

ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E LITÍGIO ESTRUTURAL: A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB UMA PERSPECTIVA DIALÓGICA

UNCONSTITUTIONAL STATE OF FAIRS AND STRUCTURAL DISPUTES: THE CONCRETIZATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS WITHIN A DIALOGIC PERSPECTIVE

Bianca Garcia Neri¹

RESUMO

O ajuizamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347 trouxe para o Brasil o conceito de estado de coisas inconstitucional, importado da jurisprudência colombiana, cujo reconhecimento pressupõe a existência de violação grave e massiva a direitos humanos, decorrente da omissão estatal. A importação para o modelo brasileiro suscitou inúmeras críticas, dentre as quais a impossibilidade de intervenção do Judiciário em matéria de política pública, competência tipicamente atribuída ao Executivo e ao Legislativo. O presente trabalho pretende analisar o estado de coisas inconstitucional por meio do estudo de casos paradigmáticos, tomando-se por base a influência das teorias dialógicas institucionais, sustentando-se a hipótese de que a efetiva concretização dos direitos fundamentais, especialmente quando envolvem litígios de natureza estrutural, depende de uma maior cooperação entre as Cortes e os atores políticos. Assim, conclui-se que o instituto não deve ser visto como instrumento de afirmação da supremacia judicial, mas sim como mecanismo capaz de fomentar uma política colaborativa, concretizando os ideais de um Estado verdadeiramente democrático.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; estado de coisas inconstitucional; diálogos institucionais

ABSTRACT

The filing of ADPF 347 brought to Brazil the concept of unconstitutional state of fairs imported from Colombian law, for which recognition presupposes the existence of serious and massive violations of human rights resulting from state omission. Importation into the Brazilian model raise numerous criticisms, among which impossibility of the judicial intervention in the public policy, competences typically assigned to the Executive and the Legislature. This paper aims to analyze the unconstitutional state of fairs through the study of

¹Doutoranda em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense. Mestre em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá. Professora e Pesquisadora Produtividade da Universidade Estácio de Sá. Advogada. Email: biancagneri@gmail.com

paradigmatic cases, taking as a basis the influence of institutional dialogical theories, supporting the hypothesis that the effective realization of fundamental rights, especially when it involves structural disputes, depends on greater cooperation between the courts and political actors. Thus, it is concluded that the institute should not be seen as an instrument of affirmation of judicial supremacy, but as a mechanism able to stimulate a collaborative policy, embodying the ideals of a truly democratic state.

Keywords: Fundamental rights; unconstitutional state of affairs; institutional dialogue

INTRODUÇÃO

A nova ordem constitucional inaugurada no Brasil a partir da promulgação da Carta de 1988 iniciou um período de maior preocupação com a tutela dos direitos fundamentais, ancorados no preceito basilar da dignidade da pessoa humana.² Nesse contexto, com o reconhecimento da supremacia da Constituição e da força normativa de seus preceitos, conferiu-se ao Judiciário papel de destaque na garantia e efetivação das conquistas do período pós ditatorial, dando ensejo a inúmeras discussões.³

Especialmente no tocante à necessidade de implementação de políticas públicas por parte do Estado para concretizar direitos fundamentais, a matéria perpassa, de forma recorrente, duas questões: a primeira refere-se à alegação da reserva do possível como excludente da responsabilidade estatal e, a segunda, à possibilidade – ou não – de o Judiciário intervir em assuntos de natureza política.

²O constituinte de 1988 elencou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, passando a constituir-se como verdadeira cláusula geral de garantia dos direitos fundamentais, apta a tutelar qualquer violação à pessoa humana. Neste sentido, é a lição de Gustavo Tepedino: “Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do parágrafo 2º. do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira *cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana*, tomada como valor máximo pelo ordenamento.” (TEPEDINO, 2004, p. 48, grifo nosso).

³A Constituição como norma jurídica encontra suas raízes na Europa a partir da segunda metade do século XX, quando as Cartas do pós-Segunda Guerra deixaram de ser encaradas como meras proclamações políticas, incorporando direitos fundamentais diretamente aplicáveis e mecanismos de jurisdição constitucional aptos a assegurar a sua supremacia. No Brasil, essa concepção efetivou-se com o processo de redemocratização do país, como explica Daniel Sarmento: “Até 1988, a lei valia muito mais do que a Constituição no tráfico jurídico, e no Direito Público, o decreto e a portaria ainda valiam mais do que a lei. As constituições até eram generosas na consagração de direitos, mas estes dependia, quase exclusivamente da boa vontade dos governantes de plantão para saírem do papel – o que normalmente não ocorria.[...] Embora o controle de constitucionalidade existisse no papel, ele não tinha muita importância prática no cotidiano da justiça brasileira. Os juízes e tribunais não tinham o hábito de exercê-lo, e nem mesmo de aplicar a Constituição diretamente a casos concretos.[...] Sob a égide da Constituição de 88, este panorama vem se alterando significativamente. A Constituição ganhou relevo muito maior na vida política e social, e passou a ser vista como norma jurídica pelos seus aplicadores e destinatários.[...] O Poder Judiciário passou a empregar a Constituição de forma frequente e rotineira, não só na resolução das grandes questões sociais e políticas, como também no julgamento dos pequenos litígios com que se defronta no seu dia a dia. Passou também a exercer com mais frequência e ousadia, o controle de constitucionalidade dos atos normativos.” (SARMENTO, 2014, p. 27-28).

No que diz respeito à teoria da reserva do possível, o Estado costuma utilizá-la como justificativa às suas omissões, sustentando que a implementação de políticas públicas aptas a efetivar os direitos fundamentais, especialmente os de segunda dimensão⁴, demanda investimentos estatais e aportes financeiros, não se podendo desconsiderar, assim, a real capacidade econômica do órgão a que se está demandando a atuação.⁵

Quanto à intervenção do Judiciário em matérias de competência típica do Legislativo e do Executivo, é possível encontrar grandes resistências sustentando a ausência de legitimidade democrática e a violação ao princípio da separação dos poderes, ensejando, com isso, os fenômenos da “judicialização da política” e do “ativismo judicial”⁶.

⁴ Os direitos fundamentais podem ser classificados cronologicamente de acordo com o período em que foram conquistados, considerando-se, portanto, dentro desta divisão classificatória os direitos de segunda dimensão ou segunda geração como aqueles que exigem uma atuação positiva do Estado, podendo-se elencar o direito à saúde, à moradia, à educação, à alimentação, dentro outros. (SARLET, 2005).

⁵ Por meio da teoria da reserva do possível o Estado defende a impossibilidade de efetivar todos os direitos prestacionais diante da escassez de recursos financeiros para a implementação de políticas públicas notadamente no que tange à saúde e educação. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008). No julgamento da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 45, o Supremo Tribunal Federal se manifestou no sentido de que a referida alegação só poderá ser acolhida em caráter excepcional, quando restar inequivocamente comprovada a ausência de verba para o cumprimento de obrigações constitucionalmente impostas. Neste sentido, destaca-se trecho do julgado, de relatoria do Ministro Celso de Mello: “Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade [...]” (BRASIL. STF, 2004).

