

O estado de coisas inconstitucional: a perspectiva de atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da experiência da Corte Constitucional colombiana

Mariana Rezende Guimarães

Analista Processual do Ministério Público da União, na área Apoio Jurídico/Direito. Especialista em Direito Aplicado ao MPU. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU).

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar o fenômeno do estado de coisas inconstitucional e seu possível reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal no contexto brasileiro. A atuação da Corte Constitucional no reconhecimento do estado de coisas inconstitucional levanta objeções em razão, principalmente, do caráter abrangente das medidas que devem ser adotadas no âmbito de políticas públicas. Contudo, pode ser uma importante ferramenta para a superação de violações de direitos fundamentais.

Palavras-chave: Estado de coisas inconstitucional. Direitos fundamentais. Jurisdição constitucional. Diálogo institucional.

Abstract: The objective of this article is to analyze the theory of unconstitutional state of things and its possible recognition by the Supreme Court in the Brazilian context. This recognition raises objections due mainly to the ample measures that should be adopted about public politics. However, it can be an important action to overcome the violation of fundamental rights.

Keywords: Unconstitutional state of things. Fundamental rights. Constitutional jurisdiction. Institutional dialogue.

Sumário: 1 Introdução. 2 Estado de coisas inconstitucional: evolução histórica na Corte Constitucional da Colômbia. 3 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347: o

sistema prisional brasileiro e o estado de coisas inconstitucional. 4 O estado de coisas inconstitucional e a possibilidade do diálogo institucional. 5 Considerações finais.

1 Introdução

Estado de coisas inconstitucional é uma técnica decisória desenvolvida pela Corte Constitucional da Colômbia, a partir da decisão SU-559, de 6 de novembro de 1997, que visa enfrentar situações de violações graves e sistemáticas dos direitos fundamentais cujas causas sejam de natureza estrutural, isto é, decorram de falhas estruturais em políticas públicas adotadas pelo Estado, exigindo uma atuação conjunta de diversas entidades estatais.

Tendo como objeto de estudo a figura do estado de coisas inconstitucional, este artigo visa analisar a sua possível aplicação no contexto brasileiro, especificamente em relação ao sistema prisional do País, bem como levantar as principais objeções à atuação da Corte Constitucional na declaração de tal estado de fato e na determinação de adoção de medidas para sua superação.

Para tanto, analisa-se no primeiro tópico o contexto do desenvolvimento da técnica de decisão de estado de coisas inconstitucional no âmbito da Corte Constitucional da Colômbia; em seguida, examina-se o pedido de reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro no bojo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Por fim, no terceiro tópico, estudam-se as objeções à atuação da jurisdição constitucional, apresentando, de um lado, aqueles que consideram o Parlamento a instituição mais adequada a deter a última palavra em questões constitucionais e, de outro, aqueles que consideram a Corte Constitucional a legítima intérprete última da Constituição. Descrevem-se, ainda, aqueles que consideram que a atuação da jurisdição constitucional deve-se ater ao controle dos procedimentos deliberativos de formação da vontade democrática.

O objetivo deste estudo é analisar a possível aplicação da figura do estado de coisas inconstitucional na realidade do sistema carcerário brasileiro pelo Supremo Tribunal Federal. O reconhecimento formal da situação calamitosa do sistema carcerário bem como a determinação de medidas específicas para se iniciar o debate de mudanças dessa realidade são essenciais na atualidade, ao se deparar com o crescente aumento da população carcerária e do uso indiscriminado das prisões cautelares pelo Poder Judiciário.

A figura do estado de coisas inconstitucional pode ser empregada no Brasil, a partir de uma leitura da realidade jurídica e institucional, para reconhecer e, principalmente, trazer à luz o debate da situação de profundo menosprezo aos direitos fundamentais da população carcerária brasileira. Ao reconhecer tal estado, a Corte Constitucional terá o importante papel de dar a devida importância a um tema há muito ignorado pelos poderes públicos do Brasil.

2 Estado de coisas inconstitucional: evolução histórica na Corte Constitucional da Colômbia

O estado de coisas inconstitucional, como definido anteriormente, é uma técnica decisória desenvolvida pela 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.

De acordo com a Corte Constitucional colombiana¹, entre os fatores considerados pelo tribunal para definir a existência do estado de coisas inconstitucional, destacam-se: a) a vulneração massiva e generalizada de vários direitos fundamentais que afetam um número significativo de pessoas; b) a prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantir esses direitos; c) a não adoção de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias

1 CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. *Sentença T-025/04*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

necessárias para evitar a vulneração dos direitos; d) a existência de um problema social cuja solução demanda a intervenção de várias entidades, requer a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações bem como compromete significativos recursos orçamentários; e) a possibilidade de se lotar o Poder Judiciário com ações repetitivas acerca das mesmas violações de direitos.

Por meio dessa técnica de decisão, a Corte Constitucional reconhece o estado de coisas inconstitucional e impõe aos demais poderes do Estado e entidades estatais a adoção de providências no sentido de superar a violação massiva de direitos fundamentais. Essas decisões podem ser classificadas como *litígio estrutural* ou *casos estruturais*, os quais se caracterizam por: a) afetar uma ampla quantidade de pessoas; b) envolver várias entidades estatais responsáveis por falhas sistemáticas nas políticas públicas adotadas; c) implicar ordens de execução complexas, mediante as quais o magistrado impõe a adoção de medidas coordenadas para tutelar toda a população afetada, não só os demandantes do caso concreto (GARAVITO; FRANCO, 2010, p. 15-16).

Para Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2015):

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.

O estado de coisas inconstitucional pode ser encarado como a expressão da proteção dos direitos fundamentais em sua dimensão objetiva, uma vez que o seu reconhecimento acarreta mandados de ações e deveres de proteção dos direitos fundamentais pelo Estado (HERNÁNDEZ, 2003, p. 203-228).

Note-se que a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais se caracteriza por ensejar uma pretensão de que se exija um dado comportamento de outrem ou por produzir efeitos sobre certas relações jurídicas. Por sua vez, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais consiste em considerá-los como uma ordem de princípios e valores que se irradiam por todo o ordenamento jurídico, servindo como norte para a ação de todos os poderes constituídos (MENDES; BRANCO, 2013, p. 167-168).

