



ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NA ADPF 347: ANÁLISE DA NATUREZA JURÍDICA ADOTADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

*UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS AT ADPF 347: ANALYSIS OF THE LEGAL
NATURE ADOPTED BY THE BRAZILIAN SUPREME COURT*

Gabriel Dias Marques da Cruz¹
[0000-0002-2669-4077](tel:0000-0002-2669-4077)

Amanda Nunes Lopes Espiñeira Lemos²
[0000-0002-7114-4613](tel:0000-0002-7114-4613)

Resumo

O presente trabalho propõe-se a analisar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, especialmente tendo por foco seu papel enquanto instrumento de efetivação da política pública carcerária. Almeja-se entender qual a importância da incorporação da técnica colombiana do chamado “estado de coisas inconstitucional” pelo STF, analisando a natureza jurídica do ECI no Acórdão que apreciou os pedidos cautelares da ADPF. Trata-se de um estudo de caso, em uma análise qualitativa, por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Desse modo, analisa-se de que forma o cenário das prisões brasileiras poderia ser considerado um “estado de coisas inconstitucional” e como o tema foi tratado pelo STF na ação constitucional.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade. ADPF 347. Estado de Coisas Inconstitucional.

¹ Universidade de Paris II - Panthéon-Assas; Universidade de São Paulo. *E-mail:* gabriel_dmc@yahoo.com.br

² Universidade de Brasília; Universidade do Minho. *E-mail:* amandaespineira@gmail.com

Como citar este artigo/How to cite this article

Cruz, G. D. M.; Lemos, A. N. L. E. Estado de coisas inconstitucional na ADPF 347: análise da natureza jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direitos Humanos e Desenvolvimento Social*, v. 3, e226535, 2022. <https://doi.org/10.24220/2675-9160v3e2022a6535>



Abstract

This paper proposes to analyze a Brazilian constitutional lawsuit called “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental” no. 347, focusing on its role as a tool for the implementation of public policy incarceration. The aim is to understand the importance of incorporating the Colombian technique of “unconstitutional state of affairs” by the Brazilian Supreme Court, analyzing the legal nature of the technique in the judgment that examined ADPF’s preliminary injunctions. It is a case study, in qualitative analysis, through bibliographical and jurisprudential research. Therefore, it is analyzed how the scenario of Brazilian prisons can be considered an “unconstitutional state of affairs”, and how the theme was treated by Brazilian’s Supreme Court in the constitutional lawsuit.

Keywords: *Judicial Review; ADPF 347; Unconstitutional State of Affairs.*

SUMÁRIO

Introdução – 1. Breve contextualização da ADPF 347 e da política carcerária e prisional – 2. Natureza jurídica do estado de coisas inconstitucional na ADPF 347 – Conclusão – Referências.

INTRODUÇÃO

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 foi ajuizada a fim de garantir a integridade física e moral dos custodiados, considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. São locais tragicamente conhecidos por conta de violações massivas dos direitos fundamentais, que decorrem de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, envolvendo-se os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Este contexto ensejou a propositura da arguição perante o Supremo Tribunal Federal.

Assim, ante o quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais garantidos pela Constituição, requereu-se, em sede cautelar, que o sistema penitenciário nacional fosse caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. Buscou-se, dessa forma, compreender as repercussões da ação em si na política pública do sistema prisional, o que se fez sobretudo a partir da análise do acórdão, diante da relevância constitucional e social que esse levantamento poderá proporcionar.

Verificar o contexto da elaboração da política pública criminal e penitenciária ajudará a entender as suas deficiências, bem como aprimorar e criar outros instrumentos dotados de maior eficácia. Compreende-se, então, a arguição de descumprimento de preceito fundamental como um



instrumento do controle de constitucionalidade concentrado, importante para evitar violações de direitos humanos no sistema prisional brasileiro.

O objetivo deste trabalho é o de analisar qual a natureza jurídica do “estado de coisas inconstitucional” segundo o Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 347 e sua repercussão na efetivação da política pública carcerária, objeto da ação. Busca-se compreender de que forma o conceito colombiano do estado das coisas inconstitucional se relaciona com a ADPF 347 enquanto instrumento da efetivação da política pública. Utilizam-se como referenciais teóricos estudos jurídicos colombianos e brasileiros sobre o “estado de coisas inconstitucional” (ECI), realizando uma revisão de literatura a fim de extrair as possíveis naturezas jurídicas atribuíveis ao instituto. Dessa maneira, busca-se identificar como o ECI é utilizado na propositura e no julgamento dos pedidos cautelares na ADPF 347.

O método utilizado é o qualitativo, investigação científica que foca no caráter subjetivo do objeto analisado, estudando as suas particularidades e experiências individuais. O processo de pesquisa contemplou duas etapas basilares que compõem essa espécie metodológica: (1) fase exploratória e (2) análise e tratamento do material empírico e documental (Minayo, 2007). Por fim, a partir da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, de forma exploratória, realiza-se um estudo de caso da ADPF 347, com o objetivo de conhecer a sua decisão em profundidade sob a perspectiva da política pública impugnada pela ação e da sua relação com a natureza jurídica do “estado das coisas inconstitucional” no processo decisório do controle de constitucionalidade.

1. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO DA ADPF 347 E DA POLÍTICA CARCERÁRIA E PRISIONAL

A ADPF nº 347, objeto da análise deste trabalho, foi ajuizada em maio de 2015 pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), representado pelo advogado constitucionalista Daniel Sarmento. A petição inicial baseou-se em representação formulada pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ, fundamentada em parecer do Professor de Direito Penal da instituição, Juarez Tavares. A ação, que tem como réus a União e todos os vinte e seis estados da federação e o Distrito Federal, foi proposta objetivando sanar as gravíssimas lesões a preceitos fundamentais da Constituição, ante o quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais decorrentes de condutas comissivas e omissivas dos poderes públicos no tratamento



da questão prisional do país. Requereu-se, em medida cautelar, o reconhecimento do ECI do sistema penitenciário brasileiro. O plano de fundo da ação é o cenário bastante desumano das prisões brasileiras, com celas superlotadas, insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida de baixa qualidade, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos. Homicídios, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos são frequentes, praticadas por outros detentos ou por agentes do próprio Estado.

A vexaminosa realidade dos nossos cárceres afronta diversos princípios e garantias constitucionais, assegurados pela CRFB/88, tais como: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); a proibição da tortura e do tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III); a vedação as sanções cruéis (art. 5º, XLVII, “e”); a garantia do cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (art. 5º, XLVIII); o respeito à integridade física e moral dos presos (art. 5º, XLIX); a presunção de inocência (art. 5º, LVII) e inúmeros outros direitos fundamentais como saúde, educação, alimentação adequada e acesso à justiça. A situação prisional viola diversos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil, como o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, argumentos utilizados pelo PSOL para justificar a necessidade da ADPF e a intervenção do Judiciário na questão. Ademais, o ambiente das prisões superlotadas frustra o objetivo de ressocialização da pena e contribui para a instauração de um ambiente violento nas instituições prisionais.

A exordial foi instruída com diversos documentos utilizados como dados e subsídio também para esse trabalho, a exemplo do Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do sistema carcerário. Esta CPI teve por objetivo investigar a realidade do Sistema Carcerário Brasileiro e buscar soluções para o efetivo cumprimento da Lei de Execução Penal. O seu relatório final, publicado em 2009, apresenta dados que, embora já sejam um pouco defasados, ainda refletem exatamente a realidade e o cenário do sistema carcerário brasileiro, questão fática motivadora do ajuizamento da ADPF 347. O documento ressalta que “apesar da excelente legislação, os presos no Brasil, em sua esmagadora maioria, recebem tratamento pior do que o concedido aos animais: como lixo humano” (Brasil, 2009, p. 172).



Tal estado calamitoso do nosso sistema penitenciário é reconhecido também pelo STF em ações anteriores. A gravidade das violações aos direitos humanos dos presos motivou intervenções da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que condenou o Estado brasileiro a cumprir medidas provisórias para 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.

Diante desse contexto, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça traçou um Plano da Política Criminal e Penitenciária que concebeu alternativas para o sistema carcerário. O plano teve por objetivo a criação de 45.934 vagas novas em todo o país até o final de 2014 com o intuito de reduzir a superlotação. A União celebrou convênios com os Estados visando à realização de 99 obras. Contudo, 46 das obras nem começaram, 33 estão paralisadas e só 20 estão em andamento, ainda que com grande atraso (Brasil, 2015). De igual modo, tais elementos também são apresentados pelo Conselho Nacional do Ministério Público (2013), cujo relatório traça o perfil da população carcerária e das características dos presídios brasileiros em um levantamento por amostragem dos estabelecimentos inspecionados.

No início dos anos 90, Sérgio Adorno (1991) já diagnosticava exatamente os mesmos pontos problemáticos das prisões brasileiras, acima especificados. E, com a mesma ideia de melhor implementar as políticas públicas carcerárias, o autor diz que “somente na dimensão política que a questão penitenciária se aclara”; para tanto demonstra-se ser “[...] indispensável, antes de tudo, conhecer a magnitude dos problemas com que se defronta [...] os elementos e fatores condicionantes de sua dinâmica, os interesses em jogo, as diferentes concepções que lhe são inerentes e que ganham peso em determinadas conjunturas” (Adorno, 1991, p. 75).

Como se pode notar, a realidade do sistema carcerário brasileiro apresentou pouquíssimas mudanças desde 1999 até 2015, momento em que a ADPF 347 foi proposta. Na ação, postula-se que a Corte reconheça e declare o ECI do sistema prisional brasileiro. A arguição, então, é voltada ao enfrentamento de violações graves e sistemáticas da Constituição, decorrentes de falhas estruturais em políticas públicas que envolvam um grande número de pessoas, e cuja superação demande providências variadas de diversas autoridades e poderes estatais. Ademais, a ADPF proposta desafia a intervenção da jurisdição constitucional brasileira na medida em que discute ações ou omissões



do poder público. Pugna-se pela proteção à dignidade de grupos vulneráveis, em um exercício do papel contramajoritário do STF. O pedido liminar incorporou o instrumento colombiano denominado “ECI”.

Essa técnica deve ser utilizada apenas em casos em que se identifica um “bloqueio institucional” para a garantia dos direitos, o que leva a Corte a assumir um papel atípico sob a perspectiva do princípio da separação de poderes e que envolve uma intervenção mais ampla sobre o campo das políticas públicas (Ariza, 2013). Este mecanismo enfrenta violações à Constituição que decorrem de atos e omissões dos poderes públicos, especialmente relacionados aos direitos mais básicos de minorias estigmatizadas.

