

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
REDE DE ENSINO DOCTUM CARATINGA**

LÍDIA AVELINO MARTINS

**O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E O CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE**

CARATINGA

2019

LÍDIA AVELINO MARTINS

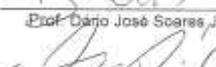
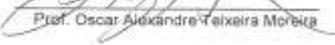
**O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E O CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE**

Projeto de Pesquisa apresentado à banca examinadora do Curso de Direito da Rede de Ensino Doctum de Caratinga, como requisito para aprovação na disciplina Monografia Jurídica I, requisito parcial de obtenção do grau de Bacharel em Direito, orientado pelo Prof. Rodolfo de Assis.

Área de Concentração: Direito Constitucional.

CARATINGA

2019

	FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA	FORMULÁRIO 9
	TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO	
TERMO DE APROVAÇÃO		
TERMO DE APROVAÇÃO		
<p>Trabalho de Conclusão de Curso intitulado <u>O Estado de coisas Inconstitucional e o controle difuso de Constitucionalidade</u>, elaborado por <u>Lidia Avelino Martins</u> foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de <u>DIREITO</u> da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da obtenção do título de</p>		
<p style="text-align: center;">BACHAREL EM DIREITO.</p>		
<p style="text-align: center;">Caratinga <u>08</u> de <u>07</u> 20<u>19</u></p>		
<p style="text-align: center;"> _____ Prof. Rodolfo de Assis Ferreira</p>		
<p style="text-align: center;"> _____ Prof. Danilo José Soares Júnior</p>		
<p style="text-align: center;"> _____ Prof. Oscar Alexandre Teixeira Moribig</p>		

RESUMO

O presente trabalho, tem como designio o tema “Estado de Coisas Inconstitucional”, pouco trabalhado em nosso sistema pátrio, teoria Colombiana que foi reconhecida pelo nosso sistema pátrio em 2015, por uma liminar de uma Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais (347). Considerando que a aplicação dessa teoria tem como objetivo superar as violações massivas de direitos fundamentais e que abrange toda coletividade. Tal tema, visa considerar a aplicação dessa teoria, por meio do Direito Difuso em ações coletivas em casos concretos.

Palavras-chave: Estado de Coisas Inconstitucional. Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais. Direitos fundamentais. Ações coletivas. Direito Difuso.

Dedico este trabalho a minha família e a todos
aqueles que acreditaram em mim.

"São as nossas escolhas que revelam o que realmente somos, muito mais que as nossas qualidades" - Harry Potter e a Câmara secreta.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 . OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS	8
1.1 Inconstitucionalidade	8
1.2 Inconstitucionalidade por ação X Omissão	8
1.2.1 Vício Formal	9
1.2.2 Vício Material.....	10
1.3 Omissão Inconstitucional	11
1.4 Mandado de Injunção e Ação Direta de Inconstitucionalidade	13
1.4.1 Mandado de Injunção	13
1.4.2 Ação de Inconstitucionalidade por Omissão.....	15
2. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL	17
2.1 Conceito	17
2.1.1 Direitos Fundamentais.....	18
2.2 O Julgamento do ECI na Corte Colombiana	18
2.2.1 Pressupostos do ECI.....	21
2.3 ADPF e o Estado de Coisas Inconstitucional no STF.....	22
3. O ECI E O CONTROLE DIFUSO.....	24
3.1 Controle Difuso e Ações Coletivas.....	24
3.1.1. Controle Difuso.....	24
3.2 Ações Coletivas.....	26
3.2.1 Marco Legislativo.....	28
3.2.2 Competência e Legitimidade nos Direitos Coletivos.....	29
3.3 Estado de Coisas Inconstitucional nas Ações Coletivas.....	30
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	34
REFERÊNCIAS.....	35

INTRODUÇÃO

O Estado de Coisas Inconstitucional é um mecanismo decisório desenvolvido pela Corte colombiana para o enfrentamento e a superação de situações de violação de direitos fundamentais, ao qual exige uma atuação coordenada de vários atores sociais.

Nas palavras do doutrinador, Carlos Alexandre Campos, quando a corte declara o Estado de coisas Inconstitucional, ele estar reconhecendo um quadro de violações de direitos fundamentais de forma generalizada, decorrentes de atos comissivos e omissivos do poder público. (CAMPOS, 2015)

No nosso sistema o reconhecimento de Estado de Coisas Inconstitucional, foi através de uma Arguição de descumprimento de preceitos fundamentais, pleiteada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), em que o STF (Supremo Tribunal Federal) reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional no sistema prisional do País.

Sabendo que no nosso país é nítido os vários quadros de violações de direitos fundamentais, como por exemplo, na área da saúde, da educação, na falta de moradia, enfim, há violações de direitos fundamentais de forma generalizada em várias áreas no país.

E tendo em vista que não é previsto a legitimidade para declarar o Estado de Coisas Inconstitucional, mas que foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal que é de controle concentrado de constitucionalidade, e que é defeso do controle difuso de constitucionalidade, enquanto garantia fundamental do cidadão, em evitar ou cessar as violações de direitos fundamentais em cada caso concreto, e levando em consideração que o Estado de Coisas Inconstitucional é quando há violações aos direitos fundamentais.

Vejamos o que esse mecanismo nos garante e o que pode ser superado através da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, pois, sabemos que em casos como violação de direitos fundamentais e que enseja inconstitucionalidade, o juiz do controle difuso, tem o dever de resguardar esses direitos.

1. OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS

A Constituição é norma jurídica indispensável, que determina direções, consolidadas em princípios imprescindíveis. Essas normas podem ter modo restritivo e preceptivo, proibindo ou infringindo determinadas condutas. Nessa perspectiva, pode-se violar a Constituição praticando ato contrário ao que ela interdita ou deixando de praticar ato que prescreva.

Nesse sentido, qualquer pessoa (física ou jurídica) que faz algo que a Constituição proíbe ou que deixa de fazer algo que a Constituição instrui está desobedecendo os comandos dos constituintes. A inconstitucionalidade advém sempre que normas infraconstitucionais vão de face a preceitos existentes na Constituição Federal de 1988.

1.1. Inconstitucionalidade

Quando há incompatibilidade com a norma constitucional se denomina de inconstitucional, que é o conflito que uma lei ordinária com um preceito da Constituição. (BITTENCOURT apud SIMÃO, 2015, p.46).

Desta forma, qualquer conflito que implica afetar a Constituição faz-se inconstitucional, pois não condiz com o texto constitucional. Portando, o vício de inconstitucionalidade deve ser verificado em face da Constituição vigente.

1.2. Inconstitucionalidade por ação X omissão

Ocorre a inconstitucionalidade quando uma norma jurídica viola a Constituição ou quando por ausência da mesma, viola a Constituição. Para Canotilho, enquanto a inconstitucionalidade por ação pressupõe a existência de normas inconstitucionais, a inconstitucionalidade por omissão pressupõe a “violação da lei constitucional pelo silencio legislativo (violação por omissão). (CANOTILHO apud LENZA, 2017. p.982)

Comentado [RdAF1]: Subtítulos como esse (1.1, 2.3, 4.2) não são escritos em letra maiúscula, apenas a primeira letra: "Inconstitucionalidade). Reveja isso para os outros.

