UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I
FACULDADE DE DIREITO

JOSÉ IVAN GUSTAVO TAVARES

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL À LUZ DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES CONSTITUCIONAIS DA AMÉRICA LATINA

CAMPINA GRANDE
2020

JOSÉ IVAN GUSTAVO TAVARES

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL À LUZ DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES CONSTITUCIONAIS DA AMÉRICA LATINA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Coordenação do Curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Constitucional.

Orientador: Profª. Drª. Cynara de Barros Costa.

CAMPINA GRANDE
2020

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

T231e Tavares, Jose Ivan Gustavo.

O Estado de Coisas Inconstitucional à luz da Teoria dos Custos dos Direitos [manuscrito] : uma análise crítica da jurisprudência das Cortes Constitucionais da América Latina / Jose Ivan Gustavo Tavares. - 2020.

52 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas , 2020.

"Orientação : Prof. Dr. Cynara de Barros Costa , Coordenação do Curso de Direito - CCJ."

1. Estado de Coisas Inconstitucional. 2. Custos dos direitos. 3. Direitos fundamentais. 4. Direito comparado. 5. Direito constitucional. I. Título

21. ed. CDD 342

Elaborada por Candice L. Brasileiro - CRB - 15/815 BSCCJ/UEPB

JOSÉ IVAN GUSTAVO TAVARES

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL À LUZ DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES CONSTITUCIONAIS DA AMÉRICA LATINA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Coordenação do Curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Constitucional.

Aprovada em: 17 / 07/ 2020 .

BANCA EXAMINADORA

Cynara de Barros Costa

Profª. Drª. Cynara de Barros Costa. (Orientadora)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Jimmy Matias Nunes

Prof. Me. Jimmy Matias Nunes
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Renan Farias Pereira

Prof. Me. Renan Farias Pereira
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

À minha família, pelo carinho, apoio e esforços desprendidos para realização deste sonho, DEDICO.

AGRADECIMENTOS

A Deus, provedor de todo a força, perseverança e discernimento necessários para enfrentar os obstáculos surgidos. Sem ele, a consumação deste momento seria impossível.

Ao meu pai, Jadson, à minha mãe, Gilvânia, e aos meus irmãos, Ielson e Igor, por serem porto seguro, fontes de amor, de inspiração, de caráter, de compreensão e de apoio incondicional. Nunca serei capaz de recompensar o esforço e a dedicação que tiveram para tornar possível que eu alcance meus objetivos. Tiveram participação fundamental nessa conquista. Moldaram o homem que sou. A vocês, toda minha gratidão.

Aos meus familiares, que contribuíram direta ou indiretamente na minha formação, em especial ao meu Tio Gilvandro, à minha Tia Jadsa e a minha Tia/Madrinha Lucia.

Aos irmãos fraternos que a vida me presenteou, melhores amigos de jornada escolar e com ânimos de toda a vida, suas amizades contribuíram significativamente para o êxito dessa conquista. Joanna Rayelle, Luis Moreira, Matheus Dias e Jonshon Moreira, sempre lhes serei grato por todos os momentos compartilhados, de sorrisos e de frustações.

Aos amigos e companheiros de graduação, testemunhas de angústias, alegrias, redenções e agora futuros colegas de profissão, sou grato por cada situação que passamos juntos, toda ajuda e compartilhamento de saberes ao longo dessa trajetória, tudo foi aprendizado, desejo tudo de melhor para vocês, Lara Maria, Maria Natália, Hosana Tamara e em especial a Kayan Félix, Ligia Vitoria e Rayane Félix, pela paciência e disponibilidade de sempre.

Aos amigos do INSS, que me acolheram, me ensinaram e tornaram minha primeira experiência profissional enriquecedora e prazerosa. Andreia, Aline, Érika, Lisandra, Raiff e Victor, por suas amizades sempre terei muito carinho e consideração.

Aos amigos e companheiros de profissão do Setor de Compras e Serviços, Felipe, Liana, Mayara, Mércia, Raissa e Thaíse, que comigo enfrentam os estresses e desafios de todos os dias, não deixando de se ajudar, incentivar, e de levar descontração e alegria em meio a tristeza e cansaço. Vocês tornam o ambiente laboral mais leve e agradável. Sou grato por essa equipe.

À está universidade, seu corpo docente e seu quadro de funcionários, que oportunizaram a janela do saber que hoje vislumbro.

À minha orientadora, Professora Dra. Cynara de Barros Costa, que gentilmente aceitou me orientar, por toda a ajuda, presteza, paciência, dedicação, disponibilidade e por ter me guiado no decorrer deste trabalho, me dando todo o suporte e orientação necessários.

“A escassez de recursos e a escassez de meios para satisfazer direitos, mesmo fundamentais, não pode ser descartada. Surgindo esta, o Direito precisa estar aparelhado para dar respostas.”

(Gustavo Amaral)

RESUMO

O Estado de Coisas Inconstitucional, como técnica judicial, foi idealizado para superar violações graves e sistemáticas de direitos fundamentais de grupos vulneráveis, devido à omissão de diversas entidades públicas. Contudo, muitas vezes essas violações decorrem da incapacidade financeira do Estado. Nesse contexto, a Teoria dos Custos dos Direitos defende a realização de uma discussão diligente para enfrentar a problemática, de forma a permitir sentenças mais racionais e efetiváveis, evitando a perpetuação de violações à Carta Magna por ausência de recursos. Logo, a presente pesquisa busca estabelecer, a partir de decisões das Cortes Constitucionais da Colômbia, do Peru e do Brasil, se a temática dos custos dos direitos foi levada em consideração nas sentenças que declaram o ECI e o sucesso obtido na superação deste. Para tanto, emprega-se o método hipotético-dedutivo, através de pesquisa bibliográfica e documental. Após a análise de direito comparado, constatou-se que para maximizar sua efetivação, a decisão que declara o ECI deve fomentar a discussão dos aspectos financeiros, emitir ordens complexas – com maior discricionaridade, e exercer jurisdição monitória após a proferição da sentença.

Palavras-Chave: Estado de Coisas Inconstitucional. Custos dos direitos. Direitos fundamentais. Direito comparado.

ABSTRACT

The Unconstitutional State of Things, as a jurisprudential technique, was formulated to overcome serious and systematic violations of fundamental rights from vulnerable groups, due to the omission of several public entities. However, many of these violations are often due to the state's financial incapacity. In this context, the Theory of the Costs of Rights defends a diligent discussion to face the problem, to allow more rational and effective sentences, and to avoid the permanence of the violations due to lack of resources. This research seeks to establish, based on the decisions of the Constitutional Courts of Colombia, Peru, and Brazil, whether the sentences declaring the ECI discussed the "costs of rights" issue and its success in overcoming it. As for the methodology, this research uses the hypothetical-deductive method, through bibliographic and documentary research. After the comparative analysis, we conclude that to maximize its effectiveness, the decision declaring the ECI must encourage the discussion about its financial aspects, issue complex orders - with greater discretion, and supervise the results after the sentence is given.

Keywords: Unconstitutional State of Things. Costs of rights. Fundamental rights. Comparative law.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
ECI	Estado de Coisas Inconstitucional
FNBSM	Fundo Nacional para Benefícios Sociais do Magistério
FUNPEN	Fundo Penitenciário Nacional
INPEC	Instituto Nacional Penitenciário e Carcerário
PSOL	Partido Socialismo e Liberdade
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1	**INTRODUÇÃO**	**11**
2	**ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL**	**14**
2.1	**Antecedentes, Origem e Evolução**	**14**
2.2	**Conceito e legitimidade**	**17**
2.3	**Declaração do ECI**	**19**
3	**TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**	**22**
3.1	**Os Direitos Fundamentais e a reserva do economicamente possível**	**22**
3.2	**Os custos dos direitos**	**25**
4	**AS SENTENÇAS DECLARATÓRIAS DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL**	**30**
4.1	**Sentencia T-153/1998: Inconstitucionalidade do Sistema Penitenciário Colombiano**	**31**
4.2	**Sentencia T-025/2004: Violação à direitos dos deslocados internos**	**32**
4.3	**Expediente nº 0017/2008-PI/TC: o ECI no Ensino Universitário Peruano**	**34**
4.4	**Expediente nº 00853-2015-PA/TC: o ECI na educação rural do Peru**	**35**
4.5	**ADPF 347/2015: o Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil**	**35**
5	**O ECI À LUZ DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: DA TEORIA À PRÁTICA**	**38**
5.1	**O diálogo institucional e o ativismo judicial dialógico como ferramentas**	**38**
5.2	**Ordens flexíveis e a importância do monitoramento pó- sentença**	**40**
5.3	**Análise prospectiva para o instituno no Brasil e o tratamento da matéria no âmbito do STF**	**43**
6	**CONCLUSÃO**	**46**
	REFERÊNCIAS	**48**

1 INTRODUÇÃO

A inserção de vultuoso número de direitos no campo subjetivo do cidadão, através de sua constitucionalização, provocou profundos impactos na ordem estatal. Ainda que a doutrina reconheça o aspecto mediato (programático) dos direitos fundamentais, o Estado se vê obrigado a condicionar sua atuação à busca pela efetivação desses direitos, de modo gradativo, sem estagná-los ou retrocedê-los.

Contudo, muitos Estados, especialmente os classificados como "em desenvolvimento" e os "países emergentes", enfrentam obstáculos, principalmente de natureza financeira, e não conseguem lograr êxito na efetivação dos direitos fundamentais em níveis mínimos. Trata-se de conjetura observável através de rápida análise das notícias veiculadas atualmente nos meios de comunicações, que geram debates cada vez mais acaloradas no que se refere às políticas públicas.

Não se por olvidar da premissa de que direitos possuem um alto custo financeiro. Escolhas irracionais de alocação de recursos levam o caos a setores da sociedade – tais como em sistemas públicos de saúde, educação, segurança, prisional, previdenciário, etc. – que, conseguintemente, ocasiona o afogamento do judiciário, diante de uma onda de judicializações de demandas que buscam oportunizar o gozo efetivo dos direitos.

Ao enfrentar a adversidade, a Corte Constitucional Colombiana concebe um instrumento judicial que permite o afastamento de barreiras burocráticas, institucionais e jurídicas que impeçam a concretização de direitos. Trata-se do Estado de Coisas Inconstitucional, quadro fático de violações massivas e sistemáticas de direitos de população vulnerável, causado pela ação ou omissão de diversas autoridades e/ou entidades públicas, e cuja declaração faz com que o Judiciário ordene que os poderes competentes tomem as devidas providências para superação do quadro.

É justamente nesse contexto que se origina a problemática da presente pesquisa. Por constituir elemento de relevante importância para efetivação dos direitos, assim como por constituir uma das causas do ECI, a temática da escassez de recursos e dos custos dos direitos nem sempre é devidamente apreciada em processos judiciais que objetivam a tutela de direitos fundamentais.

Desta feita, a pesquisa tem por escopo abordar se e de que modo a discussão acerca da escassez de recursos e dos custos dos direitos pode influenciar na declaração do ECI, bem como na executabilidade das medidas que visam sua superação. Ademais, pretende-se esclarecer os elementos/fatores a serem observado no fomento da discussão da temática.

Parte-se destes questionamentos: com base na jurisprudência firmada em matéria de ECI, pode-se afirmar que a análise da escassez de recursos e dos custos dos direitos fundamentais é relevante/necessária para sua declaração e superação? Até que ponto a temática foi considerada nas sentenças proferidas pelas Cortes Constitucionais, quando da declaração do ECI e da fixação das medidas a serem adotadas visando a superação desse estado? Estas lograram êxito na consecução de seus fins?

A pesquisa teve como hipóteses as seguintes premissas: a declaração do ECI ordena a adoção de medidas visando a sua superação, e que por tais medidas gerarem custos ao Poder Público, essencial se torna a análise e discussão diligente da disponibilidade de recursos, como forma de viabilizar a executabilidade fática/jurídica da sentença; as sentenças apresentam tendência na desconsideração de uma reflexão minuciosa acerca dos custos dos direitos que se propõem a efetivar. Contudo, diferente das sentenças ortodoxas (com mandamentos mais rígidos, quanto ao conteúdo), as sentenças flexíveis, ao determinarem que órgãos com a aptidão necessária elaborem os planos para a superação do ECI, possibilitam decisões mais responsáveis e racionais na alocação dos recursos públicos, maximizando a possibilidade de superação.

O objeto da pesquisa justifica-se em razão do contexto jurídico, político e socioeconômico atual, haja vista a evidência de discussões acaloradas no que diz respeito as escolhas de políticas públicas a serem financiadas e as soluções para aquelas que não receberão investimentos, bem como em razão de o ECI estar sendo adotado pelo ordenamento pátrio, mediante a ADPF 347, a ser julgada pelo STF. Desta forma, mister se faz o estudo da temática de essencial importância, a fim de esgotá-la com resultados positivos.

Ademais, a relevância social e científica se explica em razão de a disponibilidade de recursos e as opções de investimento serem questão de ordem pública, sendo necessária a sua discussão, a fim de aclarar aspectos que devem ser seguidos pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Por conseguinte, os resultados obtidos com a pesquisa enriquecerão o arcabouço científico doutrinário da comunidade jurídica e política, por trazer foco e perspectivas diversas daquelas encontradas em outras pesquisas.

Para obter êxito nos propósitos da pesquisa, a metodologia utilizada foi a exploratória-descritiva, pois explora as temáticas sob novas perspectivas, de maneira a descrever a experiência, estabelecendo uma relação entre as variáveis. No que concerne ao método de abordagem, usa-se o hipotético-dedutivo, haja vista que a solução provisória proposta ao problema da presente pesquisa será submetida a teste, pela análise das sentenças que será realizada, e caso supere a testagem, estará corroborada. Quanto a técnica de pesquisa,

esta foi bibliográfica e documental, com enfoque na análise da literatura que trata sobre o tema, assim como a análise das sentenças de casos emblemáticos que compõem a jurisprudência referente ao Estado de Coisas Inconstitucional.

