

OPINIÃO

O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural

1 de setembro de 2015, 16h55

Por Carlos Alexandre de Azevedo Campos

1. Introdução

O Supremo Tribunal Federal iniciou, na última quinta-feira (27/8), o julgamento da Medida Cautelar na ADPF 347, de relatoria do ministro Marco Aurélio. O requerente, Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), pede que seja o sistema penitenciário brasileiro declarado um Estado de Coisas Inconstitucional, categoria formulada pela Corte Constitucional colombiana. Pretende que o tribunal, ao reconhecer o aludido Estado de Coisas, interfira na criação e implementação de políticas públicas, em alocações orçamentárias e na interpretação e aplicação da ordem processual penal, visando reduzir os problemas da superlotação dos presídios e das condições degradantes do encarceramento.

As sustentações orais, a favor e contra os pedidos da arguição, tiveram um ponto comum: em todas foi reconhecido que o sistema penitenciário é marcado por uma profunda e generalizada violação de direitos fundamentais dos presos, sendo necessárias medidas urgentes para a mudança do quadro. Divergência existe quanto à forma de alcançar essas mudanças. Das sustentações orais contrárias podem ser extraídas duas objeções principais: a) que o STF não possui legitimidade democrática e institucional para adotar as medidas pleiteadas; e b) que se revela equivocada a importação do Estado de Coisas Inconstitucional para o caso brasileiro, tendo em vista que nem mesmo na Colômbia o seu uso se mostrou útil para remediar o problema do sistema carcerário daquele país.

Este artigo é dirigido a questionar a segunda objeção. O objetivo é demonstrar que o argumento revela uma meia verdade: é verdade que o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional fracassou no enfrentamento do sistema carcerário colombiano; contudo, é enganoso afirmar que o instrumento não é capaz de servir ao propósito de solucionar litígios de caráter estrutural. Como será demonstrado, o erro da corte no caso do sistema carcerário foi proferir ordens sem qualquer acompanhamento ou diálogo na fase de implementação. Em caso posterior, o paradigmático problema da “população deslocada em

razão da violência urbana”, a corte, tendo aprendido com os próprios erros, passou a adotar a prática de proferir “ordens flexíveis sujeitas à jurisdição supervisória”. As novas medidas resultaram no sucesso da atuação da corte e do instrumento Estado de Coisas Inconstitucional.

Na sequência, (2) apresento os pressupostos de configuração do Estado de Coisas Inconstitucional e o papel de cortes constitucionais em litígios estruturais. Depois, comparo as decisões da Corte Constitucional da Colômbia nos casos (3) do sistema carcerário e (4) do deslocamento forçado de pessoas. Ao final, (5) concluo em sentido favorável à importação para o Brasil do modelo colombiano do Estado de Coisas Inconstitucional.

2. O Estado de Coisas Inconstitucional e o papel das cortes constitucionais

A maior novidade do pedido formulado na ADPF 347 é a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional. Mas o que vem a ser isso? Quais são os pressupostos de configuração? Quais os efeitos do reconhecimento para atuação de cortes constitucionais ou supremas? O instrumento oferece alguma vantagem em comparação aos remédios tradicionais? As respostas foram construídas pela Corte Constitucional colombiana que, desde a *Sentencia de Unificación* (SU) 559, de 1997^[1], quando declarou, pela primeira vez, esse Estado de Coisas, passou a desenvolver e aperfeiçoar a categoria em uma série de decisões similares^[2].

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

Em síntese, são três os pressupostos do Estado de Coisas Inconstitucional:

- a constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo de pessoas;
- a falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e até judiciais, verdadeira “falha estatal estrutural”, que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação;

- a superação dessas violações de direitos exige a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes — são necessárias mudanças estruturais, novas políticas públicas ou o ajuste das existentes, alocação de recursos etc.

Importante assinalar que, ante o reconhecimento da complexidade da situação, a corte não mais se dirige a resolver problemas particulares, a assegurar direitos específicos de demandantes, e sim a proteger a dimensão objetiva dos direitos fundamentais em jogo[3]. A corte se encontra diante da figura do “litígio estrutural”, que é caracterizado pelo alcance a número amplo de pessoas, a várias entidades e por implicar ordens de execução complexa. Para enfrentar litígio da espécie, juízes constitucionais acabam fixando “remédios estruturais”, voltados ao redimensionamento dos ciclos de formulação e execução de políticas públicas, o que não seria possível por meio de decisões mais ortodoxas.