⁶ Barroso (2012), ao analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal nos últimos anos, inicia sua explanação destacando que a partir do final da Segunda Guerra Mundial houve um grande avanço do papel desempenhado pelo Judiciário na maior parte dos países ocidentais, passando a imiscuir-se em matérias de política pública, afetas ao Legislativo e ao Executivo. Nesse contexto, salienta que “Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral.” (BARROSO, 2012, p. 23-32). Aponta, posteriormente, três causas para a ocorrência do fenômeno, sendo elas: (I) a redemocratização do país, que culminou com a promulgação da Carta de 1988, recuperando as garantias da magistratura e possibilitando a expansão do Ministério Público; (II) a constitucionalização abrangente, elencando na Constituição matérias antes deixadas a cargo do legislador infraconstitucional; (III) o modelo de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, que compreende tanto o controle difuso como o controle concentrado. O autor ressalta, ainda, que não se deve confundir judicialização com ativismo, sendo esta uma maneira de interpretar a constituição expandindo seu alcance, notadamente face às omissões dos demais poderes. É possível verificar uma postura ativista do Judiciário quando, por exemplo, aplica-se diretamente normas constitucionais a situações que não estão expressamente previstas; declaração de inconstitucionalidade de leis com base em critérios menos rígidos; imposição aos poderes políticos de adoção de políticas públicas ou de abstenções. Assim, “A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. [...] Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.” (BARROSO, 2012, p. 23-32). Ao final, salienta as críticas que surgem como reação à postura protagonista do Judiciário, como o risco à legitimidade democrática, diante da possibilidade de sobreposição de um órgão não eleito sobre aqueles que foram escolhidos pelo voto da maioria, ensejando o que Bickel (1986) chamou de *countermajoritarian difficulty*. Ademais, ressalta que há críticas quanto ao risco de politização da justiça e quanto à capacidade institucional do

O presente trabalho toma por base a proteção dos direitos fundamentais no que tange especificamente à população carcerária, destacando-se o respeito à integridade física e moral do preso⁷, cuja concretização demanda investimentos por parte do Estado, percorrendo, assim, as questões ora explicitadas.

Dessa forma, nas diversas hipóteses em que a Suprema Corte foi instada a manifestar-se sobre a necessidade de implementação de medidas para garantir condições dignas aos presos, destaca-se, dentre os argumentos de defesa arguidos pelo Estado, a tese da reserva do possível e o questionamento quanto à possibilidade de intervenção judicial em matéria de política pública⁸.

Sabe-se que ambas as teses já foram arguidas quanto à necessidade de prestações estatais positivas para a concretização de outros direitos, como educação e moradia⁹, entretanto, as condições desumanas a que estão submetidos os detentos, muitas vezes esquecidos pela população e pelos atores políticos¹⁰, justificam a delimitação do presente objeto.

Judiciário e seus limites, fazendo menção, neste caso, à Cass Sunstein e Adrian Vermeule (2002), que sustentam a necessidade de analisar as capacidades institucionais – aptidão das instituições para decidirem acerca de determinadas matérias – e efeitos sistêmicos – reflexos das capacidades institucionais, que permitem prever os efeitos de suas atividades.

⁷ A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso XLIX, assegura aos presos a proteção à integridade física e moral. (BRASIL, 1988).

⁸ A título de exemplo, é possível citar o Recurso Extraordinário n. 592.581/RS interposto pelo Ministério Público contra acórdão que, reformando sentença de primeira instância, concluiu não ser possível ao Judiciário impor ao Executivo a realização de obras em unidade prisional, sob pena de indevida invasão de competência. Reconhecendo a existência de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal, seguindo entendimento do Ministro Ricardo Lewandowski, repudiou a tese defensiva estatal, considerando-a “no mínimo bizarra”, que sustentava a reserva do possível, arguindo que “[...] a distribuição de recursos entre as diferentes ações prestacionais realizadas pelo Estado reflete não apenas a sua situação econômica em determinado momento histórico, mas também as diretrizes políticas definidas pelo governo da maioria. [...] O que se percebe é que, ao mesmo tempo em que assegurou aos presos o direito ao tratamento íntegro, a Carta Republicana negou-lhes o acesso direto ao embate democrático. Essa negativa parece assomar como o principal motivo pelo qual os condenados não conseguem influir nas decisões orçamentárias. E o alheamento desse momento decisório possivelmente está a penalizá-los com a falta de recursos para investimento na modernização do sistema carcerário. Forma-se, em torno do destino dos encarcerados, um círculo vicioso, a sentenciá-los não apenas com a segregação física, mas também com o exílio político, social e econômico”. (BRASIL. STF, 2016a). Ao final, o Ministro afastou também argumentos contrários à impossibilidade de intervenção judicial, ressaltando que “É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes”. (BRASIL. STF, 2016a). No mesmo sentido, cf. Suspensão de Liminar n. 823/ES (BRASIL. STF, 2015a) e Suspensão de Tutela Antecipada n. 419/RN (BRASIL. STF, 2010).

⁹ No tocante ao direito à educação e ao direito à moradia, conferir também as decisões do Supremo Tribunal Federal no Agravo em Recurso Extraordinário n. 639.337 (BRASIL. STF, 2011), bem como no Agravo em Recurso Extraordinário n. 914.634 (BRASIL. STF, 2016b).

¹⁰ O desinteresse dos poderes políticos, Executivo e Legislativo, pela população carcerária, dentro outros motivos, está relacionado com o fato de os presos terem seus direitos políticos suspensos, logo, não podem votar enquanto estiverem privados da sua liberdade. Além disso, trata-se de uma minoria que é deixada à margem pelos próprios membros da sociedade, os quais não se preocupam em lutar por seus direitos. Entretanto, democracia não significa apenas a expressão da vontade da maioria, mas também a tutela e o respeito aos interesses da minoria. Franklin Maia, na tentativa de encontrar soluções práticas para a diminuição dos

Tendo em vista a gravidade da situação do sistema penitenciário brasileiro, em maio de 2015, o Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347 (BRASIL. STF, 2015b), denunciando as barbáries dos cárceres e as constantes violações a direitos fundamentais, notadamente em face dos problemas de superlotação, requerendo ao Supremo Tribunal Federal o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional e a determinação de medidas urgentes de política pública para por fim a tal cenário.

O instituto, de origem colombiana, pressupõe a violação grave e massiva a direitos humanos¹¹, decorrente da omissão do poder público, demandando para sua solução uma série de providências que dependem da atuação conjunta de diversos órgãos (CAMPOS, 2015), o que demonstra a pertinência com o caso brasileiro.

Analisando as sustentações orais, houve unanimidade quanto às condições degradantes em que vivem os presos, sofrendo diariamente violação aos seus direitos mais básicos, sendo necessárias mudanças drásticas para alterar esse quadro. Por outro lado, divergências surgiram (I) no tocante à legitimidade do Supremo Tribunal Federal para atender e impor a adoção das medidas requeridas, bem como (II) à inutilidade da importação para o Brasil de uma categoria que não foi capaz de solucionar nem mesmo os problemas do sistema carcerário do país de onde provém.