O presente trabalho se divide em quatro capítulos, dos quais o primeiro e o segundo abordam a temática do ECI e da Teoria dos Custos dos Direitos, respectivamente. No terceiro, tem-se a análise da jurisprudência, para que no quarto capítulo realize-se a discussão e apresentação dos resultados.

2 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

2.1 Antecedentes, Origem e Evolução

No contexto das discussões relativas à garantia dos direitos fundamentais, os antecedentes do Estado de Coisas Inconstitucional-ECI, conforme Germán Santiago Montenegro Montenegro (2015, p. 19), nos remetem à controvérsia doutrinária e jurisprudencial entre a *Political Question Doctrine* e *Structural Remedies*, bem como à teoria do Neoconstitucionalismo Ideológico.

Os defensores da *Political Question Doctrine*, de caráter mais conservador, advogam por uma atuação restrita dos Poderes Públicos, sob o argumento de ser defeso a estes intervirem em assuntos que não são de suas respectivas competências, afirmando que a dimensão objetiva de proteção dos ditos direitos é de competência dos Poderes Executivo e Legislativo, devendo, o Poder Judiciário, limitar-se a garantir a dimensão subjetiva, em respeito ao princípio da separação dos poderes. (MONTENEGRO, 2015, p. 19-20)

Contrariamente, os partidários da *Structural Remedies*, diante das massivas e sistemáticas violações de direitos fundamentais, entendem ser necessário um diálogo institucional[1], que visa a adoção de remédios estruturais, os quais devem transcender a dimensão subjetiva, de modo a proteger a dimensão objetiva dos direitos humanos e tornar efetiva a norma constitucional.

Por último, considerada o antecedente direto do ECI, temos a teoria do Neoconstitucionalismo Ideológico, que, em síntese, defende a ampliação dos poderes do juiz constitucional, para que este persiga a efetivação dos direitos fundamentais e, por conseguinte, a efetividade da Constituição. (MONTENEGRO, 2015, p.21)

Dessarte, diante da conjuntura teórica e a constante judicialização de situações de massiva e sistemática violação de direitos fundamentais, as quais atingem cidadãos em situação de vulnerabilidade, originou-se o denominado Estado de Coisas Inconstitucional, como consequência lógica da *Structural Remedies* e do Neoconstitucionalismo Ideológico.

Na atualidade, podemos encontrar uma quantidade considerável de sentenças declaratórias ou reiterativas do ECI, as quais não se limitam àquelas emanadas pelo Tribunal

---

1 Consoante ensinamentos de Clarissa Tassinari e Ziel Ferreira Lopes, diálogo institucional se refere a interações entre os Poderes nas quais o Judiciário não detém a "última palavra". Em formulações mais ambiciosas, prescrevem uma interação produtiva entre Poderes, na qual deverão trocar argumentos racionais, se abster de decidir nos pontos em que outras instituições têm mais capacidade/legitimidade e tomar suas próprias decisões de modo a desenvolver as decisões já tomadas por outras instituições.

Constitucional que pela primeira vez o constatou, mas, de igual modo, por Cortes Constitucionais de outros países. Entretanto, em linhas gerais, são três as sentenças consideradas marcos na história evolutiva do instituto.

A gênese do ECI remete ao julgamento da SU-559, pela Corte Constitucional Colombiana, no ano de 1997. Nesta, discutia-se a omissão do Poder Público de dois municípios que não filiaram seus docentes ao Fundo Nacional para Benefícios Sociais do Magistério-FNBSM, ainda que realizassem os descontos respectivos nos proventos percebidos pelos professores. Quando da solicitação para recebimento das prestações previdenciárias, os seus titulares obtinham a negativa do FNBSM, o que ensejou a judicialização massiva da questão, por meio de ações de tutelas[2], sob a alegação de violação dos direitos à vida, à saúde, à segurança social e trabalho. (JARDIM, 2018. p. 18-20)

A Corte Constitucional poderia ter se limitado a declarar a violação dos direitos das partes processuais. Todavia, ao se aprofundar na temática, constatou a existência de um quadro generalizado de violações da mesma natureza, praticadas por diversos municípios do país, em razão da execução irresponsável da política educacional, contexto este que muito provavelmente geraria um excesso de demandas que prejudicaria o normal funcionamento do Poder Judiciário. Desta forma, a Corte declarou um estado de coisas contrário aos preceitos da Constituição - o ECI, determinou a notificação das autoridades públicas omissas, bem como estendeu os efeitos da sentença, de modo a garantir, no âmbito de proteção objetiva, os direitos fundamentais. (JARDIM, 2018. p. 20-22)

Importa salientar que o ECI, no âmbito do julgado acima mencionado, possuía fins de ordem processual, haja vista que sua função originária era a de permitir a tutela objetiva de direitos fundamentais, por ausência de instrumento processual legal para tal fim, não realizando, portanto, maiores considerações acerca do instituto. Para George Marmelstein (2015, p. 02), ao permitir que o juiz estendesse a proteção judicial para a população afetada pela violação generalizada e sistemática de direitos, até mesmo para os que não tivessem provocado o judiciário, tinha-se como propósito evitar uma sobrecarga do sistema judicial decorrente de ações que versassem sobre semelhantes temáticas, isto é, demandas repetitivas.

O segundo marco se refere ao julgamento prolatado na Sentença T-153, de 1998, no qual a Corte Constitucional Colombiana, ao analisar a situação individual de um preso, que

---

2 Conforme relata Luis Carlos Alzate Ríos (2012), a ação de tutela representou uma grande inovação do constituinte colombiano de 1991, no que diz respeito aos instrumentos processuais de proteção subjetiva de direitos fundamentais, que, em suas palavras, "*ha logrado un cambio en la mentalidad jurídica del país, la constitución ha estado en manos de todos y cada uno de los colombianos y ha logrado tener el carácter de norma jurídica que otorga derechos subjetivos a los habitantes del territorio*"(destaque nosso).

denunciava as constantes violações a seus direitos mais básicos, constatou se tratar de massiva e estrutural ofensa a direitos fundamentais, em todo o sistema penitenciário do país, visto que não se restringia ao presídio em que o demandante se encontrava sob custódia. Por conseguinte, declarou o ECI e determinou providências para sua superação (JARDIM, 2018, p. 36).

Destaca-se supracitada decisão pelo fato de que em seu fundamento, a Corte Constitucional defendeu, pela primeira vez, a necessidade de um diálogo institucional com fins de resolução de problemas estruturais, ao determinar que as autoridades competentes elaborassem planos de construção e reconstrução de presídios, e, dentre outras medidas, "a adoção de medidas de proteção urgentes, estabelecendo as de caráter estrutural e permanente" (JARDIM, 2018, p.34). Ademais, aperfeiçoou o mecanismo judicial, ao identificar pela primeira vez, ainda que de maneira incompleta, os requisitos a serem observados para constatação do ECI, a saber, (1) a constante violação de direitos fundamentais de considerável número de pessoas - que podem judicializar a questão, de modo a causar o afogamento do judiciário -, (2) a atribuição da violação a mais de uma autoridade pública, caracterizando uma vulneração estrutural (CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. Sentença T-153/98).

Por último, como marco na evolução jurisprudencial do ECI, têm-se o julgamento, pela Corte Constitucional Colombiana, em 2004, do processo que denunciava a massiva e sistemática violação de direitos dos deslocados internos[3]. Trata-se da sentença T-025, que inovou ao analisar pormenorizadamente o mecanismo judicial, descrevendo os requisitos a serem observados para sua declaração. Para além disso, referida sentença, por utilizar o denominado *ativismo dialógico*[4] e adotar a doutrina *Structural Remedies*, proporcionou modificações estruturais, por meio de decisões flexíveis, por ocasião do estabelecimento das ordens a serem cumpridas pelas outras autoridades públicas. Ampliou, assim, sua função, ao não encerrar a sua atividade no momento da proferição da sentença e exercer monitoria

3 O conceito mais utilizado hodiernamente é aquele proposto pelo Representante Especial do Secretário-Geral das Nações Unidas para Deslocados Internos, no instrumento denominado como Princípios Orientadores para os Deslocados Interno (1998), segundo o qual deslocados internos são "pessoas, ou grupos de pessoas, forçadas ou obrigadas a fugir ou abandonar suas casas ou seus locais de residência habituais, particularmente em consequência de, ou com vistas a evitar os efeitos dos conflitos armados, situações de violência generalizada, violações de direitos humanos ou calamidades humanas ou naturais, e que não tenham atravessado uma fronteira internacionalmente reconhecida de um Estado"(destaque nosso).

4 Consoante lições de Clarissa Tassinari e Ziel Ferreira Lopes (2018), o ativismo judicial dialógico prescreve "uma interação produtiva entre Poderes, na qual deverão trocar argumentos racionais, se abster de decidir nos pontos em que outras instituições têm mais capacidade/legitimidade e tomar suas próprias decisões de modo a desenvolver as decisões já tomadas por outras instituições. O Judiciário se encontraria em boa posição para promover essa deliberação, sanando os problemas no seu fluxo e provocando soluções, evitando-se, assim, a ideia da afirmação de uma supremacia judicial". (destaque nosso)

quanto às ações adotadas pelo Poder Público para a superação do ECI. (JARDIM, 2018, p.36-39.)

Embora seja objeto de grande celeuma, o mecanismo judicial experimentou, sentença a sentença, de indiscutível desenvolvimento e aceitação dentre os juristas, como adicional instrumento a auxiliar o combate ao desrespeito de direitos constitucionalmente previstos.

2.2 Conceito e legitimidade

A doutrina e jurisprudência contemporânea consideram o Estado de Coisas Inconstitucional como uma técnica ou mecanismo judicial, com o escopo de superar, mediante a adoção de ações abrangentes e eficazes por autoridades do Poder Público, a realidade fática contrária ao texto constitucional. (CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. Sentença T-025/04)

Trata-se, como visto, de uma criação jurisprudencial, ainda em desenvolvimento, que possibilita à Corte Constitucional, após a devida constatação do ECI, estender os efeitos da sentença que o declara para garantir ao máximo a efetividade dos direitos fundamentais, especialmente àqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade. Não objetiva, portanto, a resolução de um problema jurídico, mas a alteração de um estado de coisas para compatibilizá-lo ao que determina a Carta Maior.

Neste sentido, Josefine Quintero Lyons, Angélica Matilde Navarro Monterroza e Malka Irina Meza (2011), afirmam que

> "a figura do estado de coisas inconstitucional pode ser definida como um mecanismo ou técnica jurídica criada pelo Tribunal Constitucional, por meio do qual declara que certos fatos são abertamente contrários à Constituição, por violar massivamente direitos e princípios nela consagrados e, por conseguinte, insta as autoridades competentes, no âmbito das suas funções e dentro de um prazo razoável, a adotar as medidas necessárias para corrigir ou superar esse estado de coisas.[5]" (Tradução nossa)

Na mesma linha de raciocínio, Caio Cesár Bueno Schinemann (2016, apud JARDIM, 2018. p. 22.) concebe o ECI como o mecanismo originado jurisprudencialmente com a pretensão de caracterizar determinadas situações como inconstitucionais, mediante sentenças declarativas, em razão de violações massivas e sistemáticas de direitos fundamentais e princípios constitucionais.

---

5 "*La figura del Estado de cosas inconstitucionales puede ser definida como un mecanismo o técnica jurídica creada por la Corte Constitucional, mediante la cual declara que ciertos hechos resultan abiertamente contrarios a la Constitución, por vulnerar de manera masiva derechos y principios consagrados en la misma, en consecuencia insta a las autoridades competentes, para que en el marco de sus funciones y dentro de un término razonable, adopten las medidas necesarias para corregir o superar tal estado de cosas*." (LYONS; MONTERROZA; MEZA, 2011, p. 03-04, destaque nosso)

Logo, as sentenças declaratórias versam sobre litígios ou casos estruturais[6], caracterizados por: acometer considerável quantidade de pessoas; implicar falhas estruturais de políticas públicas a entidades estatais que as causaram; acarretar ordens de elevada complexidade, para superação do ECI, não restringindo os efeitos da sentença às partes. (GARAVITO; FRANCO, 2010, apud GUIMARÃES, 2017)

O ECI, ainda que possua nobres fins, foi, por ocasião do seu advento, e ainda é tema de controvérsias entre os doutrinadores, que discutem as justificativas e os fundamentos jurídicos que respaldam o mecanismo de origem jurisprudencial - considerando não existir sua previsão constitucional ou legal, bem como a legitimidade da Corte Constitucional no que se refere a sua criação e declaração, tendo em vista que, no primeiro momento, transparecia se tratar de uma usurpação de competências administrativas e legislativa, em clara violação ao princípio de separação de poderes.