No entendimento do autor José Afonso da Silva, a inconstitucionalidade por ação ocorre quando:

Ocorre com a produção de atos legislativos ou administrativos que contrariem normas ou princípios da constituição. O fundamento dessa inconstitucionalidade está no fato de que do princípio da supremacia da constituição resulta o da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a constituição. As que não forem compatíveis com ela são inválidas, pois a incompatibilidade vertical resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores. (SILVA, Afonso, 2005, p.47).

A inconstitucionalidade por ação pode-se dar no ponto de vista formal, e no ponto de vista material:

No ponto de vista formal, decorre de afronta ao devido processo legislativo de formação do ato normativo, dando a ideia de dinamismo, de movimento. Por sua vez, o vício material, por ser um vício de matéria, de conteúdo, a ideia que passa é de vício de substancia, estático". (LENZA, 2017, p.252).

1.2.1 Vício Formal

A inconstitucionalidade formal, como já dito acima, é decorrido de uma afronta ao devido processo legislativo de formação de ato normativo, ou seja, contém algum vício em sua "forma" ou em seu processo de formação.

Canotilho entende que os vícios formais:

Incidem sobre o ato normativo enquanto tal, independentemente do seu conteúdo e tendo em conta apenas a forma da sua exteriorização; na hipótese de inconstitucionalidade formal, viciado é o ato, nos seus pressupostos, no seu procedimento de formação, na sua forma final". (CANOTILHO apud LENZA, 2017, p. 959.).

No entanto, os vícios formais podem ser divididos em: inconstitucionalidade orgânica; inconstitucionalidade propriamente dita, versaremos de forma singela sobre cada uma delas a seguir.

Na inconstitucionalidade orgânica há uma inobservância na competência legislativa para a elaboração do ato. Exemplo disso é quando a lei municipal trata de temas que não são competência dela.

Lenza em seu livro de Direito Constitucional esquematizado traz um exemplo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, a

inconstitucionalidade de uma lei municipal que disciplina o uso do cinto de segurança, sendo que é de competência da União, nos termos do art. 22, XI, legislar sobre trânsito e transporte. (LENZA, 2017, p. 253).

Antes de compreendermos a chamada inconstitucionalidade propriamente dita, é necessário que de forma simples esclareçamos o procedimento da formação de uma lei.

Verifica-se que para ser criada uma determinada lei, é necessário que esta passa por um procedimento formal, esse procedimento é estabelecido na Lei Maior, reconhecida por Constituição Federal de 1988. Na Constituição veremos que para o processo de formação da lei é estabelecido que passe primeiro pela fase da iniciativa em que é deflagrado, ao passo que depois é passado para a deliberação, votação, sanção ou veto, promulgação e publicação.

Por sua vez, a inconstitucionalidade formal propriamente dita, é quando há uma inobservância no devido processo legislativo imposto para a formação de uma determinada lei. Pode – se dizer que essa inconstitucionalidade se dá tanto na fase iniciativa, como em qualquer fase posterior.

Na inconstitucionalidade na fase iniciativa, o vício formal se dá quando a iniciativa é exclusiva ou reservada a um competente sendo proposta a um que não lhe é dado a competência. Exemplo disso, é quando essa exclusividade é do Presidente da República e ser proposta por um parlamentar. Esse vício formal é chamado de subjetivo. Outra inobservância no processo legislativo é o vício formal objetivo, que se dá quando, por exemplo, “uma lei complementar sendo votada por um quórum de maioria relativa, sendo que, por ordenança do art.69 da CF/88, deve ser aprovada por maioria absoluta.” (LENZA,2017 p. 253).

1.2.2. Vicio Material

O vício material é conhecido também por vício de conteúdo, substancial ou doutrinário, pois diz respeito a “matéria”, ao conteúdo do ato normativo, nesse caso a um confronto a alguma regra ou princípio da Constituição Federal.

Sendo assim, “aquele ato normativo que afrontar qualquer preceito ou princípio da Lei Maior, dever ser declarada inconstitucional, por possuir um vício material”. (LENZA, 2017, p. 255).

Como exemplo disse, uma lei que fere o princípio da igualdade. Lenza nas palavras de Barroso diz que:

A inconstitucionalidade material expressa uma incompatibilidade de conteúdo, substantiva entre a lei ou ato normativo e a Constituição. Pode traduzir-se no confronto com uma regra constitucional – e.g., a fixação da remuneração de uma categoria de servidores públicos acima do limite constitucional (art.37, XI) – ou com um princípio constitucional, como no caso de lei que restrinja ilegitimamente a participação de candidatos em concurso público, em razão do sexo ou idade (arts, 5º, *caput*, e 3º, IV), em desarmonia com o mandamento da Isonomia. O controle material de constitucionalidade pode ter como parâmetro todas as categorias de normas constitucionais: de organização, definidoras de direitos e programáticas. (BARROSO apud LENZA, 2016, p.1826).

Partindo desse pressuposto, a incompatibilidade entre a norma infraconstitucional e a Constituição não pode perdurar, porque contrasta com o princípio da coerência e harmonia das normas do ordenamento jurídico.

1.3. Omissão Inconstitucional

Como já supracitado, a inconstitucionalidade por omissão se dá quando a uma ausência de uma norma jurídica, e isso viola a Constituição.

Nessa concepção, a omissão ocorre quando o legislador não atua de forma que a Constituição impõe. Tendo o legislador o dever de atuar conforme a norma constitucional, sua falta de exequibilidade viola o cumprimento da Constituição.

A omissão inconstitucional poderá ser total ou parcial: total, quando não houver a efetivação da obrigação de regulamentar, editando medida para tornar efetiva a regra constitucional; parcial, quando houver a normatização infraconstitucional, porém, de forma insuficiente.

O Ministro Roberto Barroso diz que: “A omissão inconstitucional total ou absoluta estará configurada quando o legislador, tendo o dever jurídico de atuar, abstenha-se de fazê-lo, deixando um vazio normativo na matéria.” (BARROSO, 2014, p. 54). Tendo em vista que não é pelo simples fato da ausência de norma,

e sim, pela desobediência do legislador de não cumprir a obrigação anteriormente prevista na Constituição.

Sendo assim, como ressalta Alexandre de Moraes, nas palavras de Canotilho em relação a omissão inconstitucional diz que:

(..) a omissão legislativa (e ampliamos o conceito para a administrativa) só é autônoma e juridicamente relevante quando se conexiona com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever geral de legislador para dar fundamento a uma omissão constitucional. Um dever jurídico-constitucional de ação existirá quando as normas constitucionais tiverem a natureza de imposições concretamente impositivas. (CANOTILHO apud MORAES,2013, p.791)

Percebe-se que a omissão poderá ser total ou parcial, pois a total falha nas normas, na hipótese de execução viciosa ou insatisfatória de dever constitucional de legislar. O objetivo é preencher as omissões inconstitucionais, para que todas as normas constitucionais obtenham eficácia plena.