Diante das referidas críticas, o presente artigo tem por objetivo analisar o estado de coisas inconstitucional em sua origem, suas peculiaridades, bem como sua contribuição para o modelo brasileiro, notadamente no que se refere à identificação de litígios estruturais¹² e à forma como devem ser tratados, demandando a colaboração e o comprometimento de todos os envolvidos.

Assim, a partir de uma metodologia descritiva, qualitativa, parcialmente exploratória e de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, sustenta-se a hipótese de que a efetiva concretização de direitos fundamentais, especialmente quando envolvem litígios de natureza estrutural, depende de uma atuação dialógica e cooperativa por parte dos poderes constituídos, responsáveis por garantir e materializar os preceitos constitucionais.

alarmantes índices de criminalidade, destaca que a inércia estatal apresenta-se como um dos principais obstáculos à ressocialização dos presos e que o “abandono carcerário se dá, dentre outros motivos, pela falta de interesse político em investir na recuperação dos detentos, posto que estes investimentos não trazem reconhecimento e visibilidade política, já que os que se beneficiam diretamente das melhorias não podem votar naqueles que as promovem.” (MAIA, 2014, p. 9).

¹¹ O presente trabalho adota como sinônimas as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, em que pese ter ciência de suas distinções técnicas. Os primeiros guardam relação com a ordem internacional, por meio de tratados e convenções que visam resguardar, dentre outros direitos, a vida, a integridade, a dignidade, a liberdade e a igualdade, aspirando validade universal. Os segundos, por sua vez, se referem aos direitos essenciais ao homem, que sejam reconhecidos e positivados na ordem jurídico-constitucional interna de cada Estado. (SARLET, 2005).

¹² Litígio estrutural, que será melhor abordado ao longo do trabalho, diz respeito a situações que alcançam um grande número de pessoas, necessitando da atuação de diversos órgãos, em uma tentativa de reformulação do cenário atual, por meio da implementação de políticas públicas capazes de superar falhas anteriores. (CAMPOS, 2015).

Dessa forma, busca-se demonstrar que a referida importação do instituto não pretende reafirmar a supremacia judicial, ao contrário, busca estimular a política colaborativa - pautada em um viés verdadeiramente democrático - na concretização dos direitos fundamentais. Nesse sentido, objetiva-se analisar a importação do estado de coisas inconstitucional à luz das teorias dialógicas institucionais¹³, ressaltando a necessidade de identificação de problemas que envolvem diversos órgãos do Estado e que, por isso, dependem da colaboração de todos, inclusive da sociedade, para que seja possível reverter o dramático cenário.

A relevância da pesquisa reside na necessidade de buscar uma atuação mais cooperativa por parte dos atores políticos e sociais, visando a transição de um quadro de massiva violação a direitos fundamentais para uma perspectiva de concretização de garantias constitucionalmente asseguradas.

O presente artigo está dividido em três partes. Inicialmente, apresenta-se o conceito e os pressupostos do estado de coisas inconstitucional, bem como o seu surgimento na Colômbia diante de situações de massiva violação a direitos fundamentais, atingindo um número indeterminado de pessoas. Para tanto, foram escolhidos três casos paradigmáticos (*Sentencia de Unificación* n.559/97; *Sentencia de Tutela* n.153/98; *Sentencia de Tutela* n. 025/2004), de extrema relevância para demonstrar a evolução do instituto ao longo do tempo, ressaltando a postura da Corte Constitucional Colombiana em cada precedente.

Na segunda parte do trabalho, será analisada a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347, ressaltando os problemas identificados no sistema penitenciário brasileiro e seus argumentos para o reconhecimento de um estado de coisas, bem como as medidas a que se pretende adotar. Tendo em vista que ainda não houve julgamento quanto ao mérito da ação, será analisada a decisão quanto aos pedidos cautelares.

Na última parte pretende-se demonstrar a relação do estado de coisas inconstitucional com o conceito de litígio estrutural, salientando a necessidade de uma atuação conjunta de todos os poderes constituídos para que seja possível uma efetiva mudança social, tomando-se por base as teorias dos diálogos institucionais.

Assim, a presente pesquisa irá analisar a experiência colombiana, ressaltando a importância do estado de coisas inconstitucional para o modelo brasileiro na tentativa de proporcionar uma reforma estrutural e, com isso, alcançar a máxima observância e efetividade aos direitos fundamentais.

1. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E SUA ORIGEM NA JURISPRUDÊNCIA COLOMBIANA

¹³ Visando alcançar uma perspectiva de equilíbrio institucional, as teorias dialógicas institucionais, de origem canadense, propõem um modelo que propicie uma atuação mais cooperativa entre as Cortes e as instituições políticas, estimulando o intercâmbio entre os agentes estatais, de modo a garantir maior efetividade e concretização aos preceitos constitucionais. (HOGG; BUSHELL, 1997).

O reconhecimento do estado de coisas inconstitucional ocorre diante de uma determinada situação em que haja violação grave e massiva a direitos humanos, decorrente de atos do Poder Público, que se apresenta inerte perante de tal quadro, sendo necessárias, portanto, uma série de modificações estruturais que contem com a colaboração de todos os agentes do Estado e com a fiscalização da sociedade. (CAMPOS, 2015).

Diante do referido quadro de desrespeito às garantias constitucionais, admite-se, excepcionalmente, a intervenção da Corte a fim de estimular os atores políticos a formularem medidas capazes de pôr fim a tal situação, supervisionando, posteriormente, a concreta implementação das políticas públicas. A complexidade da situação deixa claro que, nessas hipóteses, o Judiciário não está direcionado à solução de casos específicos e particulares, mas sim a tutelar os direitos fundamentais em sua dimensão objetiva, conforme assinala Hernández, destacando

la presencia de un juez constitucional mucho más activo socialmente, más comprometido con la búsqueda de soluciones profundas a los problemas estructurales que padece nuestro Estado y que repercuten en el disfrute cotidiano de los derechos fundamentales de los asociados. En definitiva, un juez constitucional que no si limita a impartir justicia para casos particulares mediante una sentencia que tiene efectos de cosa juzgada interpartes, sino que asume una verdadera dimensión de estadista, erigiéndose en un agente de cambio, adoptando decisiones de gran calado que trascienden la esfera de lo particular, cuya ejecución compromete la actuación coordinada de diferentes autoridades públicas, y cuyo fin último es servir de catalizador a la actividad administrativa del Estado, a fin de modificar una realidad social intolerable y contraria a los principios que informan el Estado Social de Derecho. (HERNÁNDEZ, 2003, p. 206-207)

O instituto é originário da jurisprudência colombiana e surgiu pela primeira vez em 1997, na *Sentencia de Unificación* (SU) n. 559 (COLÔMBIA. CCC, 1997), quando quarenta e cinco professores questionaram judicialmente a ausência do recebimento de benefícios previdenciários, ora recusados pelas autoridades locais. Com base na referida alegação a Corte Constitucional Colombiana (CCC), investigando mais afundo, constatou que havia um número indeterminado de professores com o mesmo problema e que se tratava de uma falha estrutural, não atribuível apenas a um único órgão.¹⁴

Tendo em vista a amplitude e a gravidade do problema, a Corte declarou o estado de coisas inconstitucional, determinando, portanto, a regularização da situação dos professores por todos os municípios que tivessem casos semelhantes, o envio de cópias da sentença aos Ministérios da Educação e da Fazenda, ao Diretor do Departamento Nacional de

¹⁴Cf. trecho da decisão: “DECLARAR que el estado de cosas que originó las acciones de tutela materia de esta revisión no se aviene a la Constitución Política, por las razones expuestas en esta providencia. Como, al parecer, la situación descrita se presenta en muchos municipios, se advierte a las autoridades competentes que tal estado de cosas deberá corregirse dentro del marco de las funciones que a ellas atribuye la ley, en un término que sea razonable.”(COLÔMBIA. CCC, 1997).

