

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
Faculdade de Direito

**A APLICABILIDADE DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL
À ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA: entre a máxima efetividade dos
direitos fundamentais e a separação dos poderes**

Guilherme Augusto Alves Carvalho

Uberlândia/MG
2017

Guilherme Augusto Alves Carvalho

**A APLICABILIDADE DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL
À ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA: entre a máxima efetividade dos
direitos fundamentais e a separação dos poderes**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
de Uberlândia (UFU) como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orien: Prof. Dra. Simone Silva Prudêncio

Uberlândia/MG
2017

Guilherme Augusto Alves Carvalho

**A APLICABILIDADE DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL
À ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA: entre a máxima efetividade dos
direitos fundamentais e a separação dos poderes**

Trabalho de conclusão de curso aprovado para a obtenção do grau de Bacharel em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU) pela banca examinadora formada por:

Uberlândia, 13 de fevereiro de 2017.

Prof. Dr. ou Me. Simone Silva Prudêncio

Prof. Dr. ou Me. Alexandre Walmott Borges

RESUMO

O trabalho examina a tese do estado de coisas inconstitucional, buscando investigar sua aplicabilidade à ordem constitucional brasileira. Por meio de pesquisa jurisprudencial, observado o método indutivo, identifica a origem remota dessa técnica decisória no direito estrangeiro, apreciando, a seguir, as decisões proferidas sobre a matéria pela Corte Constitucional colombiana, responsável por sua sistematização. O movimento de incorporação da tese em comento pela ordem constitucional brasileira é objeto do passo seguinte da investigação, com o exame da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347/DF. Em seguida, à luz do método hipotético-dedutivo, observada a pesquisa doutrinária, é exposta a fundamentação teórico-normativa da referida técnica no Direito brasileiro, defendendo-se o entendimento segundo o qual ela representa a culminância da doutrina constitucional da efetividade. Feito isso, o estudo compulsa as principais críticas dirigidas à tese do estado de coisas inconstitucional pela doutrina pátria, concluindo pela improcedência das objeções aduzidas, tendo em vista os rigorosos pressupostos de incidência e limites impostos à sua aplicação. Finalmente, faz-se um esboço das perspectivas para o julgamento definitivo da ADPF nº 347/DF e conclui-se, em arremate da pesquisa empreendida, pela adequação da tese do estado de coisas inconstitucional à garantia da efetividade da Constituição brasileira.

Palavras-chave: Estado de coisas inconstitucional. Litígios de Direito Público. Sentenças estruturais. ADPF nº 347/DF. Sistema penitenciário brasileiro. Crise carcerária.

ABSTRACT

The paper examines the thesis of the unconstitutional state of affairs, seeking to investigate its applicability to the Brazilian constitutional order. By means of jurisprudential research, observing the inductive method, it identifies the remote origin of this decision-making technique in foreign law, appreciating, next, the decisions rendered on the matter by the Colombian Constitutional Court, responsible for its systematization. The movement of incorporation of the thesis by the Brazilian constitutional order is object of the next step of the investigation, with the examination of the decision pronounced by the Federal Supreme Court in the judgment of the ADPF n° 347/DF. Then, in the light of the hypothetical-deductive method, observed the doctrinal research, is exposed the theoretical-normative foundation of this technique in Brazilian Law, defending the understanding that it represents the culmination of the constitutional doctrine of effectiveness. After, the study compiles the main criticisms directed at the thesis of the unconstitutional state of affairs by the homeland doctrine, concluding that the objections adduced are inadmissible, in view of the strict assumptions of incidence and limits imposed on its application. Finally, it outlines the prospects for the final judgment of ADPF n° 347/DF and concludes by the adequacy of the thesis of the unconstitutional state of affairs to the guarantee of the effectiveness of the Brazilian Constitution.

Keywords: Unconstitutional state of affairs. Public Law litigation. Structural decisions. ADPF n° 347/DF. Brazilian prison system. Prison crisis.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 A GÊNESE JURISPRUDENCIAL DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO DIREITO COMPARADO.....	9
1.1 A origem remota da tese do estado de coisas inconstitucional na jurisprudência estrangeira.....	10
1.1.1 O caso Brown vs. Board of Education of Topeka	10
1.2 A sistematização do estado de coisas inconstitucional pela Corte Constitucional da Colômbia	12
1.2.1 A Sentença de Unificação (SU) – 559/1997.....	12
1.2.2 A Sentença de Tutela (T) – 153/1998.....	13
1.2.3 A Sentença de Tutela (T) – 025/2004.....	15
2 A ADPF/MC nº 347/DF E A IMPORTAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	19
2.1 Premissas fáticas.....	19
2.2 Fundamentos jurídicos do acórdão	22
2.2.1 Sucedâneos do estado de coisas inconstitucional no Direito brasileiro.....	22
2.2.2 Conceito e requisitos do estado de coisas inconstitucional no voto condutor.....	24
2.2.3 Os provimentos cautelares deferidos.....	26
2.2.4 As medidas cautelares indeferidas: inconsistências no acórdão examinado	28
3 A DOCTRINA BRASILEIRA DA EFETIVIDADE E OS FUNDAMENTOS PARA A RECEPÇÃO DA TESE DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL	30
3.1 A doutrina constitucional brasileira da efetividade	32
3.2 O caráter legiscêntrico da inconstitucionalidade por omissão.....	35
3.3 A técnica decisória do estado de coisas inconstitucional como culminância da doutrina brasileira da efetividade.....	37
4 CRÍTICAS E LIMITES À APLICAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL.....	40
4.1 As críticas à tese do estado de coisas inconstitucional.....	40
4.2 A conceituação do estado de coisas inconstitucional	42
4.3 Pressupostos aplicativos da tese do estado de coisas inconstitucional.....	44
4.4 Sentenças estruturais.....	45
4.5 Limites à aplicação da técnica do estado de coisas inconstitucional.....	46
5 O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: PERSPECTIVAS PARA O JULGAMENTO DEFINITIVO DA ADPF Nº 347/DF	49
CONCLUSÃO.....	Erro! Indicador não definido.
REFERÊNCIAS	55

INTRODUÇÃO

A encampação da tese do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347/DF, suscitou relevante discussão doutrinária sobre a aplicabilidade do precitado conceito à ordem constitucional brasileira, mormente no que concerne aos limites impostos pelo princípio da separação dos poderes. Malgrado a situação fática apreciada pelo Excelso Pretório evidenciasse indúvidosa afronta à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a importação da figura jurisprudencial sistematizada pela Corte Constitucional da Colômbia trouxe à baila uma plêiade de indagações sobre seus pressupostos e possibilidades aplicativas ante uma realidade fática marcada por um profundo hiato em face da normatividade constitucional.

Noutro giro, as críticas dirigidas ao denominado ativismo judicial agudizaram-se diante de um conceito cuja aparente maleabilidade possuiria potência usurpadora das atribuições competenciais próprias aos outros poderes, hábil a converter o Poder Judiciário em uma entidade formuladora e executora de políticas públicas, atuação para a qual não possuiria capacidade institucional.

Certo é, no entanto, que as normas constitucionais padecem de verdadeira síndrome de inefetividade em *terrae brasilis*, apurando-se, no mais das vezes, uma persistente e dilatada inércia dos poderes competentes em sua concretização. Logo, à luz do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais, uma postura de autocontenção perante situações fáticas de violação estrutural destes dispositivos não se mostraria consentânea ao traçado constitucional.

Nesse diapasão, a tese do estado de coisas inconstitucional (ECI), aplicada pelo Supremo Tribunal Federal diante das graves e generalizadas violações a direitos fundamentais ocasionadas pelas condições precárias do sistema penitenciário brasileiro, assoma como resposta possível ao referido quadro.

Todavia, impõe-se a definição precisa de seu suporte fático, bem assim a tratativa minudente de seus limites normativos, porquanto incabível convertê-la em método aplicável à solução de todas as mazelas da concretude constitucional brasileira. Deveras, a exacerbação do ativismo judicial já se provou refratária ao princípio democrático e à harmonia e independência dos poderes, não se prestando, tampouco, a resolver os imbróglis políticos em que se imiscuiu, considerada a incapacidade institucional do Poder Judiciário para o detalhamento meritório de políticas públicas.

Deste modo, há de averiguar se outras figuras doutrinárias e jurisprudenciais existentes, como a declaração de inconstitucionalidade por omissão e o apelo ao legislador, bastariam à proteção adequada da ordem constitucional, ou se, em determinados casos, a prolação de sentenças estruturais se afiguraria não apenas cabível como imperiosa.

Logo, assim se apresenta o problema a ser enfrentado no estudo que ora se empreende: a investigação sobre se a tese do estado de coisas inconstitucional guarda conformidade com a ordem constitucional brasileira, salvaguardando a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, sem, com isso, descurar da indeclinável primazia dos Poderes Legislativo e Executivo na formulação e execução de políticas públicas.

Para tanto, a opção metodológica empregada transita entre a metódica indutiva, empregada na análise da jurisprudência estrangeira e pátria, e a hipotético-dedutiva, tendo em vista o esclarecimento dos pressupostos e limites aplicativos do estado de coisas inconstitucional em face da dogmática constitucional brasileira. A pesquisa ostenta índole predominantemente teórica, centralizada em análise bibliográfica e jurisprudencial tencionada à compreensão do problema proposto (raciocínio jurídico-compreensivo).

Assim, no primeiro capítulo buscar-se-á elucidar que a tese do estado de coisas inconstitucional, muito embora tenha sido sistematizada pela jurisprudência da Corte Constitucional colombiana, não encontra seu nascedouro naquelas plagas, já tendo sido aplicada em outros Estados, sem, contudo, se empregar a nomenclatura alhures referenciada. Nesse sentido, sua latência no julgado proferido em *Brown vs. Board of Education of Topeka* pela Suprema Corte estadunidense será examinada.

A seguir, a sistematização e o amplo desenvolvimento conferidos à tese pela Corte colombiana serão estudados, com o exame das sentenças SU-559/1997, T-153/1998 e T-025/2004, tudo isso tendo em vista a elucidação dos supostos fáticos e normativos que originaram o entalhe do estado de coisas inconstitucional.

No segundo capítulo, discorrer-se-á sobre o movimento de recepção da tese em estudo pelo Supremo Tribunal Federal, explicitando o supedâneo fático e os fundamentos jurídicos do acórdão proferido na medida cautelar concedida no bojo da ADPF nº 347/DF, com a identificação dos parâmetros observados pela Corte em sua aplicação.

Ato contínuo, o terceiro capítulo buscará explicitar os fundamentos para a incorporação da tese do estado de coisas inconstitucional à ordem jurídica brasileira, sustentando que a precitada técnica decisória expressa a culminância da doutrina brasileira da efetividade das normas constitucionais.

Feito isso, o trabalho passará ao exame das principais críticas dirigidas à tese do estado de coisas inconstitucional pela doutrina pátria, buscando, em resposta àquelas, apresentar os pressupostos de incidência e os limites aplicativos da técnica decisória em estudo.

No quarto capítulo, serão expostas, com brevidade, as perspectivas para o julgamento definitivo da ADPF nº 347/DF pelo Supremo Tribunal Federal, à luz das premissas anteriormente fixadas.

Finalmente, o presente estudo monográfico alcançará uma conclusão sobre o problema proposto, isto é, acerca da aplicabilidade da tese do estado de coisas inconstitucional à ordem jurídica pátria, com a delimitação de seu âmbito de incidência, assim como a possibilidade de utilização do instituto para solucionar e remediar problemas vividos hodiernamente, como por exemplo, a crise carcerária.

1 A GÊNESE JURISPRUDENCIAL DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO DIREITO COMPARADO

O esforço jurídico-compreensivo a ser empreendido perante a técnica decisória do estado de coisas inconstitucional (ECI) não pode prescindir de necessária imersão em seu horizonte histórico-conceptivo, de molde a aclarar os pressupostos fáticos e jurídicos conducentes à sua lucubração. Demais disso, conforme observa Gadamer, a tarefa hermenêutica esboça uma permanente tensão entre texto e presente, afigurando-se impossível o adequado enfrentamento do problema proposto sem o recurso à rede referencial de sentido subjacente ao tema em comento.¹

Todo o encontro com a tradição realizado com consciência histórica experimenta por si mesmo a relação de tensão entre texto e presente. A tarefa hermenêutica consiste em não ocultar esta tensão em uma assimilação ingênua, mas em desenvolvê-la conscientemente. Esta é a razão por que o comportamento hermenêutico está obrigado a projetar um horizonte que se distinga do presente. A consciência histórica é consciente de sua própria alteridade e por isso destaca o horizonte da tradição com respeito ao seu próprio. Mas, por outro lado, ela mesma não é, como já procuramos mostrar, senão uma espécie de superposição sobre uma tradição que continua atuante, e por isso ela recolhe em seguida o que acaba de destacar, com o fim de intermediar-se consigo mesma na unidade do horizonte histórico que alcança dessa maneira. O projeto de um horizonte histórico é, portanto, só uma fase ou momento na realização da compreensão, não se prende na autoalienação de uma consciência passada, mas se recupera no próprio horizonte compreensivo do presente. Na realização da compreensão tem lugar uma verdadeira fusão horizontal que, com o projeto do horizonte histórico, leva a cabo simultaneamente sua suspensão.²

Nessas razões, o presente capítulo objetiva apreciar a origem jurisprudencial do estado de coisas inconstitucional no Direito Comparado. Por primeiro, será examinado com brevidade o caso *Brown vs. Board of Education*, julgado pela Suprema Corte Estadunidense em 1954, com o fito arquetípico de se mostrar que a prolação de decisórios estruturais não consubstancia inovação formulada pela Corte Constitucional colombiana. Ao revés, a figura do estado de coisas inconstitucional, conquanto assim denominada e sistematizada por este órgão judiciário, encontra antecedentes em decisórios paradigmáticos de situação temporal mais remota.