Nessa medida, além de atuarem como direitos de defesa do cidadão contra o Estado, exigem que este empreenda um conjunto de ações administrativas e legislativas para assegurar a efetiva proteção dos direitos fundamentais. Nesse contexto, a declaração de estado de coisas inconstitucional pela Corte Constitucional corresponde ao papel que o juiz constitucional está cada vez mais sendo chamado a cumprir, o de garante da dimensão objetiva dos direitos fundamentais em uma sociedade democrática e pluralista (HERNÁNDEZ, 2003, p. 207).

A figura do estado de coisas inconstitucional foi apresentada pela Corte Constitucional da Colômbia pela primeira vez no caso SU-559, de 6 de novembro de 1997, em que se reconheceu a distribuição desigual do subsídio educativo do Fundo Nacional de Prestações Sociais do Magistério entre os diversos departamentos e municípios do país. Confira-se:

La Corte Constitucional tiene el deber de colaborar de manera armónica con los restantes órganos del Estado para la realización de sus fines. Del mismo modo que debe comunicarse a la autoridad competente la noticia relativa a la comisión de un delito, no se ve por qué deba omitirse la notificación de que un determinado estado de cosas resulta violatorio de la Constitución Política. El deber de colaboración se torna imperativo si el remedio administrativo oportuno puede evitar la excesiva utilización de la acción de tutela. Los recursos con que cuenta la administración de justicia son escasos. Si instar al cumplimiento diligente de las obligaciones constitucionales que pesan sobre una determinada autoridad contribuye a reducir el número de causas constitucionales, que de otro modo inexorablemente se presentarían, dicha acción se erige también en

medio legítimo a través del cual la Corte realiza su función de guardiana de la integridad de la Constitución y de la efectividad de sus mandatos. Si el estado de cosas que como tal no se compadece con la Constitución Política, tiene relación directa con la violación de derechos fundamentales, verificada en un proceso de tutela por parte de la Corte Constitucional, a la notificación de la regularidad existente podrá acompañarse un requerimiento específico o genérico dirigido a las autoridades en el sentido de realizar una acción o de abstenerse de hacerlo. En este evento, cabe entender que la notificación y el requerimiento conforman el repertorio de órdenes que puede librar la Corte, en sede de revisión, con el objeto de restablecer el orden fundamental quebrantado. La circunstancia de que el estado de cosas no solamente sirva de soporte causal de la lesión iusfundamental examinada, sino que, además, lo sea en relación con situaciones semejantes, no puede restringir el alcance del requerimiento que se formule².

A Corte Constitucional colombiana, na oportunidade, fundamentou o estado de coisas inconstitucional no dever institucional de colaboração harmônica entre os poderes estatais, o que exigiria a notificação pela Corte às demais autoridades públicas da existência de uma situação que viola a Constituição, bem como de evitar a judicialização de outras situações semelhantes.

Na sentença do caso SU-559, a Corte Constitucional da Colômbia limitou-se a declarar a violação da Constituição pelo estado de coisas que originou a ação de tutela e a advertir as autoridades competentes que tal estado de coisas deveria ser corrigido, de acordo com suas funções institucionais, em um prazo razoável.

Por sua vez, na sentença T-153, de 28 de abril de 1998, a Corte Constitucional colombiana reconheceu o estado de coisas inconstitucional em relação às condições do sistema penitenciário nacional, mais especificamente das prisões Modelo e Bellavista, localizadas em Bogotá e Medellín, respectivamente:

² CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. *Sentença SU-559*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

En las sentencias SU-559 de 1997 y T-068 de 1998 esta Corporación ha hecho uso de la figura del estado de cosas inconstitucional con el fin de buscar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general – en tanto que afectan a multitud de personas –, y cuyas causas sean de naturaleza estructural – es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades. En estas condiciones, la Corte ha considerado que dado que miles de personas se encuentran en igual situación y que si todas acudieran a la tutela podrían congestionar de manera innecesaria la administración de justicia, lo más indicado es dictar órdenes a las instituciones oficiales competentes con el fin de que pongan en acción sus facultades para eliminar ese estado de cosas inconstitucional.

Las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos. Razón le asiste a la Defensoría del Pueblo cuando concluye que las cárceles se han convertido en meros depósitos de personas. Esta situación se ajusta plenamente a la definición del estado de cosas inconstitucional. Y de allí se deduce una flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios colombianos, tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia, etc.³

Em sua decisão, a Corte Constitucional determinou a imposição de diversas medidas às entidades estatais, entre as quais se destacam a obrigação de o Instituto Nacional Penitenciário e Carcerário (INPEC), o Departamento Nacional de Planejamento e o Ministério da Justiça elaborarem, em um prazo de três meses, a contar de suas notificações, um plano para a construção e renovação de presídios, de forma a garantir aos presos condições dignas de vida, bem como

3 CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. *Sentença T-153/98*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

a obrigação de a Defensoria do Povo e a Procuradoria-Geral da Nação exercerem o monitoramento da implementação.

Essa decisão da Corte Constitucional da Colômbia foi criticada no país por ter priorizado a construção de novos presídios como forma de superação do estado de coisas inconstitucional sem ter enfrentado as causas de hiperencarceramento constatadas, como a edição de leis penais mais rígidas (direito penal simbólico) e o excesso de decretação de prisões preventivas. A Corte Constitucional também sofreu críticas por não ter monitorado a implementação das medidas adotadas pelo Estado colombiano.

Contudo, a decisão mais importante da Corte Constitucional da Colômbia relativa ao reconhecimento do estado de coisas inconstitucional foi a sentença T-025, de 22 de janeiro de 2004, na qual a Corte lidou com o problema dos *desplazados* (deslocados). De acordo com o relatório *¿Consolidación de qué? Informe sobre desplazamiento, conflicto armado y derechos humanos en Colombia en 2010*, desenvolvido pela Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (Codhes)⁴, no período de 1985 a 2010, pelo menos cinco milhões de pessoas foram deslocadas na Colômbia por motivos de violência. Isso significa que 11,42% do total da população colombiana (aproximadamente 12 em cada 100 colombianos) foi obrigada a se deslocar, em razão de ameaça à vida ou integridade física. Segundo dados da Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado, a maioria das pessoas deslocadas vive entre a indigência e a pobreza. Das pessoas inscritas no Registro Único da População Deslocada (RUPD), 97,6% vivem abaixo da linha de pobreza. Entre os não inscritos, a proporção é de 96%.