Planejamento, aos Governadores e Assembleias, aos Prefeitos e aos Conselhos Municipais para que adotassem medidas práticas, a fim de sanar tal situação de desrespeito a direito fundamental.

Assim, é possível perceber que a Corte proferiu uma decisão que foi além das partes do processo, atingindo a todos que se encontravam na mesma situação e determinando a colaboração dos órgãos que pudessem atuar no sentido de melhorar o referido quadro.

Apesar da importância do caso analisado, notadamente como marco inaugural do estado de coisas inconstitucional, vale destacar que a preocupação maior da Corte era encontrar um mecanismo capaz de abranger um número indeterminado de pessoas em situação similar, de modo a evitar uma enxurrada de demandas individuais sobre o mesmo assunto¹⁵, o que não traduz a real importância do instituto para o modelo brasileiro.¹⁶

No ano seguinte, a Corte pronunciou-se sobre o estado de coisas inconstitucional em outro caso paradigmático, qual seja, a *Sentencia de Tutela* - T153/98 (COLÔMBIA. CCC, 1998), que tratava da superlotação e das condições desumanas em que viviam os presos nas Penitenciárias Nacionais de Bogotá e de Bellavista de Medellín. Ao analisar profundamente o caso, bem como dados empíricos apresentados, a Corte Constitucional Colombiana constatou que o referido quadro de violação a direitos fundamentais se repetia em outras unidades carcerárias, afetando um número indeterminado de detentos. O Tribunal, então, reconheceu o estado de coisas inconstitucional¹⁷ e determinou:

¹⁵Cf. trecho da decisão: “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.”(COLÔMBIA. CCC, 1997). Nesse sentido: “Para aquellos casos en que las vulneraciones de derechos obedecían a un conjunto amplio de personas, como se mencionó en la primera sentencia de ECI, la SU-559 de 1997, la Corte Constitucional recurrió previamente a dos instituciones procesales en el trámite de las acciones de tutela: la acumulación de procesos(lo que permite abordar en una misma sentencia varias acciones de tutela que presentan supuestos fácticos similares) y la reiteración de jurisprudencia (por la que se aplica a un caso la regla establecida en uno precedente en el que ya se había estudiado el problema jurídico planteado) [...]”(HURAUTO; MAY LING, 2013, p. 36).

¹⁶ No Brasil já existem institutos capazes de tutelar direitos coletivos, como as ações do controle abstrato de constitucionalidade, o Mandado de Injunção, a Ação Civil Pública e a Súmula Vinculante.

¹⁷“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. 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. Durante muchos años, la sociedad y el Estado se han cruzado de brazos frente a esta situación, observando con indiferencia la tragedia diaria de las cárceles, a pesar de que ella representaba día a día la transgresión de la Constitución y de las leyes. Las circunstancias en las que transcurre la vida en las cárceles exigen una pronta solución. En realidad, el problema carcelario representa no sólo un delicado asunto de orden público, como se percibe actualmente, sino una situación de extrema gravedad social que no puede dejarse desatendida. Pero el remedio de los males que azotan al sistema penitenciario no está únicamente en las manos del INPEC o del Ministerio de Justicia. Por eso, la Corte tiene que pasar a requerir a distintas ramas y órganos del Poder Público para que tomen las medidas adecuadas en dirección a la solución de este problema.”(COLÔMBIA. CCC, 1997).

- REVOCAR las sentencias proferidas por la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, el día 16 de junio de 1997, y el Juzgado Cincuenta Penal Municipal de Bogotá, el día 21 de agosto de 1997, por medio de las cuales se denegaron las solicitudes de tutela interpuestas por Manuel José Duque Arcila y Jhon Jairo Hernández y otros, respectivamente. En su lugar se concederá el amparo solicitado;
- ORDENAR al INPEC, al Ministerio de Justicia y del Derecho y al Departamento Nacional de Planeación elaborar, en un término de tres meses a partir de la notificación de esta sentencia, un plan de construcción y refacción carcelaria tendente a garantizar a los reclusos condiciones de vida dignas en los penales [...];
- ORDENAR al Ministerio de Justicia y del Derecho, al INPEC y al Departamento Nacional de Planeación, en cabeza de quien obre en cualquier tiempo como titular del Despacho o de la Dirección, la realización total del plan de construcción y refacción carcelaria en un término máximo de cuatro años, de conformidad con lo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo e Inversiones.
- ORDENAR al INPEC y al Ministerio de Justicia y del Derecho la suspensión inmediata de la ejecución del contrato de remodelación de las celdas de la Cárcel Distrital Modelo de Santafé de Bogotá;
- ORDENAR al INPEC que, en un término máximo de tres meses, recluya en establecimientos especiales a los miembros de la Fuerza Pública que se encuentran privados de la libertad, con el objeto de garantizar su derecho a la vida y a la integridad personal;
- ORDENAR al INPEC que, en un término máximo de cuatro años, separe completamente los internos sindicados de los condenados;
- ORDENAR a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que investigue la razón de la no asistencia de los jueces de penas y medidas de seguridad de Bogotá y Medellín a las cárceles Modelo y Bellavista;
- ORDENAR al INPEC, al Ministerio de Justicia y del Derecho y al Ministerio de Hacienda que tomen las medidas necesarias para solucionar las carencias de personal especializado en las prisiones y de la Guardia Penitenciaria;
- ORDENAR a los gobernadores y alcaldes, y a los presidentes de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales que tomen las medidas necesarias para cumplir con su obligación de crear y mantener centros de reclusión propios;
- ORDENAR al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, y al Ministro de Justicia y del Derecho que, mientras se ejecutan las obras carcelarias ordenadas en esta sentencia, tomen las medidas necesarias para garantizar el orden público y el respeto de los derechos fundamentales de los internos en los establecimientos de reclusión del país.(COLÔMBIA. CCC, 1998).