A contemplação do tratamento dispensado à técnica decisória em comento pela Corte Constitucional da Colômbia representará o passo seguinte. Diversas decisões proferidas por

¹ GADAMER, H. G. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3.ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

² *Ibid.*, p. 394.

aquele pretório serão compulsadas, tendo em vista corporificarem a fonte imediata da qual o Supremo Tribunal Federal pátrio se abeberou para a construção do *decisum* proferido na ADPF/MC nº 347/DF.

1.1 A origem remota da tese do estado de coisas inconstitucional na jurisprudência estrangeira

Apesar de o termo “estado de coisas inconstitucional” ter sido cunhado pela Corte Constitucional colombiana, os elementos essenciais dessa técnica decisória já foram adotados anteriormente pelos poderes judiciários de outros Estados. A reflexão supramencionada imbuí-se de pronunciada relevância hermenêutica ao se ter em consideração que, não raras vezes, a Ciência Jurídica se utiliza de “rótulos” ou nomenclaturas supostamente especializadas como instrumento de dominação. Com esteio em figuras dogmáticas esvaziadas semanticamente, se justificam os mais proeminentes arbítrios decisórios, daí decorrendo o arazoamento para os porvindouros parágrafos, qual seja, o de aclarar os pressupostos de incidência do “estado de coisas inconstitucional”, a fim de obstar que, sob um manejo equivocado da técnica, se estruture uma perigosa juristocracia.³

Desta feita, a mirada hermenêutica sobre o caráter antecedente da aplicação do estado de coisas inconstitucional em relação à sua denominação tem o condão de desvelar os elementos estruturantes que configuram seu âmbito normativo, cuja tessitura significativa se erige como limite à manipulação sofisticada do conceito.

Assim, como julgado paradigmático a esse respeito, tem-se o caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, o qual se passa a examinar.

1.1.1 O caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*

No caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, a Suprema Corte estadunidense se defrontou com quatro casos, oriundos dos estados de Kansas, Carolina do Sul, Virginia e Delaware, nos quais demandantes negros se insurgiam contra a segregação racial no sistema educacional norte-americano. Segundo os autores alegaram, a segregação ofendia a cláusula

³ Cf. MAUS, I. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. Revista Novos Estudos - CEBRAP, nº 58, nov. 2000.

de igual proteção contida na Décima-quarta emenda, porque negros e brancos desfrutavam, forçosamente, de uma formação educacional distinta.

Em cada um desses casos, minorias da raça negra, por meio de seus representantes legais, demandaram as Cortes com o fito de obterem a admissão nas escolas públicas de suas comunidades com base em critérios não-segregacionistas. Percorridas todas as instâncias judiciais inferiores, tiveram negada sua admissão às escolas frequentadas por crianças brancas, com base em leis que determinavam ou permitiam a segregação racial. Segundo alegaram os demandantes, essa segregação violava a cláusula de igual proteção contida na décima quarta emenda.⁴

Dois argumentos evidenciam de modo indubitável que a Corte de Warren, a despeito de não ter se valido da nomenclatura, aplicou técnica decisória equivalente ao estado de coisas inconstitucional. Em primeiro lugar, ao julgar os quatro feitos, a Corte observou que a violação massiva e generalizada à igual proteção atingia um número exacerbado de cidadãos norte-americanos, devendo a decisão proferida se estender a todos eles. Por outro lado, em *Brown vs. Board of Education II*, os juízes determinaram a realização de um conjunto de medidas concretas pelos órgãos e agentes públicos, tendo em vista a superação do estado de inconstitucionalidade.⁵

Destaque-se, nesse sentido, a ordem emitida às autoridades escolares, para que criassem mecanismos promotores da paulatina dessegregação racial nas escolas norte-americanas, delegando-se à magistratura federal o monitoramento e a fiscalização das providências adotadas. Com efeito, *Brown vs. Board of Education* assenta-se sobre um novo modelo de litigância, análogo àquele subjacente à técnica do estado de coisas inconstitucional:

Como ensina Fiss, o referido modelo de litigância surge no direito norte-americano como uma ferramenta necessária para implementar a decisão tomada pela Suprema Corte em *Brown v. Board of Education*. O esforço de traduzir essa decisão para a prática institucional e social do país representou uma radical transformação do status quo, enfrentando formas difusas de resistência. Efeito tão intenso não poderia ser atingido através de uma decisão que, pura e simplesmente, declarasse a inconstitucionalidade de uma prática. Por esse motivo, em decisão proferida pela Suprema Corte no ano seguinte à inicial – conhecida como *Brown II*, de 1955 – foi atribuída às autoridades escolares a responsabilidade por criar mecanismos que

⁴ “In each of the cases, minors of the Negro race, through their legal representatives, seek the aid of the courts in obtaining admission to the public schools of their community on a nonsegregated basis. In each instance, they had been denied admission to schools attended by white children under laws requiring or permitting segregation according to race. This segregation was alleged to deprive the plaintiffs of the equal protection of the laws under the Fourteenth Amendment” (tradução nossa). ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Brown vs. Board of Education of Topeka*. 347, U.S. 483, 1954. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/case.html>>. Acesso em 16 jan. 2017.

⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Brown vs. Board of Education of Topeka*. 347, U.S. 483, 1954. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/case.html>>. Acesso em 16 jan. 2017.

tornassem possível a dessegregação racial no sistema de ensino público americano, decidindo-se, ainda, que caberia ao poder judiciário federal em escala nacional as tarefas de monitorar as providências a serem adotadas e combater abusos e obstruções à decisão. Com a adoção desse modelo decisório, assume o judiciário um papel de motor de reformas das instituições públicas. Essa forma de jurisdição é considerada o protótipo do modelo decisório associado ao reconhecimento de estados de coisas inconstitucionais, defendendo-se a sua incorporação em outros países.⁶

Assim, incontroversa a presença de um litígio estrutural, para o qual foi prolatada uma sentença de mesmo jaez, tendo como fulcro a violação ampla e persistente de direitos fundamentais pelos diversos núcleos do poder. Para além do efeito declaratório da incompatibilidade entre a segregação racial no sistema educacional e a décima-quarta emenda, a Suprema Corte norte-americana atribuiu à decisão invidiosa ordem sistemática de formulação de políticas públicas, transcendente ao mero efeito mandamental, porque dirigida a um amplo conjunto de órgãos públicos e elaboradora de um quadro amplo, porém flexível, de ações institucionais, a ser colmatado pelos agentes competentes e submetido à revisão judicial com esteio no mecanismo da retenção de jurisdição.

1.2 A sistematização do estado de coisas inconstitucional pela Corte Constitucional da Colômbia

A Corte Constitucional da Colômbia foi a responsável por conferir cientificidade à técnica decisória do estado de coisas inconstitucional, cuja nomenclatura idealizou. Decerto, pode-se asseverar que antes do entalhe de seus precedentes tal procedimento consubstanciava uma *práxis* casuística, desprovida de contornos teóricos abstratos. A seguir, serão examinados três de seus julgados mais relevantes sobre a temática.

1.2.1 A Sentença de Unificação (SU) – 559/1997

A sentença de unificação (SU) – 599/1997 representou a primeira oportunidade na qual a Corte Constitucional colombiana declarou, expressamente, o estado de coisas inconstitucional. *In casu*, 45 professores dos municípios de María La Baja e Zambrano tiveram seus direitos previdenciários negados pelas autoridades locais. Ao se debruçar sobre a matéria de fato, a Corte verificou que a negativa atingia um número assaz superior de

⁶ PEREIRA, J. R. G; GONÇALVES, G. A. *Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição*. *Revista Juris Poiesis*, Salvador, ano 18, n. 18, jan./dez. 2015, p. 149.

profissionais da educação em relação aos demandantes, constatando a omissão de diversos órgãos e agentes na concretização dos comandos constitucionais.⁷

Logo, pouco ou nada adiantaria a emissão de um comando sentencial condenatório a uma obrigação de fazer dirigido a determinada repartição da estrutura administrativa. A uma, porque o litígio transcendia as partes demandantes, atingindo um número exacerbado de sujeitos, que ulteriormente se dirigiriam ao Poder Judiciário para buscar a satisfação de suas pretensões. A duas, visto que a violação massiva e generalizada aos direitos fundamentais previdenciários decorria de omissões dos diversos poderes constituídos, consubstanciando uma falha estrutural da organização político-jurídica, a qual somente poderia ser sanada mediante um plano de ação coordenado dos diversos níveis de poder.

Conforme os juízes constitucionais colombianos observaram, a política alocativa de subsídios educacionais possuía uma estrutura desigual, legando algumas entidades territoriais destituídas de recursos para o cumprimento das normas previdenciárias, dada a distorção distributiva verificada no cerne do governo central. Diante disso, para além de garantir os direitos subjetivos dos litigantes, a Corte deliberou pela proteção da dimensão objetiva dos direitos fundamentais postos em jogo.⁸

Assim, com fulcro na existência de um “dever de colaboração” do Poder Judiciário perante os demais poderes, declarou a existência de um estado de coisas inconstitucional, determinando aos municípios que se encontravam em situação análoga à dos demandados a supressão da inconstitucionalidade em um prazo razoável. Com vistas ao desate do imbróglio concernente à iniquidade distributiva, emitiu ordens aos Ministros da Educação e da Fazenda, ao Diretor do Departamento Nacional de Planejamento, aos Governadores e Assembleias, aos Prefeitos e aos Conselhos Municipais para a adoção das medidas práticas e orçamentárias necessárias para que os municípios pudessem saldar suas obrigações.⁹

1.2.2 A Sentença de Tutela (T) – 153/1998

Tema semelhante ao posteriormente versado na ADPF nº 347/DF foi discutido neste julgado. A superlotação dos presídios de Bogotá e de Bellavista de Medellín ensejou a propositura da ação originária do feito, tendo a Corte Constitucional observado que as

⁷ COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia SU-559 de 1997*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em 16 jan. 2017.

⁸ COLÔMBIA, 1997, passim.

⁹ COLÔMBIA, 1997, passim.

precárias condições dos dois presídios se repetiam na maior parte dos estabelecimentos prisionais colombianos, conforme apurado em inspeções realizadas no curso da ação:

As inspeções permitiram à comissão judicial chegar à conclusão de que as condições de reclusão nos dois presídios visitados são absolutamente desumanas, indignas de uma pessoa humana, qualquer que seja sua classe social. As condições de albergamento dos detentos são motivos de vergonha para um Estado que proclama seu respeito pelos direitos das pessoas e seu compromisso com a população marginalizada.¹⁰

Com efeito, defrontado com a denominada “tragédia diária dos cárceres”, o órgão jurisdicional declarou o estado de coisas inconstitucional. Entre os fundamentos elencados, destaca-se a ausência de provimentos legislativos destinados à melhoria das condições penitenciárias, bem como a inexistência de políticas públicas voltadas a este fim.

Deveras, ante a verificação de pujantes bloqueios institucionais para a tratativa do problema nas outras esferas de poder, considerada a impopularidade eleitoral da matéria, outra alternativa não vislumbrou a Corte que não a prolação de uma sentença estrutural, porquanto presentes os pressupostos de incidência da técnica decisória *sub examine*, assim sumarizados no julgado:

Violação sistemática de direitos fundamentais, falhas estruturais das políticas públicas no país, a necessidade imperiosa do trabalho conjunto de diversas autoridades públicas, assim como a verificação do ajuizamento de múltiplas ações de tutela para a defesa dos direitos fundamentais.¹¹

Em arremate do caso, os juízes constitucionais decidiram por ordenar a elaboração de um plano nacional de construção e reparação de unidades carcerárias por parte do governo nacional. Determinaram, outrossim, a alocação dos recursos orçamentários necessários à execução dos projetos e a criação de presídios próprios pelos governadores das entidades territoriais. Por fim, prescreveram a adoção de medidas pelo Presidente da República, a fim de obstar a violação massiva à dignidade e à integridade física dos apenados.¹²

¹⁰ “Las inspecciones le permitieron a la comisión judicial llegar a la conclusión de que las condiciones de reclusión en las dos cárceles citadas son absolutamente infrahumanas, indignas de una persona humana, cualquiera sea su condición personal. Las condiciones de albergue de los internos son motivo de vergüenza para un Estado que proclama su respeto por los derechos de las personas y su compromiso con los marginados” (tradução nossa). COLÔMBIA. *Sentencia T-153 de 1998c*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm>>. Acesso em 16 jan. 2017.

¹¹ “Violación sistemática de los derechos fundamentales, fallas estructurales de las políticas públicas en el país, la necesidad imperiosa del trabajo en conjunto de diversas autoridades públicas, así como la verificación de la presentación múltiple de acciones de tutela para la defensa de los derechos fundamentales” (tradução nossa). COLÔMBIA, 1998c.

¹² *Ibid.*

Os comandos estruturais exarados pela Corte não obtiveram êxito, porém. Ausentes mecanismos de monitoramento e fiscalização de cumprimento das decisões pelos agentes políticos, o estado de coisas inconstitucional persistiu.¹³ Logo, o grande contributo deste caso foi realçar a indissociabilidade entre sentenças estruturais e sistemas institucionais de checagem de seu cumprimento, sob pena de inocuidade do pronunciamento jurisdicional.