Como exemplo de inconstitucionalidade por omissão total ou absoluta, o autor José Afonso, destaca:

Verifica-se nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou administrativos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais. Muitas destas, de fato, requerem uma lei ou uma providência administrativa ulterior para que os direitos ou situações nelas previstos se efetivem na prática. A Constituição, por exemplo, prevê o direito de participação dos trabalhadores nos lucros e na gestão das empresas, conforme definido em lei, mas, se esse direito não se realizar, por omissão do legislador em produzir a lei aí referida e necessária à plena aplicação da norma, tal omissão se caracterizará como inconstitucional. Ocorre, então, o pressuposto para a propositura de uma ação de inconstitucionalidade por omissão, visando obter do legislador a elaboração da lei em causa. Outro exemplo: a Constituição reconhece que a saúde e a educação são direitos de todos e dever do Estado (arts. 196 e 205), mas, se não se produzirem os atos legislativos e administrativos indispensáveis para que se efetivem tais direitos em favor dos interessados, aí também teremos uma omissão inconstitucional do Poder Público que possibilita a interposição da ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103). (SILVA,2005, p. 47,48)

Para sanar problemas relativos à efetivação de direitos constitucionais em função da inatividade do Poder Público. A Constituição prevê a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que é medida para tornar efetiva a norma constitucional, ação essa que será aprimorada nos próximos itens.

1.4. Mandado de Injunção e ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

1.4.1. Mandado de Injunção

A ação de mandado de injunção, “consiste em remédio de uso frequente, com base na chamada jurisdição de equidade, aplicando-se sempre quando a norma legal se mostra insuficiente ou incompleta para solucionar, com justiça, determinado caso concreto”. (BACHA apud MORAES, 2013, p.175).

Sendo assim, sempre que a falta de norma regulamentadora torna inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, a soberania e a cidadania, a Constituição dispõe o mandado de injunção.

De acordo com o Alexandre de Moraes o mandado de injunção:

Consiste em uma ação constitucional de caráter Civil e de procedimento especial, que visa suprir uma omissão do Poder Público, no intuito de viabilizar o exercício de um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa prevista na Constituição Federal. Juntamente com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, visa o combate a síndrome de inefetividade das normas constitucionais. (MORAES, 2013, p.176)

O mandado de injunção pressupõe a existência de nexo de causalidade entre a omissão normativa do Poder Público e a inviabilidade do exercício do direito, liberdade ou prerrogativa. (MORAES apud STF, p.178) citado por Alexandre de Moraes:

A diferença entre mandado de injunção e ação de inconstitucionalidade por omissão está justamente nisto: na ação de inconstitucionalidade por omissão, que se inscreve no contencioso jurisdicional abstrato, de competência exclusiva do STF, a matéria é versada apenas em abstrato e, declarada a inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência ao Poder competente para adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo no prazo de 30 dias (CF, art. 103, § 2º). No mandado de injunção, reconhecendo o juiz ou tribunal que o direito que a Constituição concede é ineficaz ou inviável em razão da ausência de norma infraconstitucional, fará ele, juiz ou tribunal, por força do próprio mandado de injunção, a integração do direito à ordem jurídica, assim tornando-o eficaz e exercitável." (MORAES, apud STF, P.178)

Fixam as regras de competência originária e recursal para sua apreciação:

“O art. 102, I, q, da Constituição Federal determina que compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, da Mesa de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal. A Constituição Federal prevê, ainda, no art. 105, I, h, que compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal. Por fim, o art. 121, § 4.º, V, da Carta Magna prevê a competência do Tribunal Superior Eleitoral para julgar, em grau de recurso, o mandado de injunção que tiver sido denegado pelo Tribunal Regional Eleitoral. (MORAES,2013, p.180).

As normas constitucionais que permitem o ajuizamento do mandado de injunção assemelham-se às da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e não decorrem de todas as espécies de omissões do Poder Público, (FERREIRA Filho apud MORAES,2013, p.137), pois dependem da atuação normativa para garantir aplicabilidade, sendo que a necessidade de faltas na estrutura normativa, por exemplo: ausência de resolução do Senado Federal no caso de estabelecimento de alíquota às operações interestaduais. CF, art. 155, § 2º. (MORAES,2013, p. 137). Com consequência, não será admissível a petição quando a regra constitucional for autoaplicável. Do mesmo modo, se regra houver, a ocorrência ser insatisfatória não ensejará o ajuizamento da petição de injunção.

Desta forma, o mandado de injunção somente se refere à omissão de regulamentação de norma constitucional, tendo como requisitos: “a falta de norma regulamentadora de uma previsão constitucional (omissão total ou parcial do Poder Público); inviabilização do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, a soberania e a cidadania.” (LENZA,2017, p. 1231).

1.4.2. Ação de Inconstitucionalidade por Omissão

Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) foi criada e é utilizada para sanar problemas relativos à efetivação de direitos constitucionais em função da inatividade do Poder Público. A Constituição Federal prevê que, declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em 30 dias.

O objetivo pretendido pelo legislador constituinte de 1988 com a previsão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, foi conceder plena eficácia às normas constitucionais, que dependessem de complementação infraconstitucional. Assim, tem cabimento a presente ação, quando o poder público se abstém de um dever que a Constituição lhe atribuiu.

As hipóteses de ajuizamento da presente ação não decorrem de qualquer espécie de omissão do Poder Público, mas em relação às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo e de caráter impositivo, em que a constituição investe o Legislador na obrigação de expedir comandos normativos. A constituição determinou que o Poder Público tivesse uma conduta positiva, com a finalidade de garantir a aplicabilidade e eficácia da norma constitucional. O Poder Público omitiu-se, tendo, pois, uma conduta negativa.

A incompatibilidade entre a conduta positiva exigida pela constituição e a conduta negativa do Poder Público omissor, configura-se na chamada inconstitucionalidade por omissão. Portanto, só há o cabimento da presente ação quando a constituição obriga o Poder Público a emitir um comando normativo e este queda-se inerte, pois, como ressalta Canotilho citado por Alexandre de Moraes, supracitado:

a omissão legislativa (e ampliamos o conceito também para a administrativa) só é autônoma e juridicamente relevante quando se conecta com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever geral de legislador para dar fundamento a uma omissão constitucional. Um dever jurídico-constitucional de ação existirá quando as normas constitucionais tiverem a natureza de imposições concretamente impositivas". (CANOTILHO apud MORAES, 2013, p.791)

Importante ressaltar que inexistente prazo para a propositura da presente ação, havendo, porém, necessidade de aferir-se caso a caso a existência do transcurso de tempo razoável, que já houvesse permitido a edição da norma faltante. Não é obrigatória a oitiva do Advogado Geral da União, nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, uma vez que inexistente ato impugnado a ser defendido. O Ministério Público, porém, sempre deverá se manifestar, antes da análise do Plenário sobre a ação proposta.

Declarando o Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade por omissão, por ausência de medida legal que torne a norma constitucional efetiva, deverá dar ciência ao Poder ou órgão competente para: Órgão administrativo: adoção de providências necessárias em 30 dias. “A fixação de prazo permite a futura responsabilização do Poder Público administrativo, caso a omissão permaneça; Poder Legislativo: ciência para adoção das providências necessárias, sem prazo preestabelecido”. (MORAES, 2013, p.187).

Nessa hipótese, o Poder legislativo tem a oportunidade e a conveniência de legislar, no exercício constitucional de sua função precípua, não podendo ser forçado pelo Poder Judiciário a exercer seu encargo, sob pena de afronta a separação dos Poderes, fixada pelo art. 2.º da Carta Constitucional.

Como não há fixação de prazo para a adoção das providências cabíveis, igualmente, não haverá possibilidade de responsabilização dos órgãos legislativos. Declarada, porém, a inconstitucionalidade e dada ciência ao Poder Legislativo, fixa-se judicialmente a ocorrência da omissão, com efeitos retroativos *ex tunc* e *erga omnes*, permitindo-se sua responsabilização por perdas e danos, na qualidade de pessoa de direito público da União Federal, se da omissão ocorrer qualquer prejuízo.