A decisão ora transcrita nos permite perceber que a Corte se dirigiu a diversas autoridades com a finalidade de melhorar as condições carcerárias e resguardar os direitos dos

detentos, confirmando assim, que o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional está diretamente relacionado à necessidade de atuação conjunta de diversos órgãos.¹⁸

Entretanto, apesar da intenção da Corte Colombiana em solucionar o problema, a execução de suas ordens não logrou o êxito esperado, diante da falta de flexibilidade de suas ordens, não levando em consideração a real capacidade e disponibilidade dos órgãos públicos para cumpri-las, além da falta de monitoramento pela própria Corte na implementação da sua decisão.¹⁹

Outro precedente que merece destaque ocorreu em 2004 - *Sentencia de Tutela – T 025/2004*(COLÔMBIA. CCC, 2004) - no julgamento do caso do deslocamento forçado de pessoas dentro do território colombiano. A Corte Constitucional Colombiana julgou o pedido de diversos núcleos familiares, em sua grande maioria formada por mulheres, menores e idosos, os quais eram obrigados por grupos violentos, como as FARC²⁰, a deixarem suas casas e seus negócios sob a ameaça de violação a sua integridade física e de seus familiares.

Constatou-se, então, que durante anos as autoridades públicas pouco ou nada fizeram para tutelar os direitos básicos (como moradia, educação, saúde) dessas pessoas e que, portanto, se estava diante de uma massiva violação a direitos fundamentais, atingindo um número indeterminado de pessoas e que ensejava a necessidade de atuação conjunta de diversos órgãos, pressupostos básicos para a declaração de estado de coisas inconstitucional.

Assim, após reconhecer tal situação²¹, a Corte Constitucional Colombiana determinou especial atenção às pessoas deslocadas (*desplazadas*) que se encontrassem em

¹⁸Nesse sentido: “En esta sentencia, la Corte da por primera vez órdenes mucha más precisas a diferentes actores públicos y con plazos limitados. Esto incluyó que se notifique con la sentencia al Presidente de la República, a los presidentes del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, a los presidentes de la Sala Penal de la Corte Suprema Justicia y de las Salas Administrativa y Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, al Fiscal General de la Nación; a los gobernadores y los alcaldes, a los presidentes de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales, y a los personeros municipales para que ‘hagan uso de las facultades que les conceden la Constitución y las leyes para corregir el señalado estado de cosas que atenta contra la Carta Política’ (fundamento 55).”(HURAUTO; MAY LING, 2013, p. 16).

¹⁹Ariza destaca que a Corte falhou ao acreditar que a decisão judicial, por si só, seria apta a compelir as autoridades públicas a executarem as medidas pretendidas. Neste caso, faltou uma postura dialógica entre os envolvidos, tendo em vista que a Corte não considerou as reais chances de cumprimento das ordens e efetividade da sentença proferida. (ARIZA, 2013).

²⁰ As Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia são um grupo paramilitar que operam com táticas de guerrilha, sendo considerados, por muitos países, como uma organização terrorista.

²¹Cf. trecho da decisão: “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

situação semelhante, bem como a adoção de políticas públicas a serem implementadas de acordo com um cronograma preciso. Dessa vez, a decisão proferida obteve êxito em sua aplicação prática, visto que suas ordens foram mais flexíveis²² e houve o posterior monitoramento pela própria Corte e pelo povo, através de audiências públicas.²³

Diante dos casos analisados, é possível perceber que o estado de coisas inconstitucional é declarado com base em três premissas elementares: uma situação de massiva e grave violação de direitos fundamentais, que atinge um número indeterminado de pessoas; a inércia prolongada das autoridades públicas, que levam à população afetada a buscar a tutela jurisdicional; a necessidade de atuação conjunta por parte de diversas entidades.

Ademais, a observância prática dos referidos casos nos permite constatar que houve uma evolução na aplicação do instituto, visto que em um primeiro momento mostrou-se de forma precípua como um mecanismo de tutela coletiva e, posteriormente, no caso da população *desplazada*, apresentou-se como verdadeiro mecanismo de diálogo institucional entre diferentes atores políticos, capazes de atuar conjuntamente para pôr fim à situação de grave violação a direitos fundamentais. No que tange a esse aspecto dialógico é que o estado de coisas inconstitucional apresenta sua verdadeira relevância para o Direito Constitucional brasileiro.

2. A IMPORTAÇÃO PARA O MODELO BRASILEIRO

Analisando o conceito estado de coisas inconstitucional bem como os seus pressupostos, percebe-se que o referido instituto é de grande valia para nosso sistema jurídico e político, notadamente por ser um instituto que visa a concretização de garantias constitucionais.

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 cosas.”(COLÔMBIA. CCC, 2004).

²² A Corte fixa os parâmetros e, até mesmo pode fixar prazos, mas a escolha acerca das medidas a serem adotadas ficam a cargo dos demais órgãos. Como exemplo, podemos destacar o seguinte trecho da decisão: “ORDENAR al Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia que dentro de los 3 meses siguientes a la comunicación de la presente sentencia, adopte un programa de acción, con un cronograma preciso, encaminado a corregir las falencias en la capacidad institucional, por lo menos, en lo que respecta a las que fueron expuestas en los informes aportados al presente proceso y resumidas en el apartado 6 y el Anexo 5 de esta sentencia.”(COLÔMBIA. CCC, 2004).

²³Sobre os mecanismos adotados pela Corte: “En la sentencia T-025 de 2004 la Corte empleó tres mecanismos de supervisión: la remisión periódica de informes por parte de diferentes autoridades públicas, los autos de seguimiento que consisten en nuevos pronunciamientos judiciales por los que la Corte valora la información que recibe acerca del cumplimiento, y las audiencias pública en la que funcionarios/as estatales rinden cuentas a la Corte de las gestiones realizadas y en la que participan organizaciones de sociedad civil así como organismos internacionales y de cooperación internacional.”(HURAUTO; MAY LING, 2013, p. 42).

Não é difícil vislumbrar no Brasil situações de violação a direitos fundamentais associada a falhas estruturais diante da inércia dos atores políticos, atingindo um número indeterminado de pessoas, as quais se veem obrigadas a recorrer ao judiciário para ter condições dignas.

Nesse cenário de bloqueio institucional, faz-se necessária a intervenção do Supremo Tribunal Federal, exercendo sua função de guardião da Carta Maior, para estimular a atuação daqueles que, muitas vezes por razões políticas, deixam a cargo do Judiciário a decisão acerca de questões controversas ou que não sejam de grande atrativo eleitoral, como é o caso das condições desumanas em que vive a população carcerária.

Recentemente foi proposta perante o Supremo Tribunal Federal a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347 de autoria do Partido Socialismo e Liberdade - PSOL, denunciando o quadro de profunda violação a direitos fundamentais presente no sistema penitenciário brasileiro.

A petição já inicia narrando o “inferno” das unidades prisionais, com “celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos.”(BRASIL. STF, 2015b). Aponta, ainda, trechos do Relatório da CPI do Sistema Carcerário de 2009, promovida pela Câmara dos Deputados, demonstrando que é de conhecimento público tal situação de calamidade.²⁴

O próprio Supremo Tribunal Federal já reconheceu a gravidade da situação. O decano da Corte, Ministro Celso de Mello (2012), se pronunciou quanto às condições humilhantes e desumanas das penitenciárias brasileiras, afirmando que “A pessoa sentenciada acaba por sofrer penas sequer previstas no Código Penal, que nossa ordem jurídica repudia.”