1.2.3 A Sentença de Tutela (T) – 025/2004

Trata-se do decisório mais relevante proferido pela Corte Constitucional colombiana referente à tese do estado de coisas inconstitucional. Originado de 108 ações de tutela propostas por 1.150 famílias refugiadas (*desplazadas*) em razão da guerra do narcotráfico, especialmente pela atuação perniciosa das FARC (Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia), reclamava a adoção de providências por parte dos diversos órgãos e agentes políticos no sentido de se estabelecer uma política nacional de acomodação e atendimento às famílias deslocadas, pondo termo às graves e persistentes violações aos direitos fundamentais de seus membros.¹⁴

Ao examinar a ordem jurídica colombiana e a atuação dos poderes constituídos no tocante à matéria, a Corte observou a existência de verdadeira invisibilidade social em relação aos refugiados. Noutros termos: o debate político nacional se mostrava alheio às suas precárias condições existenciais e inexistiam programas governamentais operantes direcionados à sua assistência.¹⁵ Por essa razão, os juízes constitucionais colombianos apreciaram se a situação fática corporificava um estado de coisas inconstitucional, dissertando, para tanto, sobre os pressupostos teóricos de incidência normativa da sobredita figura jurídica, assim explicitados na sentença:

Dentre os fatores valorados pela Corte para definir se existe um estado de coisas inconstitucional, cabe destacar os seguintes: (i) a violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais que afeta um número significativo de pessoas; (ii) a omissão prolongada das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantir tais direitos; (iii) a adoção de práticas inconstitucionais, como a incorporação da via judicial como parte do procedimento para garantir o direito violado; (iv) a não expedição de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias necessárias para evitar a violação dos direitos; (v) a existência de um problema social cuja solução reclama a intervenção de vários órgãos e agentes

¹³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 128 et seq.

¹⁴ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y Cambio Social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: De Justicia, 2010, p. 79.

¹⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Disponível em: <<http://jota.info/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

públicos, requer a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações e exige um nível de recursos que demanda um esforço orçamentário adicional relevante; (vi) se todas as pessoas afetadas pelo mesmo problema recorressem à justiça para obter a proteção de seus direitos, isso produziria um abarrotamento de processos no Poder Judiciário.¹⁶

À luz de tais premissas, a Corte Constitucional reputou presentes os pressupostos do estado de coisas inconstitucional na espécie. O acervo número de ações de tutela propostas pela população refugiada (108, apenas no feito julgado pela Corte), corroborava que as violações a direitos fundamentais, destacadamente aos direitos à moradia, à vida, à liberdade e à alimentação, entre outros, afetavam um número significativo de pessoas, consoante consignou a sentença:

Desde 1997, quando a Corte abordou pela primeira vez a gravíssima situação dos deslocados pelo narcotráfico na Colômbia, foram proferidos dezessete decisões para proteger algum ou vários dos seguintes direitos: (i) em três ocasiões para proteger a população deslocada contra atos de discriminação; (ii) em cinco ocasiões para proteger a vida e a integridade física; (iii) em seis ocasiões para garantir o acesso efetivo aos serviços de saúde; (iv) em cinco casos para proteger o direito ao mínimo vital, garantindo o acesso aos programas de auxílio financeiro; (v) em duas situações para proteger o direito à moradia; (vi) em um caso para proteger a liberdade de locomoção; (vii) em nove ocasiões para garantir o acesso ao direito à educação; (viii) em três casos para proteger os direitos das crianças; (ix) em dois casos para proteger o direito à escolha do domicílio (x) em duas oportunidades para proteger o direito ao livre desenvolvimento da personalidade; (xi) em três ocasiões para proteger o direito ao trabalho; (xii) em três situações para garantir o acesso à ajuda humanitária de emergência; (xiii) em três casos para proteger o direito de petição relacionado com a solicitação de acesso a alguns dos programas de atenção à população deslocada; (xiv) em sete ocasiões para evitar que a exigência de registro como deslocado impedisse o acesso aos programas governamentais de assistência.¹⁷

¹⁶ “Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, cabe destacar los siguientes: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial” (tradução nossa). COLÔMBIA. *Sentencia T-025 de 2004*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em 16 jan. 2017, tradução nossa.

¹⁷ “Desde 1997, cuando la Corte abordó por primera vez la gravísima situación de los desplazados en Colombia, la Corte ha proferido 17 fallos para proteger alguno o varios de los siguientes derechos: (i) en 3 ocasiones para proteger a la población desplazada contra actos de discriminación; (ii) en 5 eventos para proteger la vida e integridad personal; (iii) en 6 ocasiones para garantizar el acceso efectivo a los servicios de salud; (iv) en 5 casos para proteger el derecho al mínimo vital garantizando el acceso a los programas de restablecimiento económico; (v) en 2 eventos para proteger el derecho a la vivienda; (vi) en un caso para proteger la libertad de locomoción; (vii) en 9 ocasiones para garantizar el acceso al derecho a la educación; (viii) en 3 casos para proteger los derechos de los niños; (ix) en 2 casos para proteger el derecho a escoger su lugar de domicilio; (x) en 2 oportunidades para proteger el derecho al libre desarrollo de la personalidad; (xi) en 3 ocasiones para proteger el derecho al trabajo; (xii) en 3 eventos para garantizar el acceso a la ayuda humanitaria de emergencia; (xiii) en 3 casos para proteger el derecho de petición relacionado con la solicitud de acceso a alguno de los programas de

Ademais, as vulnerações a direitos fundamentais ocorridas não eram imputáveis a apenas um órgão ou entidade da administração pública colombiana, resultando da inação de diversos espaços institucionais, a evidenciam uma falha estrutural grave no sistema protetivo das populações refugiadas, que somente poderia ser sanada mediante um plano conjunto e coordenado de ações envolvendo os diversos níveis da administração e da legislatura. Em suma, assim pontificou a Corte sobre a constatação de um estado de coisas inconstitucional na quadratura fática compulsada:

Vários elementos confirmam a existência de um estado de coisas inconstitucional em relação à situação da população internamente deslocada em razão da guerra do narcotráfico. Em primeiro lugar, a gravidade da situação de vulneração de direitos enfrentada pela população deslocada foi expressamente reconhecida pelo legislador colombiano ao definir a condição de deslocado, e ressaltar a violação massiva de múltiplos direitos. Em segundo lugar, outro elemento que confirma a existência de um estado de coisas inconstitucional em matéria de deslocamento forçado é o elevado volume de ações de tutela propostas pelos deslocados para obter as diversas ajudas e o incremento das mesmas. Em terceiro lugar, os processos reunidos na presente ação de tutela confirmam este estado de coisas inconstitucional e assinalam que a violação de direitos afeta boa parte da população deslocada, em vários lugares do território nacional, e que as autoridades se omitiram em adotar as medidas corretivas necessárias. Em quarto lugar, a persistência da violação de tais direitos não é imputável a uma única entidade. Em quinto lugar, a vulneração dos direitos dos deslocados repousa em fatores estruturais enunciados no anexo de número seis destes autos, no qual se destaca a falta de correspondência entre o que dizem as normas e os meios para cumpri-las, aspecto que adquire maior importância quando se observa a insuficiência de recursos dada a evolução do problema do deslocamento e se aprecia a magnitude do problema frente à capacidade institucional para responder oportuna e eficazmente a ele. Em conclusão, a Corte declarará formalmente a existência de um estado de coisas inconstitucional relativo às condições de vida da população internamente deslocada. Por isso, tanto as autoridades nacionais como as territoriais, dentro da órbita de suas competências, devem adotar as medidas corretivas que permitam superar esse estado de coisas.¹⁸

atención a la población desplazada; y (xiv) en 7 ocasiones para evitar que la exigencia del registro como desplazado impidiera el acceso a los programas de ayuda” (tradução nossa). COLÔMBIA, 2004.

¹⁸ “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 adquire una especial dimensión cuando se mira la insuficiencia de recursos dada la evolución del problema de desplazamiento y se aprecia la magnitud del problema frente a la capacidad institucional para responder oportuna y eficazmente a él. En conclusión, la Corte declarará formalmente la existencia de un estado de cosas inconstitucional relativo a las condiciones de vida de la población internamente desplazada. Por ello, tanto las autoridades nacionales como las

Ante o exposto, a Corte declarou o estado de coisas inconstitucional e proferiu uma sentença estrutural, determinando a destinação de recursos orçamentários para atendimento às populações deslocadas, a formulação de novas políticas públicas e de um novo marco regulatório legal protetivo aos direitos individuais dos refugiados e à dimensão objetiva dessas normas. Ressalte-se que os juízes constitucionais não detalharam o mérito das medidas legislativas e administrativas ordenadas, preservando as competências titularizadas pelos poderes Legislativo e Executivo para procedê-lo.

A grande novidade da Sentença T-025/2004, no entanto, foi a idealização do instituto da retenção de jurisdição. Isto é, se o princípio da separação dos poderes impede que o Poder Judiciário formule diretamente as políticas públicas e os diplomas legislativos destinados à superação do estado de coisas inconstitucional, como garantir que os órgãos competentes cumprirão satisfatoriamente as ordens judiciais exaradas? À vista deste problema, a Corte estabeleceu um programa de monitoramento dos efeitos da decisão judicial, com a periódica realização de audiências públicas orientadas à verificação dos resultados colhidos, reservando para si a possibilidade de impor penalidades ou determinar novas medidas, em caso de cumprimento insatisfatório do *decisum*.

Neste passo, é possível esboçar a conclusão preliminar de que o sucesso haurido na implementação da Sentença T-025/2004 deveu-se à ótima harmonização entre o princípio da separação dos poderes e a proteção à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, obtida, de um lado, com manutenção do espaço de discricionariedade dos órgãos competentes para o cumprimento das ordens judiciais, cujos enunciados não desceram ao detalhamento das políticas públicas determinadas, e, por outro lado, com o instituto da retenção de jurisdição, a obstar que aqueles atores convertessem tal discricionariedade em nova inação ou em atuação deficiente.

2 A ADPF/MC nº 347/DF E A IMPORTAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A medida cautelar deferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal no bojo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347/DF notabilizou-se por corporificar a importação da técnica decisória do estado de coisas inconstitucional para a ordem jurídica brasileira. Nas linhas seguintes, pretende-se apreciar o referido movimento de incorporação, com o fito de se colher os pressupostos esboçados pelo Excelso Pretório para a aplicação da tese, averiguando, outrossim, em que medida o decisório pátrio coincidiu com a tratativa dispensada à matéria por parte da Corte Constitucional colombiana.

2.1 Premissas fáticas

A ADPF nº 347/DF foi proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) após representação da Clínica de Direitos Humanos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) atinente às precárias condições do sistema prisional brasileiro. Patrocinada pelo Professor Dr. Daniel Sarmiento, a ação propugna que a situação carcerária do Brasil consubstancia um estado de coisas inconstitucional, requerendo a imposição de um conjunto de obrigações ao Poder Público.

Em suma, o proponente da ação sustenta que a situação calamitosa dos presídios nacionais viola o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CRFB/1988), bem como uma vasta gama de direitos e garantias fundamentais, quais sejam: a vedação de tortura e tratamento desumano ou degradante (art. 5º, inc. III), a proibição de penas cruéis (art. 5º, inc. XLVII, alínea “e”), a garantia de respeito à integridade física e moral do preso (art. 5º, inc. XLIX), o direito de acesso à justiça (art. 5º, inc. XXXV), o devido processo legal (art. 5º, inc. LIV e LV), a presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII) e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança (art. 6º).

Conforme aduz a petição inicial da lavra do ilustre constitucionalista, o número atual de presos no Brasil ultrapassa 560.000, ao passo que o número de vagas soma pouco mais de 350.000. Tais estatísticas bastam para corroborar uma realidade consabida: a superlotação dos presídios brasileiros. Demais disso, 41% dos presos brasileiros são provisórios, isto é, não possuem contra si sentença penal condenatória transitada em julgado, ou, conforme o mais

recente entendimento do Supremo Tribunal Federal, acórdão condenatório de segundo grau contra o qual caibam apenas os recursos extraordinários (gênero).¹⁹

Em inspeções realizadas em diversos presídios brasileiros, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) observou a existência de celas superlotadas, com detentos amontoados, sem camas ou colchões. Outra pesquisa referenciada na exordial, empreendida pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), verificou que, entre 1.589 estabelecimentos prisionais visitados, 780 não possuíam camas e 365 não ofereciam colchões para todos os detentos. Noutra giro, 1.099 deles não dispunham de água quente para banho e 636 não forneciam produtos de higiene pessoal. A ausência de bibliotecas e de locais para a atividade desportiva alcançava, respectivamente, 60% e 47% dos presídios, sendo que 10% sequer contavam com locais para banho de sol. A esses fatos, somam-se a ausência da separação entre presos definitivos e provisórios, a inexistência de assistência jurídica aos reclusos e de prestação de serviços de saúde e de alimentação adequada.²⁰

Destarte, a proliferação de doenças infectocontagiosas, a reiteração de massacres e motins, como os ocorridos no Presídio de Pedrinhas, no Maranhão, no Complexo Penitenciária Anísio Jobim (COMPAJ), em Manaus/AM, e na penitenciária de Alcaçuz/RN, aliados ao elevado índice de reincidência dos egressos, denotam a falência generalizada do sistema penitenciário brasileiro. Como causas desse contexto fático de violação massiva de direitos e garantias fundamentais, o demandante aponta a omissão e a atuação deficiente nos diversos níveis da administração pública, da legislatura e do Poder Judiciário. Nesse diapasão, o contingenciamento permanente de recursos do FUNPEN (Fundo Penitenciário Nacional) pelo Executivo federal, assim como o abuso na decretação das prisões preventivas pelos magistrados, revelam uma falha estrutural na política carcerária, somente passível de enfrentamento pelo manejo excepcional da técnica decisória do estado de coisas inconstitucional.

Dada a gravidade e premência na resolução do quadro narrado, o partido arguente requereu o deferimento de um conjunto de medidas de natureza cautelar, a seguir relacionadas:

¹⁹ Dados extraídos do voto proferido pelo Min. Marco Aurélio Mello, relator da Arguição de Descumprimento Fundamental (ADPF) nº 347 no Supremo Tribunal Federal. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. *Diário da Justiça*, Brasília, 19 de fevereiro de 2016.

²⁰ Dados extraídos do voto proferido pelo Min. Marco Aurélio Mello, relator da Arguição de Descumprimento Fundamental (ADPF) nº 347 no Supremo Tribunal Federal. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. *Diário da Justiça*, Brasília, 19 de fevereiro de 2016.