Exige-se que estejam presentes as seguintes condições para que seja declarado o ECI: (a) vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas; (b) prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantia e promoção dos direitos; (c) a superação das violações de direitos pressupõe a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais, que podem depender da alocação de recursos públicos, correção das políticas públicas existentes ou formulação de novas políticas, dentre outras medidas; e (d) potencialidade de congestionamento da justiça, se todos os que tiverem os seus direitos violados acorrerem individualmente ao Poder Judiciário (Campos, 2015, p. 134-138).

A Corte Constitucional da Colômbia vem utilizando o ECI desde 1997. A técnica foi empregada em pelo menos nove casos, tendo um deles versado exatamente sobre o sistema prisional do país. Tratou-se do processo T-153, de 1998, em que se reconheceu o ECI no sistema penitenciário. A ação ajuizada buscava, a princípio, resolver os casos concretos das prisões de Bellavista e Modelo. Entretanto, a decisão proferida veio a discutir a temática do sistema carcerário como um todo.

Outra decisão importante em que a Corte Constitucional colombiana reconheceu o ECI foi relacionada ao problema dos “desplazados”. Trata-se da situação de cerca de três milhões de colombianos que foram forçados a se deslocar em razão da guerrilha e da violência generalizada que atingiu várias regiões daquele país (Caballero; Fernández, 2015). Nessa decisão, introduziu-se uma novidade importante na técnica do ECI: a Corte, após impor inúmeras medidas a diversos



órgãos e autoridades públicas, reteve a sua jurisdição, para monitorar a implementação das suas ordens. O monitoramento, além de assegurar uma maior eficácia da decisão, também conferiu maior legitimidade e transparência ao processo, por meio de amplo diálogo entre a Corte, os beneficiários da sentença, as autoridades demandadas e a sociedade civil colombiana³.

Nota-se, portanto, o quanto cenários de grave e massiva violação de direitos decorrentes de falhas estruturais em políticas públicas demandam muitas vezes soluções complexas dos tribunais. Nestas hipóteses, o papel de guardião da Constituição exige uma postura diferenciada, sob pena de frustração dos direitos fundamentais e inefetividade da Constituição.

2. NATUREZA JURÍDICA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NA ADPF 347

Qual a natureza jurídica do “estado de coisas inconstitucional” para o STF na ADPF 347? Analisa-se neste tópico qual seria a natureza jurídica do ECI na ADPF 347, visando compreender de que forma o conceito colombiano do estado das coisas inconstitucional revela-se instrumento da efetivação da política pública no âmbito do controle de constitucionalidade brasileiro. Concebe-se como hipótese de trabalho a afirmação de que “estado de coisas inconstitucional” foi utilizado pelo Supremo como uma técnica hermenêutica de jurisdição constitucional na ADPF 347, podendo ser considerado uma espécie de ativismo judicial guiado pelo objetivo de superar bloqueios políticos e institucionais.

Diante do problema e hipótese de pesquisa cabe definir o estado de coisas inconstitucional, sendo que tal conceito:

[...] se apresenta quando o Tribunal verifica um ambiente de violação repetida e massiva dos direitos, que provém de ações ou omissões de diversas instituições e aumenta a profunda crise econômica e a desigualdade social, demonstrando a incoerência entre os princípios consagrados no ordenamento jurídico e o efetivo cumprimento dos mesmos nos aspectos sociais das comunidades (Caballero; Fernández, 2015, p. 122)⁴.

A tentativa de definir a natureza jurídica do estado de coisas inconstitucional na ADPF 347 exige uma breve incursão acerca do perfil da arguição de descumprimento, mesmo levando-se em consideração não ser escopo deste trabalho delimitar o tema com profundidade. Realiza-se,

³ Neste sentido, ver Huaroto (2013) e Garavito e Franco (2010).

⁴ Trecho original: “[...] se presenta cuando la Corte verifica un entorno de violación reiterada y masiva de derechos, que proviene de acciones u omisiones de diversas instituciones y que agudiza la profunda crisis económica y la desigualdad social, demostrando la incoherencia entre los principios plasmados en el ordenamiento jurídico y el efectivo cumplimiento de los mismos en los aspectos sociales de las comunidades [...]”.



portanto, uma rápida digressão sobre o assunto por considerá-lo relevante para compreender a declaração do ECI dentro do contexto do instrumento constitucional brasileiro da ADPF.

Dimitri Dimoulis (2006), em análise realizada sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental, descreve o que considera como problemas de concretização e limitação da ação constitucional, diagnosticando a ineficácia do instituto. Com o desenvolvimento da jurisprudência pode-se dizer que tal cenário tem sofrido variações nos últimos dez anos, posteriores ao texto do autor. A ADPF torna-se cada vez mais “[...] um campo privilegiado de estudo das práticas de interpretação constitucional” (Dimoulis, 2006, p. 12), uma vez que entre as suas finalidades e efeitos está a “[...] preservação da supremacia constitucional e a tutela de direitos fundamentais e bens constitucionais” (Dimoulis, 2006, p. 24). O ECI, no caso em análise, se encaixa perfeitamente nesse diagnóstico de Dimoulis, uma vez que, pode ser compreendido com uma prática de interpretação constitucional dentro da ADPF 347.