Dessa forma, a natureza da decisão nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão tem caráter obrigatório ou mandamental, pois o que se pretende constitucionalmente é a obtenção de uma ordem judicial dirigida a outro órgão do Estado.

2. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Comentado [RdAF2]: Fique atenta, as páginas dos seus títulos não estão compatíveis com o seu índice

O Estado de Coisas Inconstitucional, pouco trabalhado em nossa doutrina pátria, foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal em 2015 no julgado de uma Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais (347), envolvendo o sistema carcerário brasileiro. Este capítulo visa identificar o modelo de Estado de Coisas Inconstitucional e para posteriormente, no próximo capítulo, levantar como possibilidade de o controle difuso de constitucionalidade ser um dos mecanismos para a declaração de Estado de Coisas Inconstitucional.

2.1. Conceito

Este assunto é um mecanismo decisório desenvolvido a Corte Constitucional da Colômbia para o enfrentamento e a superação de situações de violações graves e sistemáticas dos direitos fundamentais, as quais exigem uma atuação coordenada de vários atores sociais.

Carlos Alexandre entende que:

Quando declara o Estado de Coisas Inconstitucional, a corte afirma existir quadro insuportável de violação massiva de direitos fundamentais, decorrente de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas, agravado pela inércia continuada dessas mesmas autoridades, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público podem modificar a situação inconstitucional. Ante a gravidade excepcional do quadro, a corte se afirma legitimada a interferir na formulação e implementação de políticas públicas e em alocações de recursos orçamentários e a coordenar as medidas concretas necessárias para superação do estado de inconstitucionalidades. (CAMPOS, 2015).

Nas palavras de Campos, o Estado de Coisas Inconstitucional origina-se de situações de omissão estatal que provocam violação massiva e contínua de direitos fundamentais. (CAMPOS, 2015). Para proteger a dimensão objetiva desses direitos, a corte constitucional colombiana acabou tomando medidas extremas: reconheceu a vigência de um ECI. A decisão busca dirigir o Estado a observar a dignidade da pessoa humana e a garantia dos direitos fundamentais quando estiverem ocorrendo graves violações a esses direitos por omissão dos poderes públicos.

2.1.1 Direitos fundamentais

Os direitos fundamentais podem ser classificados como recurso a uma abordagem positivista que determina através de sua inserção em um texto constitucional. No que concerne a este processo é caracterizado como “a incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador originário”. Além disso, é considerado como “os direitos ou as posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentem na Constituição”.

A teoria do Estado de Coisas Inconstitucional visa assegurar os direitos fundamentais, em sua perspectiva objetiva, ou seja, almeja-se que os efeitos que decorrem da aplicação de tal tese alcancem um número amplo de pessoas.

2.2 O Julgamento do Estado de Coisas Inconstitucional na Corte Constitucional Colombiana

Como já supracitado, o conceito de Estado de Coisas Inconstitucional foi desenvolvido pela Corte Constitucional Colombiana no contexto de violações sistemáticas de direitos fundamentais e possui um propósito bastante ambicioso: permitir o desenvolvimento de soluções estruturais para situações de graves e contínuas inconstitucionalidades praticadas contra populações vulneráveis em face de falhas (omissões) do poder público.

A Corte desenvolveu uma tutela jurisdicional constitucional, cuja expressão teve origem no tribunal e foi utilizada pela primeira vez em 1997 em um caso relativo à omissão de dois municípios em pagar direitos previdenciários e de saúde aos seus professores municipais.

No âmbito, 45 professores dos Municípios de Maria La Baja e Zambrano tiveram os direitos previdenciários negados pelas autoridades locais. A Corte Constitucional Colombiana ao analisar a situação, verificou que o descumprimento da obrigação era generalizado, alcançando um número amplo e indeterminado de professores além dos que instauraram a demanda, e que a falha não poderia ser atribuível a um único órgão, e sim que seria estrutural.

Além de declarar ECI, a Corte determinou que as autoridades envolvidas reparassem o quadro de inconstitucionalidade em um prazo razoável. Assim, desenvolveu uma tutela que pudesse atender a todos os casos, tirando os outros poderes da inércia, ao mesmo tempo em que resolveria tal situação evitando receber futuras tutelas individuais.

Nesse sentido, Campos cita algumas determinações da sentença:

A Corte Colombiana também declarou o ECI para reduzir a mora da Caixa Nacional de Previdência em responder petições de aposentados e pensionistas dirigidas a obter recálculos e pagamentos de diferenças verbas previdenciárias; determinar a realização, em âmbito nacional, de concurso público para notário ante a omissão do Estado em organizar o certame; ordenar a confecção de direitos humanos no país; e remediar o atraso sistemático no pagamento, por entidades territoriais, das verbas de aposentadoria. (CAMPOS apud SENTENCIA, 2015)

Ao declarar o ECI, a Corte tentou a beneficiar todos aqueles em situações equivalentes, enunciando procedimentos em face de todas as autoridades públicas cujas ações seriam necessárias para a superação das falhas sistemáticas e estruturais.

A partir de então, diversos foram os casos em que a Corte colombiana passou a declarar o estado de inconstitucionalidade, desenvolvendo e aprimorando a tutela.

Em uma de suas mais importantes decisões, a Corte declarou o ECI relativo ao quadro de superlotação e das condições desumanas das Penitenciárias Nacionais de Bogotá e de Bellavista de Medellín. No entanto, a Corte constatou que o quadro de violações de direitos era generalizado na Colômbia, pois, estava vigente nas demais instituições carcerárias do país. Com isso de acordo com Lage e Brugger:

declarou o Estado de Coisas Inconstitucional por estarem presentes os requisitos do instituto; determinou que fossem formuladas novas políticas públicas dentro de quatro meses, leis e um marco regulatório eficiente para proteger, para além dos direitos individuais dos demandantes, a dimensão objetiva dos direitos envolvidos, que oportunizasse às organizações e entidades representativas da população deslocada a participação na tomada de decisões; que os governos locais seguissem coerentemente a nova política nacional; que as autoridades instruissem as pessoas deslocadas, de maneira clara e imediata acerca de seus direitos básicos;. (LAGER e BRUGGER, 2017, p.203-204)

Porém, essas ordens em sua execução, não alcançou sucesso devido à falta de deliberação e a falta de monitoramento da fase de implementação da decisão.

