que deixaram de ser implementados com a finalidade de promover efetiva ressocialização dos presos. Trata-se claramente de uma violação legal, uma vez que o caso em questão é referente a

uma verba com destinação específica, não possuindo o poder público discricionariedade ao utilizar tais valores.

Segundo o voto do Min. Marco Aurélio, em se tratando de verbas com destinação específica, não seria possível realizar o contingenciamento previsto no artigo 5º, inciso III, alínea “b”, da Lei Complementar nº 101, de 2000. Isto porque, o art. 9º da referida Lei Complementar, em seu § 2º, apresenta exceções que decorrem de previsões legais e constitucionais, como no caso em tela.

Art. 9º Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subsequentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias.

(...)

§ 2º Não serão objeto de limitação as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente, inclusive aquelas destinadas ao pagamento do serviço da dívida, e as ressalvadas pela lei de diretrizes orçamentárias.

É patente a ilegalidade que envolve o contingenciamento dos recursos do Fundo Penitenciário, considerando sua destinação legal específica, nos termos dos artigos mencionados acima, razão pela qual foi totalmente procedente a decisão do STF, no sentido de determinar que os valores em questão fossem utilizados para a sua respectiva finalidade. Dessa forma, além do STF ter determinado o cumprimento dos direitos dos presos, alcançou a esfera orçamentária para viabilizar a efetividade dos direitos então lesionados.

Portanto, em casos futuros em que ocorra a comprovação da existência de omissões estatais capazes de promover violência generalizada a vários direitos, ficará demonstrada a existência de uma falha estrutural, considerando o precedente em questão. A título de exemplo, no âmbito da saúde, Pinto (2017a) destaca que o piso destinado à saúde também não pode ser objeto de contingenciamento, considerando a previsão expressa no art. 9º, §2º da Lei de Responsabilidade Fiscal e art. 28 da Lei Complementar n. 141/2012, mesmo que seja utilizada a falsa sujeição à programação financeira, nos termos do art. 8º da Lei de Responsabilidade Fiscal. Ocorre que isto não vem sendo cumprido, segundo Pinto (2017a, p. 9), pois “a União tem mantido, ano após ano, restos a pagar pendentes de processamento desde 2003, para não ter de cancelá-los e compensar proporcionalmente o quanto deixou de aplicar no seu piso em saúde”

Desde o advento da EC 29/2000, nos seus decretos de programação financeira, por meio da previsão de limites de pagamento para as despesas

em ações e serviços públicos de saúde (mesmo aqui já incluídos os restos a pagar) substancialmente inferiores aos limites de empenho. Ou seja, a regra da execução orçamentária federal sempre tem previsto o adiamento intertemporal da quitação das obrigações da União para com o piso do exercício financeiro em vigor e também com o elevado saldo de restos a pagar, em uma espécie de precatorização do gasto mínimo em saúde (é devido, mas fica adiado sine die) (PINTO, 2017a, p. 9).

A saúde no contexto brasileiro também pode ser enquadrada como um problema estrutural, sendo que a questão foi agravada mais ainda no ano de 2016, com o advento da Emenda Constitucional n. 95 que instituiu um novo regime fiscal, alterando o artigo 110 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Dessa forma, a partir de 2018, nos termos art. 110, inciso II, as aplicações mínimas em ações e serviços públicos de saúde serão equivalentes “aos valores calculados para as aplicações mínimas do exercício imediatamente anterior, corrigidos na forma estabelecida pelo inciso II do § 1º do art. 107 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.”

Dito de outra forma, a referida Emenda Constitucional determinou que haverá uma mera correção monetária dos valores das despesas pagas no exercício anterior (2017), sendo que este novo regime fiscal terá a duração de 20 anos.

Sobre a questão, Pinto (2017b) ressalta que a medida cautelar pleiteada na ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) n. 5.658 está pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal, sendo que a referida ação visa justamente tratar sobre as consequências oriundas da Emenda Constitucional n. 95/2016, com relação ao financiamento da saúde e da educação, considerando a “vedação de retrocesso e à relação de proporcionalidade entre gastos mínimos e receitas estatais” (PINTO, 2017b, p. 1).

Diante disso, nada mais justo que o Judiciário interfira no âmbito político para sanar violações sistemáticas a direitos, em face da inércia estatal (legislativa, administrativa e orçamentária). Para tanto, além de determinar o cumprimento de determinadas políticas, poderá avaliar se as receitas fiscais que possuem vinculação específica estão sendo devidamente cumpridas, impedindo que o exercício da discricionariedade administrativa promova a lesão a direitos fundamentais de forma contínua e sistemática.

4 CONCLUSÃO

A contínua inobservância dos direitos fundamentais pelos agentes públicos justifica a crescente atuação do Judiciário no âmbito das políticas públicas. Nesse contexto, o instituto do Estado de Coisas Inconstitucionais, importado da Colômbia, representa mais um instrumento para garantir efetividade a tais direitos. Ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu alguns contornos com relação à aplicabilidade do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil.

No caso, não há que se falar em ativismo judicial, pois o instrumento do Estado de Coisas Inconstitucional não está sendo utilizado no sentido de interpretar normas, com expansão do seu sentido ou alcance. Ou seja, não estaria ocorrendo o que Barroso (2012, p. 31) denomina de “modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição”.