Por sua vez, para André Ramos Tavares (2019, p. 10), a ADPF seria sempre cabível quando “houver a necessidade (interesse público na conformação constitucional do Direito) de um instrumento para combater determinada lesão à Constituição (em seus preceitos fundamentais) que não possa ser combatida (de forma definitiva, amplamente e com o mesmo grau de satisfatoriedade)”. Para tanto utiliza-se “[...] dos demais instrumentos jurisdicionais existentes com a mesma expressividade que o será por meio da ADPF (caso paradigmático da omissão inconstitucional), presente o interesse público nesse tipo de solução”. O autor, em síntese, pauta seu posicionamento em relação à ADPF em três argumentos: a duplicidade de ações; o caráter principal da ADPF e a incompletude do sistema⁵; e, por fim, a proteção específica dos preceitos fundamentais pela ação.

Gabriel Dias Marques da Cruz (2011, p. 46), ao compreender que “tanto o descumprimento quanto a inconstitucionalidade são espécies de comportamentos contrários à Constituição, que se manifestam de forma ativa ou por omissão e que devem ser combatidos mediante o emprego de ações constitucionais cabíveis”, critica os argumentos utilizados por Tavares e propõe soluções alternativas. Em suma, sua proposta reside em uma “[...] mudança normativa que contemple a

⁵ Neste espaço residiria a importância do uso da ADPF, destinada a colmatar espaços nos quais deveria ser plausível o exercício do controle de constitucionalidade (Cruz, 2011, p. 109).



extinção da ADPF do panorama de controle vigente, com a correspondente incorporação das matérias passíveis de aferição em seu objeto no bojo da ADI genérica” (Cruz, 2011, p. 115), uma vez que proporcionaria sistematicidade, discricionariedade e efetividade para o modelo de controle. Essa visão parece fazer sentido diante da argumentação proposta. Vale ressaltar que a discussão aqui desenvolvida pode vir a contribuir para a sugestão do enriquecimento do conteúdo da ADI, contemplando uma simplificação do controle sem perda de qualidade.

Entretanto, tendo em vista o estado atual da legislação constitucional, pode-se concluir que nesse caso específico o objeto da ação em análise não se amoldaria a uma ADI, já que o que se pretende não é a afirmação da contrariedade de dispositivos legais que tratam de execução penal ou qualquer tema conexo ao sistema prisional perante a Constituição Federal. Na realidade, buscou-se na inicial o reconhecimento da existência de uma enorme quantidade de leis no país que estão em consonância com a Constituição no âmbito da regulamentação prisional. Contudo, o seu descumprimento conduz à constatação do estado de coisas inconstitucional. Logo, esse argumento da jurisdição constitucional (ECI) não encontraria cabimento diante da propositura de uma ADI, cuja impugnação é específica de uma norma que afronta a Constituição Federal.

Adota-se, portanto, a posição de que a ADPF é um “instrumento apto para a provocação da tutela jurisdicional” (Cruz, 2011, p. 43) de preceitos fundamentais⁶, quais sejam “[...] um conjunto de proposições que serão alvo de um processo de interpretação para que delas possam ser extraídas normas jurídicas” (Cruz, 2011, p. 48).

Após a análise das cautelares da ADPF 347, o Colegiado do STF, por decisão majoritária, deferiu parcialmente os pedidos para determinar que os juízes e tribunais observassem os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a fim de que fossem realizadas audiências de custódia em até 90 dias. Determinou-se, ainda, que fosse viabilizado o comparecimento dos presos perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão. Ademais, a Corte impôs o imediato

⁶ O conceito de preceito fundamental é bastante abstrato e impreciso, cujo julgamento da ADPF 33 (2008), o relator Min. Gilmar Mendes em seu voto irá traçar um rol exemplificativo para o que deve ser considerado um “preceito fundamental” para fins de jurisprudência como objeto da ADPF: (1) os princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4^a (forma federativa de Estado, a separação de Poderes e o voto direito, secreto, universal e periódico); (2) princípios sensíveis (art. 34, VII); (3) dignidade da pessoa humana (art. 1^o, III); (4) os incisos do art. 5^o; (5) o direito pré-Constituição de 1988, quando houver matéria envolvendo preceito fundamental a ser questionada via controle concentrado; dentre outros.



descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional e vedou à União Federal a realização de novos contingenciamentos até que fosse reconhecida a superação do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

A análise dos argumentos utilizados no acórdão demonstra que nove dos dez Ministros utilizaram-se do que denominamos de “configuração do estado de coisas inconstitucional”. Apenas a Ministra Carmen Lúcia deixou de enfatizar esse argumento. Contudo, a partir de uma análise sistêmica do seu voto, percebe-se que a Ministra também concordou com o uso do instrumento colombiano na arguição ao manifestar sua concordância com o Relator na deliberação dos pedidos.

O Ministro Marco Aurélio defendeu em seu voto que o ECI parte dos seguintes pressupostos: (a) uma situação de violação generalizada de direitos fundamentais; (b) constatação da inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; (c) o fato de a superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades (Brasil, 2015). A Ministra Rosa Weber subscreveu os fundamentos do Relator acerca das premissas ensejadoras do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional (Brasil, 2015). O Ministro Edson Fachin, de igual modo, pontuou que o ECI exigiria um quadro de violação massiva, sistemática, grave e contínua de direitos fundamentais, capaz de alcançar um número elevado e indeterminado de pessoas, a partir de uma omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais, cuja superação exige a expedição de remédios e ordens dirigidas a uma pluralidade de órgãos (Brasil, 2015).