Nas palavras de Campos:

O erro da corte foi acreditar que sua autoridade contida nas decisões, por si só, seria suficiente para que os órgãos públicos cumprissem efetivamente com as medidas ordenadas. A corte pouco se preocupou com a real impossibilidade de as autoridades públicas cumprirem as ordens. Faltou diálogo em torno de como melhor realizar as decisões, não tendo sido retida jurisdição sobre a execução das medidas. A corte não voltaria a cometer esses erros no caso igualmente relevante do deslocamento forçado de pessoas em razão da violência urbana do país. (CAMPOS, 2015)

Outro caso importante, que foi declarado o ECI, foi o do deslocamento forçado de pessoas em decorrência do contexto de violência na Colômbia. De acordo com Campos, o deslocamento interno de pessoas:

É um fenômeno típico de países mergulhados em violência, como é o caso da Colômbia. As pessoas são forçadas a migrar dentro do território colombiano, obrigadas a abandonar seus lares e suas atividades econômicas porque as ações violentas de grupos como as FARC ameaçam suas vidas, a integridade física das famílias, não havendo segurança ou liberdade nesses contextos. (LAGER e BRUGGER, 2017)

Foi examinado pela Corte, através da Sentencia T- 025, de 2014, 108 pedidos de tutelas formuladas por 1.150 núcleos familiares deslocados. Tendo decidido que o quadro dessas pessoas era um conjunto de violações massivas de direitos fundamentais e, a Corte Colombiana declarou o Estado de Coisas Inconstitucional por estarem presentes os requisitos do instituto:

(...) determinou que fossem formuladas novas políticas públicas dentro de quatro meses, leis e um marco regulatório eficiente para proteger, para além dos direitos individuais dos demandantes, a dimensão objetiva dos direitos envolvidos, que oportunizasse às organizações e entidades representativas da população deslocada a participação na tomada de decisões; que os governos locais seguissem coerentemente a novas política nacional; que as autoridades instruissem as pessoas deslocadas, de maneira clara e imediata acerca de seus direitos básicos; (...) (LAGER e BRUGGER, 2017)

Campos, diz que a Corte manteve sua jurisdição com pretensão de monitorar a implementação de suas ordens, controlando as respostas e reações dos poderes políticos”. (LAGER e BRUGGER apud CAMPOS, 2017, Publicum).

Sendo assim, a uma importância de haver limites ao exercício de tal técnica, apontando pressupostos principais para declarar o Estado de Coisas Inconstitucional.

2.2.1. Pressupostos do ECI

A partir da análise feita por Campos, dos casos em que a Corte Colombiana Constitucional utilizou – se da tutela de “estado de coisas inconstitucional”, fez – se menção a quatro fatores que caracteriza tal teoria.

Nas palavras de Campos:

[...] a fim de tornar mais clara e objetiva a tarefa de identificação e afirmação do ECI, penso ser melhor falar-se na presença de quatro pressupostos em vez dos seis elencados na Sentencia T-25 de 2004. Não se trata de ignorar dois dos fatores apontados pela Corte, e sim de diluí-los, para melhor compreensão do fenômeno [...] (LAGER e BRUGGER apud CAMPOS, 2017)

Apesar de que na tese de Campos ter os quatro fatores que limita a amplitude da declaração do ECI. No ano de 2015, Campos publicou em uma coluna três fatores como elementos que estrutura o ECI.

O primeiro pressuposto para a declaração de Estado de Coisas Inconstitucional é a violação massiva e generalizada de direitos fundamentais que afeta a um número amplo de pessoas. Sendo assim, “a Corte em um determinado processo, identifica quando de violações sistemática, grave e contínua de direitos fundamentais que alcança um número elevado e indeterminado de pessoas”. (CAMPOS, 2015)

O segundo pressuposto é preciso constatar uma omissão reiterada e prolongada das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção de direitos fundamentais, sendo que não se trata da inércia de uma única autoridade ou instituição pública, mas de todo funcionamento deficiente do Estado que resulta na violação acima supracitado. Além disso, “os

poderes, órgãos e entidades em conjunto se manteriam omissos em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade”. (CAMPOS, 2015).

Para o terceiro pressuposto, estabelecido os pressupostos acima citados é necessário exigir a expedição de remédios adequados para a solução. “A proposta, nestes casos, se dá pela utilização das tutelas estruturais, chamadas de injunções estruturais no direito estadunidense e estudadas desde o famoso caso “*Brown vs Board of education*”. (LAGER e BRUGGER, 2017)

De acordo com a doutrina:

A decisão estrutural (*structural injunction*) é, pois, aquela que busca implantar uma reforma estrutural (*structural reform*) em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar determinada política pública ou resolver litígios complexos. Por isso, o processo em que ela se constrói é chamado de processo estrutural. Parte-se da premissa de que a ameaça ou a lesão que as organizações burocráticas representam para a efetividade das normas constitucionais não pode ser eliminada sem que tais organizações sejam reconstruídas. (LAGER e BRUGGER, 2017).

Para a superação são imprescindíveis novas políticas públicas ou correção das políticas viciosas, alocação de recursos, coordenação e ajustes nos arranjos institucionais, enfim, mudanças estruturais.

2.3 Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais 347 e o Estado de Coisas Inconstitucional no STF

A Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais nº 347 foi ajuizada em maio de 2015, pelo Partido Socialismo Liberal, representado pelo advogado constitucionalista Daniel Sarmiento, cuja petição se baseia em representação formulada pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ, fundamentada em parecer do Professor de Direito Penal da instituição, Juarez Tavares.

Considerando o Estado caótico das penitenciárias no Brasil e a de garantir a integridade física e moral dos presos. O plano de fundo da ação é o cenário bastante desumano das prisões brasileiras, com celas superlotadas, insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida de baixa qualidade, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos. Homicídios, espancamentos,

tortura e violência sexual contra os presos são frequentes, praticadas por outros detentos ou por agentes do próprio Estado.

A ofensa da vexaminosa realidade dos nossos cárceres aos princípios e garantias constitucionais, assegurados pela Constituição Federal de 1988, à dignidade da pessoa humana, o ambiente das prisões superlotadas frustra o objetivo de ressocialização da pena, e contribui para a instauração de um ambiente violento nas instituições prisionais.

O PSOL pleiteou a ação perante o Supremo Tribunal Federal em face das violações massivas de direitos fundamentais no sistema carcerário do país que decorrem de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, envolvendo-se os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Assim, requereu-se, então, em medida cautelar, o reconhecimento do ECI do sistema penitenciário brasileiro.

No entanto, dentre os pedidos formulados pelo PSOL, dois foram deferidos: a obrigatoriedade da realização de custódia e a liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) para melhoria do sistema carcerário. Além do mais, foi também concedido, de ofício, medida de natureza cautelar sugerido pelo Ministro Roberto Barroso para a realização de diagnóstico da situação fática denunciada para instruir o julgamento de mérito a ser realizado em momento oportuno.

Nesse sentido, foi compreendido, que a ADPF 347 foi instrumento para o uso da teoria colombiana no nosso ordenamento jurídico. Porém, visto que é uma ação autônoma, por ser interposta somente no STF e que por se tratar de violações massivas em que abrange um número amplo de pessoas, e que a casos dessas violações de direitos coletivos espalhados por todo Brasil, analisaremos no próximo capítulo, a teoria declarada através da ADPF 347 de forma que pode ser usada no Controle Difuso.

3. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E O CONTROLE DIFUSO

Como já supracitado, a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional visa assegurar os direitos fundamentais em sua perspectiva objetiva, almeja-se que os efeitos que decorrem da aplicação de tal tese alcancem um número amplo de pessoas. Sendo assim, o presente tópico tem por objetivo a explanação da possível aplicação da teoria ECI por meio do Controle Difuso.

3.1. Controle Difuso e Ações Coletivas

O controle Difuso caracteriza-se, pelo fato de ser executável a casos concretos a ser decidido por qualquer juiz ou tribunal, sendo consideradas os preceitos da competência de cada órgão. Já ação coletiva é aquela que abrange um conjunto de pessoas e sendo tomada a decisão, seus efeitos não só afeta os indivíduos da ação como também as pessoas que pretendem entrar com uma ação.