Nessa decisão, a Corte Constitucional considerou que as políticas públicas então existentes eram incapazes de superar o estado

4 CONSULTORÍA PARA LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DESPLAZAMIENTO (CODHES). *¿Consolidación de qué? Informe sobre desplazamiento, conflicto armado y derechos humanos en Colombia en 2010*. Disponível em: <<http://alfresco.uclouvain.be/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/fb3e9c4f-9ea0-4948-8dc5-19cf6e877993/CODHES%20informe%202010%20-consolidacion%20de%20qu%C3%A9-.pdf>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

de coisa inconstitucional em que estavam situados os deslocados, tanto em razão da insuficiência dos recursos públicos destinados aos programas quanto em razão das capacidades das instituições estatais envolvidas. Assim entendeu a Corte, a propósito:

Varios elementos confirman la existencia de un estado de cosas inconstitucional respecto de la situación de la población internamente desplazada. En primer lugar, la gravedad de la situación de vulneración de derechos que enfrenta la población desplazada fue expresamente reconocida por el mismo legislador al definir la condición de desplazado, y resaltar la violación masiva de múltiples derechos. En segundo lugar, otro elemento que confirma la existencia de un estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado, es el elevado volumen de acciones de tutela presentadas por los desplazados para obtener las distintas ayudas y el incremento de las mismas. En tercer lugar, los procesos acumulados en la presente acción de tutela, confirma ese estado de cosas inconstitucional y señalan que la vulneración de los derechos afecta a buena parte de la población desplazada, en múltiples lugares del territorio nacional y que las autoridades han omitido adoptar los correctivos requeridos. En cuarto lugar, la continuación de la vulneración de tales derechos no es imputable a una única entidad. En quinto lugar, la vulneración de los derechos de los desplazados reposa en factores estructurales enunciados en el apartado 6 de esta providencia dentro de los cuales se destaca la falta de correspondencia entre lo que dicen las normas y los medios para cumplirlas, aspecto que adquiere una especial dimensión cuando se mira la insuficiencia de recursos dada la evolución del problema de desplazamiento y se aprecia la magnitud del problema frente a la capacidad institucional para responder oportuna y eficazmente a él. En conclusión, la Corte declarará formalmente la existencia de un estado de cosas inconstitucional relativo a las condiciones de vida de la población internamente desplazada. Por ello, tanto las autoridades nacionales como las territoriales, dentro de la órbita de sus competencias, habrán de adoptar los correctivos que permitan superar tal estado de cosas⁵.

5 CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. *Sentença T-153/98*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

A importância de decisão da Corte Constitucional colombiana no caso da população deslocada é que não se limitou a reconhecer o estado de coisas inconstitucional ou a determinar a sua superação por meio de providências a serem adotadas pelos entes estatais. A Corte, além de impor inúmeras medidas a diversos órgãos e autoridades públicas para sanar as falhas estruturais em políticas públicas voltadas à população deslocada, reteve a sua jurisdição com o objetivo de monitorar a implementação de suas ordens.

Como expõem Garavito e Franco (2010, p. 133), uma das particularidades dessa decisão é que a Corte Constitucional, ao invés de fixar os pormenores das medidas que as autoridades públicas deveriam adotar para atender à população deslocada, como havia feito em outras sentenças, expediu ordens de procedimentos que envolviam o Estado e a sociedade civil na elaboração e aplicação de políticas públicas. Desse modo, ao buscar consenso quanto às políticas públicas a serem implementadas e convocar audiências públicas para discuti-las, a Corte estabeleceu um procedimento participativo e gradual de implementação. A combinação desse tipo de sentença com mecanismos de participação pública cria um espaço de deliberação, o qual oferece alternativas novas e potencialmente democratizadoras para a atuação judicial na tutela dos direitos fundamentais.

No Brasil, o estado de coisas inconstitucional obteve maior repercussão com o ajuizamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347 pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), concernente ao sistema penitenciário brasileiro, do que se tratará a seguir.

3 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347: o sistema prisional brasileiro e o estado de coisas inconstitucional

A ADPF n. 347, ajuizada pelo PSOL, objetiva o reconhecimento pelo STF do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro bem como a determinação de adoção de medidas tendentes a sanar as gravíssimas lesões a preceitos fun-

damentais da Constituição, decorrentes de condutas comissivas e omissivas dos poderes públicos do Estado no tratamento da questão prisional do País.

Narra a inicial da petição, como sabido, que o sistema penitenciário brasileiro é calamitoso, tanto em razão da superlotação quanto da precariedade de suas condições, o que resulta em uma violação sistemática e massiva dos direitos fundamentais dos presos. As prisões brasileiras são reconhecidas por superlotação, ambiente insalubre, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos. Homicídios, espancamentos, tortura e violência sexual são frequentes, praticados por outros detentos ou mesmo por agentes do Estado. As instituições prisionais são comumente dominadas por facções criminosas. Faltam assistência judiciária adequada aos presos, acesso à educação, à saúde e ao trabalho⁶.

Segundo dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) de junho de 2014⁷, elaborado pelo Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça, o número de pessoas privadas de liberdade no Brasil chegou a 607.731, havendo um déficit de 231.062 vagas e uma taxa de ocupação média dos estabelecimentos de 161%. Estatisticamente, existem cerca de trezentos presos para cada cem mil habitantes no País.

O Brasil tem a quarta maior população prisional, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, da China e da Rússia, e possui a quinta maior taxa de presos sem condenação. Do total de pessoas privadas de liberdade no País, aproximadamente 41% (quatro em dez) estão presas sem ainda ter sido julgadas. Ao contrário dos Estados Unidos, da China e da Rússia, que estão reduzindo seu ritmo de

6 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Petição inicial da ADPF 347*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&cs1=347&processo=347>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

7 DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL – MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) de junho de 2014*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

encarceramento, o Brasil vem apresentando um crescimento na ordem de 136%, medido entre os anos de 1995 a 2010. Mantida essa tendência, a população prisional do Brasil ultrapassará a marca de um milhão de indivíduos em 2022.

Dados alarmantes apresentados pelo INFOPEN referem-se à porcentagem de presos provisórios com mais de noventa dias de aprisionamento: no Estado do Ceará, quase a totalidade dos presos provisórios (99%) está há mais de noventa dias encarcerada sem ainda ter passado por julgamento. Nos Estados de Alagoas e Mato Grosso, a situação é análoga, com 93% e 80%, respectivamente.

Quanto à disponibilidade de vagas destinadas exclusivamente a grupos específicos, apenas 9% das unidades prisionais dispõem de celas próprias para estrangeiros e para indígenas. Por volta de 15% dos estabelecimentos têm celas próprias para idosos e para lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros (LGBT). Essas informações reforçam a violação de direitos fundamentais do grupo de minorias sexuais, com inobservância da Resolução Conjunta n. 1, de 15 de abril de 2014, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) e do Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD/LGBT), a qual prevê, entre outras medidas, a criação de alas especiais para os presos LGBT.