O Estado de Coisas Inconstitucional é um instituto novo, através do qual o Supremo Tribunal Federal pode determinar condutas e obrigações, com a finalidade de garantir a efetividade dos direitos fundamentais violados. Dessa forma, diante de omissões reiteradas, o novo instituto promove um diálogo institucional na busca pela solução de determinado problema estrutural, conforme ensina Lima (2015). Coaduna com Lima (2015) no sentido de que o Judiciário não deve determinar o modo de agir dos órgãos que são responsáveis pela elaboração de determinada política. Segundo o autor, o Judiciário deveria atuar no sentido de promover o engajamento entre os órgãos responsáveis, bem como criar obrigações de resultado.

Nesse sentido, ao proferir o voto na ADPF n. 347, o Relator Min. Marco Aurélio foi enfático ao mencionar que haveria uma *falha estatal estrutural*, sendo que tal fato demonstraria que as políticas públicas adotadas não foram suficientes para modificar o quadro de inconstitucionalidades existente. No caso em questão, além do STF ter determinado o cumprimento dos direitos dos presos, alcançou a esfera orçamentária para viabilizar a efetividade dos direitos então lesionados. Portanto, em casos futuros em que ocorra a comprovação da existência de omissões estatais capazes de promover violência generalizada a vários direitos, ficará demonstrada a existência de uma falha estrutural, considerando o precedente em questão.

Em suma, o referido ministro delimitou o papel do Supremo Tribunal Federal nesse contexto de inconstitucionalidades: interromper o estado de letargia das autoridades públicas vinculadas ao caso; incentivar a formulação de novas políticas públicas; monitorar a implementação das medidas a serem realizadas (BRASIL,

ADPF 347). Nesse ponto, revela-se o avanço na hermenêutica constitucional, pois o STF, ao constatar a omissão do poder público, poderá determinar uma conduta positiva para sanar o problema. Isso não significa dizer que a Corte decidirá de que forma será solucionada a questão, mas sim, que provocará a implementação de novas políticas públicas, pois as existentes não surtiram o devido efeito.

Por fim, ao monitorar a implementação de tais medidas, o STF garantirá uma maior efetividade aos direitos constitucionais, visto que a mera existência de normas abstratas não é suficiente para vincular a atuação do poder público, mesmo que existam leis impondo as devidas penalidades aos agentes. Assim, nada mais justo que sejam atribuídas obrigações de resultado, conforme defende Lima (2015).

Apesar de competir ao Executivo fazer escolhas políticas, quando há um quadro de omissões reiteradas, nada mais justa a intervenção do Judiciário para promover alterações necessárias para garantir efetividade aos direitos fundamentais. Portanto, a utilização do instituto do Estado de Coisas Inconstitucional revela um avanço na hermenêutica constitucional, pois esta não pode ficar limitada ao âmbito restrito da análise de normas jurídicas, pois a realidade fática não pode ser ignorada, como foi o caso da questão da crise do sistema penitenciário que deu origem à ADPF n. 347. Se as políticas públicas elaboradas pelo Executivo não estão surtindo efeito ou são inexistentes, justifica-se a atuação do STF na qualidade de guardião da Constituição Federal.

5 REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das Cortes Constitucionais nas democracias contemporâneas*. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. **(Syn)Thesis**, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, p.23-32, 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347**. Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, Brasília, DF: julgado em 09/09/2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347**. Brasília, DF: 2015
- COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentença n. SU-559**. Relator: Eduardo Cifuentes Muñoz, data do julgamento 06.11.1997. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em: 13 nov. 2017.
- COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentença n. T-153**. Relator: Eduardo Cifuentes Muñoz, Data do Julgamento: 28.04.1998. Disponível em:

<<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentença n. T-025**. Relator: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, data do julgamento 22.01.2004. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional. **Jota Mundo**, 2015. Disponível em: < <https://jota.info/artigos/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional-04052015>>. Acesso em 13 nov. 2017.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Estado de Coisas Inconstitucional. **Jus Brasil**, 2015. Disponível em <<http://brasiljuridico.com.br/artigos/estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acesso em 13, nov, 2017.

LIMA, George Marmelstein. O Estado de Coisas Inconstitucional – ECI: apenas uma nova onda do verão constitucional? **Direitos Fundamentais**, 2015. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2015/10/02/o-estado-de-coisas-inconstitucional-eci- apenas-uma-nova-onda-do-verao-constitucional/>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade “órfã”. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos Estudos**, São Paulo: CEBRAP, nº 58, p. 183-202, 2000.

PINTO, Élide Graziane. Estado de Coisas Inconstitucional na política pública de saúde brasileira. **Futuro do Brasil: ideias para ação**, Centro de Estudos Estratégicos da Fiocruz, 2017a. Disponível em: <<http://cebes.org.br/2017/07/estado-de-coisas-inconstitucional-na-politica-publica-de-saude-brasileira/>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

PINTO, Élide Graziane. Mínimos minorados na iminência do seu congelamento por 20 anos. **Conjur**, 2017b. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-abr-25/contas-vista-minimos-minorados-iminencia-congelamento-20-anos>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de Ativismo. **Conjur**, 2015. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em: 13 nov. 2017.