O Ministro Roberto Barroso lembrou que o conceito foi importado da Corte Constitucional colombiana, em uma situação muito parecida com a brasileira, em que existe um conjunto de ações e omissões notórias que fazem com que se tenha esse estado de generalizada inconstitucionalidade por falha estrutural do sistema (Brasil, 2015). O Ministro Teori Zavascki, por sua vez, asseverou a existência de uma relação entre o estado de coisas inconstitucional e uma espécie de deficiência nas decisões judiciais (Brasil, 2015).

O Ministro Luiz Fux acrescentou um novo elemento à discussão no sentido de considerar o ECI um ativismo judicial dialógico que visa implementar direitos fundamentais previstos na Constituição. O Ministro citou Carlos Alexandre Azevedo para demonstrar que a declaração do ECI legitima a Corte a interferir na formulação e implementação de políticas públicas, alocação de



recursos orçamentários e coordenação das medidas concretas necessárias para a superação do estado de inconstitucionalidade (Brasil, 2015). Ademais, o Ministro Gilmar Mendes destacou ser uma “situação de um estado de fato, absolutamente incompatível com a situação jurídica e desejada pelo texto constitucional”. Relatou, ainda, que não se animou a subscrever a ideia ou a aceitação da tese do estado de coisas inconstitucional. Sustentou que bastaria a indicação da existência de uma omissão administrativa sistemática (Brasil, 2015).

O Ministro Celso de Mello, contudo, defendeu que haveria no sistema prisional um ECI claro e indisfarçável, resultante da omissão do Poder Público em implementar medidas eficazes de ordem estrutural que neutralizassem a situação de absurda patologia constitucional gerada, incompreensivelmente, pela inércia do Estado que descumpra a Constituição Federal, ofende a Lei de Execução Penal e fere o sentimento de decência dos cidadãos desta República (Brasil, 2015). O Ministro Ricardo Lewandowski, por fim, ressaltou que o STF pioneiramente, acolheu o argumento do estado de coisas inconstitucional⁷, desenvolvido pela Corte Constitucional da Colômbia, para reconhecer um quadro insuportável e permanente de violação massiva de direitos fundamentais que não poderia mais subsistir e que exigia uma intervenção do Poder Judiciário de caráter estrutural, a demandar, inclusive, medidas de natureza orçamentária (Brasil, 2015).

Realizada uma síntese das definições utilizadas pelos Ministros para o ECI na ADPF 347, passamos a compreender como o estado de coisas inconstitucional pode ter delimitada a sua conceituação e classificação pela doutrina especializada.

“Ativismo judicial ou controle judicial da política pública?” (Bustamante Peña, 2011, p. 95)⁸. Para Gabriel Bustamante Peña, o ECI é uma “[...] ferramenta de defesa e desenvolvimento do Estado social e democrático de direito, e da proteção estrutural dos direitos fundamentais” (Bustamante Peña, 2011, p. 8)⁹, uma vez que se apresenta como técnica constitucional da judicialização de uma

⁷ Ressalta-se a utilização incidental suscitada nas ADIs n. 4.357 e 4.425. O Ministro Barroso, no voto-vista que proferiu na Questão de Ordem suscitada nas ações atinentes à modulação temporal da decisão que reconheceu inconstitucionalidades na Emenda Constitucional nº 62, que tratara do pagamento de precatórios, aludiu ao “estado de inconstitucionalidade grave e permanente que se instaurou no país, em relação ao pagamento de condenações judiciais contra a Fazenda Pública”. A Corte atribuiu ao CNJ a função de elaborar proposta normativa para equacionar os problemas, bem como o papel de monitorar e supervisionar o cumprimento das medidas impostas aos entes públicos.

⁸ No original: “[...] *Activismo judicial o control judicial de la política pública?* [...]”.

⁹ No original: “[...] *herramienta de defensa y desarrollo del Estado social y democrático de derecho, y de protección estructural de los derechos fundamentales* [...]”.



política pública. Assim, o estado de coisas inconstitucional é “um instrumento que evidencia feitos palpáveis de irregularidade constitucional e ordena a sua resolução, por meio de políticas públicas estruturais” (Bustamante Peña, 2011, p. 8)¹⁰.

O autor sustenta, ainda, que o ECI é uma “[...] criação intelectual desenvolvida jurisprudencialmente, a partir de uma interpretação legal e se respalda em princípios e mandatos constitucionais” (Bustamante Peña, 2011, p. 10)¹¹. Para tanto, por meio de uma decisão judicial, a Corte Constitucional declara que “[...] se tenha configurado uma violação massiva, generalizada e estrutural dos direitos fundamentais, [...] que ordena ao conjunto de instituições envolvidas, por fim, ao estado de anormalidade constitucional, por meio de ações íntegras, oportunas e eficazes” (Bustamante Peña, 2011, p. 8)¹².

A decisão judicial que declara o ECI propõe-se mais dialógica, ou seja, “[...] há uma estrutura cooperativa entre todos os atores de dentro e de fora do processo. Aquelas que definiriam metas e caminhos de implementação por meio de prazos e acompanhamento do progresso das ordens proferidas [...]” (Santos et al., 2015, p. 2607). Além disso, “implica na mobilização de diversos órgãos governamentais [...] e na aplicação de medidas cautelares e ordens de execução aos réus da ação, que visam não só proteger os demandantes, como também a todos os afetados pela inércia estatal” (Santos *et al.*, 2015, p. 2599).