A taxa de ocupação prisional brasileira é de 161%, o que significa que, em um espaço concebido para custodiar dez indivíduos, são encarceradas dezesseis pessoas. Todas as unidades da Federação exibem taxa de ocupação superior a 100%, sendo a maior taxa a de Pernambuco, com 265%, e a menor taxa a do Maranhão, com 121%.

O levantamento do INFOPEN aponta que, considerando 38% das unidades prisionais que disponibilizaram as informações, há 7.399 pessoas que deveriam ter progredido para o regime semiaberto e não foram promovidas por falta de vagas. Ao projetar-se essa proporção para o contingente total de pessoas em regime fechado no Brasil, poder-se-á inferir que há cerca de 32.460 pessoas que teriam o direito de progredir para o regime aberto, mas não tiveram tal direito assegurado por falta de vagas.

O perfil do detento compilado pelo levantamento do INFOPEN robusta o caráter altamente seletivo do sistema penitenciário brasileiro: 56% da população prisional é composta por jovens, 67% é negra, 15% é analfabeta ou alfabetizada sem cursos regulares e 53% possui o ensino fundamental incompleto.

Esse quadro calamitoso do sistema prisional brasileiro foi objeto de condenações do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sede de medidas provisórias⁸, a qual reconheceu a violação da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos e outros tratados internacionais de direitos humanos, bem como o dever do Estado brasileiro de garantir a erradicação das situações de risco e providenciar a proteção à vida e à integridade pessoal, psíquica e moral de pessoas privadas de liberdade em várias penitenciárias do País. Foram os casos do Centro Penitenciário Professor Aníbal Bruno, em Recife-PE, da Penitenciária Urso Branco, em Porto Velho-RO, do Complexo do Tatuapé, em São Paulo-SP, da Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira, em Araraquara-SP, e do Complexo de Pedrinhas, em São Luís-MA.

No caso do Complexo de Pedrinhas, em São Luís-MA, por exemplo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos impôs, por meio de resolução datada de 14.11.2014, o cumprimento de medidas provisórias ao Estado brasileiro em razão de requerimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos⁹. Na ocasião, o Estado do Maranhão havia declarado situação de emergência no Sistema Penitenciário Estadual (Decreto n. 29.443/2013), bem como solicitado ao Ministério da Justiça a liberação do efetivo da

8 O art. 63, item 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabelece que em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes. Se se tratar de assuntos que ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

9 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_01_por.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2016.

Força Nacional de Segurança Pública, após rebelião deflagrada em 9.10.2013, em que dez detentos foram assassinados, inclusive de maneira violenta, com esquartejamentos e decapitações.

Contudo, a situação de renitente violação de direitos fundamentais no sistema carcerário de Pedrinhas, em São Luís-MA, era conhecida há muito e negligenciada pelo Poder Público. Ao longo do ano de 2013, foram contabilizados, pelo menos, 38 assassinatos.

Relatório do Mutirão Carcerário do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2011¹⁰ informava a tragédia anunciada no Complexo de Pedrinhas: a) estrutura precária das celas, ambientes insalubres, impróprios para habitação; b) superlotação; c) várias celas escuras, mal ventiladas e úmidas, algumas com odor fétido, quase insuportável, de excremento humano; d) reclamações quanto à qualidade da alimentação; e) número insuficiente de agentes penitenciários e terceirização do serviço de custódia de presos, no qual monitores exercem funções típicas de agentes penitenciários; f) falta de colchões para quase metade da população carcerária, que acaba dormindo no chão; g) atendimento médico, odontológico e medicamentoso deficiente ou inexistente; h) ausência de local adequado para internar pacientes psiquiátricos; i) corrupção no sistema carcerário; j) extrema violência nas unidades prisionais, com excessivo número de mortes; k) elevado número de rebeliões; l) ausência quase que absoluta de atividades ocupacionais e educacionais.

Ante esse quadro de inegável violação sistemática e generalizada dos direitos fundamentais da população carcerária do Brasil, o PSOL requer na ADPF n. 347, em sede de medida liminar, que o STF:

- 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 cau-

10 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório do Mutirão Carcerário do CNJ em 2011*. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-atuacao/sistema-prisional/inspecoes-em-estabelecimentos-prisionais/representacao_intervencao_federal_mpf_ma_pgr_pedrinhas>. Acesso em: 11 fev. 2016.

telas alternativas à privação de liberdade, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

b) Reconheça a aplicabilidade imediata dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, determinando a todos os juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão.

c) Determine aos juízes e tribunais brasileiros que passem a considerar fundamentadamente o dramático quadro fático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal.

d) Reconheça que como a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica, a preservação, na medida do possível, da proporcionalidade e humanidade da sanção impõe que os juízes brasileiros apliquem, sempre que for viável, penas alternativas à prisão.

e) Afirme que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos do preso, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, visando assim a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção.

f) Reconheça que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abater tempo de prisão da pena a ser cumprida, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, de forma a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção.

g) Determine ao Conselho Nacional de Justiça que coordene um ou mais mutirões carcerários, de modo a viabilizar a pronta revisão de todos os processos de execução penal em curso no país que

envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas “e” e “f” acima.

h) Imponha o imediato descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, e vede à União Federal a realização de novos contingenciamentos, até que se reconheça a superação do *estado de coisas inconstitucional* do sistema prisional brasileiro.

Em sede de pedido definitivo, o PSOL requer à Corte brasileira, entre outras medidas, que:

a) declare o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro;

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;

f) delibere sobre cada plano estadual e distrital, para homologação ou imposição de medidas alternativas ou complementares que a Corte repute necessárias para a superação do estado de coisas inconstitucional na unidade federativa em questão;

g) monitore a implementação do plano nacional e dos planos estaduais e distrital com o auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça, em processo público e transparente, aberto à participação colaborativa da sociedade civil, até que se considere sanado o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

Em julgamento dos pedidos de medida cautelar formulados na inicial, ocorrido em 9.9.2015, o Pleno do STF, por maioria, deferiu a cautelar em relação à alínea *b*, para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, realizassem, 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. E, em relação à alínea *h*, por maioria, deferiu a cautelar para determinar à União que liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos. E, ainda, o Tribunal, por maioria, deferiu a proposta do ministro Roberto Barroso de concessão de cautelar de ofício para que se determinasse à União e aos estados, especificamente ao Estado

de São Paulo, que encaminhassem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional.