[...] Requer o Arguente, com fundamento no art. 5o da Lei no 9.882/99, a concessão de medida cautelar, a fim de que esta Corte Suprema, até o julgamento definitivo da ação:

- a) Determine a todos os juízes e tribunais que, em cada caso de decretação ou manutenção de prisão provisória, motivem expressamente as razões que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.
- b) Reconheça a aplicabilidade imediata dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, determinando a todos os juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão.
- c) Determine aos juízes e tribunais brasileiros que passem a considerar fundamentadamente o dramático quadro fático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal.
- d) Reconheça que como a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica, a preservação, na medida do possível, da proporcionalidade e humanidade da sanção impõe que os juízes brasileiros apliquem, sempre que for viável, penas alternativas à prisão.
- e) Afirme que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos do preso, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, visando assim a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção.
- f) Reconheça que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abater tempo de prisão da pena a ser cumprida, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, de forma a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção.
- g) Determine ao Conselho Nacional de Justiça que coordene um ou mais mutirões carcerários, de modo a viabilizar a pronta revisão de todos os processos de execução penal em curso no país que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas “e” e “f” acima.
- h) Imponha o imediato descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, e vede à União Federal a realização de novos contingenciamentos, até que se reconheça a superação do *estado de coisas inconstitucional* do sistema prisional brasileiro.²¹

Como a ressaltar o perfeito amoldamento dos fatos descritos na petição inicial à hipótese de incidência do estado de coisas inconstitucional, o arguente ressaltou a existência de inegáveis bloqueios institucionais à resolução da questão prisional brasileira, porquanto indubitável que os atores políticos não desejam para si o ônus de atuarem em prol da melhoria nas condições dos presídios, postura mal vista pela ignara opinião pública, a qual não vislumbra nos detentos sujeitos dignos à destinação dos escassos recursos públicos. De mais a mais, a exordial reporta-se a todo instante à Sentença T – 153/1998, proferida pela Corte Constitucional colombiana em caso análogo.

²¹ Petição Inicial apresentada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) na ADPF nº 347/DF. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2016.

2.2 Fundamentos jurídicos do acórdão

Inicialmente, cabe assinalar que o acórdão proferido pelo plenário do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 347 cingiu-se ao exame da medida cautelar, estando pendente de análise os pedidos meritórios. Nada obstante, dada a latitude dos pleitos cautelares examinados e a expressa referência à tese do estado de coisas inconstitucional, adotada pelo voto do relator e acompanhada, de modo igualmente peremptório, pela maioria da Corte evidenciam tratar-se do marco de incorporação do presente objeto de estudo ao ordenamento jurídico brasileiro. Não se quer dizer, com isso, que tenha sido a primeira oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal aplicou a precitada técnica decisória, mas, decerto, se trata de sua primeira encampação reflexiva, na qual a Corte manifestou expressa adesão à sua existência e aos seus pressupostos normativos. Passa-se, pois, ao exame individualizado dos principais aspectos vislumbrados no *decisum* em comento.

2.2.1 Sucedâneos do estado de coisas inconstitucional no Direito brasileiro

Relevante discussão sobre os antecedentes da incorporação expressa da técnica do estado de coisas inconstitucional pela jurisprudência brasileira é coligida ao voto lavrado pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes. De fato, se as situações fáticas ensejadoras da declaração do estado de coisas inconstitucional não representam novidade na contextura brasileira, é de se indagar como o sistema jurídico decodificava tais *inputs* até então. Ao contrário do que se poderia intuir, o abstencionismo judicial não foi a única postura decisória adotada. Em diversas oportunidades, o Supremo Tribunal Federal se valeu de outros instrumentos jurídicos com vistas à superação do que hodiernamente se designa por estado de coisas inconstitucional.

Consoante observa Mendes, a representação interventiva foi empregada em algumas ocasiões para sanar situações de fato sistematicamente refratárias à normatividade constitucional. Assim, por exemplo, na Intervenção Federal nº 114/MT, referente ao linchamento de criminosos pela população local de Matupá/MT, o STF, contra a dogmática vigente, que preconizava a exclusividade do controle sobre atos normativos, determinou a

observância de medidas tendentes à resolução da crise instaurada, como a designação de juízes e promotores para a comarca.²²

À luz desse instrumental, também foram propostas a Intervenção Federal nº 5.129²³, atinente ao presídio de Urso Branco, em Rondônia, e a Intervenção Federal nº 5.179²⁴, concernente ao “caso Arruda”, em que a corrupção sistêmica nos poderes Executivo e Legislativo do Distrito Federal subsidiaram o pleito de imposição de um conjunto de políticas dirigidas ao desenlace do impasse verificado.

Destarte, o que se observa é o reconhecimento atécnico do estado de coisas inconstitucional como situação de fato, excepcionalidade alheia aos conceitos jurídicos próprios à dogmática constitucional tradicional, adstrita ao controle de atos normativos ou, quando muito, ao controle pontual de políticas públicas, despido do caráter sistêmico que singulariza o objeto deste estudo. Daí decorria, igualmente, uma hesitação da Corte que, no mais das vezes, não proferia sentenças estruturais, oscilando entre o apelo ao legislador ou ao administrador e a concretização integral dos planos de ação, extremos que, como se verá, destoam da técnica decisória em apreço.

Não se pode olvidar, entretanto, da modulação de efeitos nas ações diretas de inconstitucionalidade nºs 4357²⁵ e 4425,²⁶ nas quais se declarou parcialmente inconstitucional o regime especial de pagamento de precatórios estabelecido pela Emenda Constitucional nº 62/2009. Aqui não se cuidou propriamente de uma situação de fato de sistemática vulneração de direitos fundamentais decorrente de uma falha estrutural dos poderes constituídos, restando afastada a configuração do estado de coisas inconstitucional como realidade. Por outro lado, uma sentença estrutural foi proferida, tendo este sido aplicado como técnica decisória, conforme trecho do acórdão a seguir reproduzido:

[...]6. Delega-se competência ao Conselho Nacional de Justiça para que considere a apresentação de proposta normativa que discipline (i) a utilização compulsória de 50% dos recursos da conta de depósitos judiciais tributários para o pagamento de precatórios e (ii) a possibilidade de compensação de precatórios vencidos, próprios ou de terceiros, com o estoque de créditos inscritos em dívida ativa até 25.03.2015, por opção do credor do precatório.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Intervenção Federal nº 114/MT. Relator: Ministro Néri da Silveira. *Diário da Justiça*, Brasília, 27 de setembro de 1996.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Intervenção Federal nº 5.129/RO.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Intervenção Federal nº 5.179/DF. Relator: Ministro César Peluso. *Diário da Justiça*, Brasília, 07 de outubro de 2010.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4357/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. *Diário da Justiça*, Brasília, 05 de agosto de 2015.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4425/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. *Diário da Justiça*, Brasília, 04 de agosto de 2015.

7. Atribui-se competência ao Conselho Nacional de Justiça para que monitore e supervisione o pagamento dos precatórios pelos entes públicos na forma da presente decisão.²⁷

Conforme se depreende do excerto do aresto referenciado, o encaminhamento conferido à modulação de efeitos pelo Ministro Luís Roberto Barroso, e acolhido pelo relator da ação, orientou-se no sentido de traçar as balizas norteadoras de um projeto normativo a ser elaborado pelo CNJ, órgão ao qual se confiou o monitoramento do pagamento dos precatórios pelos entes públicos, em adaptação da figura da retenção de jurisdição.

Todavia, como já salientado, a ausência de enquadramento da situação de fato e de suas consequências jurídicas ao cipoal dogmático do Direito Constitucional, com a conseguinte reflexividade sobre seus pressupostos e limites aplicativos, para além de abrir ensanchas para o arbítrio decisório, convertendo as decisões daí derivadas em potenciais arroubos ativistas, vislumbrados como provimentos de exceção situados à margem da normatividade jurídica, poderia fortificar as críticas à postura concretizadora do texto constitucional, desencadeando um movimento pernicioso de extremada autocontenção e consequente perda da força normativa da Constituição. Disso deflui o particular avanço que, em relação a este ponto, consubstanciou a importação da tese ora analisada.

2.2.2 Conceito e requisitos do estado de coisas inconstitucional no voto condutor

O voto proferido pelo relator, Min. Marco Aurélio Mello, tece copiosas considerações de natureza doutrinal sobre a figura do estado de coisas inconstitucional. Em constante remissão aos julgados da Corte Constitucional colombiana, apropria-se da definição e dos requisitos delineados por aquele órgão jurisdicional para a verificação do suporte fático de sua incidência normativa. Nesse sentido, a situação de violação generalizada de direitos fundamentais, a inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificá-la e a indispensabilidade da atuação de uma pluralidade de agentes e órgãos estatais para superá-la são elencadas como requisitos necessários e cumulativos à aplicação do estado de coisas inconstitucional.

Ao subsumir a narrativa fática esposada na exordial à hipótese normativa da técnica decisória aludida, o relator novamente remete à tratativa colombiana da matéria, consoante se infere do seguinte trecho do acórdão:

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2015.

[...] SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTACÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.²⁸

Num movimento de aproximação à tradição jurídica brasileira, o voto condutor remete a uma decisão de relatoria do jurista Aliomar Baleeiro, então ministro do STF, sobre a disciplina por decreto-lei da purgação da mora em contratos de locação comercial. Ao rechaçar o enquadramento à competência legislativa do Chefe do Executivo para assuntos vinculados à segurança nacional, o jurista, a fim de definir o conceito “segurança nacional”, empregou um método negativo, excluindo as situações notoriamente alheias à matéria.²⁹

Mutatis mutandis, o Min. Marco Aurélio Mello asseverou que procedimento análogo deve plasmar a análise das situações fáticas *prima facie* caracterizáveis como estado de coisas inconstitucional. Logo, sempre haverá uma zona de penumbra na qual situações duvidosas, como violência urbana e problemas de saneamento básico, não encontrarão amoldamento seguro à figura jurídica compulsada. Nesses casos, dada a excepcionalidade interventiva que representa a técnica decisória em exame, desautorizada estará sua declaração. Contudo, segundo pontifica o relator, é óbvio e manifesto o abandono generalizado que vitima o sistema prisional brasileiro e a sua definição como um estado de coisas inconstitucional:

Ante os pressupostos formulados pela Corte Constitucional da Colômbia para apontar a configuração do “estado de coisas inconstitucional”, não seria possível indicar, com segurança, entre os muitos problemas de direitos enfrentados no Brasil, como saneamento básico, saúde pública, violência urbana, todos que se encaixariam nesse conceito. Todavia, as dificuldades em se definir o alcance maior do termo não impedem, tendo em conta o quadro relatado, seja consignada uma zona de certeza positiva: o sistema carcerário brasileiro enquadra-se na denominação de “estado de coisas inconstitucional”.³⁰

Quanto aos limites a serem observados na aplicação da técnica decisória, o ministro relator ponderou que as determinações dirigidas aos poderes constituídos não podem ser por demais detalhistas. Há que se restringir seu espectro à emissão de ordens de formulação de políticas públicas segundo determinadas diretrizes. Isto é, não cabe ao Supremo Tribunal

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2016.

²⁹ Ibid.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2016.

Federal definir o conteúdo das políticas públicas a serem implementadas, impondo-se a preservação de certa margem de discricionariedade aos atores políticos competentes a tal mister.

Desta feita, as ordens emitidas não de ser de natureza flexível. A atuação da Corte qualifica-se, assim, como catalisadora e coordenadora de esforços para a superação dos bloqueios institucionais que obstavam a concretização dos comandos constitucionais, e não como formuladora das políticas públicas mesmas. A retenção de jurisdição, tal qual pensada na ordem colombiana, merece adoção, sobretudo para assegurar o cumprimento das obrigações impostas ao Estado. Alcança-se, assim, a concordância prática entre os princípios da separação dos poderes e democrático, e a máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Sobreleva notar que as considerações acima analisadas compõem a fundamentação teórica do voto condutor, o que não implica asseverar que sua aplicação aos fatos especificados ocorreu de modo escorreito. Isso será objeto de reflexão nos parágrafos seguintes.

2.2.3 Os provimentos cautelares deferidos

Reconhecido o estado de coisas inconstitucional relativamente à situação fática calamitosa do sistema prisional brasileiro, o plenário do Supremo Tribunal Federal houve por bem deferir as medidas cautelares requeridas nas alíneas “b” e “h” da peça inicial. Trata-se, respectivamente, do reconhecimento da aplicabilidade imediata dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, determinando a todos os juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia no prazo máximo de vinte e quatro (24) horas, contado do momento da prisão em flagrante delito, e da determinação do imediato descontingenciamento das verbas do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN).

Ao reconhecer a falha estrutural na política carcerária brasileira, a Corte aduziu, além dos bloqueios institucionais concernentes à impopularidade do tema prisional, à notória falta de coordenação entre os agentes políticos para o cumprimento dos comandos constitucionais e legais. De um lado, a União alegava que havia liberado aos estados-membros as verbas necessárias para a construção de novos presídios, o que poria termo ao déficit de vagas causador da superlotação constatada. Por outro, os estados-membros afirmavam que não empregaram os recursos disponibilizados, porquanto não dispunham de condições orçamentárias para arcar com os custos de manutenção dos presídios a serem construídos.

Desse singelo exemplo, dessumem-se os elementos *sine qua non* à configuração do estado de coisas inconstitucional antes expostos: (a) omissão e atuação deficiente dos poderes constituídos na consecução dos preceitos normativos ofendidos; (b) pluralidade de agentes políticos e de esferas de poder de cuja atuação concomitante se depende para resolver o estado de inconstitucionalidade; (c) ausência de coordenação entre eles, a evidenciar a presença de falhas estruturais e de bloqueios institucionais na ordem jurídico-política.

Deste modo, o pronto descontingenciamento das verbas do FUNPEN em sede cautelar cumpre ao desiderato de propiciar a alocação de recursos para o custeio do funcionamento das novas vagas prisionais reclamadas. De outra parte, a realização compulsória de audiências de custódia possui o condão de remediar, em alguma medida, o acerbo contingente de presos provisórios observado, grande parte dele suportando prisões ilegais e, até mesmo, superiores à pena máxima prevista em abstrato para a infração penal objeto do inquérito ou da ação penal correspondentes.