Thiago Luís Santos Sombra defende ideia similar ao afirmar que:

O estado de coisas inconstitucional é uma decisão legal que permite ao Tribunal Constitucional a reconhecer o fracasso de ambos os poderes Legislativo e Executivo do governo para aplicar políticas públicas contra a violação generalizada e sistemática dos direitos fundamentais, justificando assim uma intervenção judicial, a fim de combater a causas estruturais das violações e para colocar tudo em ordem com a Constituição (Sombra, 2015, *online*, tradução nossa)¹³.

¹⁰ No original: “[...] *un instrumento que evidencia hechos palpables de irregularidad constitucional y ordena resolverlos, por medio de políticas públicas estructurales* [...]”.

¹¹ Trecho original: “[...] *creación intelectual desarrollada jurisprudencialmente, una cimentada interpretación legal y se afianza en principios y mandatos constitucionales* [...]”.

¹² Trecho original: “[...] *se ha configurado una violación masiva, generalizada y estructural de los derechos fundamentales, [...] que ordena al conjunto de las instituciones involucradas, poner fin a tal estado de anormalidad constitucional, por medio de acciones íntegras, oportunas y eficaces* [...]”.

¹³ Trecho original: “[...] *The unconstitutional state of affairs is a legal ruling that allows the Constitutional Court to acknowledge the failure of both the Legislative and Executive branches of government to enforce public policies against widespread and systemic violation of fundamental rights, thus justifying a judicial intervention in order to combat the structural causes of the violations and to put everything back in order with the Constitution* [...]”.



Quando a decisão que declara o ECI é proferida, o Tribunal age como uma espécie de coordenador institucional, emitindo “ordens para corrigir as deficiências de capacidade orçamental e administrativa e estabelece níveis mínimos obrigatórios de proteção dos direitos humanos” (Sombra, 2015, *online*). Caballero e Fernández também remontam a noção do ECI como “Uma estratégia institucional com as entidades envolvidas, com o objeto de encontrar bases estruturais e complexas que garantam o respeito do coletivo afetado” (Caballero; Fernández, 2015, p. 124)¹⁴, que para serem implementadas necessitam de um “seguimento contínuo e detalhado por parte da Corte Constitucional” (Caballero; Fernández, 2015, p. 124)¹⁵.

A Corte Constitucional da Colômbia, na decisão T 025 (Colômbia, 2004), sistematizou seis fatores que são pressupostos para considerar uma situação fática na condição de um estado de coisas inconstitucional: (1) violação massiva e generalizada de direitos constitucionais, capaz de afetar um número significativo de pessoas; (2) a prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantir os direitos; (3) a adoção de práticas inconstitucionais a gerar, por exemplo, a necessidade de sempre ter que se buscar a tutela judicial para a obtenção do direito; (4) a não adoção de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias necessárias para evitar a violação de direitos; (5) a existência de um problema social cuja solução depende da intervenção de várias entidades, da adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações e da disponibilização de recursos adicionais consideráveis; (6) a possibilidade de um congestionamento do sistema judicial, caso ocorra uma procura massiva pela proteção jurídica (Caballero; Fernández, 2015, p. 126)¹⁶.

Anteriormente outras duas decisões (SU 559/1997 e T 068/1998) da Corte Colombiana haviam utilizado o ECI como ferramenta para evitar a repetição de demandas individuais sobre o

¹⁴ Trecho original: “[...] *una estrategia institucional con las entidades involucradas, con el objeto de hallar bases estructurales y complejas que garanticen el respeto del colectivo afectado* [...]”.

¹⁵ Trecho original: “[...] *seguimiento continuo y detallado por parte de la Corte Constitucional* [...]”.

¹⁶ Trecho original: “[...] (1) *La acción procesal parte de la existencia de una violación sistemática de los derechos fundamentales de un grupo de personas y por ende la orden judicial apunta a modificar un statu quo injusto; (2) El proceso judicial involucra a un conjunto importante de autoridades públicas; (3) Los hechos expuestos guardan relación con políticas públicas; (4) Se rompe el efecto inter partes de La acción de tutela; (5) La Corte Constitucional conserva su competencia para vigilar el cumplimiento de las órdenes emitidas; (6) El juez constitucional no es neutral o pasivo ante la situación; (7) La finalidad del fallo judicial es garantizar la vigencia de unos principios constitucionales (T-1030/2003). Estos parámetros dispuestos en la sentencia T-1030/2003, tomaron fuerza con la declaratoria de la sentencia T-025/2004, en donde la Corte encontró que el malestar de los principales afectados radicaba en que las entidades competentes no ofrecían ningún tipo de protección, lo cual los colocaba en situación de vulnerabilidad extrema* [...]”.



mesmo assunto. Contudo, utiliza-se na incorporação do ECI no Brasil o exemplo colombiano na decisão T-153 de 1998, em que se reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário da Colômbia. Tratou-se de caso no qual a Corte reconheceu que os mecanismos de proteção jurídica tradicionais não eram eficazes para solucionar o problema, uma vez que, mesmo com a propositura de diversas ações judiciais denunciando a gravidade da situação, as autoridades continuavam omissas no seu papel de garantir o respeito aos direitos fundamentais.