Inicialmente, verifica-se que, se na jurisprudência colombiana o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional evoluiu de modo que a Corte Constitucional da Colômbia se preocupa em “sair dos Tribunais” e contribuir para uma construção dialógica das políticas públicas em questão, a recepção, num primeiro momento, do instituto no Brasil não abarcou sua dimensão originária. Na percepção de Vieira e Bezerra (2015):

Para além disso, não se deve perder de vista que, independentemente da origem, a incorporação de novas ideias e mecanismos jurídicos necessita de todo um suporte social e institucional preliminar para verem asseguradas a sua operabilidade e efetividade.

Em análise do caso brasileiro, constata-se que esta preocupação, por hora, de fato não aconteceu. Pelo contrário, o que se viu, tendo em vista as duas medidas deferidas liminarmente, fora uma reprodução da ideia de Roberto Schwarz, desenvolvida nos anos 70, de “ideias fora do lugar”, haja vista que tanto os pedidos formulados como a decisão liminar mantiveram a contumaz perspectiva deliberativa do STF: mandatória e monológica, bem como refletiram um profundo alheamento em relação à necessária construção de uma jurisdição supervisora e de sentenças estruturantes, em frontal contraste com a jurisprudência da CCC.

Se, de um lado, os pedidos da inicial foram demasiadamente exaustivos no que se refere à determinação do conteúdo que deve constar dos planos a serem elaborados pelos governos federal e estaduais, o que restringe a construção dialógica das políticas públicas a serem desenvolvidas nessas esferas de Poder, do outro, a decisão do Supremo Tribunal Federal, ainda que no bojo de medida cautelar, foi bastante tímida, uma vez que o requerimento constante da alínea *a* – de que os juízes fundamentem as determinações de prisões provisórias na impossibilidade de adoção de outras medidas cautelares alternativas à privação de liberdade previstas no art. 319 do Código de Processo Penal – decorre da própria Constituição

Federal de 1988, art. 5º, inciso LXI, e da sistemática do Código de Processo Penal brasileiro.

Ademais, a cautelar de ofício concedida pelo Supremo Tribunal Federal para que a União e os estados, especificamente o Estado de São Paulo, encaminhem informações sobre as respectivas situações prisionais, além de não considerar outros atores sociais para a completude dessas informações, como ONGs, órgãos internacionais de observação dos direitos humanos e o próprio Conselho Nacional de Justiça, possibilita que argumentos de limitação orçamentária e de reserva do possível¹¹ sejam precipitadamente pautados no debate.

Em análise das petições até então encaminhadas pelos estados ao Supremo Tribunal Federal, depreende-se que a maioria desses alegou a não omissão dolosa na inobservância dos preceitos fundamentais referentes à população carcerária diante das restrições orçamentárias enfrentadas, bem como a ampliação do número de vagas de presídios como política pública para o enfrentamento da superlotação do sistema carcerário. Transcreve-se trecho da petição do Estado de Mato Grosso do Sul como exemplo da visão que os entes estatais têm do objeto da ADPF:

A realização de direitos amplamente concedidos na Constituição de 1988 tem imposto aos Estados-membros uma sobrecarga enorme de custos econômico-financeiros.

A gestão dos recursos públicos não perpassa somente pela concretização dos direitos dos detentos, no sistema prisional, mas também se insere. Exemplificativamente (por se tratar de

11 Argumentos de restrições orçamentárias ou de reserva do possível são alegações de escassez dos recursos econômicos necessários à concretização de todos os direitos sociais previstos constitucionalmente e de que a escolha “drástica” de alocação desses recursos caberia primariamente ao legislador quando da definição de políticas públicas. Segundo SARMENTO (2016, p. 230), a reserva do possível se desdobra em três componentes: o fático, que diz respeito à efetiva existência de recursos econômicos; o jurídico, referente à existência de autorização legal, em especial da lei orçamentária; e a razoabilidade da prestação, tendo em vista os recursos existentes e todos os demais encargos que pesam sobre o Estado.

elenco que se amplia de modo contínuo e irrefreável), pela questão da saúde pública (tema de constante reconhecimento de Repercussão Geral por esse excelso STF), da educação e da segurança pública (*lato sensu*).

Paralelamente, também para exemplificar, há a implementação de programas sociais de proteção à mulher, ao idoso e à criança que têm tornado cada vez mais complexa a distribuição de recursos públicos para a realização de todas essas funções e obrigações estatais, mesmo porque as mulheres, os idosos e as crianças são igualmente destinatários do princípio da DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA¹².

Os argumentos de restrições orçamentárias ou de reserva do possível não são defensáveis no contexto da ADPF n. 347, tanto por se tratar de garantir os direitos constitucionais mínimos (mínimo existencial) quanto pela posição de garante do Estado em relação aos presos.

É reiterada e pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a reserva do possível, sob a perspectiva da teoria dos custos dos direitos, não pode ser invocada para legitimar o injusto inadimplemento dos deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao Estado¹³. Nesse sentido, transcreve-se trecho da seguinte ementa:

EMENTA: [...] A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDE COMROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) - O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO - A FÓRMU-

12 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF n. 347. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

13 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AI 598212 ED/PR; relator: min. Celso de Mello; Órgão julgador: 2ª Turma; data de publicação: *DJe* 24 abr. 2014.

LA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO - A TEORIA DA “RESTRICÇÃO DAS RESTRICÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) - CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197) - A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” - A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO - CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) - DOUTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 - RTJ 175/1212-1213 - RTJ 199/1219-1220) - RECURSO DE AGRAVO PROVIDO¹⁴. [Grifos da autora].

A ausência de políticas públicas para a concretização dos direitos sociais constitucionalmente assegurados ou a insuficiência daquelas existentes são consideradas formas de omissão inconstitucional dos poderes públicos, na dimensão da vedação

14 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STA 223 AgR/PE; relatora: min. Ellen Gracie; Órgão julgador: Tribunal Pleno. Data de publicação: DJe 9 abr. 2014.

da proteção insuficiente do princípio da proporcionalidade aplicado aos direitos fundamentais¹⁵.

Além disso, como narrado na petição inicial da ADPF n. 347, a posição do Estado em face dos presos é razão adicional para não se admitir a alegação de falta de recursos ou de autorização orçamentária para a não realização das despesas necessárias à garantia da dignidade nas prisões. Afinal, se o Estado priva alguém da liberdade, assume a obrigação de garantir que o encarceramento não se dê em condições desumanas e degradantes (art. 5º, inciso XLIX, da CF/1988). Forma-se uma relação especial de sujeição entre o Estado e o detento, que, se por um lado importa em múltiplas restrições aos direitos do preso, por outro, torna o Poder Público um garante dos direitos fundamentais que não foram limitados.