Todavia, para que se compreenda tais pontos, mister é a consideração do contexto que ensejou criação do ECI, o qual, em linhas gerais, envolvia a saturação do judiciário por demandas de garantia subjetiva de direitos fundamentais, em razão de circunstâncias semelhantes, a necessidade de um diálogo institucional e a ineficácia da reiteração de jurisprudência para superação das violações[7]. O ECI surge, destarte, conforme já exposto, como resposta a fatos jurídicos, isto é, a realidades fáticas as quais o direito considera relevante e deseja modificar, e é dessas realidades e dos princípios do direito que extrai seu fundamento direto. (PEÑA, 2011, p.09)

O princípio da separação dos poderes, assim como os demais, não é absoluto[8]. As Constituições Democráticas, ao introduzirem em seus textos meios de controle entre os

---

6 O modelo clássico de processo ou litígio judicial se caracteriza por ter como objeto fatos passados que geraram consequências para a uma das partes processuais, que busca a correção do dano, bem como pela bipolarização de interesses, no sentido de que os efeitos da sentença não excedem às duas partes em conflito. Nos processos/litígios judiciais estruturais, por sua vez, visa-se a instituição ou a reformulação de políticas públicas. Nesses processos, "não se questiona um ato isolado, mas sua institucionalização e reprodução" sistemática. Objetiva-se modificar toda uma estrutura estatal para evitar a perpetuidade de violações a direitos, de modo que os efeitos da sentença transcendam as partes processuais, para atingir todos aqueles que sejam ou possam vir a ser afetados pelas práticas indevidas. (VIOLIN, 2019, p. 56-58)

7 "*En resumen, se pueden inferir tres puntos claves por los cuales se crea este mecanismo procesal: a) Evitar la excesiva acción de tutela, justificándose con el principio de economía procesal. b) El deber de colaboración armónico entre los órganos del Estado para que éstos respeten los derechos fundamentales. c) Y la protección efectiva de los derechos fundamentales ante fallas estructurales que reconducen a su vulneración."* (LY; TELLO, 2014, p. 225, destaque nosso).

8 Conforme lições de Gabriel Bustamente Peña (2011, p. 92-98), seria ilógico que os Poderes Executivo e Legislativo invocassem o princípio da separação de poderes como justificativa a impedir a atuação do controle judicial das políticas públicas, de modo que aqueles perpetuassem práticas de violações generalizadas de direitos fundamentais, em flagrante desrespeito ao texto constitucional. Segundo o mesmo, o estabelecimento de um Estado Social e Democrático de Direito exige primazia no respeito e promoção dos direitos fundamentais, devendo o judiciário ser recursivo e flexível em suas funções para que os fins sejam alcançados.

poderes - controle de constitucionalidade de atos e normas, cujo exercício é especialmente de competência do Poder Judiciário - legitimaram as Cortes Constitucionais a atuarem veementemente para além do âmbito de suas competências típicas, sempre que por atos ou omissões, os outros poderes extenuarem a supremacia e efetividade das Constituições, principalmente em matéria de direitos fundamentais. (HESS, 2011)

Há que se recordar acerca da função de guardiã da Constituição, a qual exerce a Corte Máxima, não sendo permitido a esta escusar-se de decidir, sempre que aquela for ofendida. Estas interferências, entretanto, não são ilimitadas, devendo observar a ordem constitucional e democrática de direito, sendo sempre a *ultima ratio* na busca da concretização dos Textos Constitucionais, pois os poderes devem ser harmônicos entre si.[9] (PEÑA, 2011, p.98)

O ECI, assim, se alicerça nos mandamentos e princípios constitucionais de guarda e proteção do Texto Fundamental, nas obrigações que as autoridades públicas possuem para com o Estado Social e Democrático de Direito - efetivação dos direitos previstos, e na primazia dos direitos humanos. Sua legitimidade provém da hermenêutica constitucional, em razão da inexistência de solução própria e estruturada no que se referem às omissões inconstitucionais institucionalizadas. (JARDIM,2018, p. 16)

2.3 Declaração do ECI

Esclarecida a gênese e evolução do ECI, bem como superadas as indagações relacionadas aos fundamentos do ECI e a legitimidade da Corte, o questionamento que naturalmente se sucede diz respeito ao momento para acionar tal mecanismo judicial.

A Sentença T-025/2004 se destaca de suas antecessoras justamente por oferecer aprimorada descrição das condições ou requisitos para verificação e declaração do ECI, sendo, contudo, necessário salientar a natureza excepcional da técnica, que, por representar flexibilização do tão essencial princípio da separação de poderes, deverá ser empregada com bastante cautela, quando presente todos os seus requisitos ou condições, de modo a evitar a banalização de seu uso. (MONTENEGRO, 2015, p. 29)

---

9 "*De igual forma, así como los jueces no pueden llegar al activismo judicial, distorsionando el orden constitucional y democrático de derecho, la configuración del Estado moderno implica que la rama judicial no puede caer tampoco en el otro extremo, la abulia judicial, esto es, que ante la constatación irrefutable de una violación de derechos fundamentales, el juez decida no ejercer la tutela judicial sobre la administración, bajo la excusa de no quebrantar el equilibrio de poderes*" (PEÑA, 2011, p.98, destaque nosso).

A Corte Constitucional informou, na sentença acima mencionada, o rol de condições cuja existência deve ser verificada no estado de coisas objeto de análise, para que, se constatadas, declarar o ECI. São elas:

> "(i) a violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais que afeta um número significativo de pessoas;
> (ii) omissão prolongada das autoridades no cumprimento de suas obrigações de garantir direitos;
> (iii) a adoção de práticas inconstitucionais, como a incorporação da ação tutela como parte do procedimento para garantir o direito violado;
> (iv) a não emissão de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias necessárias para evitar a violação de direitos.
> (v) a existência de um problema social cuja solução comprometa a intervenção de várias entidades, requer a adoção de um conjunto de ações complexas e coordenadas e requer um nível de recursos que exija um esforço orçamentário adicional significativo;
> (vi) se todas as pessoas afetadas pelo mesmo problema recorrerem à ação tutela para obter a proteção de seus direitos, haveria mais congestionamento judicial."[10] (tradução nossa)

Consoante afirma César Rodríguez Garavito (2009, apud LYONS; MONTERROZA; MEZA, 2011, p. 72) , essas seis condições podem ser resumidas em três fatores: condições de processo (falhas estruturais de políticas públicas no país), condições de resultado (violação massiva e sistematizada de direitos fundamentais de um número indeterminado de pessoas) e a indispensável necessidade de diálogo institucional para modificação da realidade contrária à constituição.

A declaração do ECI não acontece de maneira imediata. Pelo contrário, há várias fases que a Corte Constitucional deve percorrer antes de fazer uso de uma ferramenta tão importante e excepcional, que vão desde a verificação das condições para declaração, até a efetiva superação. Essas fases foram sintetizadas por George Marmelstein (2015) de acordo com a seguinte ordem:

> (i) identificação e prova do quadro de violações sistemática de direitos, por meio de inspeções, relatórios, perícias, testemunhas etc.;
> (ii) declaração do Estado de Coisas Inconstitucional;
> (iii) comunicação do ECI aos órgãos relevantes, sobretudo os de cúpula e aos responsáveis pela adoção de medidas administrativas e legislativas para a solução do problema;
> (iv) estabelecimento de prazo para apresentação de um plano de solução a ser elaborado pelas instituições diretamente responsáveis;

---

10 "*Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un ECI, cabe destacar los siguientes: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (ii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (iv) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (v) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial*." (CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. Sentença T-025/04, destaque nosso)

> (v) apresentação do plano de solução com prazos e metas a serem cumpridas;
> (vi) execução do plano de solução pelas entidades envolvidas;
> (vii) monitoramento do cumprimento do plano por meio de entidades indicadas pelo Judiciário;
> (viii) após o término do prazo concedido, análise do cumprimento das medidas e da superação do ECI;
> (ix) em caso de não-superação do ECI, novo diagnóstico, com imputação de responsabilidades em relação ao que não foi feito;
> (x) nova declaração de ECI e repetição do esquema, desta vez com atuação judicial mais intensa.

Os principais efeitos produzidos pela declaração do ECI dizem respeito a emissão de ordens às instituições do Poder Público responsáveis pelas falhas estruturais e a expansão dos efeitos inter partes, para que aqueles que sejam afetados possam obter a tutela, ainda que não sejam demandantes no processo. (MONTENEGRO, 2015, p.46)

Por fim, cumpre evidenciar que somente se torna possível declarar a superação do ECI caso se constate que as ações realizadas pelas entidades envolvidas obtiveram sucesso em solucionar as falhas estruturais de políticas públicas, bem como se constatar o efetivo gozo dos direitos pela população afetada.(MONTENEGRO, 2015, p.41)

3 TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A partir de uma observação superficial das situações de massiva e sistemática violação de direitos fundamentais, que ensejaram as respectivas declarações do Estado de Coisas Inconstitucional, é perceptível a todas elas um elemento comum, presente direta ou indiretamente. Este, ligado a aspectos orçamentários, é de extrema relevância na discussão voltada à efetivação das normas constitucionais que versam sobre citadas espécies de direitos, conforme defendem Stephen Holmes e Cass Sunstein (1999, apud FLORES, 2016), devendo, por isso, ser considerado sempre que houver a declaração do ECI. Trata-se, pois, dos custos dos direitos fundamentais.

Desta forma, ao considerar a relação existente entre o mecanismo judicial - ECI - e a Teoria dos Custos dos Direitos, e que o presente trabalho tem por escopo analisar se os juízes constitucionais realizam a valoração da questão da escassez de recursos, quando das sentenças declaratórias de ECI, mister se faz a contextualização acerca da temática dos custos.

3.1 Os Direitos Fundamentais e a reserva do economicamente possível

Os Direitos Fundamentais, consoante a doutrina clássica, são produtos da transição dos Estados Absolutistas para os Estados Liberais. A opressão, alta tributação, arbitrariedade e personificação do poder, características vigentes naquele tipo de estado, geraram, naturalmente, revolta na população, que sufocada pelo poder estatal ilimitado, deu início ao processo de reconhecimento dos direitos inerentes à condição humana, por meio de movimentos sociais, de forma que ocasionou a gradual superação dos Estados Absolutistas, para dar lugar aos Estados Liberais, notadamente no pós-Revolução Francesa e Americana, sendo estes marcados pela autonomia da vontade e proteção dos direitos individuais. (MENDES; BRANCO, 2017)

Surge, então, a primeira geração[11] dos direitos fundamentais, caracterizada pela ausência de preocupações no âmbito social e que considera o homem em seu aspecto individual. Correspondem a essa geração as liberdades individuais e políticas, como os direitos à propriedade, à manifestação, à consciência e à reunião. Sua finalidade era a

11 Importa salientar que os Direitos Fundamentais são produtos de evolução histórica e que a divisão em gerações, conforme ressaltado por Karina Rocha Martins Volpe (2011), se dá para fins didáticos, a fim de precisar o momento de surgimento dos direitos, sem, com isso, transparecer a ideia de que uma geração substitui a outra, tendo em vista que estes se cumulam pelas gerações. Portanto, a doutrina esclarecida defende a utilização do termo “dimensões”, por ser mais compatível com o aspecto evolutivo.

limitação do poder estatal em relação ao indivíduo, de modo a impedir ingerências indevidas, traduzindo-se em "postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo" (MENDES; BRANCO, 2017, p. 128), uma ação negativa por parte do Estado - daí se originou a falsa percepção de que não geram custos ao Poder Público.

A despreocupação com os aspectos sociais nessa primeira geração teve como consequência a ocorrência de problemas comunitários causados pela acentuada desigualdade social e exploração dos economicamente hipossuficientes, fazendo surgir novas reivindicações, que exigiam do Estado uma postura positiva, isto é, de agir para realizar a justiça social. Refere-se a transição do Estado Liberal para o Estado Social, marcada pelo reconhecimento dos direitos de segunda geração, que tinham como objetivo estabelecer uma liberdade real e igualitária para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos, que através da disponibilização de seus recursos, deveria promover a assistência social, a saúde, a educação, o trabalho, o lazer etc. (MENDES; BRANCO, 2017)

Por fim, têm-se os direitos de terceira geração, surgidos no contexto do pós-Segunda Guerra Mundial, em razão da publicidade dos crimes cometidos contra os povos, no seu aspecto mundial. São direitos dessa geração os direitos à pacificidade, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural[12]. (MENDES; BRANCO, 2017)

Compete, portanto, aos Poderes Públicos a efetivação dos direitos fundamentais. Para tanto, e levando em conta a incorporação de vasto número de direitos no campo subjetivo do cidadão, bem como seus custos, inevitável foi a fixação de formas de financiamento, com o intuito de tornar possível a sua efetivação. Assim, os textos constitucionais instituíram os tributos, contribuições realizadas pela sociedade, visando a disponibilização de recursos para que o Estado execute programas e políticas públicas de direitos fundamentais. (MÂNICA, 2007)

Todavia, ainda que demasiada a carga tributária do cidadão, logo se constatou que o Estado dispunha de recursos limitados para concretização de direitos, em virtude de haver grande número de demandas da sociedade e existir previsão de obrigatoriedade na concretização de todos os direitos. Os Poderes Executivo e Legislativo, ao não promoverem políticas públicas suficientes para efetivar os direitos fundamentais, recorreram a cláusula de

12 Parte da doutrina defende a existência de direitos de 4ª e 5ª, correspondendo, respectivamente, aos direitos à ciência e tecnologia e a paz mundial. (COSTA, 2018)

reserva do possível, decorrente da Teoria da Reserva do Possível, na tentativa de se escusar da obrigação constitucional e restringir a intervenção judicial. (MÂNICA, 2007)

A concepção da Reserva do Possível está relacionada tanto às restrições orçamentárias e financeiras que impossibilitam a efetivação imediata de todos os direitos fundamentais, como àquilo que se pode exigir judicialmente do Estado. Surgiu na Alemanha, em decisão denominada como *Numerus Clausus* (BverfGE n.º 33, S. 333)[13], proferida pelo Tribunal Constitucional, o qual, ao prolatar a sentença, valeu-se da cláusula para embasar o argumento de que a prestação positiva em discussão sujeitar-se-ia à reserva do possível, pois a pretensão requerida estaria para além dos deveres impostos ao Estado, ainda que este disponha dos recursos - admitindo, pois, a inexistência de supremacia absoluta dos direitos fundamentais. (VOLPE, 2011; MÂNICA, 2007)

Para José Marcelo Barreto Pimenta (2016) e Fernando Borges Mânica (2007), tratou-se de justificativa a não realização de direitos sociais por parte do Estado, por falta de recursos e pela não razoabilidade quanto ao pedido. Destarte, num estado no qual os direitos fundamentais, especialmente os sociais, foram prestados dentro de sua capacidade, não seria razoável exigir além das suas obrigações constitucionais[14].