Também costuma ser invocada a decisão T-025 de 2004 da Corte da Colômbia, ocasião em que foi reconhecido o estado de coisas inconstitucional relacionado ao problema dos refugiados (“desplazados”) em razão da guerrilha local. Nesse caso a Corte, após impor inúmeras medidas a diversos órgãos e autoridades públicas, tendentes a sanar as falhas estruturais em políticas públicas que comprometiam os direitos da população deslocada, reteve a sua jurisdição com o intuito de monitorar a implementação das suas ordens. A principal ideia do instrumento seria a de que, com a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, o Judiciário reconhece a existência de uma violação massiva, generalizada e estrutural dos direitos fundamentais contra um grupo de pessoas vulneráveis e conclama que todos os órgãos responsáveis adotem medidas eficazes para solucionar o problema.

Na doutrina, o ativismo dialógico no ECI é também analisado por George Marmelstein. Para ele, o ECI não implica uma usurpação judicial dos poderes administrativos ou legislativos, mas favorece a racionalidade no processo decisório. Nesse sentido, “[...] a ideia é fazer com que os responsáveis assumam as rédeas de suas atribuições e adotem as medidas, dentro de sua esfera de competência, para solucionar o problema” (Marmelstein, 2015, p. 250). Nesse processo, o Judiciário não deve estabelecer os meios para a solução do problema. O papel do Judiciário deve ser o de buscar o engajamento de todos na sua resolução e criar obrigações de resultado, “[...] estabelecendo parâmetros para caracterizar a superação do ECI e adotando os mecanismos processuais para pressionar os agentes estatais a cumprirem a política pública elaborada pelos próprios órgãos envolvidos” (Marmelstein, 2015, p. 258).

O ECI é causado por um bloqueio institucional significativo que deve ser superado com o envolvimento de vários agentes institucionais e sociais. O principal papel do Tribunal seria o de facilitar esse processo e acompanhar de perto, ao longo do tempo, as medidas de aplicação. Seria



uma espécie de jurisdição de supervisão, pautada em um modelo de responsabilidade democrática compartilhado.

Há, entretanto, questionamentos acerca da incorporação do ECI pelo Brasil, com dúvidas sobre se o STF não teria adotado o mecanismo como um dispositivo retórico, sem realizar o monitoramento necessário. Neste sentido, vale citar o entendimento de Breno Baía Magalhães. Ao realizar um balanço das respostas dos Poderes que se seguiram à declaração do ECI pelo STF na ADPF 347, o autor demonstrou algumas conclusões relevantes no sentido do pouco impacto das medidas cautelares deferidas para resolver os problemas estruturais de superlotação carcerária, sendo exemplos: (1) a dificuldade para superação de um quadro de omissão estrutural a partir da concentração de medidas cautelares no Judiciário; (2) a limitação do alcance das audiências de custódia para melhorar a vida dos já encarcerados; (3) as diferenças entre a realidade da Colômbia e do Brasil, tendo em vista o fato de à Corte da Colômbia ser assegurado acesso individual e ágil, diferentemente do acesso mais restrito ao Supremo Tribunal Federal; (4) a dificuldade de que os demais atores legitimados a acessar o Supremo Tribunal Federal também concordem com a retórica de diálogo e ação conjunta para a superação de problemas estruturais brasileiros; (5) os possíveis impactos no futuro do ECI no Supremo a partir do julgamento do Recurso Extraordinário 641.320/RS, em sede do qual discute-se a adoção das sentenças manipulativas de efeitos aditivos; (6) a resposta do Poder Legislativo ao tentar delimitar o ECI por meio da categoria do Compromisso Significativo, inspirada pela experiência da África do Sul ao lidar com a efetividade do direito à moradia (Magalhães, 2019, p. 17-25). Breno Baía Magalhães destacou, ainda, a partir das lições de Gerald Rosenberg, o quanto persistem desafios para que o Direito consiga atuar efetivamente no sentido da transformação social (Magalhães, 2019, p. 30-31).

É realmente necessário que o Supremo Tribunal Federal implemente uma prática de adjudicação que é estranha ao nosso modelo cultural com base em um “transplante jurídico”¹⁷ para superar a situação da política pública carcerária? Que garantias existem de que o Brasil conseguirá superar as condições desumanas nas prisões através da adoção do modelo colombiano do ECI? Seria papel do STF o de coordenador institucional de políticas públicas? Deveria haver uma governança

¹⁷ Ideia desenvolvida pelo *critical legal studies*, tendo sido utilizada pelo então Procurador do Estado de São Paulo Thiago Sombra em sua sustentação oral em plenário na votação do Acórdão das cautelares da ADPF 347 (Sombra, 2016).



jurisdicional, ao invés de administrativa? São inquietações relevantes que surgem a partir da análise do tema pelo Supremo Tribunal Federal.

CONCLUSÃO

Partiu-se da hipótese que o “estado de coisas inconstitucional” foi utilizado pelo Supremo como uma técnica hermenêutica de jurisdição constitucional na ADPF 347, podendo ser considerado uma espécie de ativismo judicial, que visa superar bloqueios políticos e institucionais. Entretanto, a conclusão a que se chega neste artigo revela-se parcialmente distinta da hipótese inicialmente levantada. Neste sentido, entende-se que a natureza jurídica do estado de coisas inconstitucional na ADPF 347 parece ser a de uma decisão judicial proferida diante de uma situação de violação generalizada de direitos fundamentais e da inércia ou incapacidade persistente das autoridades públicas em modificar a situação do sistema carcerário brasileiro, cuja superação necessita da atuação de uma pluralidade de órgãos do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, sendo esse último interventor e coordenador institucional, inclusive com medidas de natureza orçamentária.