Por sua vez, o Ministro Gilmar Mendes, em sua coluna na internet, citou, ainda, outro problema: “Tenho sustentado que a falência crônica do sistema prisional é temaprioritário de segurança pública. Trata-se de assunto, todavia, indissociável de outros temas que também exigem especial atenção, como, por exemplo, a prevalência de prisões provisórias em detrimento de outras medidas [...]” (MENDES, 2015).

Os dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2015) confirmam tal preocupação, demonstrando que quase 40% da população carcerária em 2014 era composta por presos provisórios e, ainda, apresenta gráfico com a evolução da população prisional no Brasil em números que variam entre 90.000 presos em 1990 e 607.731 presos em 2014.²⁵

²⁴ O Relatório traz em seu Capítulo V detalhes acerca da violação dos direitos dos presos, com imagens e dados que não deixam dúvidas acerca das condições desumanas em que vive a população carcerária. “Apesar da excelente legislação e da monumental estrutura do Estado Nacional, os presos no Brasil, em sua esmagadora maioria, recebem tratamento pior do que o concedido aos animais: como lixo humano.”(BRASIL, 2017).

²⁵ Conforme trecho do parecer da socióloga Jacqueline Sinhoretto que coordena o Grupo de Estudos sobre Violência e Administração de Conflitos (GEVAC) da Universidade Federal de São Carlos (UFSCar), “Segundo as projeções do FBSP, entre 1999 e 2014 o número de pessoas presas triplicou. Se mantivermos a mesma aceleração para os próximos anos, chegaríamos em 2030 com 1,9 milhão de presos. Hoje existem 1.424 unidades

A situação do sistema prisional é tão grave que a Corte Interamericana de Direitos Humanos já condenou o Brasil a cumprir medidas provisórias para garantir aos presos condições mínimas que assegurem sua integridade física.²⁶

Dessa forma, o que os referidos dados, dentre tantos outros, nos mostram é que há uma permanente e grave violação a direitos fundamentais daqueles que se encontram sob a custódia do Estado, que esta é uma situação presente em todas as unidades da federação, que é de conhecimento público, mas que, infelizmente, não conta com a adoção de medidas eficazes, por parte de nenhum dos poderes, para pôr fim a essa lamentável realidade.

Trata-se, portanto, de um problema estrutural que muito se aproxima com o quadro que fora narrado no julgamento da *Sentencia de Tutela* (T) 153/98, ocasião em que a Corte Constitucional Colombiana declarou o estado de coisas inconstitucional devido aos graves problemas no sistema penitenciário, como a superlotação e as condições desumanas às quais eram submetidos os detentos.

Assim, é possível reconhecer a possibilidade de aplicação do referido instituto do estado de coisas inconstitucional ao modelo brasileiro, notadamente em relação à grave situação das unidades prisionais. A violação massiva dos direitos fundamentais dos presos (falta de higiene, superlotação, alimentação precária, violência, ...), afetando um número elevado e indeterminado de pessoas, a permanente omissão das autoridades públicas e a necessidade de atuação conjunta dos entes estatais, demonstra claramente o preenchimento dos pressupostos indispensáveis ao reconhecimento de uma situação de estado de coisas inconstitucional.

Importando o referido modelo colombiano para o direito brasileiro, a ADPF n. 347 pleiteia ao Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade desse estado de coisas, estimulando os poderes constituídos a adotarem medidas capazes de solucionar os problemas enfrentados pela população carcerária, e que supervise a sua efetiva implementação, como podemos conferir no trecho a seguir:

Por fim, espera o Arguente seja julgada procedente a presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, de modo a:

- a) Declarar o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro.
- b) Confirmar as medidas cautelares aludidas acima.

prisionais no país: em todos os estados há unidades com superlotação e condições de cumprimento de pena que não permitem falar com seriedade em ressocialização. O país terá que investir muitos recursos nos próximos anos em construção de presídios, formação e contratação de recursos humanos para geri-los, cargos, burocracia, segurança.”(SINHORETTO, 2015, p. 84).

²⁶ Como exemplo, é possível citar a determinação da Corte Interamericana, em relação ao Complexo Penitenciário de Pedrinhas, localizada em São Luiz/MA, no sentido de: “Requerer ao Estado que adote, de forma imediata, todas as medidas que sejam necessárias para proteger eficazmente a vida e a integridade pessoal de todas as pessoas privadas de liberdade no Complexo Penitenciário de Pedrinhas, assim como de qualquer pessoa que se encontre neste estabelecimento, incluindo os agentes penitenciários, funcionários e visitantes.” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014).

c) Determinar ao Governo Federal que elabore e encaminhe ao STF, no prazo máximo de 3 meses, um plano nacional (“Plano Nacional”) visando à superação do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, dentro de um prazo de 3 anos.

[...]

e) Deliberar 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. Nesta tarefa, a Corte pode se valer do auxílio do Departamento de 72 Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça.

[...]

i) Monitorar 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 [...]. (BRASIL. STF, 2015b).

No julgamento da Medida Cautelar na referida Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, por maioria de votos, foi dado parcial provimento 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 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; 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; Determinar à União e aos Estados, e especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional. (BRASIL. STF, 2015b).

Nesse sentido, é imperioso reconhecer a importância do estado de coisas inconstitucional, de origem colombiana, para o caso brasileiro, uma vez que além proteger a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, propõe uma atuação conjunta das autoridades públicas, que colaboram para solucionar grave violação a direitos fundamentais.

3. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL, LITÍGIO ESTRUTURAL E DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

Ao pensar nos pressupostos e nos efeitos práticos do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional é possível perceber uma direta correlação com a ideia de litígio de reforma estrutural, cujo objetivo é pôr fim a situações fáticas que contrariem os ditames constitucionais, prejudicando um número indeterminado de pessoas.

Por litígio estrutural entende-se que se trata da busca pela tutela jurisdicional, em que se pretende a transformação estrutural de instituições do Estado em prol do respeito aos direitos e garantias constitucionalmente assegurados, ou seja, recorre-se à Corte para a realização de mudanças sociais. (BERGALLO, 2005).

Essa categoria teve origem no direito norte-americano no caso *Bown vs. Board of Education*, de 1955, quando a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou a inconstitucionalidade de leis estaduais que estabeleciam escolas separadas para negros e brancos. Além disso, determinou que as autoridades adotassem medidas administrativas capazes de colaborar com o fim da segregação, de modo que tal processo de mudança fosse controlado pelos tribunais federais.²⁷

Assim, característica marcante do litígio estrutural é a primordial atuação conjunta de diversas entidades, visto que o problema não está na ação ou omissão de apenas um órgão específico, mas sim em toda a estrutura. Nesse sentido, o presente trabalho reforça a necessidade de adotar um modelo dialogal, de cooperação entre os poderes constituídos, buscando a máxima efetividade e concretização dos direitos fundamentais.

As teorias dos diálogos institucionais surgem nos Estados Unidos em um contexto de crítica à supremacia judicial no que tange à interpretação das normas constitucionais, tendo se intensificado a partir do século XX, quando a Suprema Corte passou a ter uma atuação mais expressiva.²⁸

Dentre os diversos posicionamentos que emergiram, destaca-se o que Bickel (1986) chamou de *countermajoritarian difficulty*, questionando a legitimidade de um órgão, não eleito pelo povo, afastar a aplicação de leis editadas por representantes da maioria, a pretexto de entender-se intérprete último da Constituição.