Em sua origem, portanto, a teoria não se restringia à discussão acerca da existência de recursos. Entretanto, por ocasião de sua adoção, alguns países modificaram sua concepção, em razão, principalmente, das diferenças no cenário político-social, conforme explicitam referidos autores[15]. Tornou-se reserva do economicamente possível[16], de jeito a inverter-se os parâmetros de aplicabilidade. O critério primário da teoria passou a ser a insuficiência de recursos. A razoabilidade e proporcionalidade ficaram relegadas a segundo plano e muitas vezes, até esquecidas.

À vista disso, diante da utilização, pelos outros poderes, da reserva do possível como subterfúgio para não efetivação dos direitos, o Poder Judiciário, em reação, aduziu a inescusável obrigação do Estado em promover os meios que efetivem e garantam uma vida

---

13 Trata-se de demanda judicial, fundamentada no direito à livre escolha da profissão e do centro de formação profissional, proposta por estudantes inadmitidos no processo seletivo para as escolas de medicina de Hamburgo e Munique, em razão da política de limitação do número de vagas nos cursos. (MÂNICA, 2007)

14 Observa-se que, na Alemanha, a ideia de Reserva do Possível tem como critérios primários a razoabilidade e proporcionalidade do pedido, e como secundário a insuficiência de recursos.

15 No Brasil, por exemplo, o governo, considerando interesses políticos, faz uso da reserva do possível como forma de se isentar do cumprimento de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.

16 A autora Ana Paula de Barcellos informa que a reserva do economicamente possível se divide em: reserva do possível fática e reserva do possível jurídica. Aquela corresponde à inexistência fática de recursos, isto é, uma "exaustão orçamentária". A última, refere-se à ausência de previsão orçamentária para despesa pública específica (2008, p. 262-263).

digna às pessoas, um mínimo existencial, diretamente ligado à dignidade da pessoa humana, não cabendo contra este mínimo, qualquer justificativa que esvazie a sua concretização. (WEBER, 2013)

A noção do que vem a ser o mínimo existencial está relacionada ao conjunto de direitos sem os quais não é possível se ter uma vida digna. Seu conteúdo é bastante discutido na doutrina, pois a definição dos direitos que compõe seu núcleo é diretamente afetada pelas condições econômicas, culturais e sociais de determinado povo, isto é, sujeita-se ao contexto histórico da realidade na qual se pretende utilizar[17]. (VOLPE, 2011; WEBER, 2013)

Para autores como Ana Paula Barcellos e Ricardo Lobo Torres, a reserva do possível não é oponível a esse conjunto de direitos que compõe o mínimo existencial, pois este deve ser prioridade na definição das políticas públicas a serem realizadas pelo Estado. Diversamente, há autores, como Daniel Sarmento, que defendem a sujeição do mínimo existencial à reserva do possível e à ponderação, não sendo possível garanti-lo sem refletir acerca de seu custo. (VOLPE, 2011; SILVA, 2011)

Identifica-se, portanto, na alegação do mínimo existencial, um fundamento legitimador do ativismo judicial, mediante o qual o Poder Judiciário intervém na definição das políticas públicas, haja vista que esse mínimo corresponde a direito público subjetivo decorrente da condição humana e deve ser levado a cabo. Contudo, a sua tentativa de concretização não pode ocorrer de maneira irracional, sem levar em consideração aspectos de relevante importância, como a escassez de recursos, pois ela é real e, para serem efetivados, os direitos têm custos.

3.2 Os custos dos direitos

Os célebres professores Stephen Holmes e Cass Sunstein[18], na obra *O custo dos direitos: porque a liberdade depende dos impostos*, ao se debruçar sobre a temática da inefetividade dos direitos fundamentais, conceberam a Teoria dos Custos dos Direitos, a qual,

17 O que não pode ocorrer é a confusão entre mínimo vital(entendido como o aquilo necessário a existência(aspecto físico)) e mínimo existencial (entendido como aquilo necessário não só a ter uma vida, mas que seja digna, tornando o indivíduo apto a cidadania, ao exercício pleno de suas liberdades e desenvolver ao máximo suas potencialidades). (WEBER, Thadeu, 2013)

18 Stephen Holmes é professor de Direito da Universidade de Nova Iorque. Lecionou ciência política na Universidade de Chicago a partir de 1985 e tornou-se professor titular em 1989. Também lecionou na Universidade de Princeton de 1997 a 2000, antes de assumir o atual cargo. Cass Sunstein é um intelectual principalmente nas áreas de direito constitucional, direito administrativo, direito ambiental e direito e economia comportamental. Foi administrador do escritório de Informações e Regulação da Casa Branca durante o governo Obama. Durante 27 anos lecionou na Escola de Direito da Universidade de Chicago. Atualmente é professor da Escola de Direito de Harvard.

ao reconhecer que todos os direitos fundamentais necessitam de uma postura ativa do Estado, que dispõe dos recursos para efetivá-los, entende como inadequada a tradicional classificação dos ditos direitos. (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, apud FLORES, 2016)

Para citados autores, a caracterização dos direitos em positivos ou negativos, a depender do tipo de atuação estatal para efetivá-lo, está incorreta, pois todos os direitos exigem uma postura ativa do Estado, não existindo necessariamente uma correspondência entre direitos sociais e obrigações de fazer, por um lado, e direitos de liberdade e obrigações de não fazer, de outro lado[19]. (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, apud FLORES, 2016)

Segundo Bruno Moraes Faria Monteiro Belem,

> tal como os direitos de liberdade, os direitos sociais impõem ao Estado deveres de respeitar (essencialmente um dever de abstenção), de proteger (essencialmente prestações normativas ou, eventualmente, fáticas) e de promover (essencialmente prestações fáticas ou, eventualmente, normativas) o acesso individual aos bens jusfundamentalmente protegidos, e a depender da dimensão, um direito de liberdade pode gerar custos 'financeiros tão ou mais onerosos do que certas pretensões ligadas a direitos sociais. (BELEM, 2011, destaque nosso)

Portanto, todos os direitos fundamentais geram custos para serem efetivados, de modo que estão sujeitos à reserva do financeiramente possível. [20]

Holmes e Sunstein (1999, apud BELEM, 2011) defendem que para se levar os direitos a sério, é de fundamental importância também levar a sério os seus custos e a questão da escassez de recursos, visto que, ainda que elevada seja a carga tributária imposta ao cidadão, conforme defendem os professores, os recursos a serem disponibilizados à efetivação dos direitos fundamentais são finitos e insuficientes para atenderem uma demanda infinita, que só tende a aumentar, dia após dia. Desse modo, caberia aos Poderes Executivo e Legislativo a determinação, de modo racional, da alocação de recursos de acordo com as prioridades e necessidades de efetivação destes direitos, por estes possuírem a expertise e competência para tanto. (HOLMES, SUNSTEIN, 1999, apud FLORES, 2016)

Seguindo o mesmo entendimento, Josué Mastrodi e Abner Duarte Alves expressam a necessidade de zelar pela “adequada administração e alocação dos recursos disponíveis”, só sendo possível se as decisões tomadas forem economicamente eficientes e finalisticamente

---

19 Gustavo Amaral (2010, p. 46) aborda a temática mediante conceituação própria. Para o autor, inexiste direitos negativos e positivos, classificando-os em dependentes ou parcialmente independentes de atuação estatal. O raciocínio utilizado é o mesmo de Holmes e Sunstein: todos os direitos necessitam de custeio e, sob este aspecto, não podem ser distinguidos. Flavio Galdino (apud TORRES, 2007, p. 277), por sua vez, em posicionamento radical, evidenciou exclusivamente aspectos econômicos, entendendo que a escassez não é externo ao direito, mas, ao contrário, deve compor seu próprio conceito.

20 O autor Fernando Fróes Oliveira (2012, p. 52), exemplificando com o direito de reunião (de primeira dimensão) e o direito de greve (de segunda dimensão), explica que para concretizar o primeiro, o Estado atua positivamente, ao oferecer policiamento e organizar o trânsito, enquanto que para efetivar o segundo, não deve intervir no movimento paredista, isto é, uma omissão, ainda que haja espaço para regulamentação normativa.

valoradas. Afirmam que a questão da escassez de recursos e dos custos dos direitos não deve ser entendida como artifício ideológico para denegação de direitos. Antes disso, os concebe como instrumento hábil a "converter o sistema jurídico em um poderoso instrumento de transformação social, representando também uma justificativa para o próprio Direito" (MASTRODI, ALVES, 2016).

Em decorrência do ponto de vista defendido, consoante adverte Gustavo Amaral, haverá a exigência de que se opte por atender um reclame ou outro, ainda que haja a obrigação de responder a ambos, "pois o recurso é insuficiente para o atendimento de todos" (AMARAL, 2001, p. 130). Corresponde a uma consequência natural e inevitável resultante da limitada capacidade financeira do Estado.

A escolha por essa ou aquela política pública para ser subsidiada e, por conseguinte, a inefetividade desse ou daquele direito faz surgir a demanda perante o Poder Judiciário, que como guardião e fiscal de aplicação da Constituição, as analisará caso a caso. O risco desta análise se refere justamente ao fato de o Poder Judiciário possivelmente "autoproclama-se por si mesmo ser insulado do processo político, seguindo os princípios de que a matéria fiscal compete ao poder legislativo e executivo" (FLORES, 2016), de modo a comprometer toda a atividade orçamentária do Estado.

Ocorre que, ao verificar a existência de limitações práticas, conforme defendido por Holmes e Sunstein, constata-se que os juízes são institucionalmente bloqueados quanto às consequências distributivas de suas decisões, bem como não possuem informações suficientemente aptas a determinar que o estado cometeu um erro quando concluiu, antes do fato (que ensejou a demanda judicial), que seus limitados recursos eram mais eficientes se empregados de determinada maneira. Os juízes, ao decidirem casuisticamente, o farão desconsiderando que os recursos em discussão, que serviriam a outro fim de interesse público mais abrangente, serão realocados à demanda específica, afetando de forma negativa a coletividade.

> Neste sentido, os tribunais não estão bem posicionados para vigiar o complicado processo de eficiência na condução da alocação de recursos com mais ou menos habilidade que os órgãos do governo nem estão prontos para retificar erros de alocações passadas. Juízes não têm o treinamento adequado para estas tarefas e eles necessariamente operam com informação inadequada e tendenciosas fontes de informação. Em frente a estes problemas, como um juiz mede a urgência comparada a outros problemas sociais que competem pela atenção do governo e sobre os quais ele sabe virtualmente nada? Como podem juízes, decidindo um caso individual, levar em conta o teto do orçamento do gasto do governo? Diferente do legislador, o juiz é limitado em um caso por vez num caso particular. (FLORES, 2016, destaque nosso)

Por essa razão, têm-se que o reconhecimento judicial de direitos a serem prestados pelo Estado afeta diretamente a atividade política-orçamentária.

Importa frisar que a Teoria dos Custos dos Direitos, como idealizada pelos seus criadores, não legitima o descumprimento dos direitos, sobretudo àqueles que correspondem ao mínimo existencial, em razão da escassez de recursos. Tampouco deseja a omissão do Judiciário, por entender que o passivismo judicial pode ser tão prejudicial quanto o ativismo judicial irracional. Em verdade, almeja gerar um amplo debate no que se refere à dimensão da proteção conferida aos direitos, de modo a se observar os recursos disponíveis em cada realidade, "permitindo, desta forma, que o gestor público direcione melhor os parcos recursos encontrados nos cofres públicos" (CALDAS, 2017, p. 69).[21]

Assim, considerando as circunstâncias de relativa inaptidão do Poder Judiciário para efetivar os direitos e a sua necessidade de apresentar resposta à demanda de efetivação que perante ele for proposta, qual seria a forma mais eficiente de resolução do problema?[22]

Pela exposição ideológica realizada, deduz-se, desde logo, que a adoção de uma postura mais ortodoxa pelo Judiciário, ao emanar ordens rígidas e fechadas, de fazer, para as autoridades competentes, sem margem de discricionariedade e sem possibilitar a discussão de realidades que transcendem ao processo, tendem a dificultar a efetivação dos direitos fundamentais e da própria Constituição, não sendo, portanto, recomendadas.

Ocorre que referidos tipos de ordens, aliados à ausência de discussões acerca dos custos dos direitos e da escassez de recurso, pressupõem uma conjuntura utópica, na qual inexistem deficiências orçamentárias, estando, por essa razão, propensas ao fracasso.

Ao observar não apenas a independência entre os poderes, mas, igualmente, a harmonia entre eles, incumbe ao Judiciário verificar as causas e os propósitos que ensejaram a prática do ato de governo, sem aspirar, com isso, ter, permanentemente, a última decisão sobre matérias complexas de escolhas políticas. Deve proporcionar, portanto, a participação dos outros poderes na *ratio deciendi*, à vista de manter um diálogo construtivo e próspero, quanto aos resultados.

---

21 Os autores da teoria se salvaguardam de possíveis críticas justificando que nenhum direito, ainda que considerado fundamental, é absoluto, por depender de uma análise a ser feita com base em argumentos financeiros, sociais e temporais, pois seus enquadramentos são mutáveis de acordo com estas variáveis (CALDAS, 2017).

22 Para Josué Mastrodi e Abner Duarte Alves, "a maior atuação do Poder Judiciário em matéria de concretização de direitos fundamentais (notadamente os sociais) está diretamente relacionada com a existência de fatores políticos, tais como debilidade das instituições democráticas de representação, bem como a deterioração dos espaços tradicionais de mediação social e política, que contribuíram para atribuir à esfera judicial uma especial legitimação para ocupar novos espaços de decisão, anteriormente restritos aos demais poderes do Estado. Porém, cabe a ressalva que esse ativismo judicial deve ser exercido com cautela e responsabilidade, consciente do problema da escassez de recursos e sem ignorar a necessidade de uma autolimitação funcional (teoria do self-restraint) por parte dos magistrados, que não implique necessariamente em violação do princípio democrático e do princípio da repartição dos poderes"(2016, p. 717).