O ECI foi encarado na ADPF 347 como um ativismo judicial dialógico, tendo sido assim declarado no acórdão proferido. Contudo, percebe-se que a quase totalidade das cautelares pleiteadas dirigiu-se ao Judiciário e contemplou situações previstas legalmente ou com execução em andamento. Tais conclusões conduziram a Corte à apreciação de apenas dois dos oito pedidos formulados. Assim, o que se percebe é que a ADPF desfere um ataque às consequências do sistema penitenciário brasileiro de maneira inócua e retórica, sem confrontar as suas causas. O acórdão proferido pelo Supremo revela que os Ministros pareceram separar a apreciação das medidas cautelares da declaração em si do ECI, o que fizeram a partir da análise do cenário da política pública carcerária do Brasil.

Tal decisão colegiada possui natureza declaratória e poderá ser utilizada como precedente para que o STF declare o “estado de coisas inconstitucional” diante de outras situações fáticas nacionais em que se sejam constatadas violações constitucionais massivas em grande escala, a exemplo do SUS e de toda aparelhagem das políticas de saúde pública; das chacinas que ocorrem nas favelas e nos bairros periféricos em confrontos com a polícia; do tráfico de entorpecentes; da



tentativa de criminalização dos movimentos sociais; além de outras hipóteses que se vislumbre. Resta necessário, porém, que os pedidos que utilizem o ECI contemplem soluções que envolvam diálogos e cooperação institucional entre todos os poderes, tal qual o instrumento propôs em sua origem na Corte Colombiana, evitando que se torne mero argumento retórico e inócuo.

REFERÊNCIAS

- Adorno, S. Sistema penitenciário no Brasil-Problemas e desafios. *Revista USP*, n. 9, p. 65-78, 1991.
- Ariza, L. J. The economic and social rights of prisoners and Constitutional Court intervention in the penitentiary system in Colombia. *In: Maldonado, D. B. (org.). Constitutionalism of the Global South*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 129-160.
- Brasil. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>. Acesso em: 23 ago. 2016.
- Brasil. *ADPF 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJe. 20.08.2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 7 jun. 2016.
- Brasil. *ADPF 33*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJe. 13.05.2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2030720>. Acesso em: 4 ago. 2019.
- Bustamante Peña, G. *Estado de cosas inconstitucional y políticas públicas*. 2011. Tesis (Magíster en Estudios Políticos) — Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2011.
- Caballero, J. S.; Fernández, A. R. Los desplazados forzados internos en el estado de cosas inconstitucional, un asunto pendiente. *Revista Prolegómenos: Derechos y Valores*, v. 18, n. 35, p. 121-134, 2015.
- Campos, C. A. A. *Da Inconstitucionalidade por Omissão ao Estado de Coisas Inconstitucional*. UERJ. 2015. Tese (Doutorado em Direito Público) — Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.
- Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia T-025 de 2004*. Cidade da publicação: responsável pela publicação, ano da publicação. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: 30 ago. 2019.
- Conselho Nacional do Ministério Público. *A visão do Ministério Público brasileiro sobre o sistema prisional brasileiro*. Brasília: CNMP, 2013. 320 p.
- Cruz, G. D. M. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Lineamentos Básicos e Revisão Crítica no Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- Dimoulis, D. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: problemas de concretização e limitação. *Revista dos Tribunais*, v. 94, n. 832, p. 11-36, fev. 2006.



Garavito, C. R.; Franco, D. R. *Cortes y Cambio Social*. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Dejusticia, 2010.

Huaroto, B. M. L. R. *Estado de Cosas Inconstitucional y sus Posibilidades como Herramienta para el Litigio Estratégico de Derecho Público*. Una Mirada en la Jurisprudencia Colombiana y Peruana. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica do Perú, 2013.

Magalhães, B. B. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. *Revista Direito GV*, v. 15, n. 2, p. 1-17, 2019. Doi: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201916>

Marmelstein, G. Estado das Coisas Inconstitucional: uma análise panorâmica. In: Oliveira, P. A.; Leal, G. P. (org.). *Diálogos Jurídicos Luso-Brasileiros*: perspectivas atuais de Direito Público: o Direito em tempos de crise. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2015. p. 241-264.

Minayo, M. C. S. (org.). *Pesquisa social: teoria, método e criatividade*. 26. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

Santos, H. M. P. S. *et al.* Estado de coisas inconstitucional: um estudo sobre os casos colombiano e brasileiro. *Quaestio Iuris*, v. 8, n. 4, número especial, p. 2596-2612, 2015.

Sombra, T. L. S. The “Unconstitutional State of Affairs” in Brazil's Prison System: the enchantment of legal transplantation. *International Journal of Constitutional Law*, Blog, 30 set. 2015. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2015/09/the-unconstitutional-state-ofaffairs-in-brazils-prison-system-the-enchantment-of-legal-transplantation>. Acesso em: 19 jul. 2019.

Sombra, T. L. S. ADPF 347 and the “Unconstitutional state of affairs” of brazil 's prison system. *EJLL Joaçaba*, v. 17, n. 2, p. 649-656, 2016. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/9764/pdf>. Acesso em: 2 set. 2019.

Tavares, A. R. Repensando a ADPF no complexo modelo brasileiro de controle de constitucionalidade. In: Cunha Júnior, D.; Dantas, M. C. (Org.). *Desafios do Constitucionalismo Brasileiro*. 1ed, Salvador: JvuPODIVM, 2009, v. 1, p. 7-11.