Ao adotar tais remédios, cortes cumprem dois objetivos principais: superar bloqueios políticos e institucionais, e aumentar a deliberação e o diálogo sobre causas e soluções do Estado de Coisas Inconstitucional. Cortes engajam em uma espécie de ativismo judicial estrutural[4], justificado, no entanto, pela presença de bloqueios políticos e institucionais. O Estado de Coisas Inconstitucional é sempre o resultado de situações concretas de paralisia parlamentar ou administrativa sobre determinadas matérias. Nesse cenário de falhas estruturais e omissões legislativas e administrativas, a atuação ativista das cortes acaba sendo o único meio, ainda que longe do ideal em uma democracia, para superar os desacordos políticos e institucionais, a falta de coordenação entre órgãos públicos, temores de custos políticos, *legislative blindspots*, sub-representação de grupos sociais minoritários ou marginalizados.

Não é possível alcançar esses objetivos, necessário para superação do quadro de inconstitucionalidades, por meio dos instrumentos tradicionais de jurisdição constitucional. Sem embargo, são a dramaticidade e a complexidade da situação que justificam ou mesmo impõem a heterodoxia dos remédios judiciais. No entanto, as cortes devem ser cientes das próprias limitações. Devem saber que não podem resolver o quadro atuando isoladamente, e que de nada adiantará proferirem decisões impossíveis de serem cumpridas. Cortes devem adotar ordens flexíveis e monitorar a sua execução, em vez de adotar ordens rígidas e se afastar da fase de implementação das medidas. Em vez de supremacia judicial, as cortes devem abrir e manter o diálogo com as demais instituições em torno das melhores soluções. O ativismo judicial é estrutural, mas pode e deve ser dialógico[5].

A adoção de uma posição ou outra foi o divisor entre o fracasso e o sucesso nos dois casos mais paradigmáticos que a Corte Constitucional colombiana enfrentou: o do sistema

carcerário e o do deslocamento forçado de pessoas. No primeiro caso, a corte adotou posição de “supremacia judicial” e fracassou. No segundo, porque partiu para o diálogo institucional, acabou promovendo vantagens democráticas e ganhos de efetividade prática de suas decisões, contribuindo realmente para melhoria da situação.

3. O caso do sistema carcerário

Em uma de suas mais importantes decisões, a Corte Constitucional da Colômbia declarou o Estado de Coisas Inconstitucional relativo ao quadro de superlotação das penitenciárias do país. Na *Sentencia de Tutela* (T) 153, de 1998^[6], discutiram-se, tal como ocorre na ADPF 347, o problema da superlotação e as condições desumanas das Penitenciárias Nacionais de Bogotá e de Bellavista de Medellín. A corte, apoiada em dados e estudos empíricos, constatou que o quadro de violação de direitos era generalizado na Colômbia, presente nas demais instituições carcerárias do país. Os juízes enfatizaram que a superlotação e o império da violência no sistema carcerário eram problemas nacionais, de responsabilidade de um conjunto de autoridades.

A corte acusou a violação massiva dos direitos dos presos à dignidade humana e a um amplo conjunto de direitos fundamentais, o que chamou de “tragédia diária dos cárceres”. Ante a mais absoluta ausência de políticas públicas voltadas, ao menos, a minimizar a situação, a corte: declarou o Estado de Coisas Inconstitucional; ordenou a elaboração de um plano de construção e reparação das unidades carcerárias; determinou que o governo nacional providenciasse os recursos orçamentários necessários; exigiu aos governadores que criassem e mantivessem presídios próprios; e requereu ao presidente da República medidas necessárias para assegurar o respeito dos direitos dos internos nos presídios do país.

A execução dessas ordens não alcançou, todavia, grande sucesso. Os principais defeitos acusados foram a pouca flexibilidade das ordens, especialmente, em face dos “departamentos” locais, e a falta de monitoramento, pela própria corte, da fase de implementação da decisão. O erro da corte foi acreditar que sua autoridade contida nas decisões, por si só, seria suficiente para que os órgãos públicos cumprissem efetivamente com as medidas ordenadas. A corte pouco se preocupou com a real impossibilidade de as autoridades públicas cumprirem as ordens. Faltou diálogo em torno de como melhor realizar as decisões, não tendo sido retida jurisdição sobre a execução das medidas^[7]. A corte não voltaria a cometer esses erros no caso igualmente relevante do deslocamento forçado de pessoas em razão da violência urbana do país.

4. O caso do deslocamento forçado de pessoas

O caso do deslocamento forçado de pessoas em decorrência do contexto de violência na

Colômbia, decidido na *Sentencia* T-025, de 2004^[8], é o mais importante do gênero. O deslocamento interno forçado de pessoas é um fenômeno típico de países mergulhados em violência, como é o caso da Colômbia. As pessoas são forçadas a migrar dentro do território colombiano, obrigadas a abandonar seus lares e suas atividades econômicas porque as ações violentas de grupos como as Farc ameaçam suas vidas, a integridade física das famílias, não havendo segurança ou liberdade nesses contextos. Todavia, a sociedade civil e as autoridades públicas colombianas, por muitos anos, simplesmente ignoraram as condições às quais se submetiam essas pessoas durante e após os deslocamentos.