A intervenção judicial, legitimada pela Constituição, deve orientar-se pela razoabilidade do ato de governo, observando: 1) a adequação, isto é, a certeza que a medida adotada é a adequada para se atingir os fins desejados; 2) a necessidade, correspondente a prova de inexistência de outro meio menos oneroso; 3) proporcionalidade na intervenção do Judiciário (HESS, 2011).

Divergente não é, à vista disso, a linha de raciocínio a ser utilizada pelas Cortes Constitucionais nos processos que visam declarar a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional, pois as sentenças resultantes de tais declarações ordenam a adoção de medidas visando a superação deste estado, as quais geram custos ao Poder Público. Portanto, essencial se torna a análise/discussão diligente acerca dos custos a serem despendidos e dos recursos disponíveis, como forma de viabilizar a executabilidade fática/jurídica da sentença e a superação do ECI.

4 AS SENTENÇAS DECLARATÓRIAS DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Levar a questão da escassez de recursos e dos custos dos direitos em consideração é de fundamental importância, e pode constituir fator determinante para superação do ECI. São temas recentes e cuja conexão é pouco explorada pelas Cortes, em razão da falsa percepção de que o argumento dos custos dos direitos é contrário aos interesses do processo que objetiva efetivá-los.

Assim, a Corte Constitucional que for declarar o ECI, deverá romper este paradigma e permitir a participação das autoridades públicas competentes no processo, de maneira que suas alegações sejam ponderadas nas razões de decidir e nas ordens a serem emitidas, visando a concepção de soluções realistas e concretizáveis.

Necessário se faz, portanto, uma análise de decisões emblemáticas em sede de ECI, tendo por cerne a questão da escassez de recursos e dos custos dos direitos, de maneira a diagnosticar se e de que forma a matéria é valorada no bojo da sentença, assim como os tipos de ordens proferidas e o nível de êxito atingido na superação do estado, para que se permita estabelecer uma relação entre a consideração da temática e o sucesso alcançado nos fins pretendidos.

Cumpre antes esclarecer, que a determinação das sentenças objeto da análise não teve a repercussão como único critério. Buscou-se decisões que proporcionassem a observação de distintas perspectivas ou possibilidades, em relação à realização do debate sobre os custos dos direitos, desde a sentença que ignora totalmente a temática até aquela que a considerou em seus diversos aspectos, de modo que, ao final da pesquisa, seja possível determinar o grau de influência que a discussão pode exercer no processo de superação do ECI.

Além disso, a disponibilidade de informações acerca dos efeitos produzidos, isto é, o êxito ou fracasso na superação do ECI, foi condição indispensável para a escolha das sentenças e para tornar possível o estabelecimento do liame existente entre as matérias. Ocorre que muitas das Cortes encerram sua jurisdição no momento de prolação da decisão, não havendo como aferir os impactos da sentença na realidade que deseja modificar. A influência só poderia ser medida mediante e comparação dos diferentes casos e resultados. Detectar falhas na efetivação se tornou um verdadeiro desafio.

No presente capítulo, realizar-se-á a verificação de tais pontos em algumas das principais sentenças que declaram o Estado de Coisas Inconstitucional na Colômbia e Peru, bem como examinar a ADPF 347, do Supremo Tribunal Federal, por estas serem as únicas

Cortes Constitucionais do mundo a adotarem a técnica judicial como instrumento na resolução de litígios estruturais[23], bem como por oferecerem o arcabouço necessário à sua discussão à luz da Teoria dos Custos dos Direitos. Observar, portanto, de que forma a matéria relativa aos custos dos direitos é debatida no contexto da decisão, é de demasiada valia para a discussão pretendida com a presente pesquisa.

4.1 Sentencia T-153/1998: Inconstitucionalidade do Sistema Penitenciário Colombiano

Neste caso, conforme explicitado no primeiro capítulo, o contexto de superlotação e ausência de infraestrutura constatado no sistema carcerário da Colômbia deu ensejo à declaração de um estado de coisas contrário à Constituição.

Segundo a Corte, a vulneração da população carcerária é potencializada por razões políticas, tendo em vista que esta é desprezada quando do estabelecimento das políticas públicas a serem concretizadas pelo Estado. Ocasiona-se, portanto, violações estruturais dos direitos fundamentais à dignidade, à vida, à integridade pessoal, aos direitos de família, à saúde, ao trabalho e à presunção de inocência, etc., que, por conseguinte, submetem os presos a situações desumanas e impossibilitam o alcance dos objetivos do sistema prisional.

Algumas das entidades competentes, tais como o Instituto Nacional Penitenciário e Carcerário-INPEC e o Ministério da Justiça, em seus relatórios de avaliação do sistema penitenciário, informam a má gestão dos exíguos recursos já destinados a este sistema e a necessidade de alto investimento para solucionar a adversidade, sem, contudo, expressar os valores necessários ou ponderar a questão minuciosamente.

A Corte reconhece a escassez de recursos como obstáculo à efetivação de direitos e que a destinação orçamentária necessária a superação do ECI acarretará a não efetivação de direitos em outras áreas sociais. Sem embargo, alega o não cabimento de escusa em relação ao mínimo existencial.

Em vista disso, o Tribunal proferiu ordens de dois tipos: as simples ou ortodoxas e as flexíveis ou complexas. As primeiras tinham por finalidade, o trato dos direitos das partes envolvidas no processo no âmbito subjetivo[24]. As de segundo tipo objetivavam a superação do

---

23 As Cortes Constitucionais da Argentina e Chile já tiveram experiências em litígios estruturais. Contudo, o *modos operandi* para sua resolução não se deu através da adoção da técnica do ECI.

24 Ex.: "*Segundo.- REVOCAR las sentencias proferidas por la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, el día 16 de junio de 1997, y el Juzgado Cincuenta Penal Municipal de Bogotá, el día 21 de agosto de 1997, por medio de las cuales se denegaron las solicitudes de tutela interpuestas por Manuel José Duque Arcila y Jhon Jairo Hernández y otros, respectivamente. En su lugar se concederá el amparo solicitado*." (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-153/1998, destaque nosso)

ECI, ao tutelar objetivamente os direitos fundamentais previstos para os deslocados internos. Estes mandamentos se caracterizaram por invocar as autoridades competentes, para que juntas pudessem elaborar planos de metas e ações a serem realizadas e instituir ou reformular as políticas públicas[25].

De acordo com Norma Alejandra Ortega Valdivia (2018), o INPEC, em decorrência da sentença, criou cadeias e pavilhões de segurança máxima, que, ainda assim, foram insuficientes para certificar a eficácia da decisão e a consequente superação do ECI. Em verdade, após o decurso de lapso temporal superior a 15 (quinze) anos e 25 pronunciamentos da Corte nos autos do processo, constatou-se o agravamento dos índices de superlotação e violações, sendo, a Corte, criticada por não ter empenhado o devido zelo no acompanhamento do cumprimento das medidas impostas. (MONTENEGRO, 2015; GUIMARÃES, 2017)

4.2 Sentencia T-025/2004: Violação à direitos dos deslocados internos

A análise da Sentença T-025/2004 é de grande importância, haja vista que simboliza o ápice do desenvolvimento do mecanismo judicial (ECI), de maneira que se tornou decisão modelo para litígios estruturais futuros, não apenas os da Corte que a proferiu, mas de todas as outras que adotarão a técnica no âmbito de seus ordenamentos jurídicos internos.

O processo, que foi proposto pela "*AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Asociaciones de desplazados*" e julgado pela Corte Constitucional Colombiana, e que declara o ECI, após verificar na realidade fática a existência de todos os pressupostos, teve por fim, consoante o aduzido no primeiro capítulo, cessar a violação estrutural e massiva dos direitos previstos aos deslocados internos[26]- direito à vida digna, à igualdade, ao acesso à justiça, ao trabalho, à moradia, à saúde e à educação, etc., de maneira que restasse garantida a sua tutela e gozo por seus titulares.

---

25 Ex.: "*Tercero.- ORDENAR al INPEC, al Ministerio de Justicia y del Derecho y al Departamento Nacional de Planeación elaborar, en un término de tres meses a partir de la notificación de esta sentencia, un plan de construcción y refacción carcelaria tendente a garantizar a los reclusos condiciones de vida dignas en los penales. La Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de Nación ejercerán supervigilancia sobre este punto. Además, con el objeto de poder financiar enteramente los gastos que demande la ejecución del plan de construcción y refacción carcelaria, el Gobierno deberá realizar de inmediato las diligencias necesarias para que en el presupuesto de la actual vigencia fiscal y de las sucesivas se incluyan las partidas requeridas. Igualmente, el Gobierno deberá adelantar los trámites requeridos a fin de que el mencionado plan de construcción y refacción carcelaria y los gastos que demande su ejecución sean incorporados dentro del Plan Nacional de Desarrollo e Inversiones*." (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-153/1998, destaque nosso)

26 Vide nota 3.

Na decisão, no que diz respeito à temática da escassez de recursos e dos custos dos direitos, após considerar as alegações e os documentos apresentados no processo por entidades públicas e privadas competentes, a Corte reconheceu a insuficiência dos recursos repassados pelo governo e a má gestão destes e das políticas públicas como principal causa da violação sistemática a direitos da população vulnerável, uma vez que entende que as limitações das leis orçamentárias anuais revelam a realidade fiscal e macroeconômica na qual se encontra o país, razão pela qual deve ser considerada na decisão.

A Corte Constitucional admite a impossibilidade de efetivar, instantaneamente e em nível máximo, todos os direitos fundamentais constitucionais a que a população deslocada fazem jus, devido à insuficiência orçamentária e ao progressivo aumento de demandas.

Sem embargo, pondera que, apesar de constituir pretexto plausível para as falhas de execução nas políticas públicas, tais motivos não representam modificações nos alcances legais que possuem as normas protetoras da população deslocada, pois a efetivação desses direitos não pode estagnar, nem, tampouco, retroceder. Cabe ao Estado a imediata efetivação de um mínimo de proteção (existencial), do qual não pode escusar-se, bem como a garantia de progressividade na concretização das normas entendidas como de prioridade mediata, de acordo com a disponibilidade orçamentária.

O dever de tutela que é determinado ao Estado não pode ser adiado indefinidamente, sob risco de tornar a Constituição inefetiva. A solução para a superação do ECI, consoante o julgamento da Corte, é o cumprimento rigoroso das obrigações constitucionais e legais impostas aos Poderes Públicos, em tempo razoável e dentro de suas respectivas competências, colaborando harmonicamente entre si. Indica a necessidade de exercitar a ponderação para estabelecer áreas que precisem de atenção prioritária dos poderes.

Em síntese, foram emanadas, pelo tribunal, tal como em sua antecessora, ordens simples e complexas. As primeiras tratavam dos interesses das partes processuais. As de segundo tipo, para a superação do ECI, eram destinadas às autoridades competentes, para que juntas desenvolvessem planos e ações.

A sentença T-025/2004 propiciou repercussões positivas e importantes para a reincorporação da temática do deslocamento como prioridade estatal a ser perseguida em direção à superação da crise humanitária que se verifica. Após mais de 383 (trezentos e oitenta e três) pronunciamentos - entre decisões e despachos nos autos - e mais de uma década de sua proferição, a sentença foi de extrema relevância para significativas conquistas em áreas críticas da política de atenção à população deslocada. As demais metas e objetivos pretendidos para superação do ECI ainda encontram obstáculos, dentre os quais, a

insuficiência de recursos configura uma das principais realidades a ser vencida a longo prazo, o que não minimiza os avanços concretizados, que fazem a Corte cogitar a declaração do perecimento do quadro de inconstitucionalidade fática. (MONTENEGRO, 2015, p. 91; LAGE; BRUGGER, 2017)

4.3 Expediente nº 0017/2008-PI/TC: o ECI no Ensino Universitário Peruano

A demanda proposta por mais de 5 (cinco) mil cidadãos e julgada pelo Tribunal Constitucional Peruano teve como objeto a alegação de inconstitucionalidade de lei que proibia a criação de filiais universitárias, públicas ou privadas, fora do âmbito departamental de sua sede principal, sob a alegação de que a proibição violava direitos fundamentais de acesso à educação de qualidade e a livre iniciativa.

O Tribunal, ao se pronunciar pela inconstitucionalidade da norma jurídica, sob o fundamento de esta limitar desproporcionada e irrazoavelmente o acesso à educação universitária, informou, de igual modo, a existência de um estado de coisas inconstitucional, com relação a qualidade do ensino superior prestado por instituições públicas e privadas, decorrente da concessão de autorizações de funcionamento às filiais, pelos órgãos competentes, sem o preenchimento dos requisitos legais, bem como pela ausência de fiscalizações para garantir a manutenção da qualidade da educação prestada por essas entidades.

Quanto ao tratamento dispensado à temática da escassez de recursos e dos custos necessários à superação do ECI, na sentença, constatou-se que a matéria foi completamente ignorada, como se inexistente fosse tal obstáculo à efetividade dos direitos fundamentais. Tampouco as ordens emanadas possibilitaram a elaboração de planos e metas, mediante o diálogo institucional, a fim de superar a realidade contrária à Constituição. Ao contrário, os mandamentos proferidos são, majoritariamente, ortodoxos (ou rígidos), isto é, de ordens vinculadas e de cumprimento forçado[27].