4 O estado de coisas inconstitucional e a possibilidade do diálogo institucional

O reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal do estado de coisas inconstitucional pode acarretar críticas referentes à atuação da jurisdição constitucional em matérias que seriam comumente decididas no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo.

Esse tema se insere no fenômeno da judicialização da política, o qual, para os fins deste artigo, pode ser definido como processo

15 Nesse sentido, a decisão do STF no AI 598212 ED/PR; relator: min. Celso de Mello; Órgão julgador: 2ª Turma; Data de publicação: *DJe* 24 abr. 2014: “O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um “facere” (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. – Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse “non facere” ou “non praestare” resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. Precedentes (ADI 1.458-MC/DF, rel. min. CELSO DE MELLO, v.g.). Doutrina”.

de expansão decisória do Poder Judiciário em direção a áreas de competência tradicionalmente exercidas pelos Poderes Executivo e Legislativo. Segundo Barroso (2010, p. 6), “trata-se de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo”.

As objeções levantadas à jurisdição constitucional, no contexto de interesse deste estudo, são, em suma: a) a ausência de legitimidade democrática da Corte Constitucional composta de membros não eleitos para decidirem sobre a constitucionalidade ou não de uma lei; b) a possibilidade de falhas da Corte, assim como dos demais poderes, o que não justificaria a sua escolha como detentora da última palavra, em detrimento do Poder Legislativo, composto de membros eleitos representantes da soberania popular; c) a ausência de consenso na sociedade contemporânea, marcada pelo pluralismo e dissenso; d) a atuação ativista da jurisdição constitucional, uma vez que as Constituições, em sua maioria, são escritas em linguagem aberta e abstrata, o que exige uma interpretação construtivista do intérprete; e) a ausência de capacidade institucional da Corte Constitucional para solucionar complexos problemas estruturais.

Representando aqueles que consideram o Parlamento como a instituição mais legitimada para interpretar a Constituição e decidir, em última instância, quanto ao seu conteúdo e alcance, Jeremy Waldron (2012) parte do pressuposto de que, numa sociedade marcada por um profundo e permanente desacordo quanto às questões de justiça, não há como legitimar as decisões apenas por seus conteúdos: também é preciso fazê-lo pela autoridade legitimada a decidir. Desse modo, na concepção do teórico, deve-se separar a teoria da justiça da teoria da autoridade, isto é, deve-se separar “o que se decide” do “quem decide”. Assim, em sociedades marcadas pelo desacordo, não há como definir qual decisão seria a mais justa. Portanto, o que define a decisão não é a substância, mas quem a decide.

Assim, nessa ótica, a autoridade que possui a qualidade democrática para a interpretação última da Constituição é o Parlamento, uma vez que é a instituição representante da democracia. É pelo Parlamento que o princípio da participação democrática é respeitado. A compreensão da legitimidade do Parlamento como intér-

prete último da Constituição não significa que essa instituição não é passível de erro, mas que é a única que possibilita a participação dos detentores do direito quando esses direitos são objetos de desacordos (MENDES, 2008, p. 81-110).

Por outro lado, representando aqueles que entendem a Corte Constitucional como a mais legitimada para interpretar a Constituição, Ronald Dworkin (2010, p. 128-234) compreende a democracia não apenas como decisão majoritária ou somatório das vontades, mas como resultado da ação coletiva de um povo, refletida nos direitos e princípios fundamentais que permeiam o ordenamento.

Para Dworkin (2010), o ambiente legislativo não é o ambiente ideal para questões de preferências insensíveis (juízos morais), uma vez que direitos são trunfos que não podem se submeter às regras do jogo político. O autor distingue dois tipos de argumentos: argumentos de princípio, que consideram os direitos morais individuais dos indivíduos, e argumentos de política (*policy*), que justificam a decisão em função de algum objetivo comum da comunidade, baseado no bem-estar coletivo.

Esses dois tipos de argumentos diferenciam as argumentações do Legislativo e do Judiciário. O Parlamento tem o monopólio dos argumentos de política, uma vez que seu objetivo é resguardar o bem comum da coletividade, porém pode argumentar baseado em princípios. Juízes, ao contrário, não se utilizam de argumentos de política, e sim de argumentos de princípios, porém não possuem monopólio sobre eles (MENDES, 2008, p. 33-79).

O argumento de princípio possui fundamento de direito moral, devendo, portanto, prevalecer sobre decisões majoritárias, baseadas em argumentos de política. Quando um juiz ultrapassa decisões políticas baseado em argumentos de princípio não está legislando, e sim levando os direitos a sério, considerando os direitos individuais como trunfos da sociedade, os quais não podem ser objetos de barganhas ou interesses. O juiz está cumprindo o seu papel de proteger os direitos fundamentais dos indivíduos (MENDES, 2008, p. 33-79).

O ideal democrático não se esgota nas instituições, pois a democracia deve promover não apenas decisões de política, baseadas no critério majoritário, mas decisões de princípio, de preferências insensíveis. Para essas questões é impossível estabelecer um procedimento decisório *a priori*. O teste da legitimidade é *ex post*, consequencialista, pois não interessa o procedimento (*input*), e sim a decisão (*output*). A legitimidade da revisão judicial está no teste de resultado, teste de *output*. Se a Corte consegue tomar as decisões corretas, por meio de argumentos de princípios, não há problema que se sobreponha ao legislador (MENDES, 2008, p. 70).

Já Jürgen Habermas, a partir de uma perspectiva deliberativo-procedimental da Constituição, defende uma jurisdição constitucional procedimentalista. Considera a Constituição como um projeto, o qual não define uma única forma de vida ou concepção de bem para a sociedade como um todo, e sim regula os procedimentos necessários à formação discursiva da opinião e da vontade legítima no Estado Democrático de Direito (HABERMAS, 1997). Nesse sentido:

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

Assim, o controle de constitucionalidade das leis e do processo legislativo só pode referir-se à garantia das condições processuais necessárias à realização do processo legislativo e das formas deliberativas de formação democrática da opinião e da vontade:

Ao tribunal constitucional, cumpre circunscrever-se na fiscalização e guarda das condições procedimentais de participação política e das regras de formação da vontade legislativa, sem ingressar no mérito dos conteúdos normativos e das opções axiológicas. (DOBROWOLSKI, 2004, p. 301).