Na *Sentencia* T-025, de 2004, a corte examinou, de uma vez, 108 pedidos de tutelas formulados por 1.150 núcleos familiares deslocados. A maior parte dessa população era composta por mulheres cabeças de família, menores, minorias étnicas e idosos. Essas pessoas não gozavam dos direitos de moradia, saúde, educação e trabalho. A corte concluiu estarem presentes os principais fatores que caracterizam o Estado de Coisas Inconstitucional e formulou remédios não só em favor dos que pleitearam as tutelas, mas também das outras pessoas que se encontravam na mesma situação.

Acusando a precária capacidade institucional dos outros poderes para o desenvolvimento, implementação e coordenação das políticas públicas necessárias, e sem exercer diretamente as competências desses poderes, a Corte Constitucional: declarou o Estado de Coisas Inconstitucional; exigiu atenção orçamentária especial ao problema; determinou que fossem formuladas novas políticas públicas, leis e um marco regulatório eficiente para proteger, para além dos direitos individuais dos demandantes, a dimensão objetiva dos direitos envolvidos. As ordens foram flexíveis e dirigidas a um número elevado de autoridades públicas e, dessa vez, surtiram bons efeitos práticos porque a corte dialogou com os outros poderes e a sociedade sobre a adequação das medidas durante a fase de implementação. A manutenção da jurisdição sobre o caso fez toda a diferença, comparado ao caso do sistema carcerário.

A corte buscou harmonizar o ativismo judicial revelado na intervenção sobre as políticas públicas com a proposta de diálogos institucionais. Como afirmam Paul Rouleau e Linsey Sherman, são preferíveis “ordens flexíveis sujeitas à jurisdição supervisória” a “ordens detalhadas sujeitas à execução se desrespeitada”^[9]. Com ordens flexíveis e diálogo sobre a implementação de medidas, cortes apontam a omissão estatal inconstitucional e a consequente violação massiva de direitos, fixam parâmetros e até prazos para a superação desse estado, mas deixam as escolhas técnicas de meios para os outros poderes. O acompanhamento permite aos juízes, uma vez devidamente informados, tomarem medidas capazes de assegurar a implementação das ordens, o que contribui para soluções superiores comparadas a eventuais decisões unilaterais.

O monitoramento, envolvido em audiências públicas e com a participação ampla da sociedade civil, permite aos juízes saber se as instituições democráticas estão progredindo ou se os bloqueios se mantiveram. Atuando assim, em vez de supremacia judicial, as cortes, por meio de remédios estruturais flexíveis e sob supervisão, promovem o diálogo amplo entre as instituições e a sociedade. Ordens flexíveis acompanhadas de monitoramento podem, portanto, ser superiores às ordens detalhas e rígidas não apenas sob as óticas democrática e política, mas também quanto aos resultados desejados. Daí por que comportamento judicial da espécie possuir tanto virtudes democráticas como vantagens pragmáticas.

Essa posição foi a chave do sucesso no caso do deslocamento forçado. A corte interveio na confecção de políticas públicas, dirigindo ordens à ampla estrutura de poderes e órgãos envolvidos, sem, contudo, fixar os detalhes do plano de ação. A corte versou os procedimentos e as autoridades competentes para atuar em favor da superação do estado de coisas inconstitucional, nada dispondo sobre o conteúdo das políticas, mas vindo a acompanhar durante seis anos a realização concreta dessas. A corte convocou audiências públicas periódicas, com a participação de atores estatais e sociais, para discutir a elaboração e a implementação das novas políticas públicas, criando “espaços de deliberação e formas alternativas, inovadoras e potencialmente democratizantes, de aplicação judicial dos direitos constitucionais”[\[10\]](#).

A Colômbia ainda possui o maior número de pessoas deslocadas do mundo, haja vista o contexto de violência urbana ainda não ter sido superado pelo Poder Executivo nacional. Contudo, desde a adoção das medidas determinadas pela Corte Constitucional, a população deslocada, ao menos a maioria, não mais está entregue a toda sorte de violação de direitos fundamentais. Antes totalmente ignorado, sem qualquer atenção estatal e da própria sociedade, o problema da falta de direitos básicos da população, quando deslocada forçadamente, é hoje um mal combatido. Como anotaram César Rodríguez Gravito e Diana Rodríguez Franco, foram, entre outros aspectos, “a ambição e duração do processo de implementação das ordens da decisão”, com o acompanhamento contínuo da corte, que asseguraram a efetividade da, por eles denominada, *macrosentença*[\[11\]](#).