Ainda que a Superintendência Nacional de Educação Universitária tenha sido criada (com cinco anos de atraso), as devidas providências não foram adotadas, muito menos houve monitoramento por parte da Corte. Por conseguinte, o ECI permanece vigente e em expansão para outros setores da educação. (VALDIVIA, 2018)

---

27 Destaque-se a ordem de elaboração normativa para o Poder Legislativo e a ordem para criação da Superintendência Nacional de Educação Universitária, cuja atribuição exclusiva corresponde a adoção, unilateral, das medidas para superação do ECI. (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DO PERU. Expediente nº 0017/2008-PI/TC)

4.4 Expediente nº 00853-2015-PA/TC: o ECI na educação rural do Peru

O processo, guardando semelhança com Expediente nº 0017/2008-PI/TC, teve o ECI declarado incidentalmente pelo Tribunal Constitucional Peruano, o qual, ao analisar recurso interposto por duas cidadãs maiores de idade (moradoras de área rural sem escolas com a modalidade de ensino adequado) que tiveram suas matrículas negadas em razão de suas idades, ao buscarem acesso à educação para concluírem seus estudos, constatou a existência de violação massiva e estrutural dos direitos à educação, a igualdade e a não discriminação, em virtude da insuficiência de centros educacionais que atendam a população rural em situação de pobreza, não se restringindo à violação ao direito das partes processuais.

Ainda que reconheça sua incompetência para elaborar ou executar as respectivas políticas públicas, a Corte se vale de sua legítima função de guardiã da Constituição para defender os direitos fundamentais quando o Estado for omisso.

Destarte, o Tribunal, na sentença, considerou o dever do Estado de investir recursos na educação em montante suficiente a efetivar o direito, ainda que progressivamente, observando prazos razoáveis e metas concretas, sem se eximir da garantia de níveis mínimos de efetividade. Logo, foram emanadas ordens flexíveis (ou complexas), de modo a invocar o Ministério da Educação a elaborar planos e metas para superação do ECI no prazo de 4 (quatro) anos, a ser aprovado e monitorado a cada 6 (seis) meses, pela Corte, bem como promover a colaboração e ação coordenada dos Poderes Legislativo e Executivo para assegurar a execução do plano.

De acordo com as informações mais recentes encontradas, o ECI se mantém vigente. O Ministério da Educação, por sua vez, encontra-se inadimplente para com seu dever de elaboração do plano de metas e de prestação de informações semestrais. (VALDIVIA, 2018)

4.5 ADPF 347/2015: o Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil

Por último, há que se considerar a análise do processo que inaugura o mecanismo judicial no ordenamento jurídico pátrio, a saber, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental-ADPF nº 347, de 2015, a qual servirá de parâmetro para ações futuras, que tiverem por escopo a declaração de ECI's, nos casos de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais praticadas por autoridades públicas deste país.

Trata-se de ação proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade-PSOL perante o Supremo Tribunal Federal, que, tendo em consideração a superlotação e condições degradantes constatadas nas prisões do país, requereu a declaração do ECI de todo o sistema prisional brasileiro, ante as condutas comissivas e omissivas dos Poderes Públicos que causam a violação massiva e sistemática de direitos fundamentais constitucionais da população carcerária, e solicitou providências àquelas autoridades para a superação das inconstitucionalidades.

Até o presente momento, a ação não teve seu mérito julgado pelo Pretório Excelso, tendo sido, contudo, proferida decisão em sede de medida cautelar. Deste modo, traçaremos um perfil quanto a valoração da escassez dos recursos e dos custos dos direitos, bem como dos efeitos consolidados pelo processo, a partir da petição inicial e da decisão liminar proferida.

A peça inaugural do litígio detalha de maneira incisiva as violações cometidas no ambiente prisional, tais como as precárias condições estruturais e sanitárias de habitação, a violência sofrida pelos presos, a falta de assistência judiciária adequada e de acesso à educação, à saúde e ao trabalho, que transformam o ambiente prisional em um potencializador à permanência na vida criminosa.

Ao fundamentar a demanda no Direito Comparado e nas normas constitucionais que versam sobre direitos fundamentais, o demandante, apesar de reconhecer a necessidade de dispêndios do erário para superação do ECI e requerer a liberação de verbas existentes no Fundo Penitenciário, tenta blindar qualquer possível discussão em relação aos custos dos direitos, ainda que sobre o emprego racional dos recursos, mediante a invocação do dever de garantia do mínimo existencial, que estaria incondicionado à reserva do possível ou a qualquer alegação de insuficiência orçamentária.

Nos pedidos, estes se caracterizaram por serem majoritariamente ortodoxos[28], que terão por consequência a emissão de ordens rígidas para se fazerem cumprir. Destaca-se que, dentre a reduzida quantidade de pedidos flexíveis, encontra-se a citação para a oitiva dos Poderes Públicos e a determinação de que estes apresentem planos para superação do ECI, que serão aprovados e acompanhados pela Corte.

A decisão, quanto às medidas cautelares, por sua vez, embasou-se nas alegações apresentadas pela parte autora, sendo deferida parcialmente, sem participação ou oitiva de

---

28 A título de exemplo, cita-se o pedido: "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." (destaque nosso)

qualquer ente ou órgão do Poder Público, ainda que o STF tenha reconhecido sua inaptidão para matérias de ordem político-orçamentária. Salienta-se a inexistência de discussão, no âmbito da decisão, quanto aos custos necessários para efetivar as cautelares.

Dentre as liminares concedidas, as que apresentam maiores necessidades de recursos para as suas efetivações correspondem à determinação de realização de audiências de custódia no prazo de 90 dias e apresentação do preso nas primeiras 24 horas depois de realizada a prisão e o descontingenciamento dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional-FUNPEN para a criação e realização de reformas nos estabelecimentos prisionais e desenvolvimento de projetos de ressocialização. Ademais, solicitou-se informações acerca do quadro carcerário em que se encontram os Estados e o Distrito Federal, no prazo de um ano.

Com efeito, de acordo com dados do Conselho Nacional de Justiça-CNJ, o número de audiências de custódia realizadas no ano de 2015 foram 2.175, enquanto que no ano de 2019, esse número saltou para 221.353, revelando um extraordinário aumento quantitativo. Entretanto, há de se informar sobre a existência de ADIn e projeto de CNJ que tinham por objeto as audiências de custódias, anteriores à declaração, não podendo se afirmar que os números alcançados decorrem da medida cautelar. Ainda, os dados coletados são de natureza quantitativa, não qualitativa, de modo que não especificam se tais audiências obedecem aos prazos estabelecidos.

Quanto ao descontingenciamento dos recursos do FUNPEN, estes foram repassados aos Estados que comprovaram as condições legais estabelecidas para o recebimento, segundo informações extraídas dos autos da ADPF 347.

Por fim, no que diz respeito a solicitação de informações aos estados federados, elas não foram prestadas no prazo determinado, havendo, ainda, Estado omisso, consoante autos da ADPF 347.

5 O ECI À LUZ DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: DA TEORIA À PRÁTICA

Da análise das sentenças que declararam o ECI, em síntese, têm-se como panorama geral: as sentenças T-153 e T-025 promovem a discussão da temática acerca dos custos dos direitos e da escassez de recursos, de modo que foram emanadas ordens flexíveis para a superação do ECI, sendo a sentença T-025 mais exitosa na concretização das finalidades perseguidas. A sentença T-153 restou malograda; a sentença proferida nos autos do Expediente nº 0017/2008-PI/TC ignorou completamente a matéria dos custos, enunciando apenas ordens simples (ou ortodoxas), as quais permanecem sem efetivação; a decisão prolatada no Expediente nº 00853-2015-PI/TC faz breve (e insuficiente) menção aos custos necessários à superação do ECI, de maneira que proferiu mandamentos flexíveis, que, ainda que se encontrem dentro do prazo estabelecido, não houve a adoção de providências pelos poderes competentes para efetivá-los; e, por fim, a ADPF 347/2015, que em sua inicial rechaçou a possibilidade de discussão dos custos, bem como em sua liminar, que ignorou a matéria. A medidas liminares proferidas foram do tipo ortodoxas e encontram dificuldade em sua efetivação.

5.1 O diálogo institucional e o ativismo judicial dialógico como ferramentas

A Teoria dos Custos dos Direitos, conforme exposição realizada no segundo capítulo, surge com o propósito de promover a reflexão acerca da indispensabilidade de um juízo de razoabilidade, pelos Poderes Públicos, na alocação de recursos para conversão de quadros de inefetividade de normas constitucionais que preveem direitos fundamentais, haja vista a escassez de recursos e infinidade de demandas a serem concretizadas.

O Poder Judiciário, por sua vez, não está isento do dever de fomentar a discussão, especialmente quando pretender declarar a existência de um ECI. Isto porque, a decisão que o declara, causará impactos de ordem estrutural em múltiplas instituições e autoridades do Estado. As consequências no âmbito político-orçamentário serão gigantescas, e, como bem salienta Holmes e Sunstein, as Cortes Constitucionais desconhecem as dificuldades e disponibilidades orçamentárias que integram a realidade dessas autoridades e instituições[29].

29 Neste ponto de vista, Rodrigo de Luna Lima (2018) aduz que "o julgador, ao atuar isoladamente em uma causa específica, pode não levar em conta que suas decisões, apesar do elevado grau técnico em relação ao Direito, podem não observar questões de ordem administrativas". (destaque nosso)

As Cortes Constitucionais, portanto, devem estimular, mediante sua atuação, o diálogo entre as autoridades e instituições competentes, para que estas exponham suas situações e possibilidades financeiras, com vistas à construção de uma decisão com maior legitimidade democrática e aptidão a se fazer efetiva, de maneira a evitar que a produção de sentenças correspondam a "monólogos" do judiciário. (CLEVE, LORENZETTO, 2015)

O diálogo institucional, destarte, funcionaria como instrumento a tornar possível a discussão da matéria orçamentária e a participação dos outros Poderes e da população afetada na elaboração de uma decisão racional e eficaz, pois, segundo Flávia Ferreira Jacó De Menezes e Alexandre Garrido Da Silva (2014), o exercício da função de decidir por apenas um dos poderes institucionais não é suficiente para "correta concretização dos direitos e garantias fundamentais". O diálogo funcionaria como elemento impulsionador, ao tirar da inércia os responsáveis pela efetivação dos direitos fundamentais (LIMA, 2018). Neste sentido,

> ganham importância as teorias dialógicas para a manutenção do equilíbrio institucional. A teoria de diálogos institucionais parte da premissa de que é possível a construção de um modelo dialogal, capaz de estimular uma remodelação da atual estrutura institucional, a fim de que se instale um modelo que proporcione uma postura mais cooperativa entre as instituições políticas e as Cortes, encorajando um amplo debate com a sociedade civil, para que se garanta efetivamente o atendimento aos ditames constitucionais e a concretização dos direitos fundamentais. (MENEZES, SILVA, 2014, p. 15, destaque nosso)

Desta forma, autores como Belem, Amaral, Pimenta, Mânica e os próprios Holmes e Sunstein advogam pela necessidade de uma atuação judicial dialógica, de modo que se promova um amplo e cauteloso debate acerca da escassez dos recursos e dos custos dos direitos.

No domínio judicial, consoante afirma Belem (2011), a proposta é que o julgador adote uma postura minimalista e realize tão somente a "fiscalização da execução das políticas públicas e não queira defini-las no lugar do legislador e do administrador".[30]

Estaria legitimado adotar uma postura maximalista somente como *ultima ratio*, na hipótese de esgotamento e insucesso de todos os meios dialógicos utilizados para pôr em ação as autoridades competentes. Por essa razão, se faz imprescindível o comprometimento dos

---

30 Nesse diapasão, Alô (2016, p. 110, apud. LIMA, 2018, p. 127) indica que não caberia ao judiciário "formular políticas diretamente, mas apenas fixar parâmetros, prazo e finalidades de superação, deixando aos demais poderes públicos a definição das medidas a serem tomadas. A Corte não subjugaria os outros poderes, mas os tiraria da inércia, não havendo que se falar em violação à separação de poderes. Pelo contrário, a separação contemplada no texto constitucional pressupõe que os poderes devem dialogar, compartilhando autoridade. Estes não são estanques, não são adversários, mas sim parceiros na promoção de direitos fundamentais. Verdadeira violação seria anuir com a inércia e a violação de direitos fundamentais, conferindo imunidade jurisdicional e concentração de poderes aos demais, principalmente ao Poder Executivo". (destaque nosso)

demais atores políticos no engajamento do diálogo, ao invés da mera submissão às decisões judiciais, pois somente deste modo a superação do ECI poderá ser exitosa. (MENEZES, SILVA, 2014)

O Tribunal Constitucional Peruano, assim, falha por não promover a discussão, ao ignorar a matéria completamente na sentença proferida no autos do Expediente nº 0017/2008-PI/TC, bem como por fazer mera e insuficiente menção à problemática, na sentença prolatada nos autos do Expediente nº 00853/2015-PI/TC, e não dar a sua devida importância, como se irrelevante fosse a temática e inexistente fosse a insuficiência de recursos e os custos dos direitos. Mencionada falha pode ter sido uma das principais razões do insucesso de ambas as declarações do ECI, haja vista a dificuldade em concretizar ordens fundamentadas em pressupostas conjunturas institucionais incompatíveis com a realidade enfrentada pelas autoridades.

Por sua vez, elogiosa fora a atuação da Corte Constitucional Colombiana, no concernente à temática, por oportunizar a discussão e reconhecer, nas sentenças analisadas, especialmente na sentença T-025, a problemática dos custos dos direitos e escassez de recursos como um dos principais fatores a inviabilizar a efetivação dos direitos fundamentais, e se propor a coordenar a elaboração de soluções que permitam a superação racional do problema e, por conseguinte, do ECI.

Contudo, ainda que se reconheça a importância da discussão e da influência que a temática exerce nos fundamentos da decisão, isto é, na *ratio decidendi*, somente a discussão é suficiente para que se leve os custos dos direitos e a escassez de recursos a sério e, consequentemente, supere-se o ECI? A solução da inquisição será vista adiante.