3.1.1. Controle Difuso

O controle difuso também conhecido por via de exceção, defesa ou aberto, em que o caso é realizado por qualquer juiz ou tribunal para analisar e julgar em casos concretos, sendo respeitadas as regras da competência de cada órgão. Essa ideia de constitucionalidade, de acordo com Alexandre de Moraes, teve sua origem no caso Madison versus Marbury (1803), em que o Juiz Marshall da Suprema Corte Americana afirmou que é próprio da atividade jurisdicional interpretar e aplicar a lei. (MORAES,2016. Pag.1131).

O controle difuso averigua-se em um caso concreto, e a declaração de inconstitucionalidade dá-se de forma incidental, prejudicialmente ao exame de mérito. (LENZA,2015, p.1933). A petição no juízo, baseia-se na inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ou seja, arguição de inconstitucionalidade será a causa de pedir. Como exemplo disso, Professor Lenza em seu livro de Direito Constitucional Esquematizado diz que:

Exemplo: na época do Presidente Collor, os interessados pediam o desbloqueio dos cruzados fundando-se no argumento de que o ato que motivou tal bloqueio era inconstitucional. O pedido principal não era a declaração de inconstitucionalidade, mas sim o desbloqueio! (LENZA, 2015, p.1934)

Nessa via, o objeto principal não pode ser a inconstitucionalidade, já que o que será outorgado no julgamento do mérito para o interessado no caso concreto é a inconstitucionalidade para isentá-lo do cumprimento da lei ou ato normativo, ou seja, o efeito não será de *erga omnes*, e sim somente para aquele caso concreto.

Alexandre de Moraes em sua indagação sobre o que é controle difuso, citou Cappelletti, que diz que:

O sistema comum de controle de constitucionalidade dos países da common law, denominando-os de descentralizado ou difuso, confiando a todos os tribunais do país. Estes tribunais, em qualquer processo, têm a faculdade e a obrigação de não aplicar a um caso concreto as leis e atos normativos que considerem inconstitucionais. Este controle não acarreta a anulação da lei ou do ato normativo com efeitos erga omnes, aplicando-se somente ao caso concreto em que a norma foi julgada inconstitucional. (MORAES apud CAPPELLITI, 2016, p.1132)

Importante ressaltar que no Brasil, o controle difuso foi incluído, através da Lei Federal nº221, de 1894, que concedeu competência aos juízes e tribunais para apreciarem a validade e as leis e regulamentos e deixarem de aplicá-los aos casos concretos, se fossem manifestamente inconstitucionais. (Moraes, 2016, p.1134)

Sendo assim, posto um litígio em juízo, o Poder Judiciário deverá solucioná-lo e para tanto, incidentalmente, deverá analisar a constitucionalidade ou não da lei ou ato normativo (MORAES, 2016, p.1134).

Os efeitos de qualquer sentença valem para as partes que litigaram em juízo, não extrapolando os limites estabelecidos na lide. (LENZA, 2015, p.1968). Declarada ser a lei inconstitucional no controle difuso, produz efeitos retroativos, atingindo a lei desde a sua edição, tornando-a nula de pleno direito. Dessa forma, os efeitos serão: *inter partes* e *ex tunc*. Cabe ressaltar que o STF entende que, mesmo no controle difuso, os efeitos poderão dar-se *ex nunc*.

Importante destacar, que a causa de pedir é um dos elementos que faz parte da petição, sendo o fundamento do pedido, o porquê do pedido. O Código de Processo Civil, prevê essas causas de pedir, como inadimplemento, violações de direitos, dentre outras.

Dessa forma, quando se propõe uma ação são necessários as condições e o objetivo da ação que é o pedido. Nessa concepção, Thamay faz menção a Liebman, que conceitua o que é pedido.

A possibilidade jurídica do pedido, como condição da ação, deve-se a Liebman que, todavia, na terceira edição de seu Manual, abandonou-a, subsumindo-a no interesse de agir. Liebman conceituara a possibilidade jurídica do pedido como admissibilidade em abstrato do provimento solicitado, ou seja, como um elemento dentre os que a autoridade judiciária pode emitir, não sendo expressamente vedado. Em verdade, a impossibilidade jurídica do pedido pode ser afirmada em duas situações: a primeira, a inexistência, no ordenamento jurídico, do provimento solicitado; a segunda, a inexistência de nexo jurídico entre o pedido e a causa de pedir. (THAMAY, 2019, p. 117)

A possibilidade jurídica do pedido não deve ser entendida, somente ao objeto que se pede em juízo, mas no sentido amplo da situação armada pelo autor, pois, o que envolve no que se pede em juízo, é a causa ou a origem do objeto. Assim, para postular em juízo deve – se levar em conta o interesse de agir e o objetivo da ação.

3.2. Ações Coletivas

Como já supracitado a ação coletiva é aquela que abrange um conjunto de pessoas ou até mesmo toda coletividade, pois sendo tomada a decisão, seu efeito não só afeta somente os indivíduos que entraram com a ação, quanto todos aqueles que se acham na circunstância ajuizada e almeja entrar com uma ação na justiça.

Para assegurar o efetivo acesso à justiça dos titulares de direitos difusos, coletivos e individuais, o CDC (Código de Defesa do Consumidor) tem como priorização a proteção coletiva.

O amparo para a coletividade não era efetivamente protegido pela tutela individual, ao qual, é previsto no CPC (Código de Processo Civil), por esse

motivo houve a necessidade de fazer adequações para a concepção da chamada tutela coletiva.

Como expressa, Tartusse: a tutela coletiva é absolutamente imprescindível para a tutela de direitos difusos e coletivos, que, sem ela, jamais poderá ser devidamente atendido com a aplicação da tutela individual. (Tartusse,2016, p.)

Nesse aspecto, Flavio Tartusse, faz uma analogia que diz que:

se valer da tutela individual para a proteção de um interesse coletivo é o mesmo que exigir da parte que esvazie uma piscina com um garfo. A tarefa, naturalmente, será impossível de ser cumprida. No direito individual homogêneo, disponibiliza-se uma colher para a parte esvazia a mesma piscina. Será difícil, trabalhoso, cansativo e demorado, mas a tarefa pode ser cumprida. Aplicar a tutela coletiva nesses direitos é permitir que a parte abra o ralo da piscina, o que fará com que água escoe de maneira mais rápida e eficaz, obtendo-se o esvaziamento da piscina em menor tempo, menos esforço e de forma mais eficiente. (TARTUSSE e ASSUMPÇÃO,2016, p.492)

Dessa forma, o art. 5º, XXXV, da (Constituição Federal) de 1988 previne que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, esse inciso é denominado como princípio da inafastabilidade, sendo assim, todo aquele cujo o direito houver sido ameaçado ou infringido, pode obter a tutela do Poder Judiciário.

Há uma pluralidade de leis que rege os direitos coletivos, serão citados algumas dessas leis; Lei 4.717/1965 (Ação Popular); Lei 6.938/1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente); Lei 7.347/1985 (Ação Civil Pública); Constituição Federal de 1988; Lei 7.853/1989, (Lei das Pessoas Portadoras de Deficiência); Lei 7 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor);.913/1989 (Lei dos Investidores dos Mercados de Valores Imobiliários); Lei 8.492/1992 (Lei de Improbidade Administrativa); Lei 10.471/2003 (Estatuto do Idoso); Lei 12.016/2009 (Lei do Mandado de Segurança); Lei 12.529/2011 (Lei do Sistema Brasileiro de Concorrência).