5. Conclusão

Há razão em criticar-se o equívoco da importação de categorias estrangeiras sem estudo apurado de sua adequação à realidade brasileira. É verdade que o uso do Estado de Coisas Inconstitucional pela Corte Constitucional colombiana não surtiu o efeito desejado no caso do sistema carcerário. Todavia, em caso posterior, a corte identificou o insucesso, diagnosticou os erros e avançou nova posição, menos arrogante, mais dialógica e factível ao sucesso. Afirmar a inviabilidade do Estado de Coisas Inconstitucionais em razão de um

caso particular, sem examinar suas aplicações vitoriosas posteriores, é contar uma história pela metade. Até porque, categorias dessa natureza, nada ortodoxas, não nascem prontas, são aprimoradas com o tempo e uso.

O voto do relator da ADPF 347, ministro Marco Aurélio, faz clara opção pela via dialógica do instituto: propôs que o STF interfira na formulação e implementação de políticas públicas e em escolhas orçamentárias, mas mediante ordens flexíveis seguidas de monitoramento da execução das medidas. A proposta não lança o tribunal a um “estado de arrogância institucional”, muito ao contrário, a opção é pelo caminho da interação institucional em torno de um objetivo comum. Optou, portanto, pela forma de atuação que deu certo, e não a que fracassou. É o que se espera de uma corte constitucional em casos que apresentam quadro tão acentuado de violações de direitos fundamentais, mas, ao mesmo tempo, de soluções tão complexas: que não seja inerte, mas que também não tente resolver tudo sozinha.

[1] *Sentencia* SU-559, de 6/11/1997. Na espécie, 45 professores dos municípios de María La Baja e Zambrano tiveram os direitos previdenciários recusados pelas autoridades locais. A corte constatou que o descumprimento da obrigação era generalizado, alcançando número amplo de professores além dos que instauraram a demanda. Cumprindo o que afirmou ser um “dever de colaboração” com os outros poderes, tomou decisão que não se limitou às partes do processo: declarou o Estado de Coisas Inconstitucional; determinou aos municípios, que se encontrassem em situação similar, a correção da inconstitucionalidade em prazo razoável; e ordenou o envio de cópias da sentença aos ministros da Educação e da Fazenda e do Crédito Público, ao diretor do Departamento Nacional de Planejamento, aos governadores e Assembleias, aos prefeitos e aos Conselhos Municipais para providências práticas e orçamentárias.

[2] *Sentencia* T-068, de 5 de março de 1998: mora da Caixa Nacional de Previdência em responder petições de aposentados e pensionistas dirigidas a obter recálculos e pagamentos de diferenças das verbas previdenciárias; *Sentencia* SU-250, de 26/5/1998: determinar a realização, em âmbito nacional, de concurso público para notário ante a omissão do Estado em organizar o certame; *Sentencia* T-590, de 20/10/1998: ordenar a confecção de políticas públicas eficientes de proteção dos defensores de direitos humanos no país; *Sentencia* T-525, de 23/7/1999: remediar o atraso sistemático no pagamento, por entidades territoriais, das verbas de aposentadoria. Os casos do sistema carcerário e do deslocamento forçado de pessoas serão abordados em separado na sequência.

[3] 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, p. 225.

[4] Sobre o conceito de “ativismo judicial estrutural”, cf. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 314-322.

[5] Sobre o ativismo judicial estrutural dialógico praticado nos casos de estado de coisas inconstitucional, cf. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da Inconstitucionalidade por Omissão ao Estado de Coisas Inconstitucional**. 2015 (No Prelo).

[6] *Sentencia* T-153, de 28 de abril de 1998.

[7] Sobre falhas dos remédios propostos pela Corte, cf. ARIZA, Libardo José. *The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia*. 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.

[8] *Sentencia* T-025, de 22/1/2004.

[9] ROULEAU, Paul; SHERMAN, Linsey. *Doucet-Boudreau*, Dialogue and Judicial Activism: Tempest in a Teapot? **Ottawa Law Review** Vol. 41 (2), 2009, p. 171-206.

[10] GRAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transform el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Dejusticia, 2010, p. 15.

[11] GRAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transform el desplazamiento forzado en Colombia**. Op. cit., p. 14.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos é advogado, professor adjunto de Direito Financeiro e Tributário da UERJ, assessor de Ministro do STF, mestre e doutor em Direito Público pela UERJ.

Revista **Consultor Jurídico**, 1 de setembro de 2015, 16h55