5.2 Ordens flexíveis e a importância do monitoramento pós-sentença

O diálogo institucional acerca da matéria econômica, ora pretendido, não deve se limitar a sua consideração nas razões de decidir. É necessário que o corolário da discussão transcenda os fundamentos da sentença, de maneira que se torne pragmática, apta a produzir impactos na realidade fática inconstitucional.

Isto será possível apenas mediante a emissão de ordens flexíveis (ou complexas) pela Corte Constitucional, visto que estas espécies de mandamentos possuem maior capacidade de adequação, por conceder margem de discricionariedade para que as autoridades públicas competentes estabeleçam os meios de efetivação dos direitos fundamentais

constitucionalmente previstos, de acordo com suas respectivas realidades orçamentárias[31]. Prestigia-se a indicação das finalidades, ao conferir liberdade na determinação dos meios a alcançá-las.

Divergente não poderia ser. É contraproducente propiciar a exposição de conjunturas institucionais, durante o processo que visa declarar o ECI e na sentença, com o fim de, em coalizão, elaborar soluções racionais e efetiváveis, para, ao final, as Cortes Máximas fixarem, unilateralmente, as medidas a serem adotadas por cada instituição e/ou autoridade, por intermédio de ordens simples (ou ortodoxas). Deslegitima todo o aspecto democrático da decisão, além de pôr em grave risco a superação do ECI.

Nesta lógica, equivocou-se duplamente o Tribunal Constitucional Peruano, no julgamento do Expediente nº 0017/2008-PI/TC, tanto por não ter dado a devida importância à temática dos custos dos direitos e da escassez de recursos, como também por ter proferido ordens ortodoxas, de cumprimento forçado e vinculada quanto aos meios e aos fins. Incompreensível não é, por isso, o fato de a decisão continuar ineficaz e a permanência da inconstitucionalidade na realidade que almejou modificar.

Ante todo o exposto, indaga-se no referente à possibilidade de eficácia de uma decisão que declara o ECI sem ponderar sobre a matéria econômica, emanando, todavia, ordens flexíveis, a exemplo do Expediente nº 00853/2015-PI/TC, que fez mera menção a matéria na fundamentação da sentença, emitindo, contudo, ordens flexíveis às instituições competentes. Neste caso, haveria factibilidade da sentença?

Entende-se que sim, embora este não seja o cenário ideal, visto que a discussão visa cientificar os envolvidos e influenciar a decisão acerca das possibilidades de cada instituição. No entanto, o conjunto de peculiaridades de que os tipos de ordens flexíveis se revestem, permitem a consideração da temática de modo indireto, pois ao ser intimado a elaborar planos e metas de superação gradativa do ECI, tais planos e metas serão concebidos racionalmente, de acordo com o que a autoridade e/ou instituição instada julga ser possível concretizar. O motivo de a sentença prolatada no Expediente nº 00853/2015-PI/TC não ter produzido os resultados desejados, ainda que tenha consagrado ordens flexíveis, será estudado mais adiante.

---

31 "*Tales órdenes tienen como finalidad que las entidades encargadas de atender a la población desplazada establezcan, en un plazo prudencial, y dentro de la órbita de sus competencias, los correctivos que sean necesarios para superar los problemas de insuficiencia de recursos destinados y de precariedad de la capacidad institucional para implementar la política estatal de atención a la población desplazada*." (destaque nosso) (CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. Sentença T-025/04)

Isto posto, até o presente momento, defendeu-se o ponto de vista de que para maximização da possibilidade de cessar violações estruturais a direitos fundamentais, de maneira a efetivar estes e, por conseguinte, superar o Estado de Coisas Inconstitucional, mister é a discussão dos custos dos direitos, mediante a instauração de um diálogo institucional, o qual ocasionará a emissão de ordens flexíveis adaptáveis às realidades econômicas das instituições. Entretanto, da análise das sentenças T-153/1998 e T-025/2004, constatou-se que ambas observaram tais elementos, mas apenas esta última logrou êxito em produzir efeitos suficientes a alterar o estado de coisas significativamente.

A causa da distinção nos desfechos está relacionada ao exercício da jurisdição, pela Corte Constitucional, em fase ulterior a prolação da sentença. Em verdade, apenas a prolação de decisão judicial não é suficiente para modificar o estado de inconstitucionalidade, sendo, a fase de implementação, a mais complexa e negligenciada do instituto. (CHEVITARESE, SANTOS, GRAÇA, 2019)

O monitoramento realizado pela Corte foi fator determinante para o sucesso da sentença T-025/2004. Não é sem motivo que referida sentença é considerada parâmetro de aplicação do instituto do ECI. Através das inúmeras sentenças proferidas e dos despachos nos autos processuais, após a decisão que declarava o ECI, a Corte avaliou/reavaliou e aprovou/reprovou planos e metas elaborados pelas autoridades e/ou instituições, supervisionou a execução desses, verificou os resultados alcançados, repetindo ciclos de ações para os que não geraram a resposta esperada, etc. (LAGE, BRUGGER, 2017, p. 193-240)

A Corte instituiu, inclusive, uma Comissão de Monitoramento, integrada por ex-magistrados e líderes de grupos sociais organizados, os quais fiscalizaram e auxiliaram a Corte no cumprimento daquelas funções. (CHEVITARESE, SANTOS, GRAÇA, 2019)

O Tribunal Constitucional Peruano, no julgado do Expediente nº 00853/2015-PI/TC, e a Corte Constitucional Colombiana, na sentença T-153/1998, falharam ao encerrarem suas atividades na proferição das decisões, com a ilusão de que estas produziriam efeitos pelo simples fato de serem proferidas. O dispêndio de esforços ulteriores era indispensável. (CAMPOS, 2015)

Assim sendo, para que a decisão judicial, cujo escopo seja a superação de um ECI, potencialize a sua perspectiva de efetivação, deverá dispensar esforços na observação dos elementos/fatores aqui apontados, a saber, o fomento da discussão dos custos dos direitos e da escassez de recursos como condição de efetivação dos direitos fundamentais, mediante uma atuação judicial dialógica e emissão de ordens flexíveis, cuja aprovação, execução, correção e

avaliação contará com auxílio do monitoramento a ser exercido pelo Tribunal Constitucional que o declarar.

5.3 Análise prospectiva para o instituto no Brasil e o tratamento da matéria no âmbito do STF

Por fim, em consideração à importação do instituto, pelo Supremo Tribunal Federal, ao ordenamento pátrio, torna-se oportuno tecer críticas à ADPF 347/2015, no que se refere à temática objeto da presente pesquisa, com vistas a traçar prospectivas do ECI, à luz da Teoria dos Custos dos Direitos, no Brasil, tendo em conta se tratar de caso emblemático e paradigmático para com as suas decisões ulteriores.

Neste seguimento, primordialmente, julga-se como equivocada a postura inflexível adotada pelo proponente da ação, ao obstar a promoção da discussão dos custos dos direitos e da escassez de recursos para financiá-los, de maneira que rejeita a importância do debate para efetivação de direitos, reduzindo-a a mero argumento político de indulto para continuidade de violações sistemáticas. Como exposto e destacado no segundo capítulo, esta não é finalidade pretendida. Em contrário, buscar-se conhecer os contextos políticos-orçamentários para superar as adversidades, mediante a construção de soluções coordenadas e racionais, justamente por intentar a efetivação em máximos níveis possíveis dos direitos fundamentais.

Por conseguinte, na exordial, o autor da ação apresenta pedidos predominantemente de natureza simples ou ortodoxa, com minúcia na descrição das condutas a serem cumpridas forçosamente pelas entidades competentes, o que, segundo Mariana Rezende Guimarães (2017),"restringe a construção dialógica" de planos e metas com aptidão de modificar quadros de inconstitucionalidades, e que seriam desenvolvidas pelas autoridades com expertise para tal. Até mesmo em relação às modestas ordens flexíveis requeridas em sede de pedido definitivo, faz-se ressalvas quanto a discricionariedade concedida nelas. Vejamos:

> "[...]
> b) determine ao Governo Federal a elaboração e o encaminhamento ao STF, no prazo máximo de três meses, de um plano nacional visando à superação do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, dentro de um prazo de três anos;
> c) submeta o plano nacional à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria-Geral da República, da Defensoria Pública da União, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, do Conselho Nacional do Ministério Público e de outros órgãos e instituições que queiram se manifestar sobre o plano, além de ouvir a sociedade civil, por meio da realização de uma ou mais audiências públicas;
> d) delibere sobre o plano nacional, para homologá-lo ou impor medidas alternativas ou complementares que o STF reputar necessárias para a superação do estado de coisas inconstitucional, podendo ser auxiliado pelo Departamento de Monitoramento

> e Fiscalização do Sistema Carcerário e pelo Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça;
> e) determine ao governo de cada estado e do Distrito Federal a elaboração e apresentação ao STF, no prazo de três meses, de um plano estadual ou distrital que se harmonize com o plano nacional homologado e que contenha metas e propostas específicas para a superação do estado de coisas inconstitucional na respectiva unidade federativa, no prazo máximo de dois anos. Esses planos também devem ser submetidos à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria-Geral da República, do Ministério Público da respectiva unidade federativa, da Defensoria Pública da União, da Defensoria Pública do ente federativo em questão, do Conselho Seccional da OAB da unidade federativa, da sociedade civil local e de outros órgãos e instituições que queiram se manifestar;
> [...].” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 347/2015, destaque nosso)

A determinação para que autoridades e instituições de âmbito nacional criem um plano nacional de superação do ECI, ao qual os Estados-Membros devem se adequar, retira substancialmente a discricionariedade e o processo dialógico de que estes precisam para criar remédios de acordo com suas possibilidades. Mencionada ordem desconsidera que são 27 realidades financeiras destoantes. Inviabiliza, assim, o comprometimento dos Estados e do Distrito Federal para com os planos e metas estabelecidos e, desta forma, embaraça a eficácia da decisão e a superação do ECI.

Em relação à decisão em sede liminar, é tida por Mariana Rezende Guimarães (2017) como modesta no acolhimento aos pedidos, por deferir somente duas medidas cautelares do autor e uma de ofício. Entendemos que o julgado falha ao inoportunizar qualquer participação, pelos poderes competentes, na decisão e não acompanhar a execução de suas ordens, de modo que apenas uma delas produziu efeitos, não sendo possível determinar se em razão da decisão cautelar, consoante consta em análise da sentença no terceiro capítulo.

Em relação ao mérito, a ser julgado, o STF tem demonstrado uma postura intransigente no que concerne a oportunização de amplo debate acerca da escassez recursos e dos custos dos direitos - com base na decisão liminar, na jurisprudência nela referenciada e na análise da jurisprudência do STF realizada por Daniel Wei Liang Wang (2008) em matéria de direitos sociais - o que torna de difícil previsão a adoção e o desenvolvimento do instituto do ECI em solo pátrio. O sucesso da sentença dependerá da mudança de entendimento acerca da finalidade da discussão dos custos dos direitos, não como argumento de escusa, mas como uma teoria que objetiva auxiliar na tomada de decisões racionais e efetiváveis. Ademais, o comprometimento da Corte e das autoridades e/ou entidades competentes para com a superação do ECI será fator decisivo para o êxito.[32]

---

32 “Para transformar instituições em mau funcionamento, o STF precisa, primeiro, preparar-se para não se juntar a esse grupo de instituições. Ele deve, antes, se organizar para poder cumprir um bom papel na solução dos litígios estruturais. É o que se espera de uma Corte Constitucional em casos que apresentam quadros tão acentuados de violações de direitos fundamentais, mas, ao mesmo tempo, de soluções tão complexas, que não seja inerte, mas que também não tente resolver tudo sozinho, que não seja arrogante, reconhecendo e

Aspecto promissor é revelado através do voto do relator, o Ministro Marco Aurélio Melo, no qual aduz a importância do ativismo dialógico, a fim de evitar "estado de arrogância institucional", por parte do STF, na interferência das políticas públicas e escolhas orçamentárias, de modo a prezar pelas ordens flexíveis e o exercício de jurisdição posterior à sentença. (CAMPOS, 2015)

consertando os próprios defeitos a tornar possível sua atuação em litígios estruturais." (destaque nosso) (JARDIM, 2018, p. 138)

6 CONCLUSÃO

Por ensejo de conclusão, tem-se como decorrente da "*Structural Remedies*" e do Neoconstitucionalismo, o Estado de Coisas Inconstitucional, entendido como técnica ou mecanismo judicial em desenvolvimento e de utilização excepcional, concebido para exigir do juiz constitucional uma postura mais ativa na adoção de remédios estruturais para modificar realidades contrárias ao texto constitucional, mediante a cessação de violações massivas e sistemáticas de direitos fundamentais, de modo a garantir o máximo de efetividade destes.

Originariamente com fins processuais, desenvolveu-se e se aperfeiçoou através da jurisprudência da Corte Constitucional Colombiana, de maneira que enfrentou as críticas que questionavam sua legitimidade, e, fundamentado em realidades inconstitucionais e em princípios do direito, encontrou seu ápice evolutivo na Sentença T-025/2004, a qual especificou os requisitos a serem constatados para a declaração do ECI.

A Corte, portanto, diante de violação massiva e generalizada de direitos constitucionais que afeta população vulnerável, causada pela ação ou omissão de uma pluralidade de autoridades públicas, e que pode ensejar o congestionamento judicial, declara o ECI, para que os Poderes Públicos corrijam suas falhas, com o fim de que os efeitos da sentença transcendam as partes processuais.