Essas objeções à atuação da Corte Constitucional, especialmente em relação ao estado de coisas inconstitucional, podem ser superadas caso se considere que ela não detém a palavra definitiva; essa palavra é provisória, necessária para garantir certa estabilidade ou determinar algum rumo em temas controversos. No contexto das sociedades complexas contemporâneas, marcadas pelo pluralismo e pelo dissenso, a palavra provisória, seja da Corte Constitucional ou do Parlamento – a depender do desenho institucional definido na Constituição –, é necessária para uma delicada coesão e a definição de políticas públicas a serem elaboradas e implementadas pelo Estado. Nas palavras de Dobrowolski (2004, p. 320):

[...] para que não se deflagre a luta permanente, inviabilizadora do convívio social, a fixação de algum sentido para o jogo político-institucional e para a vivência coletiva torna-se imperativa, ainda que não se trate de uma norma universalizável. E mesmo em face das questões morais ou ético-culturais, é preciso, em termos práticos, adotar uma solução que, se não derivar de um consenso, deve, ao menos, provir da busca cooperativa – e, nesta medida, não decorrente da simples *autoritas*, mas oriunda de algo equiparável a uma *ratio* intersubjetivamente alcançada –, da decisão mais justa possível, à luz das circunstâncias concretas e dos pontos de vista dos diferentes afetados. Uma tal meta vale, inclusive, para o âmbito da jurisdição constitucional, tanto em abstrato quanto em concreto.

Essa decisão encerra uma primeira rodada procedimental que pode ser reaberta por outros poderes que se sintam desafiados a deliberar em argumentos de princípio. A definição da Corte como detentora dessa última palavra provisória não decorre da sua capacidade superior em proteger direitos ou deliberar em princípios, mas sim do desenho institucional escolhido pelo poder constituinte (MENDES, 2008).

O questionamento quanto à legitimidade ou não do papel da Corte é apenas um pano de fundo para se debater o verdadeiro significado e alcance da Constituição. Esta é um pacto firmado entre o poder constituinte e os legisladores ordinários estabelecendo que há valores essenciais à existência da própria democracia. Esses valores

são dispostos na Constituição em uma linguagem abstrata, aberta, de forma que, a cada geração, o pacto possa ser interpretado de acordo com os próprios valores sociais de sua época. A Constituição garante, por meio de sua construção deliberativa, a sua continuidade.

A interpretação da Constituição, porém, não é privilégio de um seletivo grupo, mas é dever de toda a sociedade. Como lembra Peter Häberle (1997), povo não é apenas um parâmetro quantitativo que se manifesta em épocas eleitorais, mas é também um elemento pluralista para a interpretação da Constituição que legitima o processo constitucional por meio de sua participação como cidadão, como partidos políticos, como grupos de interesses. Conforme Häberle (1997, p. 41):

1. O juiz constitucional já não interpreta, no processo constitucional, de forma isolada: muitos são os participantes do processo; as formas de participação ampliam-se acentuadamente; 2. Na posição que antecede a interpretação constitucional “jurídica” dos juizes, são muitos os intérpretes, ou, melhor dizendo, todas as forças pluralistas públicas são, potencialmente, intérpretes da Constituição.

O conceito de sociedade aberta de intérpretes de Peter Häberle é compatível com a concepção de democracia deliberativa, a qual pode ser concebida como um modelo ou processo de deliberação política caracterizado por um conjunto de pressupostos teórico-normativos que incorporam a participação da sociedade civil na regulação da vida coletiva. Esse modelo enfatiza o caráter de auto-determinação da cidadania e o caráter transformador e pedagógico da participação política (LÜCHMANN, 2002, p. 21).

Segundo Dobrowolski (2004, p. 317), a materialização do Direito ao longo das transformações por que o Estado vem passando no curso da Modernidade, especialmente no âmbito constitucional – dominado por uma linguagem aberta e principiológica –, exige uma atuação concretizadora nas três esferas de poder para fins de realização dos ditames constitucionais derivados da escolha autônoma dos sujeitos de direito. A jurisdição constitucional, desse modo, deve estar aberta à interpretação construtiva do conceito e alcance dos direitos

fundamentais trazida tanto por outras esferas de poder quanto pela população, o que exige canais de comunicação de grupos minoritários comumente não representados nos demais Poderes:

Constata-se, em suma, que, diante do desenho institucional da democracia contemporânea, que se deve adequar ao pluralismo e seus desdobramentos – multiculturalismo, demandas de direitos e de expansão da cidadania, lutas por reconhecimento e inclusão, necessidade de integração político-social mínima, num mundo racionalizado e em condições de pensamento pós-metafísico –, também o exercício da jurisdição constitucional deve abrir-se a estes influxos, passando a compreender mecanismos efetivos de participação dos cidadãos nos processos formais de construção do sentido da Constituição, que não deve ser descoberto nem revelado, mas racional e publicamente estabelecido, com a inserção e a consideração de todos os pontos de vista pertinentes, sobretudo dos que não detêm suficiente representação política, não têm voz nem vez perante a maioria. (DOBROWOLSKI, 2004, p. 318).

A jurisdição constitucional, portanto, estaria legitimada tanto por uma escolha do poder constituinte originário quanto pela sua capacidade em promover o diálogo entre instituições e o povo, em suas variadas organizações, e de inserir na esfera deliberativa argumentos de princípios. O reconhecimento do estado de coisas inconstitucional pode ser mais uma ferramenta da Corte Constitucional de diálogo e cooperação com os demais Poderes e a sociedade para a superação de uma situação de inegável violação sistemática e generalizada dos direitos fundamentais.

Por isto, é que se pode concluir que um sistema aberto e participativo de jurisdição constitucional, que se volte para além do controle estritamente formal da constitucionalidade das normas e busque assegurar a concretização dos direitos fundamentais constitucionalizados, a partir dos insumos fornecidos pelos próprios cidadãos, não é intrinsecamente antimajoritário nem se presta a desestabilizar as instituições sócio-políticas democráticas. Funciona, ao contrário, como instrumento democraticamente legitimado, politicamente controlado e responsável, além de apto a contribuir para o aperfeiçoamento dos direitos básicos dos cidadãos e para a conservação das

condições procedimentais igualitárias que lhes permitem participar efetivamente da formação da opinião e da vontade comuns, principalmente na delicada tarefa de determinação do conteúdo concreto da Constituição e da ordem jurídica. (DOBROWOLSKI, 2004, p. 318).