Apesar da variedade de leis, algumas são responsáveis pelo conceito do que é direito difuso, coletivo e individual homogêneo, e também ao objeto de tutela do processo coletivo. Exemplo disso é a LACP (Lei de Ação Civil Pública)

que em seu art.21, prevê a aplicação subsidiária do CDC e os direitos e interesses; a CF em seu art.129, tem como função institucional do Ministério Público a instauração de inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do meio ambiente e de outros interesses difusos.

Vale ressaltar alguns dos marcos legislativos no tocante ao processo coletivo, tendo como relevância e significativo para o desenvolvimento da ação pública.

3.2.1. Marco Legislativo

Conquanto que há inúmeras leis que rege o processo coletivo, é evidente que existem marcos legislativo que concerne ao processo coletivo com uma relevância mais significativa. Ressaltaremos três desses marcos.

A Lei 4.717/1965, conhecida como Lei da Ação Popular, é considerada como primeiro marco legislativo, conforme Tartusse e Assumpção, que diz que a lei da ação popular tratou da tutela coletiva no ordenamento brasileiro, tendo inovações significativas, como a possibilidade de defesa de bens de uso comum pelo cidadão. (TARTUSSE e ASSUMPÇÃO,2016, p.496.).

A ação popular foi incluída pela primeira vez na Constituição Federal de 1934, por meio do atr. 113, §38, sendo abortada pela Constituição de 1937, e restabelecida na Constituição de 1946, pelo art.141, §38, conservando-se em todas Constituições posteriores, tendo previsão na atual, no art.5º, LXXIII.

O segundo marco legislativo é a Lei 7.347/1985, conhecida como Lei da Ação Civil Pública. Essa lei é de mera importância, pois consagrou os direitos difusos e coletivos, tendo também como progresso no processo coletivo, a atribuição a legitimidade ativa aos entes políticos e as pessoas jurídicas de direito privado.

Por fim, o terceiro marco legislativo é a Constituição de 1988, pela primeira vez no texto constitucional, foi consagrado a tutela de direitos difusos e coletivos. A Constituição de 1988, enalteceu o direito material coletivo ao âmbito dos direitos fundamentais.

Outra questão que vale ressaltar, é que a Constituição considerou as regras referentes ao processo coletivo. Apesar de não ser minuciosa nos pontos,

em seu texto constitucional, faz previsões que afeta de maneira positiva o procedimento da ação coletiva.

3.2.2 Competência e Legitimidade nos Direitos Coletivos

Examinando a Lei 7.347/1985, observa-se que a maior parte dos artigos se reservam as regras ao procedimento processual para os direitos coletivos.

A competência do foro para as tutelas coletivas está prevista nos art.2º da LACP e art.93 do CDC. Sendo que o art.2º a previsão é expressa sobre a competência funcional do dano, e o art.93 tem como expressão o dano local e regional.

No tocante a legitimidade para propor ação coletiva, encontra-se revista no art.82, caput e §1º e art.91, ambos do CDC, e art. 5º da LACP com concordata ao art.129, III e 1º, da CF/88.

Um dos atuante mais predominante para o ajuizamento das ações coletivas é o MP (Ministério Público). Uma vez que constatada pelo MP, uma lesão ou ameaça de lesão aos direitos difusos e coletivos, é de suma responsabilidade o dever de zelar por esses direitos.

É inegável a relevância das ações coletiva, posto que as razões vantajosas não só trazem pontos positivos para os interessados que tenham direito, como também para o Poder Judiciário, já que evita decisões conflitantes com o mesmo nexos ou circunstância de fato, serem proferida por juízo diferente.

As demandas sendo julgadas pelo mesmo Juiz, de acordo com Tartusse e Assumpção, faz jus ao princípio da economia processual, pois os atos processuais serão praticados somente uma vez, o que se mostrará mais cômodo ao Poder Judiciário. (TARTUSSE; ASSUMPÇÃO, 2016, p.535).

3.3 Estado de Coisas Inconstitucional nas Ações Coletivas

Como já estudado nos itens mais acima, as ações coletivas são de suma importância para garantir os direitos difusos e coletivos e que a ação civil pública é uma das ferramentas que mais garante o amparo dos direitos transindividuais.

O Estado em sua responsabilidade de concretizar os direitos fundamentais, no ato da concretização desses direitos ocorreu atos comissivos e omissivos que infringiu os preceitos fundamentais da coletividade.

Nesse sentido, houve uma discussão sobre a teoria Estado de Coisas Inconstitucional que originou na Colômbia, mas que veio a ser agregada em nosso ordenamento jurídico no ano de 2015, por uma Ação de Descumprimento de Preceitos Fundamentais, que até então, seria a ferramenta correta para a declaração de tal teoria.

A Ação de Descumprimento de Preceitos Fundamentais 347, teve como finalidade o reconhecimento da violação dos direitos fundamentais dos encarcerados. Sendo assim, teve como decidido pelo STF o reconhecimento de tais violações como medida liminar.

Os principais votos, feitos pelos Ministros na apreciação dos pedidos da cautelar:

O Tribunal, apreciando os pedidos de medida cautelar formulados na inicial, por maioria e nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), deferiu a cautelar em relação à alínea “b”, para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão, com a ressalva do voto da Ministra Rosa Weber, que acompanhava o Relator, mas com a observância dos prazos fixados pelo CNJ, vencidos, em menor extensão, os Ministros Teori Zavascki e Roberto Barroso, que delegavam ao CNJ a regulamentação sobre o prazo da realização das audiências de custódia; em relação à alínea “h”, por maioria e nos termos do voto do Relator, deferiu a cautelar para determinar à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos, vencidos, em menor extensão, os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber, que fixavam prazo de até 60 (sessenta) dias, a contar da publicação desta decisão, para que a União procedesse à adequação para o cumprimento do que determinado; indeferiu as cautelares em relação às alíneas “a”, “c” e “d”, vencidos os Ministros Relator, Luiz Fux, Cármen Lúcia e o Presidente, que a deferiam; indeferiu em relação à alínea “e”, vencido, em menor extensão, o Ministro Gilmar Mendes; e,

por unanimidade, indeferiu a cautelar em relação à alínea “f”; em relação à alínea “g”, por maioria e nos termos do voto do Relator, o Tribunal julgou prejudicada a cautelar, vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que a deferiam nos termos de seus votos. O Tribunal, por maioria, deferiu a proposta do Ministro Roberto Barroso, ora reajustada, de concessão de cautelar de ofício para que se determine à União e aos Estados, e especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), que reajustou seu voto, e os Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia e Presidente. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 09.09.2015. (STF, 2015)

Esse mecanismo criado pela Corte Colombiana, tem como objetivo, dar maior efetividade aos direitos fundamentais, direitos estes, que são infringidos massivamente por causa da omissão e inércia dos responsáveis de garantir esses direitos.

Dessa forma, traz-se a correlação desse mecanismo por meio de ações coletivas, motivo que tal ação é responsável por proteger os direitos coletivos e difusos e tendo a tutela como os direitos fundamentais que são infringidos por conta da omissão estatal, pode se dizer que é o instrumento mais adequado para a declaração de tal teoria.