Contudo, a despeito da inegável valia das cautelares deferidas, não se singularizam como derivadas especificamente da técnica decisória do estado de coisas inconstitucional, sendo certo que poderiam, sem grandes inconsistências teóricas, ser deferidas por intermédio a observância da tradicional figura da inconstitucionalidade por omissão, à vista, inclusive, da existência de normas jurídicas adscritas a respeito, caso das convenções de direitos humanos ratificadas pelo Brasil.

De prenúncio frutuoso, no entanto, a cautelar de ofício deferida sob inspiração do Ministro Luís Roberto Barroso, a fim de determinar à União e aos Estados, e especificamente ao Estado de São Paulo, o encaminhamento ao Supremo Tribunal Federal de informações sobre a situação prisional, uma vez que prelineia vindoura sentença estrutural destinada à elaboração de uma política pública resolutória da questão carcerária, sob monitoramento do Poder Judiciário.³¹

Poder-se-ia objetar, no tocante à crítica formulada à timidez e ao rescaldo da doutrina tradicional das inconstitucionalidades a matizarem a parte dispositiva do julgado avaliado, que isso se deveu à natureza cautelar, e, portanto, de cognição sumária, do exame encetado pela Corte. Inobstante, da leitura dos votos proferidos é forçoso concluir que a maioria dos ministros examinou o *meritum* dos pleitos cautelares indeferidos, esboçando notável inconsistência entre a fundamentação teórica enfeixada sobre o estado de coisas inconstitucional e sua aplicação à concretude fática desvelada pela ADPF nº 347/MC.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2016.

2.2.4 As medidas cautelares indeferidas: inconsistências no acórdão examinado

Embora a fundamentação teórica apresentada no voto condutor acerca do estado de coisas inconstitucional revele-se consentânea ao traçado dogmático delineado pela Corte Constitucional colombiana, os fundamentos esposados para o indeferimento de algumas das medidas cautelares pugnadas, a saber, as constantes das alíneas “a”, “c” e “d”, denotam evidente inconsistência interna em relação aos pressupostos adotados para a definição da técnica decisória encampada.

Quanto aos pleitos cautelares contidos nas alíneas “e” e “f”, referentes ao abrandamento dos requisitos para a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, à vista das precárias condições do sistema prisional, e do abatimento da pena em razão de as condições de cumprimento da pena serem mais severas do que as previstas na ordem jurídica, parece aceitável o argumento de que a matéria encontra-se sujeita à reserva legal e, portanto, não poderia ser regulamentada por via oblíqua pelo Supremo Tribunal Federal. Do contrário, incontornável seria a usurpação de competência do Poder Legislativo, em afronta à harmonia e independência dos poderes. Destarte, com a devida vênia, inadequada se afigurou a formulação de tais requerimentos pela petição inicial, a qual deveria ter pugnado pela emissão de um mandado legislativo hábil a compensar os danos advenientes da precária situação prisional.

Idêntica escusa não respalda o indeferimento das cautelares requeridas nas alíneas “a”, “c” e “d”. A inconsistência interna antes aduzida assoma de modo translúcido sob o crivo da lógica mais evidente. Ora, se o estado de coisas inconstitucional corporifica um hiato sistemático e persistente entre normatividade e realidade, a circunstância de as medidas cautelares requeridas encontrarem previsão legal não pode justificar a abstenção na prolação de provimentos estruturais em relação a elas, eis que a concretude fática descortina acintoso descumprimento de suas prescrições.

Assim, não se extrai o menor lastro de coerência na proposição segundo a qual, pelo fato de a ordem jurídica prever a devida fundamentação das decisões que decretam a prisão provisória, não é cabível a imposição de sentença estrutural determinante de tal procedimento aos magistrados brasileiros. Decerto, a realidade é pródiga em demonstrar que o comando normativo pleonástico constante da Constituição da República, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e, agora, do Novo Código de Processo Civil, é sistematicamente descumprido por decisões judiciais lacônicas que referendam mecanicamente as incontáveis prisões provisórias arbitrárias ocorridas em *terrae brasilis*.

Do mesmo modo, a interpretação concretista dos preceitos penais e processuais penais, tendo em mira o verdadeiro inferno dantesco materializado pelos presídios brasileiros, é diuturnamente sonegada aos apenados, de ordinário excluídos socialmente. Nem se diga da imposição de penas alternativas à prisão, quando presentes os requisitos a tanto, bastando se atentar para as numerosas notícias de indivíduos recolhidos ao cárcere por furtos inexpressivos.

Em síntese: se o estado de coisas inconstitucional se fulcra precisamente em uma previsão normativa existente, porém não realizada, a existência de comandos constitucionais e legais prescritivos da necessária motivação dos julgados, longe de afastar, atrai a incidência de provimentos estruturais (estado de coisas inconstitucional como técnica de decisão) determinantes de tal proceder quando a realidade fática é de sistemático descumprimento da normatividade. Sob seu pálio, se inclui, obviamente, o manejo da figura da retenção de jurisdição, hábil a garantir a implementação da medida decretada.

Quanto aos argumentos utilitaristas empregados pelos ministros, conforme os quais semelhante provimento daria azo ao aviamento de numerosas reclamações constitucionais, a abarrotarem uma Corte já assoberbada de feitos pendentes de julgamento, basta acorrer ao fundamento extraído do voto vencido, no particular, do Ministro Luiz Fux, para quem se trata de *error in procedendo*, insuscetível, portanto, de correção pela via reclamatória. Não é só. A possibilidade de delegação do monitoramento da execução do comando decisório ao Conselho Nacional de Justiça, ou mesmo à ENFAM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados), fulmina as objeções pragmáticas a sugerirem a persistência de um ranço de corporativismo no Supremo Tribunal Federal.

Importa consignar que a existência de prescrições normativas peremptórias acerca do dever funcional de fundamentação das decisões judiciais, reiteradas em sucessivos diplomas, como encartado de modo analítico e minudente no Novo Código de Processo Civil, respaldam o criterioso controle, inclusive por meio da técnica do estado de coisas inconstitucional, da atividade decisória dos magistrados brasileiros. Isso porque seu suposto caráter pleonástico oculta, segundo as lições contidas na obra *Legality*, de Scott. J. Shapiro, uma economia da confiança assaz duvidosa em relação à atividade judicante brasileira, cuja consequência jurídica é a fundamentação de um controle persistente e severo sobre decisões judiciais que, na maior parte dos casos, se presumem nada ou mal fundamentadas.³²

³² SHAPIRO, S. J. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2011, p. 370.

3 A DOCTRINA BRASILEIRA DA EFETIVIDADE E OS FUNDAMENTOS PARA A RECEPÇÃO DA TESE DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Na esteira do constitucionalismo clássico, a Constituição apresentava-se, fundamentalmente, como o elemento organizador dos poderes e funções estatais e, em segundo plano, conferidora de direitos negativos aos seus destinatários, impondo um abstencionismo estatal perante a esfera privada. Nada obstante, seu persistente malferimento até meados do século XX tornava de grande plausibilidade a tese afirmada por Ferdinand Lassale, segundo a qual o texto constitucional corporificava mera “folha de papel”, eis que sempre sucumbente aos dos fatores reais de poder.³³

Nesse diapasão, os horrores e a banalização do mal³⁴ causados pelas duas guerras mundiais acenderam a discussão sobre o estatuto normativo das constituições que, para além de um documento orgânico da estatalidade, haveria de ter reconhecida sua supremacia normativa. Sob tal prisma, fulgura com veemência a obra “A Força Normativa da Constituição”, de Konrad Hesse, na qual o autor pontifica a supremacia normativa inquebrantável da Constituição, cujo escoramento se daria sobre a “vontade de constituição”, um reconhecimento dos cidadãos e dos agentes públicos sobre o valor fundamental de atribuir eficácia jurídica às suas normas, acima dos interesses fugidios de ocasião.³⁵

Paralelamente a isso, o constitucionalismo social, deflagrado com a Constituição Mexicana, de 1917, e a Constituição de Weimar, de 1919, inaugura categoria de normas constitucionais caracterizadas por determinarem uma prestação positiva por parte do estado, com a conseguinte mobilização de recursos públicos.³⁶ Tais normas, todavia, foram inicialmente entendidas como dependentes de colmatação legislativa, do contrário estariam privadas de eficácia jurídica, ou, quando muito, se prestariam à mera declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos legais contrários aos seus preceitos (eficácia negativa).

Deveras, conforme José Afonso da Silva, em sua festejada obra “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”, os direitos sociais se apresentariam, em geral, como normas de aplicabilidade mediata e eficácia limitada definidoras de princípio programático. A

³³ LASSALE, F. *O que é uma Constituição?* Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica – Editora Líder, 2004, p. 48.

³⁴ Cf. ARENDT, H. *As origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

³⁵ HESSE, K. *A força normativa da Constituição*. Tradução e notas de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, passim.

³⁶ BONAVIDES, P. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 172 et. seq.

interpositio legislatoris seria, portanto, imprescindível à eficácia plena de tais normas, como aduz referido autor:

Chegados a este ponto, podemos indicar as condições gerais de aplicabilidade das normas constitucionais programáticas. Como normas de eficácia limitada, sua aplicação plena, relativamente aos interesses essenciais que exprimem os princípios genéricos e esquemáticos, depende da emissão de uma normatividade futura, em que o legislador ordinário, integrando-lhe a eficácia, mediante lei ordinária (a Constituição vigente, pelo menos nesse aspecto, foi sábia em não exigir a integração por meio de lei complementar, em sentido próprio), lhes dê capacidade de execução em termos de regulamentação daqueles interesses visados.³⁷

Logo, ante a ausência de mecanismos processuais hábeis a determinar o suprimento da mora legislativa, referidos dispositivos permaneciam na dependência da atuação do legislador, no mais das vezes inexistente, dada a dificuldade na obtenção de consenso parlamentar para a deliberação sobre diversos temas constitucionais.³⁸

O advento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) por certo desencadeou um avanço na garantia da produção de efeitos jurídicos por parte das assim designadas normas de eficácia limitada. No que concerne à primeira ação, seu provimento limita-se a dar ciência da mora ao Poder Legislativo, a fim de que este elabore a norma regulamentadora em prazo razoável, ou ao órgão administrativo, de sorte que, em trinta (30) dias ou em prazo razoável, este produza o ato faltante à plena eficácia da norma constitucional. Sobre a natureza do ato administrativo, a doutrina majoritária entende que este se restringe à espécie dos atos normativos, conforme leciona Barroso:

Omissões de outras espécies são atacáveis por mecanismos jurídicos diversos. Ademais o termo normativo tem alcance mais amplo do que legislativo, porque nele se compreendem atos gerais, abstratos e obrigatórios de outros Poderes e não apenas daquele ao qual cabe, precipuamente, a criação do direito positivo.³⁹

Quanto ao mandado de injunção, a despeito da polêmica em torno das teses concretista e não-concretista, a matéria recebeu novos contornos legislativos recentemente, nos termos da Lei nº 13.300/2016. Aludido cipoal normativo estabeleceu em seu art. 9º, *caput*, a primazia da tese concretista individual, prescrevendo, contudo, que poderá ser atribuído efeito *erga omnes*

³⁷ SILVA, J. A.. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 161.

³⁸ STRECK, L. L. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidade de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, vol. 8, n. 2, p. 257-301, mai./ago. 2003.

³⁹ BARROSO, L. R. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 280.

a decisão, quando isso se afigurar indispensável ao exercício do direito objeto da impetração (§ 1º). Além disso, os efeitos da decisão poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão do relator (§ 2º), em técnica semelhante à observada nos recursos extraordinários representativos de controvérsia.

O que se observa, contudo, é que os remédios legalmente previstos para a concretização positiva dos comandos constitucionais restringem-se às normas constitucionais de eficácia limitada, além de se centrarem na dimensão da eficácia jurídica, não se ocupando da efetividade desses dispositivos. Noutras palavras, privilegia-se o apelo ao legislador e, no mais das vezes, a concretização *inter partes*, sendo os efeitos *erga omnes* de decisões relativas a prestações positivas uma excepcionalidade.

3.1 A doutrina constitucional brasileira da efetividade

A doutrina brasileira da efetividade das normas constitucionais pauta-se sobre a constatação fática de que a realidade pátria é marcada, de um lado, por uma insinceridade constitucional, a teor da qual o texto constitucional é utilizado como instrumento de dominação ideológica, traduzindo promessas incumpríveis e sumariamente ignoradas pela política. De outro, parte da inegável supremacia da política diante da normatividade constitucional, ignorada quando os interesses dos grupos políticos dominantes de ocasião com ela conflitavam. Nestes termos, Luís Roberto Barroso, um dos principais teóricos da doutrina da efetividade, retrata a contextura fática que motivou sua elaboração:

Além das complexidades e sutilezas inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, havia no país uma patologia persistente, representada pela insinceridade constitucional. A Constituição, nesse contexto, tornava-se uma mistificação, um instrumento de dominação ideológica, repleta de promessas que não seriam honradas. Nela se buscava, não o caminho, mas o desvio, não a verdade, mas o disfarce. A disfunção mais grave do constitucionalismo brasileiro, naquele final de regime militar, encontrava-se na não aquiescência ao sentido mais profundo e conseqüente da lei maior por parte dos estamentos perenemente dominantes, que sempre construíram uma realidade própria de poder, refratária a uma real democratização da sociedade e do Estado. **A doutrina da efetividade consolidou-se no Brasil como um mecanismo eficiente de enfrentamento da insinceridade normativa e de superação da supremacia política exercida fora e acima da Constituição.**⁴⁰

⁴⁰ BARROSO, L. R. *O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 283-284, grifos nossos.