Buscando solucionar as tensões entre os poderes constituídos, as teorias dos diálogos institucionais propõem a construção de um modelo mais democrático em que, ao invés de apresentarem-se como adversários, os atores políticos e as cortes passariam a atuar

²⁷“Con base en esa sentencia, los jueces inferiores ordenaron, en los años subsiguientes, el dictamen de nuevos procedimientos para la asignación de estudiantes, nuevos criterios para la construcción de escuelas, obligaron a la revisión de los sistemas de transporte para acomodar nuevas rutas, exigieron la reasignación de recursos entre escuelas, la modificación de los programas de estudios, la revisión de los programas de deportes interescuelas, nuevos sistemas de monitoreo del rendimiento escolar, y mucho más.”(LINARES, 2008, p. 510-511).

²⁸ Após o famoso caso *Marbury v. Madison* (1803) em que o Judiciário firmou-se como intérprete último da Constituição, podendo, inclusive, afastar leis que entendesse contrárias à Carta Maior, demorou mais de cinquenta anos até que exercesse novamente o *judicial review*, julgando o caso *Scott v. Sandford* (1857). Entretanto, a partir do século XX, é possível notar uma atuação mais expressiva da Suprema Corte, destacando-se os seguintes precedentes: *Lochner v. New York* (1905); *West Coast Hotel v. Parrish* (1937); *New Deal*; *Brown v. Board of Education*; *Roe v. Wade* (1973).

de forma cooperativa. Assim, não deve haver disputa pelo monopólio interpretativo, mas sim um debate que possibilite a efetiva concretização dos direitos e garantias constitucionais.²⁹

Christine Bateup (2006), com a finalidade de apresentar uma sistematização das principais teorias dialógicas que surgiram nas últimas décadas, faz uma divisão em dois grupos principais: as teorias do método judicial e as teorias estruturais do diálogo. As primeiras trazem como ponto fulcral o uso de técnicas pelo Judiciário que estimulem o debate acerca dos preceitos constitucionais, de modo que as Cortes tenham uma atuação mais prescritiva, a fim de fomentar comportamentos do legislador. Podem subdividir-se em: teorias centradas no processo (*process-centered rules*); teorias do minimalismo judicial (*judicial minimalism*) e teorias do aconselhamento judicial (*judicial advice-giving*). Quanto às teorias das estruturas do diálogo, é possível perceber uma preocupação maior no que tange à forma pela qual as estruturas de poder se relacionam. Neste grupo estão elencadas: teorias da parceria (*partnership theories*), teorias da construção coordenada (*coordinate construction theories*), teorias do equilíbrio (*equilibrium theories*), teorias dos princípios jurídicos (*theories of judicial principles*).

Assim, diante de uma situação grave, que atinge um grande número de pessoas as quais se veem desrespeitadas em seus direitos fundamentais devido às falhas do Estado, faz-se necessário que as Cortes se comportem em uma espécie de “ativismo judicial estrutural” (CAMPOS, 2014). A despeito das críticas à postura ativista do Judiciário, a gravidade do caso e a ausência de solução por parte dos demais poderes, faz com que seja necessária uma atuação no sentido de estimular a deliberação e a concretização de políticas públicas, que se apresentem como uma espécie de remédio estrutural.

Nesse contexto, a Corte reconhece o problema, destaca a existência de massiva violação a direitos fundamentais, bem como sua correlação com a omissão estatal para, posteriormente, fixar parâmetros, metas e prazos na pretensão de reverter tal cenário. No entanto, deixam que os órgãos envolvidos façam as escolhas técnicas referentes às políticas públicas a serem implementadas e cuja execução será monitorada pela Corte Constitucional e pela sociedade.

Desse modo, é possível notar que não há uma postura de supremacia do Judiciário sobre os atores políticos, mas sim um legítimo trabalho conjunto elaborado através de diálogos institucionais, além do estímulo à participação popular, contribuindo para a construção de uma ordem verdadeiramente democrática.

No Brasil, ainda não é possível falar em um modelo tipicamente dialógico, entretanto, não há como descartar a existência de momentos de maior interação entre os poderes constituídos. A título de exemplo, vale mencionar a hipótese da progressão de regime

²⁹ Nas palavras de Mendes, “Basicamente, essas teorias defendem que não deve haver competição ou conflito pela última palavra, mas um diálogo permanente e cooperativo entre instituições que, por meio de suas singulares expertises e contextos decisórios, são parceiros na busca do melhor significado constitucional. Assim, não haveria prioridade, hierarquia ou verticalidade entre instituições lutando pelo monopólio decisório sobre direitos fundamentais. Haveria, ao contrário, uma cadeia de contribuições horizontais que ajudariam a refinar, com a passagem do tempo, boas respostas para questões coletivas.” (MENDES, 2008, p.15).

nos crimes hediondos, em que o legislador ordinário, na redação original da Lei n. 8.072/90, determinou o cumprimento da pena em regime integralmente fechado, sendo tal norma considerada inconstitucional pelo STF em 2006, no julgamento do Habeas Corpus n. 82.959/SP. No ano seguinte, em atenção ao referido posicionamento, o legislador ordinário editou a Lei n. 11.464/07, prevendo a possibilidade de progressão de regime aos crimes hediondos, recebendo posterior chancela da Corte Suprema que, em 2009, editou a Súmula Vinculante n. 26³⁰, demonstrando assim, um diálogo entre o Legislativo e o Judiciário.

Assim, apesar de não haver no Brasil, ainda, um perfeito sistema de diálogos institucionais, percebe-se que tal modelo pode representar um avanço rumo ao processo deliberativo democrático, garantindo a interação institucional em prol da efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A importância do estado de coisas inconstitucional para o Brasil por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347 suscitou inúmeras críticas, em especial no tocante à legitimidade de atuação do Judiciário em matéria de política pública e a real utilidade de reconhecimento e aplicação do instituto.

Visando afastar os referidos questionamentos, o presente trabalho buscou apresentar o estado de coisas inconstitucional a partir de casos paradigmáticos provenientes da experiência colombiana, demonstrando seus erros e acertos.

A análise das hipóteses concretas possibilitou perceber que, ao atuar no caso do sistema carcerário, a Corte Constitucional Colombiana adotou uma postura de supremacia, por meio da imposição de ordens rígidas aos órgãos políticos, ensejando a ineficácia de sua decisão e o fracasso na tentativa de solucionar o problema.

Posteriormente, no entanto, ao tratar do caso do deslocamento forçado de pessoas, a Corte percebeu o equívoco anterior e preferiu adotar ordens flexíveis, não intervindo no mérito administrativo no que tange às escolhas técnicas referentes às políticas públicas que precisavam ser efetivadas para a garantia e concretização dos direitos que estavam sendo violados. Desse modo, o Judiciário encarregou-se, precipuamente, da fixação de prazos e metas, bem como do monitoramento da execução de medidas, estimulando, ainda a participação popular.