Tal quadro que se encontra no ECI, por ser generalizado e abranger um número amplo de pessoas, inclui os direitos difusos e coletivos e individuais, por essa razão, a ação civil pública que é um instrumento do qual faz jus ao mesmo cenário está relacionada a essa teoria aplicada no nosso ordenamento jurídico.

Outra questão que também tem relação entre essas ferramentas, é a questão estrutural, que como o ECI aplica-se com situações em que os Órgãos responsáveis precisam trabalhar conjuntamente para a superação do quadro inconstitucional.

Para implementação de políticas públicas e superar a falta de estrutura do Estado, a possibilidade de controle judicial dessas políticas e é feito por meio da ação civil pública. Nessa linha, Cleber Masson, comenta:

É dever do Poder Público concretizar os comandos gerais contidos na ordem jurídica e, para isso, cabe- implementar ações, programas e políticas dos mais diferentes tipos. Essas políticas, denominadas políticas públicas, trata-se, de um conjunto de normas (Poder Legislativo), atos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário) que

visam à realização dos fins primordiais do Estado. (MASSON,2015, p.108)

É por meio dessa ação que políticas públicas são realizadas para que direitos fundamentais sejam efetivados e para a prevalência desses direitos, pois com a falha estrutural os direitos são violados e se torna massivamente generalizado.

Contudo, são temas de discussão quanto a utilização do ECI numa ação civil pública, uma vez que atinge um número amplo de pessoas, por essa razão, pode gerar um conflito quanto a competência no nosso sistema de constitucionalidade.

Nesse caso, para evitar que a sentença tenha efeitos *erga omnes*, de forma que por meio da ação civil pública estaria exercendo o Controle Concentrado. Cleber faz menção a decisão do STF:

(...) A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido que se pode pleitear a inconstitucionalidade de determinado ato normativo na ação civil pública, desde que incidenter tantum. Veda se, no entanto, o uso da ação civil pública para alcançar a declaração de inconstitucionalidade com efeitos erga omnes. No caso, o pedido de declaração de inconstitucionalidade da Lei 754/1994 é meramente incidental, constituindo-se verdadeira causa de pedir. Negado provimento ao recurso extraordinário do Distrito Federal e julgado prejudicado o recurso extraordinário ajuizado pelo Ministério Público do Distrito Federal. (STF apud MASSON,2015, P.108).

Deste modo, o que é vedado são os efeitos *erga omnes* na declaração de inconstitucionalidade, sendo admissível apenas em caráter incidental, ou seja, como causa de pedir, valendo –se apenas para o caso concreto e não o pedido principal da ação civil pública.

Tal percepção preza pela efetividade dos direitos fundamentais, uma vez que sendo de responsabilidade da ação civil pública de proteger as tutelas de direitos difusos e coletivos, e sendo instrumento de controle difuso, seus efeitos são apenas para o caso concreto.

A possibilidade da aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional por meio de ação civil pública é de suma importância, todavia que o ECI não se busca por inconstitucionalidade. Todavia, no estado de coisas inconstitucional normativa, mas sim pela superação das violações dos direitos fundamentais por

conta das omissões e inércias estatais. Razão que pede controle dessas omissões estatais e que seja tomada as medidas necessárias para que o quadro de inconstitucionalidade seja superado. Além disso, como já estudado nos capítulos mais acima, o Controle de Difuso de Constitucionalidade por garantir o acesso de todos à justiça, e que qualquer juiz pode e deve realizar esse controle de forma a garantir os direitos fundamentais, sendo analisado em cada caso concreto. Nas palavras de Lenza:

Como se sabe, no controle difuso a declaração de inconstitucionalidade se dá de modo incidental e se caracteriza como questão prejudicial incidental. Ou seja, julga-se procedente ou improcedente o pedido formulado tendo em vista a inconstitucionalidade ou constitucionalidade de uma lei ou ato normativo. A inconstitucionalidade, nesse caso, não é o pedido, mas a causa de pedir. Dessa forma, na sentença a ser proferida, o dispositivo contém a “resposta” (julgamento) ao pedido e a análise da constitucionalidade dar-se-á na fundamentação. (LENZA,2015, p.2059).

Visto que é admitido o controle na ação civil pública por ter caráter difuso, esse é o instrumento ideal para tutelar o Estado de Coisas Inconstitucional para a superação e controle na implantação de políticas públicas.

Todavia, é necessário que o judiciário busca atuar de forma coerente, pois as vantagens que traz essa teoria da Colômbia, deixa claro que é preciso bastante efetivação para a superação de quadros massivos e que precisam que os direitos fundamentais sejam garantidos.

Em suma, é de grande valia a implantação do ECI pela ação civil pública, visto que são direitos que abrange não só uma pessoa, mas que afeta um número amplo de pessoas, ou seja, a coletividade. Pois permanecendo a competência, apenas para o controle concentrado que é pela ADPF, gera dificuldade para aqueles que tem seus direitos violados por conta do quadro massivo, e não tenham total acesso a essa justiça, problema esse resolvido tendo acesso de forma difusa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As violações de direitos fundamentais são nítidas no nosso sistema brasileiro, as falhas estruturais se tornaram massiva, de forma que a desigualdade é visível, e quando há violações de direitos fundamentais generalizada, de acordo com Alexandre Campos, á um Estado de Coisas Inconstitucional. (CAMPOS, 2015). Portanto, é manifesto a relevância desta pesquisa, o interesse social de querer desempecilhar essas violações de direitos.

Além disso, implicou fundamentar e entender a possibilidade de no controle difuso poder reconhecer o Estado de Coisas Inconstitucional, pois, não há presciência em quem tem competência de reconhecer o Estado de Coisas Inconstitucional, se a competência é do controle difuso constitucional, ou, é do controle constitucional.

Por essa razão, a pesquisa sobre o tema em epigrafe, foi de grande valia, pois assim, analisamos a teoria de Estado de Coisas Inconstitucional de forma mais minuciosa, e como é válido sua declaração no controle difuso, por meio de uma ação civil pública, vez que é por meio deste instrumento que os direitos difusos e coletivos são resguardados.

Sendo assim, chegamos à conclusão de que o melhor a se fazer, quanto a inclusão dessa teoria ao nosso ordenamento jurídico é permitir que juízes do controle difuso usam esse mecanismo em casos concretos para a superação de um quadro de violações de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Adriano. ANDRADE, Cleber. *Interesses difusos e coletivos* 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. (Esquematizado).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº 347. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso: 17/06/2019.

BRUGER, Andrey da Silva; LAGE, Daniel Dore Lage. *Estado de Coisas Inconstitucional: legitimidade, utilização e considerações*. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/29042>. Acesso: 08/06/2019.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da Inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”*. 2015. Tese de Doutorado em Direito Público. Faculdade de Direito – Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

CAMPOS, Alexandre Azevedo. *O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso: 20/05/2019.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Direitos difusos e coletivos II: (ações coletivas em espécie: ação civil pública, ação popular e mandado de segurança coletivo)*. – São Paulo: Saraiva, 2012.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 21. ed. rev, atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 29. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.,

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25º ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

THAMAY, Rennan. Manual de Direito Processual Civil. 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

TARTUSSE, Flávio/ Daniel Amorim Assumpção Neves. Manual de direito do consumidor. Direito material e processual / Flávio Tartuce. – 5. ed. – Rio de Janeiro, 2016.