Quanto à dimensão dogmática, a doutrina brasileira da efetividade observa que a análise das normas constitucionais brasileiras embasou-se tradicionalmente no instrumental teórico do direito privado, analisando-as apenas sobre os prismas da existência, da validade e da eficácia jurídica. Deste modo, constatada uma realidade profundamente distinta dos preceitos constitucionais, os defensores da nova vereda de pensamento propõem a necessária consideração de uma quarta dimensão: a da efetividade.

A ideia de efetividade expressa o cumprimento da norma, o fato real de ela ser aplicada e observada, de uma conduta humana se verificar na conformidade de seu conteúdo. Efetividade, em suma, significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.⁴¹

Para a ótima efetividade das normas constitucionais, a doutrina brasileira correspondente estabelece alguns pressupostos, a saber: (a) a existência de um senso de realidade por parte do constituinte, a fim de que não pretenda normatizar aquilo que seja materialmente inalcançável em dado momento e lugar; (b) a estruturação do texto constitucional em boa técnica legislativa, de modo que seja possível identificar, com clareza, as posições em que se investem os indivíduos e os bens jurídicos e condutas exigíveis; (c) a existência de vontade política do Poder Público, tendo em vista a concretização dos comandos constitucionais; (d) o consciente exercício da cidadania, praticado pela exigência política e judicial da realização dos valores objetivos e dos direitos subjetivos constitucionais.⁴²

Noutro giro, a efetividade das normas constitucionais consubstancia, ela própria, um mandamento constitucional imperativo, a determinar aos órgãos e agentes públicos e à coletividade em geral a concretização em sua maior medida possível dos comandos dessumidos da Constituição. Daí decorre a previsão necessária de mecanismos institucionais hábeis a protegê-la em face de seu possível esvaziamento, bem como consequências jurídicas e fáticas forçosamente incidentes em um contexto de intensa vulneração dessa dimensão. A seguir, passa-se à apreciação dos principais resultados da doutrina da efetividade brasileira.

Primeiramente, ao afirmar a aplicabilidade imediata das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, a Constituição assim procede não apenas em relação à dimensão negativa desses direitos, mas, igualmente, diante de sua dimensão positiva. Sob essa ótica, a exigência judicial de prestações positivas com amparo na inefetividade das normas jusfundamentais revela-se uma consequência indeclinável do sistema constitucional brasileiro.

⁴¹ BARROSO, 2006, p. 290.

⁴² Ibid., p. 291.

Noutro giro, há de se reconhecer, igualmente, às normas estatuidoras de direitos sociais a plena eficácia e a aplicabilidade imediata. A uma, porque, segundo máxima exegética consagrada, onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo. A duas, pois, considerada a indivisibilidade dos direitos fundamentais, os direitos sociais corporificam pressupostos *sine qua non* ao pleno exercício dos denominados direitos de primeira geração ou dimensão.⁴³

Proposição igualmente relevante diz respeito à ampliação do conceito de inconstitucionalidade por omissão. Segundo a doutrina constitucional dominante, precitada figura estaria restrita às normas constitucionais de eficácia limitada, segundo a classificação proposta por José Afonso da Silva. Normas constitucionais de eficácia plena ou contida, porquanto dotadas da plenitude de seus efeitos jurídicos, no último caso passíveis de contenção por norma regulamentadora, não ensejariam a declaração de inconstitucionalidade por omissão.

Nada obstante, diante do reconhecimento de um quarto plano normativo das normas constitucionais, isto é, o da efetividade, afigura-se incontestável que também as normas de eficácia plena e contida podem ser objetivo de massivo descumprimento no mundo dos fatos, do qual deflui forçosa inconstitucionalidade omissiva, passível de declaração judicial, portanto.

Dito isso, a doutrina constitucional da efetividade observa que as técnicas decisórias tradicionalmente empregadas para sanar a inconstitucionalidade por omissão não abrigam a proteção do referido plano concretizador, consoante pontifica Barroso:

O fenômeno da inconstitucionalidade por omissão do legislador não está eficazmente remediado no texto constitucional. No tocante à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a experiência demonstrou não ser suficiente a declaração de ilegitimidade da inércia prolongada do Legislativo na integração de determinado preceito constitucional. Deve haver, além disso, um mecanismo que induza à edição da norma. Quanto ao mandado de injunção, à vista da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, deve-se buscar fórmula alternativa.⁴⁴

Deste modo, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, observados os efeitos não-concretistas da primeira e a primazia dos efeitos *inter partes* do segundo, são insuficientes para a salvaguarda da efetividade das normas

⁴³ A classificação geracional dos direitos fundamentais tem recebido críticas da doutrina, porquanto expressaria uma equivocada ideia de sucessividade e superação entre eles, o que descon sideraria a indivisibilidade e igual valia desses direitos, sendo certo que uma geração ulterior ressignifica as anteriores, igualmente relevantes em relação às posteriores. Nada obstante, com a substituição do termo geração por dimensão, o processo de afirmação histórica dos direitos humanos e fundamentais encontra explicação pertinente no itinerário traçado por Norberto Bobbio. Cf. BOBBIO, N. A era dos direitos. 9 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 32 et. seq.

⁴⁴ BARROSO, 2006, p. 279.

constitucionais. Não bastasse isso, padecem de um alcance suficientemente restritivo, tendo em vista o entendimento majoritário de que somente a omissão em relação a atos normativos gerais e abstratos daria causa à declaração de inconstitucionalidade por omissão, conforme se exporá a seguir.

3.2 O caráter legiscêntrico da inconstitucionalidade por omissão

A estruturação do controle de constitucionalidade, desde *Marbury vs. Madison*, sempre pautou-se por um juízo de congruência entre um ato normativo geral e abstrato, objeto controlado, e a Constituição, parâmetro de controle. Segundo Clèmerson Merlin Clève, concebe-se a inconstitucionalidade como “a desconformidade do ato normativo (inconstitucionalidade material) ou de seu processo de elaboração (inconstitucionalidade formal) com algum preceito ou princípio constitucional”.⁴⁵

Nada obstante, a passagem do Estado Liberal para o Estado Social e, ulteriormente, deste para o Estado Democrático e Social de Direito⁴⁶, modificou o papel da Constituição, antes concebida tão somente como organizadora dos poderes e funções estatais e definidora de direitos fundamentais negativos, de primeira dimensão, impositores de um *non facere* estatal. Tanto o advento dos direitos fundamentais prestacionais, quanto a mudança paradigmática representada pelo Estado Democrático e Social de Direito e pelo neoconstitucionalismo⁴⁷ alteraram as funções da ordenança constitucional, daí em diante entendida como norteadora da atividade estatal e das relações privadas, determinante de comportamentos e prestações, e estatuidora de fins e valores a serem necessariamente

⁴⁵ CLÈVE, C. M. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 36.

⁴⁶ Prefere-se o emprego da expressão Estado Democrático e Social de Direito com o fito de ressaltar que um Estado Social jamais foi efetivamente instaurado no Brasil. Demais disso, a construção textual em comento busca rememorar que a ordem constitucional pátria consagra um capitalismo de face humana, como designado por Eros Roberto Grau. GRAU, E. R. *A ordem econômica na constituição de 1988: (interpretação e crítica)*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

⁴⁷ Segundo Luís Roberto Barroso, o neoconstitucionalismo pode ser sinteticamente descrito sob os seguintes aspectos: “[...] o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.” BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, jan. 2015.

concretizados pelos poderes constituídos, sendo passíveis de vindicação judicial. Nesse sentido, leciona Böckenförde:

Se os direitos fundamentais se interpretavam como uma garantia que delimitava a liberdade individual frente ao Estado, agora, junto a essa função de defesa ou, talvez até de forma mais acentuada, aparecem como instituições objetivas e, igualmente, como uma definição de valores cuja função não é tanto delimitar e controlar o Estado, mas sim, precipuamente, legitimar e estimular a realização de objetivos e tarefas materiais por ele.⁴⁸

Contudo, a viragem paradigmática não se fez acompanhar de uma reformulação na compreensão do caráter legiscêntrico do conceito de inconstitucionalidade. Muito embora se tenha afirmado a existência inegável da inconstitucionalidade por omissão, sua formulação representou uma mera transposição, *a contrario sensu*, do traçado dogmático tradicional aplicável à inconstitucionalidade observada perante os direitos negativos. Noutras palavras: se a inconstitucionalidade era definida como a contrariedade entre um ato normativo e a Constituição, a inconstitucionalidade por omissão seria sinônimo de ausência de regulamentação que inviabiliza a eficácia jurídica de uma norma constitucional. Identifica-se assim, de modo restritivo, a omissão inconstitucional com as lacunas jurídicas, o que por certo não se coaduna com o novo paradigma, dado que impassível de corrigir as inconstitucionalidade decorrentes da não-concretização, por parte do Estado, dos objetivos e políticas públicas delineados pela Constituição:

A noção de incompatibilidade internormativa, todavia, é uma descrição acurada de apenas uma das facetas da inconstitucionalidade: aquela deflagrada por um comportamento ativo do legislador. Ela não se amolda a outras modalidades de comportamentos contrários às normas constitucionais, notadamente às omissões inconstitucionais absolutas e às violações decorrentes de falhas na implementação de políticas públicas. A ampliação do escopo das Constituições ao longo da segunda metade do século XX, aliada à emergência do paradigma neoconstitucionalista – que encerra o reconhecimento de uma normatividade reforçada aos princípios e às normas abertas –, bem como o aumento da importância da função judicial e a aceitação de sua dimensão criativa, teve como um dos efeitos a progressiva atenção ao problema da inconstitucionalidade por omissão. O conceito legiscêntrico de inconstitucionalidade é produto do seu processo de construção histórica. Inicialmente, a categoria se insere em um contexto de afirmação da Constituição diante da lei. [...] Superado esse panorama histórico e pacificada a ideia de supremacia constitucional, opera-se um alargamento do conceito e das finalidades da Constituição. Ela não se resume ao ápice de uma pirâmide normativa autossuficiente, mas passa a ser entendida como um documento com múltiplos campos de irradiação, conformando o agir dos agentes públicos e da sociedade como

⁴⁸ “Si los derechos fundamentales se interpretaban como una garantía que delimitaba la libertad individual frente al Estado, ahora, junto a esa función de defensa o incluso quizá de forma más acentuada, aparecen como instituciones objetivas o bien como una de definición de valores cuya función no es ya tanto delimitar y controlar al Estado como legitimar y estimular la realización de objetivos y tareas materiales por este.” BOCKENFÖRDE, E. W. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000, p. 32, tradução nossa.

um todo. Essa assunção de novas tarefas impõe uma revisão do conceito de inconstitucionalidade, reconhecendo-se que essa categoria nem sempre se resume ao exame de validade de atos estatais e da eficácia jurídica das normas constitucionais, **passando a abarcar a noção de efetividade da Constituição.**⁴⁹

Postas essas premissas, vê-se que a noção de inconstitucionalidade no Estado Democrático e Social de Direito assume um caráter sistêmico e multifacetário. Já não se cogita apenas da incompatibilidade verificada diante de atos normativos, ou da ausência deles, em face da Constituição. O reconhecimento da imperatividade das outrora designadas normas programáticas, bem como da “sindicabilidade” dos direitos sociais e da expansão do conceito de bloco de constitucionalidade alarga o objeto do controle de constitucionalidade, que passa a abarcar a antes referida dimensão da efetividade das normas constitucionais e a correlata realidade (in)constitucional.

De incontestável valia, neste ponto, a compreensão da modificação no conceito de norma constitucional demonstrada pela obra do jurista alemão Friedrich Müller. O professor de Heidelberg assenta que a norma jurídica não se restringe à sua dimensão textual. Esta representa apenas um dos elementos daquela, isto é, o seu programa normativo. Junta e relacionalmente a ela, Müller postula a existência do âmbito normativo, um verdadeiro recorte da realidade ditado por seu programa. Com isso, nos é restado afirmar que a norma jurídica somente se desvela diante de sua concretude aplicativa.⁵⁰ Assim, a realidade passa a integrar a dimensão normativa do Direito Constitucional, cogitando-se da inconstitucionalidade decorrente da privação sistêmica de efeitos práticos dos preceitos constitucionais, fruto da omissão dos poderes constituídos em sua concretização, ou, ainda, da concretização insuficiente de tais prescrições.

3.3 A técnica decisória do estado de coisas inconstitucional como culminância da doutrina brasileira da efetividade

Pelo exposto, é possível asseverar que a técnica decisória da inconstitucionalidade por omissão, observada nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão e nos mandados de injunção, deixa à descoberto o plano da efetividade das normas constitucionais, assim como a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, assim retratada por Sarmento:

⁴⁹ PEREIRA, J. R. G; GONÇALVES, G. A. *Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição*. *Revista Juris Poiesis*, Salvador, ano 18, n. 18, jan./dez. 2015, p. 132-133, grifos nossos.

⁵⁰ MÜLLER, F. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2005, passim.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais liga-se ao reconhecimento de que tais direitos, além de imporem certas prestações aos poderes estatais, consagram também valores mais importantes em uma comunidade política, construindo, como afirmou Konrad Hesse, “as bases da ordem jurídica da coletividade”. [...] Com efeito, na medida em que os direitos fundamentais exprimem os valores nucleares de uma ordem jurídica democrática, seus efeitos não podem se resumir à limitação jurídica do poder estatal. Os valores que tais direitos encarnam devem se irradiar para todos os campos do ordenamento jurídico, impulsionando e orientando a atuação do Legislativo, Executivo e Judiciário. Os direitos fundamentais, mesmo aqueles de matriz liberal, deixam de ser apenas limites para o Estado, convertendo-se em norte de sua atuação. Tal fenômeno foi bem captado por Perez Luño, quando este assinalou que, com a passagem do modelo do Estado Liberal para o de Estado Social, “(...) los derechos fundamentales han dejado de ser meros límites al ejercicio de poder político, o sea, garantías negativas de los intereses individuales, para devenir un conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva de los poderes públicos”.⁵¹

Logo, a técnica decisória do estado de coisas inconstitucional exsurge como culminância da doutrina brasileira da efetividade, porquanto protege tanto a dimensão objetiva dos direitos fundamentais como seu plano realístico, assegurando as prescrições normativas da Constituição em face da proteção constitucional deficiente, outra faceta do princípio da proporcionalidade. Consigne-se, a propósito, ser este outro problema da técnica tradicional da inconstitucionalidade por omissão: a ausência de salvaguardas à concretização deficiente, conquanto existente, das normas constitucionais.