No caso brasileiro, o estado de coisas inconstitucional foi trazido como uma tentativa de reverter grave quadro de massiva violação a direitos fundamentais a que está

³⁰ “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.” (BRASIL. STF, 2009).

sujeita a população carcerária, em decorrência de omissões do Estado, envolvendo diversos órgãos, guardando, assim, estreita relação com o conceito de litígio de natureza estrutural.

Nesse contexto, o presente trabalho sustentou a necessidade de observância do estado de coisas inconstitucional à luz das teorias dialógicas institucionais, buscando reforçar a ideia de que a efetivação dos direitos fundamentais depende da atuação conjunta de todos os atores envolvidos sem que a Corte se coloque em posição de superioridade, pretendendo, ao revés, estimular o debate acerca de questões antes marginalizadas.

Dessa forma, buscou-se demonstrar que os argumentos contrários à importação do estado de coisas inconstitucional deixam de fazer sentido quando, analisando a evolução do instituto, percebe-se que, apesar de não ter sido eficaz no tocante ao sistema carcerário colombiano, a Corte, posteriormente, corrigiu erros anteriores e obteve resultados positivos no caso da população *desplazada*.

Ademais, foi possível constatar que a intervenção judicial em questões que demandam a implementação de políticas públicas legitima-se no momento em que se observa uma postura de estímulo ao diálogo interinstitucional, buscando reverter situações graves a partir de uma política colaborativa, fomentando, ainda, a participação popular.

Assim, a presente pesquisa objetivou destacar as peculiaridades que permeiam o estado de coisas inconstitucional, ressaltando a importância de sua recepção sob um viés dialógico para a efetiva concretização dos direitos fundamentais e construção de um Estado verdadeiramente democrático.

REFERÊNCIAS

ARIZA, José Libardo. The economic and social rights of prisoners and constitutional court intervention in the penitentiary system of Colômbia. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the global south**. The activist tribunals of India, South Africa and Colombia. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 129-159.

BALIARDO, Rafael. HAIDAR, Rodrigo. Ministros do STF criticam sistema prisional brasileiro. **Consultor Jurídico**. ISSN: 1809-2829. 14 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-14/ministros-supremo-criticam-sistema-prisional-brasileiro>>. Acesso em: 20 out. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**. Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.23-32. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br>>. Acesso em: 05 jun. 2016.

BATEUP, Christine. **The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue.** Brooklyn Law Review 71, 2006.

BERGALLO, Paola. **Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina.** Ponencia presentada en el Seminario Latinoamericano de Derecho Constitucional – SELA, 2005. Disponível em:

<http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1044&context=yls_sela>.

Acesso em: 21 out. 2015.

BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics.** 2. ed. New Heaven, CT: Yale University Press, 1986.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 mar. 2016.

_____. **Lei n. 8.072 de 25 de julho de 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 10 mar. 2016.

_____. **Lei n. 11.464 de 28 de março de 2007.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Lei/L11464.htm>. Acesso em: 10 mar. 2016.

_____. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **CPI – Sistema Carcerário Brasileiro.** Relatório final. Série comissões em ação. E-book. Brasília: Edições Câmara, 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **Súmula Vinculante n. 26.** Brasília, 16 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). ADPF 45 MC/DF. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 45.** Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 04 de maio de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2ENUMER%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/a9kzfpa>>. Acesso em: 02 jul. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). HC 82959/SP. **Habeas Corpusn. 82959/SP**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 23 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/761705/habeas-corpus-hc-82959-sp>>. Acesso em: 07 jul. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). STA 419/RN. **Suspensão de Tutela Antecipada n. 419/RN**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 22 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3835926>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). ARE 639.337/SP. **Agravo em Recurso Extraordinário n. 639.337/SP**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 23 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). SL 823/ES. **Suspensão de Liminar n. 823/ES**. Relator Ministro: Ricardo Lewandowski. Brasília, 27 de março de 2015a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4642346>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). ADPF 347 MC/DF. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 09 de setembro de 2015b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 20 out. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). RE 592.581/RS. **Recurso Extraordinário n. 592.581/RS**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 01 de fevereiro de 2016a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). ARE 914.634/RJ. **Agravo em Recurso Extraordinário n. 914.634/RJ**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 29 de fevereiro de 2016b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4845779>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Da Inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”**. 2015. Tese (Doutorado em Direito Público) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2015.

COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana (CCC). SU-559/97. **Sentencia de Unificación n. 559.06** de novembro de 1997. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em: 19 out. 2015.

_____. Corte Constitucional Colombiana (CCC). T 153/98. **Sentencia de Tutela n. 153**. 28 de abril de 1998. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm>>. Acesso em: 19 out. 2015.

_____. Corte Constitucional Colombiana (CCC). T 025/04. **Sentencia de Tutela n. 025**. 22 de janeiro de 2004. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 19 out. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Medidas provisórias a respeito do Brasil**. Assunto do complexo penitenciário de Pedrinhas. 14 nov. 2014. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_01_por.pdf>. Acesso em: 20 out. 2015.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário brasileiro de segurança pública**. Ano 9, São Paulo, 2015. ISSN: 1983-7364. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_2015-retificado.pdf>. Acesso em: 19 out. 2015.

HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. La Garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el llamado “estado de cosas inconstitucional”. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**. Ano 1, No 1, Universidad de Talca, Chile, 2003. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/820/82010111.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2016.

HOGG, Peter; BUSHELL, Allison. **The Charter dialogue between Courts and Legislatures**: or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing after all. *Osgoode Law Review*, Vol. 35, 1, 1997.

HURAUTO, Ramírez; MAY LING, Beatriz. **El "estado de cosas inconstitucional" y sus posibilidades como herramienta para el litigio estratégico de derecho público**. Una mirada a la jurisprudencia colombiana y peruana, 2013. Disponível em:

<http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/4952/RAMIREZ_HUARO_TO_BEATRIZ_DERECHO_PUBLICO.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20 out. 2015.

LINARES, Sebastián. El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas. **Revista Mexicana de Sociología**. v. 70, n. 3. jul./set. 2008. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/321/32112522003.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2015.

MAIA, Franklin D. Santos. **O direito de voto do preso no Brasil como forma de ressocialização**. Pará de Minas, MG: VirtualBooks Editora, 2014.

MENDES, Conrado H. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo. 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. Segurança pública e justiça criminal. **Consultor Jurídico**. ISSN: 1809-2829. 4 abr. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-04/observatorio-constitucional-seguranca-publica-justica-criminal>>. Acesso em: 25 jun. 2015.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio P. de. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SINHORETTO, Jacqueline. O número de presos triplicou. Quem está sorrindo? In: FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário brasileiro de segurança pública**. Ano 9, São Paulo, 2015. ISSN: 1983-7364. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_2015-retificado.pdf>. Acesso em: 19 out. 2015.

SUNSTEIN, Cass. VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, n. 28, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

UPRIMNY, Rodrigo; GARCIA-VILLEGAS, Maurício. **Tribunal constitucional e emancipação na Colômbia**. In: SANTOS, Boaventura de Souza. **Democratizar a Democracia**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

Submetido em 24.05.2017

Aceito em 04.07.2018