De acordo com Garavito e Franco (2010, p. 170–180), as decisões das cortes em litígios ou casos estruturais, nas quais se inserem o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, têm convergido para um novo tipo de ativismo judicial, denominado como “ativismo dialógico”, o qual tenta responder às objeções à jurisdição constitucional.

Os litígios estruturais representativos do ativismo dialógico possuem três características: a) tendem a ditar ordens mais abertas que as do ativismo clássico; as sentenças da jurisprudência dialógica podem abrir um processo de discussão de alternativas de políticas públicas para solucionar o problema estrutural; b) a implementação das medidas dá-se por mecanismos de acompanhamento periódico e público; ao manter a sua competência sobre o caso após a sentença, as cortes podem prolar novas decisões à luz dos avanços e retrocessos do processo, além de orientar a discussão dos atores sociais envolvidos em audiências públicas e deliberativas; c) o ativismo dialógico tende a envolver um número mais amplo de atores sociais no processo de deliberação de políticas públicas a serem elaboradas e implementadas.

Em análise da sentença T-025 da Corte Constitucional colombiana (caso da população deslocada), Garavito e Franco (2010, p. 133) concluíram que a maioria das ordens da Corte foram de meios, e não de resultados, isto é, em lugar de fixar os detalhes das reformas, exigiu-se do Estado a elaboração de um plano de ação para se enfrentar o problema dos deslocados. Por outro lado, a Corte estabeleceu prazos peremptórios e fixou remédios fortes, de resultado, para a garantia eficaz de direitos mínimos das pessoas deslocadas. Essas características da sentença T-025, bem como o fato de que a Corte se preocupou em realizar audiências públicas para discussão dos aspectos centrais, demonstram o efeito deliberativo do ativismo dialógico nos litígios estruturais.

Constata-se, portanto, que a jurisdição constitucional, antes de ser uma ameaça à democracia, pode atuar para fortalecê-la quando há a preocupação das cortes e dos demais atores sociais envolvidos em estabelecer canais de participação de outros Poderes e da sociedade como um todo na busca de superação das situações de violação de direitos fundamentais, como no caso do sistema prisional brasileiro, bem como na fixação de conceitos e alcances dos direitos.

5 Considerações finais

Este artigo se preocupou em apresentar o instituto do estado de coisas inconstitucional, seu conceito e sua evolução no contexto da Corte Constitucional da Colômbia, bem como a possibilidade de sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 374 e as objeções levantadas em face de seu reconhecimento e da atuação da jurisdição constitucional em litígios denominados estruturais.

Como qualquer outro instituto ou conceito formulado em contexto fático específico, a adoção, pela doutrina e jurisprudência brasileiras, do estado de coisas inconstitucional exige a sua análise e adaptação a partir da realidade do País (VIEIRA; BEZERRA, 2015). Contudo, percebe-se que o instituto pode ser mais uma das ferramentas a serem utilizadas pela sociedade na provocação do Supremo Tribunal Federal para se manifestar em situações violadoras de direitos fundamentais.

Ressalva-se a previsão da Lei n. 9.868/1999 (Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade), da possibilidade de manifestação de outros órgãos e entidades (figura do *amicus curiae*) e da realização de audiências públicas, em seus arts. 7º, § 2º, e 9º, § 1º, respectivamente. Dispositivos que inegavelmente contribuem para a participação da sociedade civil nas decisões do Supremo Tribunal Federal e que representam uma perspectiva dialógica na atuação da Corte.

No caso específico da ADPF n. 347, a decisão do Supremo Tribunal Federal demonstra-se essencial para a superação do bloqueio institucional existente na questão do sistema prisional brasileiro. Apesar

de ser inequivocamente conhecido o caos do sistema penitenciário do Brasil, inclusive pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, não há políticas públicas efetivas para a superação do problema.

A situação prisional brasileira é semelhante àquela encontrada pela Corte Constitucional da Colômbia, na época da prolação da sentença T-153/98, em que se constatou uma situação de violação massiva de direitos fundamentais, cujas causas são de natureza estrutural, isto é, exigem, para a solução, uma atuação coordenada de distintas entidades estatais. A omissão estatal é um resultado perverso da lógica do princípio da maioria norteador dos regimes democráticos, conforme constatado pela Corte colombiana. Os presos condenados não possuem direito ao voto e, conseqüentemente, não possuem relevância quando são formuladas as políticas públicas: “[...] por eso, sus demandas y dolencias se pierden entre el conjunto de necesidades que agobian las sociedades subdesarrolladas, como la colombiana”¹⁶.

Nesse sentido, a atuação contramajoritária da jurisdição constitucional na tutela dos direitos fundamentais é essencial para a superação da violação massiva e generalizada de direitos de presos brasileiros. A Corte Constitucional está numa posição mais apta a ouvir os reclamos dos grupos vulneráveis de forma a garantir-lhes o mínimo existencial. No caso dos presos, a obrigação estatal em garantir esses direitos fundamentais mínimos se caracteriza por uma especial relação de sujeição entre Estado e detento, consubstanciada no inciso XLIX do art. 5º da CF/1988: “[...] é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 23, set./out./nov. 2010.

16 CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. *Sentença T-153/98*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O estado de coisas inconstitucional e o litígio estrutural. *Revista Consultor Jurídico*, 1º set. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural#_ftn3>. Acesso em: 11 fev. 2016.

DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. *O pêndulo da democracia contemporânea: entre soberania popular e direitos humanos, uma via pluralista para a construção social do sentido da constituição*. 2004. Tese de Doutorado – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social – como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado em Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia e Sociedad, Dejusticia, 2010.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

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

HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colom-

biano en sede de acción de tutela: el llamado “estado de cosas inconstitucional”. *Estudios Constitucionales, Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Santiago, Chile, Año 1, n. 1, p. 203-228, 2003.

LÜCHMANN, Lígia Helena Hahn. *Possibilidades e limite da democracia deliberativa: a experiência do orçamento participativo de Porto Alegre*. 2002. Tese de Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, Universidade Estadual de Campinas – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas, 2002. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?code=vtls000246426>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

VIEIRA, José Ribas; BEZERRA, Rafael. Estado de coisas fora do lugar(?). *Jota*, Brasília, 5 out. 2015. Disponível em: <<http://jota.info/estado-de-coisas-fora-lugar>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

WALDRON, Jeremy. The constitutional conception of democracy. In: *Law and Disagreement*. Oxford Scholarship Online: March 2012, p. 11. Disponível em: <<http://philosophyfaculty.ucsd.edu/faculty/rarneson/WaldronConstitutional.pdf>>. Acesso em: 11 fev. 2016.