Destarte, o fundamento normativo do estado de coisas inconstitucional deriva, fundamentalmente, do preceito contido no art. 5º, § 1º, da CRFB/1988. Demais disso, a compreensão concretista da Constituição impõe a proteção do plano da efetividade de suas normas, dado que não há como se cogitar de norma avulsa da realidade aplicativa, observada esta última como componente essencial daquela.

De outra banda, o estado de coisas inconstitucional se apresenta, igualmente, como garantia jurídica ao saneamento das inconstitucionalidades sistêmicas ou multifacetárias, bem assim como corolário da impositividade da proteção constitucional suficiente. Observadas as garantias do acesso à justiça e da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, inc. XXXV, da CRFB/1988), tais espécies de inconstitucionalidade não poderiam ficar privadas de instrumentos processuais e decisórios hábeis à corrigi-las, papel desempenhado pela incorporação da tese do estado de coisas inconstitucional à ordem jurídica brasileira.

⁵¹ SARMENTO, D. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Lumen Juris, 2006, p. 105-106.

4 CRÍTICAS E LIMITES À APLICAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

No presente capítulo, pretende-se apreciar algumas críticas dirigidas pela doutrina pátria à figura do estado de coisas inconstitucional. A plausibilidade de tais objeções será averiguada, assentando-se, em resposta a elas, os requisitos e limites à aplicação do objeto deste estudo, tendo em vista a necessária harmonização entre a máxima efetividade dos direitos fundamentais e os princípios da separação dos poderes e democrático.

4.1 As críticas à tese do estado de coisas inconstitucional

Uma das principais críticas dirigidas à tese do estado de coisas inconstitucional versa sobre a suposta maleabilidade de sua formulação, alegadamente capacitada a albergar toda e qualquer pretensão jurídica. Logo, a acolhida de tal técnica decisória pela dogmática constitucional brasileira acarretaria o risco de seu emprego retórico, convenientemente manejado à serviço das conveniências do intérprete. Com esse entendimento, Lenio Luiz Streck defende que o estado de coisas inconstitucional representa uma nova forma de ativismo judicial:

Temo que, com o tempo, a simples evocação do ECI seja motivo para que se reconheça qualquer tipo de demanda por inconstitucionalidade ao Judiciário. O que não é inconstitucional? Imaginemos os Estados da federação demandados por uma enxurrada de ações. Sim, o STF poderá dizer que só a ele compete julgar o ECI. Mas, até lá, como segurar os demais atores jurídicos? Como segurar as demandas sociais? De novo, pense-se no caso do remédio para câncer não aprovado pela Anvisa e motivo de inúmeras decisões judiciais. [...]E permito-me acrescento: O STF corre o risco de se meter em um terreno pantanoso e arranhar a sua imagem. Isto porque, ao que se pode depreender da tese do ECI e da decisão do STF, fica-se em face de *uma espécie de substabelecimento auditado pelo Judiciário*. A questão é: por que a Teoria do Direito tem de girar em torno do ativismo? Para além de criar álibis extrajurídicos para que o Judiciário atue de modo extrajurídico, porque não perguntar quais direitos e procedimentos jurídicos e políticos (bem demarcadas uma coisa e outra) a Constituição estabelece? Aparentemente, a solução sempre é buscada pela via judicial, mas fora do direito, *apelando em algum momento para a discricionariedade dos juízes e/ou o seu olhar político e moral sobre a sociedade*. Só que isso, paradoxalmente, fragiliza o direito em sua autonomia. Mais do que isso, a decisão judicial não é escolha, e de nada adianta motivação, diálogo e procedimentalização se forem feitas de modo *ad hoc*.⁵²

⁵² STRECK, L. L. *Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo*. Artigo disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em 13/01/2017.

Ainda segundo Streck, a técnica decisória do estado de coisas inconstitucional violaria o princípio da separação de poderes, na medida em que implica a usurpação de competências legislativas e administrativas dos poderes Executivo e Legislativo pelo Poder Judiciário, o qual, com as sentenças estruturais, passaria à atividade formuladora e executora de políticas públicas.

O que quero dizer é que, em sendo factível/correta a tese do ECI, a palavra “estruturante” poderá ser um guarda chuva debaixo do qual será colocado tudo o que o ativismo quer, desde os presídios ao salário mínimo. Mas, qual será a estrutura a ser inconstitucionalizada? Sabemos que, em uma democracia, quem faz escolhas é o Executivo, eleito para fazer políticas públicas. Judiciário não escolhe. [...] A Constituição e a lei são para serem cumpridas. Só que existe uma coisa chamada política, eleições, parlamento, orçamento, enfim, coisas que fazem parte de uma democracia, sem falar do lugar em que vivemos: um país periférico e com um presidencialismo de coalizão, capenga, que dia a dia agoniza.⁵³

Noutro giro, Streck assevera que o estado de coisas inconstitucional se basearia sobre uma suposta declaração de inconstitucionalidade da realidade. Para o autor, isso tal se mostraria incabível, uma vez que somente atos normativos podem ser declarados inconstitucionais, *in verbis*:

Mas, atenção. É por isso mesmo que, com a vênua da decisão do STF (ADPF 347) e dos que defendem a tese do ECI, permito-me dizer: o objeto do controle de constitucionalidade são normas jurídicas, e não a realidade empírica — vista de forma cindida — sob a qual elas incidem. Portanto, minha discordância é com o modo como a noção de ECI foi construída. Receio pela banalização que ela pode provocar. Tenho receio de um retorno a uma espécie de jusnaturalismo ou uma ontologia (clássica) que permita ao judiciário aceder a uma espécie de “essência” daquilo que é inconstitucional pela sua própria natureza-em-um-país-periférico. Uma espécie de realismo moral.⁵⁴

Em sentido semelhante, De Giorgi, Faria e Campilongo criticam a figura em exame sob o argumento da incapacidade institucional do Poder Judiciário para deliberar sobre políticas públicas. Segundo os autores, as decisões proferidas com base na técnica do estado de coisas inconstitucional não teriam o condão de corrigir as profundas mazelas sociais brasileiras e romperiam com a diferença funcional entre o sistema jurídico e o sistema político, eis que exorbitam os limites institucionais da função jurisdicional.

Sob o pretexto de dar eficácia aos direitos fundamentais, o Estado de Coisas Inconstitucional os ameaça. Num país marcado pelos sem-teto, sem-saúde, sem-educação e sem-segurança, o conceito de ECI despreza o fato de que o sistema

⁵³ STRECK, 2016.

⁵⁴ Ibid.

jurídico não tem estruturas, meios e organizações que lhe permitam corrigir essas mazelas por sentenças judiciais. Proferidas as decisões com base nesse conceito, quem as executará? O guarda da esquina? O vereador do bairro? Se a fonte jurídica da autoridade – a Constituição – é ameaçada pelo ECI, o que dizer da autoridade daqueles que podem aplicar o conceito? Quais seriam os limites e os mecanismos de controle desse poder? Maçãs estragadas podem ser encontradas em variadas cestas. A causa do estrago pode estar nas cestas ou, então, nas próprias frutas. Nada leva a crer que a cesta de um tribunal seja mais resistente que a da política, nem que suas maçãs sejam mais duráveis. Substituir o sistema político por uma Corte Constitucional é só depositar vinho velho em frasco antigo – com rótulo falso e propaganda enganosa. É seguir na aventura com cesta frágil e maçãs podres, acarretando fardo indigesto para quem beber do vinho e comer da fruta. Quebram-se as garrafas, rompem-se as cestas, mistura-se tudo e, metáforas à parte, perde-se a diferença funcional entre o papel da política e o papel do Direito.⁵⁵

Empregando um exemplo simplório, os mesmos autores também sustentam o afirmado vazio semântico que macularia a figura do estado de coisas inconstitucional, o qual seria passível de justificar até mesmo as pretensões jurídicas mais absurdas (argumento *ad absurdum*):

Assim, invocar o ECI pode causar mais dificuldades à eficácia da Constituição do que se imagina. Basta fazer um exercício lógico, empregando o conceito de ECI a ele mesmo. Se assim estão as “coisas” – e, por isso, a ordem jurídica é ineficaz e o acesso à Justiça não se concretiza –, por que não decretar a inconstitucionalidade da Constituição e determinar o fechamento dos tribunais?⁵⁶

A despeito da inegável expressão acadêmica dos autores que a veiculam, o presente estudo entende que as críticas acima sumarizadas não merecem guarida diante dos limites teóricos e normativos impostos à aplicação do estado de coisas inconstitucional. Em verdade, estas resultam, aparentemente, de uma incompreensão sobre os requisitos de incidência e a excepcionalidade subjacentes à tese apreciada. Nas linhas subsequentes, pretende-se apresentar tais limites e pressupostos aplicativos, em exposição durante a qual espera-se refutar os argumentos apresentados pelos autores supramencionados.

4.2 A conceituação do estado de coisas inconstitucional

A formulação conceitual atribuída jurisprudencial e doutrinariamente ao estado de coisas inconstitucional expressa já um elemento limitador de quais situações jurídicas podem ser albergadas sob seu manto. Segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos, o estado de coisas inconstitucional consiste em um quadro insuportável de violação massiva de direitos

⁵⁵ DE GIORGI, R.; FARIA, J. E.; CAMPILONGO, C. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Artigo disponível em: <<http://opinioao.estadao.com.br/estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>>. Acesso em: 02/02/2017.

⁵⁶ Ibid.

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, estando, portanto, o Poder Judiciário legitimado a interferir na formulação e implementação de políticas públicas e em alocações de recursos orçamentários, por meio da coordenação das medidas concretas a serem adotadas pelos poderes competentes para a superação do estado de inconstitucionalidades.⁵⁷

Lyons, Monterroza e Mesa, por sua vez, conceituam o estado de coisas inconstitucional como uma técnica jurídica mediante a qual se declara que certa situação fática se apresenta como manifestamente contrária à Constituição por vulnerar de maneira massiva direitos e princípios nela consagrados, determinando, em consequência, que as autoridades públicas, nos marcos de suas funções e dentro de um termo razoável, adotem as medidas necessárias para corrigir ou superar tal estado de coisas.⁵⁸

Para Gabriel Bustamante Peña, o estado de coisas inconstitucional consiste em um juízo empírico efetuado pela Corte Constitucional segundo o qual se declara a existência de um descumprimento reiterado e sistemático de uma norma constitucional, de sorte a privá-la, na prática, de seus efeitos.⁵⁹

Garavito e Franco, de outra banda, postulam que o estado de coisas inconstitucional deve ser entendido como a técnica decisória aplicável a resolução dos litígios estruturais, cujos elementos essenciais são descritos pelos autores nos seguintes termos:

Tanto na doutrina do ECI como na discussão comparada, os casos estruturais estão marcados por 1) uma situação de fracasso generalizado das políticas públicas e de violação reiterada e massiva de direitos, e 2) um bloqueio do processo político ou institucional que se afigura imune aos mecanismos convencionais de ajuste e correção das políticas públicas (Corte Constitucional 2004; Sabel e Simon 2004: 1062). Enquanto a primeira característica se relaciona à ausência de resultados minimamente aceitáveis das políticas públicas, o segundo se vincula às falhas sistemáticas no processo de formulação e execução de políticas públicas que contribui para a causação desses resultados.⁶⁰

⁵⁷ CAMPOS, C. A. A. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 95.

⁵⁸ LYONS, J. Q; MONTERROZA, A. M. N.; MEZA, M. I. La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable em Colombia. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, Colômbia, n. 1, v. 3, p. 69–80, janeiro, 2011.

⁵⁹ BUSTAMANTE, G. *Estado de cosas inconstitucional y políticas públicas*. Dissertação (Mestrado em Estudos Políticos) - Pontificia Universidad Javeriana, Colômbia, Bogotá, 2011.

⁶⁰ “Tanto en la doctrina del ECI como en la discusión comparada, los casos estructurales están marcados por 1) una situación de fracaso generalizado de las políticas públicas y de violación reiterada y masiva de derechos, y 2) un bloqueo del proceso político o institucional que parece inmune a los mecanismos de ajuste y corrección convencionales de las políticas públicas (Corte Constitucional 2004; Sabel y Simon 2004: 1062). Mientras que el primer rasgo tiene que ver con la ausencia de *resultados* mínimamente aceptables de las políticas públicas, el segundo atañe a fallas sistemáticas en el *proceso* de políticas públicas que contribuye a esos resultados.”

Diante das conceituações apresentadas, pode-se inferir que o estado de coisas inconstitucional se caracteriza por uma privação generalizada e massiva de concretude incidente sobre o plano da efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais. Trata-se, portanto, de uma proteção generalizadamente insuficiente da dimensão objetiva destas normas, decorrente de falhas estruturais persistentes do sistema político, o qual se revela institucionalmente bloqueado à correção do quadro de inconstitucionalidade.

Nessas razões, impõe-se a refutação do argumento apresentado por Streck segundo o qual a tese do estado de coisas inconstitucional seria improcedente por configurar uma declaração de inconstitucionalidade da realidade, o que seria inadmissível. Ora, o que se está a tutelar é precisamente a violação massiva a normas de direitos fundamentais decorrentes da privação de sua efetividade por falhas estruturais e persistentes no sistema político. Demais disso, a realidade não é compreendida à maneira bruta, trata-se, ao contrário, de realidade normativa, apreendida pelo âmbito normativo das normas salvaguardadas, isto é, dos direitos fundamentais.