Contudo, discutiu-se que, para que as autoridades competentes operacionalizem a correção das falhas e concretizem os direitos, não se pode desconsiderar o necessário dispêndio de voluptuosa quantidade de recursos financeiros normalmente indisponíveis, haja vista que os direitos fundamentais possuem custos, sejam os de primeira, segunda ou terceira dimensão. A invocação da Teoria da Reserva do Possível, pelos Poderes Executivo e Legislativo, como modo de se desobrigarem de efetivar direitos, já não possui força frente aos os inescusáveis deveres de garantia do Mínimo Existencial.

Neste seguimento, a Teoria dos Custos dos Direitos surge com o intento de fomentar a discussão dos custos dos direitos e da escassez de recursos, entendendo-a como indispensável à concretização dos direitos fundamentais, pois defende que a maximização da possibilidade de efetivação só é alcançada mediante a tomada de decisões conscientes e racionais, com base em informações e possibilidades realistas.

Assim, ante a problemática apresentada, no que concerne a necessidade de realização da discussão acerca da escassez de recursos e dos custos dos direitos, esta discussão mostrou-se indispensável, no âmbito das sentenças que declarem o ECI, para que a sua superação seja

possível. Entretanto, confirmando-se as hipóteses, o fomento ao debate é uma fase negligenciada, e que tem por consequência a ineficácia das decisões.

De acordo com os idealizadores da Teoria dos Custos dos Direitos, os juízes não dispõem de informações suficientemente aptas para tomarem decisões com repercussões nas políticas públicas. Desta forma, na presente pesquisa, em sede de ECI, defendeu-se o entendimento de que o juiz constitucional, mediante uma atuação dialógica, deve possibilitar que as autoridades públicas com expertise participem de um debate construtivo, que tenha como consequência a emissão de ordens flexíveis – caracterizadas pelo elevado nível de discricionariedade e adaptabilidade – para que essas autoridades apresentem soluções factíveis, de acordo com suas possibilidades, de modo a potencializar a possibilidade de efetivação dos direitos fundamentais. Ademais, mister se faz o monitoramento, pela corte, acerca do comprometimento dos Poderes Públicos na execução das soluções propostas, para que discussão ultrapasse o âmbito judicial e ocasione transformações fáticas, a propiciar a superação do ECI.

O entendimento defendido é corroborado pelo resultado alcançado da análise ora realizada, das sentenças que declaram o ECI. Ao buscar uma relação entre a consideração da matéria dos custos dos direitos e o sucesso na superação do ECI, possível foi afirmar que, conforme visto, as sentenças as quais adotaram uma posição mais flexível e não observaram a um ou mais elementos/fatores defendidos no parágrafo anterior, quedaram ineficazes.

O STF, portanto, deve ser prudente ao analisar o mérito da ADPF 347/2015, que introduziu o instituto ao ordenamento jurídico pátrio, haja vista que o posicionamento adotado em sua petição inicial e na decisão liminar demonstraram desprezo pela temática. Caso a decisão definitiva adote esta posição, a superação do ECI brasileiro estará seriamente comprometida.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha:** em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AMARAL, GUSTAVO. **Direito, escassez e escolha:** em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos as decisões trágicas. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais - O princípio da dignidade da pessoa humana.** 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BELEM, Bruno Moraes Faria Monteiro. A reserva do financeiramente possível no conteúdo normativo dos direitos sociais e o constitucionalismo de cooperação. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 11, n. 45, p. 229-247, 2011. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/217>. Acesso em: 16 de jun. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 347/2015**. Brasília-DF. Relator: Ministro Marco Aurélio de Melo. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 28 de mai. de 2020.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo-SP, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em: 16 jun. 2020.

CALDAS, Diogo Oliveira Muniz. A contraposição da teoria dos custos de direitos e do mínimo existencial no campo da judicialização dos direitos fundamentais. **Revista Interdisciplinar de Direito**, [S.l.], v. 14, n. 1, p. 67-79, jan. 2018. ISSN 2447-4290. Disponível em: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/250>. Acesso em: 16 de jun. 2020.

CARNEIRO, Rodrigo Alvares. A importância da teoria dos custos do direito para o estudo do acesso à justiça nos tribunais judiciais brasileiros. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, v. 90, n. 2, p. 218-245, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/237649>. Acesso em: 16 de jun. 2020.

CHEVITARESE, Aléssia Barroso Lima Brito Campos; SANTOS, Ana Borges Coêlho; GRAÇA, Felipe Meneses. A efetividade do estado de coisas inconstitucional em razão dos sistemas de monitoramento: uma análise comparativa entre Colômbia e Brasil. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 217-230, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/6050>. Acesso em: 16 de jun. de 2020.

CLÉVE, Clémerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 2, n. 3, p.

183-206, 2015. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/44534>. Acesso em: 16 de jun. de 2020.

COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. **Sentencia T-153/1998**. Bogotá, DC. Relator: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>. Acesso em: 16 de jun. de 2020.

_____. Corte Constitucional Colombiana. **Sentença T-025/2004**. Bogotá, DC. Relator: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: 16 de jun. de 2020.

COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS. Report of the Representative of the Secretary-General, Francis Deng, submitted pursuant to resolution 1997/39 (The Guiding Principles on Internal Displacement), doc. E/CN.4/1998/53/Add.2. [on line] Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/IDPersons/GPPortuguese.pdf>. Acesso em: 16 de mai. de 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Audiências de Custódia Nacional**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/audiencia-de-custodia/>. Acesso em: 16 de jun. de 2020.

COSTA, André Luís Macedo Pereira da. As dimensões dos direitos fundamentais. **Conteúdo Jurídico**, Brasilia-DF: 16 de jun. de 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51672/as-dimensoes-dos-direitos-fundamentais>. Acesso em: 20 de mai. de 2020.

FLORES, Rodrigo Gomes. Resenha da obra: "O custo dos direitos - por que a liberdade depende dos impostos". **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4641, 16 mar. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/38623>. Acesso em: 02 de mar. de 2019.

GUIMARÃES, Mariana Rezende. O estado de coisas inconstitucional: a perspectiva de atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da experiência da Corte Constitucional colombiana. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, ano 16, ed. 49, p. 79-111, 2017.

HESS, Heliana Maria Coutinho. Ativismo judicial e controle de políticas públicas. **Revista SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 30, p. 257-274, 2011.

JARDIM, Neymilson Carlos. **Estado de Coisas Inconstitucional no Sistema Penitenciário Brasileiro**: um caminho adequado constitucionalmente na construção de Direitos Fundamentais. Orientador: Prof. Dr. Edson Vieira da Silva Filho. 2018. 1 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, 2018.

LAGE, Daniel Dore; BRUGGER, Andrey da Silva. Estado de Coisas Inconstitucional: legitimidade, utilização e considerações. **Revista Publicum**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 193-240, 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/29042>. Acesso em: 16 jun. 2020.

LIMA, Rodrigo de Luna. O estado de coisas inconstitucional da saúde e o necessário diálogo institucional entre as funções estatais. **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará**, [*s. l.*], ano X, n. 2, p. 111-132, 2018. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2018/12/ARTIGO-7.pdf>. Acesso em: 16 de jun. de 2020.

LY, Miguel Enrique Falla; TELLO, Sergio Enrique Zapata. Estado de Cosas Inconstitucional en el Perú: Análisis jurisprudencial y Derecho Comparado. **IUS Revista de investigación de la Facultad de Derecho**, [*s. l.*], ano 4, n. 7, p. 220-233, 2014. Disponível em: <http://repositorio.usat.edu.pe/handle/usat/1283>. Acesso em: 16 de jun. de 2020.

LYONS, Josefina Quintero; MONTERROZA, Angélica Matilde Navarro; MEZA, Malka Irina. La Figura del Estado de Cosas Inconstitucionales como mecanismo de protección de los Derechos Fundamentales de la población vulnerable en Colombia. **Revista Jurídica Mario Alario D´Filippo**, [s. l.], v. 3º, n. 1, p. 69-80, 2011. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4767667>. Acesso em: 30 de maio de 2020.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas **Revista Brasileira de Direito Público***,* Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 169-186, jul./set. 2007.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos da metodologia científica**. 5ª. ed. aum. São Paulo: Editora Atlas, 2003. ISBN 85-224-3397-6.

MARMELSTEIN, George. **O Estado de Coisas Inconstitucional – ECI**: apenas uma nova onda do verão constitucional?. [*S. l.*], 2 out. 2015. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2015/10/02/o-estado-de-coisas-inconstitucional-eci-apenas-uma-nova-onda-do-verao-constitucional/>. Acesso em: 6 de mar. de 2020.

MASTRODI, Josué; ALVES, Abner Duarte. Sobre a Teoria dos Custos dos Direitos. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 09, n. 02, p. 695-722, 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/19270>. Acesso em: 16 de jun. de 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MENEZES, Flavia Ferreira Jacó de; SILVA, Alexandre Garrido da. Poder Judiciário e Diálogos Institucionais: Uma perspectiva frente à flexibilização das decisões. **Revista Horizonte Científico**, Uberlândia-MG, v. 8, n. 1, 2014. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/horizontecientifico/article/view/17921>. Acesso em: 16 de jun. de 2020.

MONTENEGRO, Germán Santiago Montenegro. **Las incidências del Estado de Cosas Inconstitucional em la jurisprudência colombiana**: El desplazamiento de los resguardos nulpe medio y gran sábalo de la comunidad indígena Awá. Orientador: Jaime Alfonso Cubides Cárdenas. 2015. Dissertação (Mestrado) - Universidad Católica de Colombia, Bogotá D.C., 2015.

OLIVEIRA, Fernando Fróes. **Direitos sociais, mínimo existencial e democracia deliberativa**. Orientador: Drª. Ana Paula de Barcellos. 2012. Dissertação (Mestrado em Estado, Processo e Sociedade Internacional) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http://www.bdtd.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=6811>. Acesso em: 16 de jun. de 2020.

PEÑA, Gabriel Bustamante. **Estado de Cosas Inconstitucional y Politicas Públicas**. Orientador: Dr Eduardo Cifuentes Muñoz. 2011. 1 f. Dissertação (Mestrado em Estudos Políticos) - Pontificia Universidad Javeriana, BOGOTÁ D.C., 2011. Disponível em: <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/1617>. Acesso em: 16 de jun. de 2020.

PERU. Tribunal Constitucional do Peru. **Sentencia no Expediente n. 00017/2008-PI/TC**. Lima. Relator: Mésia Ramirez. Disponível em: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00017-2008-AI.pdf>. Acesso em: 16 de jun. de 2020.

_____. Tribunal Constitucional do Peru. **Sentencia no Expediente n. 00853/2015-PI/TC**. Lima. Relator: Espinosa-Saldaña Barrera. Disponível em: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2017/00853-2015-AA.pdf>. Acesso em: 16 de jun. de 2020.

PIMENTA, José Marcelo Barreto. **Reserva do possível e a força dirigente dos direitos fundamentais sociais**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

RÍOS; Luis Carlos Alzate. **El Estado de Cosas Inconstitucional**. 2012 Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/el-estado-de-cosas-inconstitucional>. Acesso em: 06 mar. 2020.

SILVA, Janaína Lima Penalva da. **A igualdade sem mínimos**: Direitos sociais, dignidade e assistência social em um Estado Democrático de Direito – um estudo de caso sobre o benefício de prestação continuada no Supremo Tribunal Federal. Orientador: Dr Menelick de Carvalho Netto. 2011. Tese (Doutorado em Direito, Estado e Constituição) - Universidade de Brasília, Brasília-DF, 2011. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/9768>. Acesso em: 16 de jun. de 2020.

SOARES, Hector Cury. Não levando os Custos dos Direitos a sério: o direito prestacional à saúde pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito Sanitário**, São Paulo, v. 16, n. 2, p. 29-51, 2015. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/106882>. Acesso em: 16 de jun. de 2020.

SOLIANO, Vitor. Ativismo Judicial no Brasil: uma definição. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 8, n. 1, p. 590-622, 2013. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/5514>. Acesso em: 16 de jun. de 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>. Acesso em: 16 de jun. de 2020.

TASSINARI, Clarissa; LOPES, Ziel Ferreira. Os diálogos institucionais são o remédio para o ativismo judicial?. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 19 maio 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-19/diario-classe-dialogos-institucionais-sao-remedio-ativismo-judicial>. Acesso em: 7 de jun. de 2020.

TORRES, Ricardo Lobo. **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

VALDIVIA, Norma Alejandra Ortega. **Análisis del Estado de Cosas Inconstitucionaly su efectividad ante violaciones estructurales de Derechos Fundamentales**: Caso del Derecho a la Educación, Perú, 2018. Orientador: Mg. Ángel María Manrique Linares. 2018. Tese (Profissional em Advocacia) - Universidad Católica de Santa María, Arequipa, 2018. Disponível em: http://tesis.ucsm.edu.pe/repositorio/handle/UCSM/8430. Acesso em: 16 jun. 2020.

VIOLIN, JORDÃO. **Processos Estruturais em perspectiva comparada**: A experiência norte-americana na resolução de litígios Policêntricos. Orientador: Dr. Sérgio Cruz Arenhart. 2019. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/66023>. Acesso em: 16 de jun. de 2020.

VOLPE, Karina Rocha Martins. Desafios para efetivação dos Direitos da Seguridade Social na ótica do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível. **Caderno Virtual**, Brasília, v. 1, n. 24, 2011. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/619>. Acesso em: 16 de jun. de 2020.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, Custos dos Direitos e Reserva do Possível na jurisprudência do STF. **Revista Direito GV**, São Paulo-SP, v. 4, n. 2, p. 539-568, 2008. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/escassez-de-recursos-custos-direitos-reserva-possivel-jurisprudencia-stf>. Acesso em: 16 de jun. de 2020.

WEBER, Thadeu. A ideia de um 'mínimo existencial' de J. Rawls. **Kriterion (UFMG. Impresso)**, Balneário Camboriú-SC, v. 54, n. 127, p. 197-210, 2013. Disponível em: <http://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/11584>. Acesso em: 16 de jun. de 2020.