Decerto, acolher a formulação de Streck implicaria afirmar que a dimensão da efetividade normativa é irrelevante para o direito constitucional, em desconsideração do disposto no art. 5º, § 1º, da CRFB/1988. Além disso, mostrar-se-ia incompatível com a metódica mülleriana, curiosamente referenciada por Streck em seu texto, conforme a qual a realidade integra a norma jurídica. Se integra a norma jurídica, por certo, enquanto realidade normatizada, pode embasar a formação de um juízo de inconstitucionalidade.

4.3 Pressupostos aplicativos da tese do estado de coisas inconstitucional

Carlos Alexandre de Azevedo Campos sustenta que os seis pressupostos de incidência do estado de coisas inconstitucional traçados na Sentença T – 025/2004 da Corte Constitucional colombiana podem ser sumarizados em três: (a) a constatação de um quadro de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, que afeta um número amplo de pessoas; (b) 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; e (c) a

GARAVITO, C. R.; FRANCO, D. R. *Cortes y Cambio Social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: De Justicia, 2010, p. 40.

imprescindibilidade da expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes.⁶¹

Garavito e Franco apresentam duas condições de aplicação da técnica decisória do estado de coisas inconstitucional, classificadas como (a) condições de processo, consistentes em falhas estruturais das políticas públicas no país; e (b) condições de resultado, definidas como violações massivas e sistemáticas dos direitos fundamentais de um número indeterminado de pessoas.⁶²

Tais pressupostos serão minudenciados quando da tratativa da temática concernente aos limites aplicativos do estado de coisas inconstitucional.

4.4 Sentenças estruturais

A decisão judicial decorrente da aplicação da técnica do estado de coisas inconstitucional se caracteriza como uma sentença estrutural. Com isso, quer-se significar que se trata de uma decisão que ordena a uma pluralidade de poderes, órgãos e agentes públicos a implementação coordenada de políticas públicas tendentes à superação do quadro de inconstitucionalidade, além da elaboração de medidas legislativas, administrativas e, até mesmo, judiciais, com o mesmo propósito. Nesse mister, o Poder Judiciário traça as diretrizes e orienta a coordenação entre os diversos atores competentes para a solução, porém jamais estabelece o conteúdo das políticas públicas a serem elaboradas.⁶³

Destarte, as sentenças estruturais possuem natureza flexível, porque o Poder Judiciário não substitui os poderes competentes para a formulação e execução das políticas públicas determinadas, tampouco elimina a discricionariedade a eles confiada na especificação dos meios para o atingimento da finalidade perseguida, a saber, a superação do estado de coisas inconstitucional. A efetividade das sentenças estruturais é garantida pelo instituto da retenção de jurisdição, por meio do qual o órgão julgador examina, após a prolação da decisão, se as políticas públicas e medidas determinadas foram elaboradas e aplicadas a contento, restando superado ou significativamente minorado o quadro de grave inconstitucionalidade.⁶⁴

Para a preservação do princípio democrático, a monitoração do cumprimento das sentenças estruturais deve ser forçosamente realizada de modo participativo, por meio de

⁶¹ CAMPOS, 2016, p. 177-178.

⁶² GARAVITO; FRANCO, 2010, p. 22.

⁶³ CAMPOS, op. cit., p. 187.

⁶⁴ Ibid., p. 189.

órgãos dotados de abertura institucional para a deliberação popular.⁶⁵ Nesse sentido, os institutos jurídicos de participação popular, como as audiências públicas, assumem especial relevância, sob inspiração do modelo hermenêutico esboçado pela sociedade aberta dos intérpretes da Constituição de Peter Häberle.⁶⁶

Como *ultima ratio*, caso, após sucessivos monitoramentos, o estado de coisas inconstitucional não tenha sido significativamente superado, resta a imposição de multa cominatória aos agentes públicos incumbidos do cumprimento coordenado das diretivas traçadas na sentença estrutural.

Quanto aos efeitos das sentenças estruturais, Garavito e Franco os classificam da seguinte forma: (a) efeito de desbloqueio institucional, com a eliminação dos entraves que impediam a atuação dos poderes constituídos para a superação do quadro de inconstitucionalidade, e x a harmonização do exercício das diversas funções dos atores públicos implicados; (c) efeito deliberativo, verificado na fase de monitoração do cumprimento da decisão proferida, por meio da participação popular nesta etapa; (d) efeito de política pública, consistente na efetiva elaboração das políticas públicas necessárias à correção da situação inconstitucional; (e) efeito social, culminância de todo o processo, com a atribuição de plena efetividade às normas constitucionais violadas.⁶⁷

4.5 Limites à aplicação da técnica do estado de coisas inconstitucional

Traçado o conceito, os pressupostos aplicativos e os caracteres sentenciais da técnica do estado de coisas inconstitucional, é possível explicitar seus limites aplicativos. Deste modo, tem-se por escopo refutar as duas principais objeções formuladas pelos autores acima referenciados à tese do estado de coisas inconstitucional: (a) a de que ela consistiria em um vazio semântico, capaz de albergar qualquer pretensão declaratória de inconstitucionalidade e de ser manipulado retoricamente ao alvedrio do intérprete; (b) a alegada violação aos princípios da separação dos poderes e democrático decorrente de sua aplicação.

Por primeiro, calha salientar que não será qualquer violação a direitos fundamentais que ensejará a incidência do estado de coisas inconstitucional. Somente violações massivas e generalizadas a diferentes normas de direitos fundamentais, desferidas contra um número

⁶⁵ CAMPOS, 2016, p. 208.

⁶⁶ HABERLE, P. *Hermenêutica Constitucional, A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

⁶⁷ GARAVITO; FRANCO, 2010, p. 128 et. seq.

indeterminado de sujeitos e vulneradoras da dimensão objetiva dos preceitos jusfundamentais é que serão tuteladas por meio da referida técnica decisória. Assim, infringências pontuais a direitos fundamentais, ou mesmo verificadas em face de alguns indivíduos, não autorizarão a aplicação dessa figura.

Em segundo lugar, deve-se comprovar que o quadro antes descrito decorre de ações e omissões estatais sistêmicas e persistentes, tendentes à perpetuação em razão de bloqueios políticos e institucionais prolongados, a traduzirem uma situação de inconstitucionalidade insuperável sem a ingerência do comando sentencial estruturante.

Finalmente, a superação do quadro de inconstitucionalidade deve exigir a elaboração e execução de medidas de não apenas um órgão, mas sim de uma pluralidade desses.

Em face do exposto, nota-se que a verificação e conseguinte aplicação decisória do estado de coisas inconstitucional exige o preenchimento de uma série de requisitos, a serem cumulativamente comprovados pelos proponentes da ação. Não procede, portanto, o argumento segundo o qual a tese em comento representaria um vazio semântico e de que qualquer pretensão seria subsumível a ela. Com efeito, o intérprete deve satisfazer inúmeros e gravosos ônus argumentativos para que a técnica decisória examinada seja observada. O caráter extremo e a excepcionalidade que orientam sua aplicação traduzem-se em um extremo rigor na apreciação do preenchimento dos requisitos acima estabelecidos.

No que concerne à pretensa violação ao princípio da separação dos poderes, resultante de alegada investidura do Poder Judiciário na formulação e execução de políticas públicas, a constatação da impertinência do argumento é alcançada pelo exame detalhado da natureza e dos elementos das sentenças estruturais. Como dito anteriormente, o Judiciário não estabelece imperativamente o conteúdo das políticas públicas a serem implementadas, preservando a indenidade dos espaços de discricionariedade legislativa e administrativa. Assim, não restam usurpadas as competências atribuídas aos demais poderes, atuando a Corte apenas no plano impulsionador e coordenador da ação estatal, traçando as diretrizes para o cumprimento dos mandados constitucionais.

Incabível igualmente se revela o argumento referente à vulneração do princípio democrático. O caráter dialógico e participativo do processo de monitoramento da formulação e execução das políticas públicas determinadas, no bojo do exercício da retenção de jurisdição, garante a necessária legitimidade democrática da concretização do comando sentencial.

Por fim, cabe consignar que apenas o Supremo Tribunal Federal está autorizado a declarar o estado de coisas inconstitucional, o que somente poderá ocorrer em sede de

arguições de descumprimento fundamental e de recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida, visto que ambos corporificam instrumentos processuais que, a um só tempo, protegem a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, com a produção decisória de efeitos *erga omnes*, e têm a subjacência de uma situação de fato como nota característica. Sobre o mandado de injunção, a primazia da decisão *inter partes* e a expressa delimitação legal de seu objeto à omissão normativa impedem seu manejo para tal ambição.⁶⁸

⁶⁸ Adota-se aqui o posicionamento de Gilmar Ferreira Mendes sobre os efeitos da decisão proferida em sede de recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida: “Parece legítimo entender que a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Dessa forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não cuida de decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais (Constituição austríaca, art. 140, 5, publicação a cargo do Chanceler Federal, e Lei Orgânica da Corte Constitucional alemã, art. 3 1 , 2, publicação a cargo do Ministro da Justiça). A não publicação não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma real eficácia.” MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1142.

5 O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: PERSPECTIVAS PARA O JULGAMENTO DEFINITIVO DA ADPF Nº 347/DF

É possível extrair três observações preliminares sobre o movimento de incorporação da técnica decisória do estado de coisas inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, deflagrado com o julgamento da medida cautelar na ADPF nº 347/DF: (a) do ponto de vista declaratório, a decisão proferida se mostrou teoricamente consistente, aproximando-se de modo significativo dos parâmetros aplicativos traçados pela Corte Constitucional colombiana; (b) quanto à dimensão estrutural, a decisão apresenta inconsistências internas com a fundamentação teórica para com o estado de coisas inconstitucional, *ex vi* o abstencionismo na determinação de medidas resolutórias de um quadro sistemático de decretos prisionais imotivados; (c) em seu aspecto prospectivo, o deferimento de cautelar de ofício, requisitando informações sobre o sistema prisional, sinaliza com a possibilidade da futura prolação de uma sentença estrutural determinante da elaboração de um conjunto de políticas públicas voltadas à solução do caos prisional brasileiro.

Deste modo, a importação brasileira do estado de coisas inconstitucional padece de uma parcial incompreensão quanto à sua dimensão técnico-decisória, sendo premente uma reflexão abalizada sobre as hipóteses configuradoras e os elementos essenciais das sentenças estruturais. Contudo, a sinalização emitida com o deferimento da cautelar de ofício mostra que ainda há tempo para a adoção de um posicionamento coerente a esse respeito quando da análise definitiva do *meritum causae* pelo plenário do Supremo Tribunal Federal.

De especial relevo será o provimento estrutural determinante da elaboração de um plano nacional resolutivo da crise carcerária no país, bem como os consequentes planos estaduais e distritais com ele harmônicos. Segundo o pleito formulado pelos “arguentes”, referido plano deverá prever medidas consistentes pautadas pelos seguintes objetivos:

- (i) redução da superlotação dos presídios; (ii) contenção e reversão do processo de hiperencarceramento existente no país; (iii) diminuição do número de presos provisórios; (iv) adequação das instalações e alojamentos dos estabelecimentos prisionais aos parâmetros normativos vigentes, no que tange a aspectos como espaço mínimo, lotação máxima, salubridade e condições de higiene, conforto e segurança; (v) efetiva separação dos detentos de acordo com critérios como sexo, idade, situação processual e natureza do delito; (vi) garantia de assistência material, de segurança, de alimentação adequada, de acesso à justiça, à educação, à assistência médica integral e ao trabalho digno e remunerado para os presos; (vii) contratação e capacitação de pessoal para as instituições prisionais; (viii) eliminação de tortura, de maus tratos e de aplicação de penalidades sem o devido processo legal nos estabelecimentos prisionais; (ix) adoção de medidas visando a propiciar o

tratamento adequado para grupos vulneráveis nas prisões, como mulheres e população LGBT.⁶⁹

Ademais, uma vez apresentado, o plano deverá ser submetido ao exame de adequação a ser empreendido pelo Conselho Nacional de Justiça, pela Procuradoria Geral da República, pela Defensoria Geral da União, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, pelo Conselho Nacional do Ministério Público e por outros órgãos e instituições que sobre ele queiram se manifestar, além da oitiva da sociedade civil, por meio de audiências públicas.

Na fase executiva, observado o instituto da retenção de jurisdição, o monitoramento das políticas públicas decorrentes do plano homologado será efetuado pelo 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.

Como se percebe, o provimento almejado pelos arguentes se amolda com perfeição aos pressupostos aplicativos e limites da técnica do estado de coisas inconstitucional, anteriormente apresentados. Preserva-se o princípio da separação dos poderes, com a manutenção do espaço de discricionariedade administrativa no detalhamento das políticas públicas a serem adotadas, e garante-se o respeito ao princípio democrático com a permanente abertura à participação popular em todas as fases de elaboração e execução do plano carcerário reclamado.

Ressalta-se que há de ser revisto o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no tocante à determinação de que os juízes brasileiros motivem expressamente as decisões impositivas de prisões provisórias, desincumbindo-se expressa e satisfatoriamente do ônus argumentativo concernente à comprovação da impossibilidade de aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão. É conveniente lembrar que mais de 40% da população carcerária brasileira é formada por presos provisórios, fato a evidenciar que os magistrados brasileiros não absorveram a *ratio legis* contida na Lei nº 12.403/2011.

Com efeito, a imposição de prisões provisórias figura como *ultima ratio* na cautelaridade processual penal, considerados os pesados gravames que impõe aos princípios da presunção da inocência e do devido processo legal, bem como aos direitos fundamentais de liberdade. O contingente exacerbado de presos provisórios no sistema prisional brasileiro denota que a resolução do estado de coisas inconstitucional resultante da superlotação

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2016.

carcerária passa, necessariamente, por uma correção de rumos argumentativos nas decisões cautelares processuais penais.

Assentados esses delineamentos, não há dúvidas de que a crise carcerária brasileira, agudizada recentemente com os massacres policiais e conflitos entre facções criminosas verificados nos presídios Anísio Jobim, em Manaus/AM, e de Alcaçuz, em Nísia Floresta/RN, configura um estado de coisas inconstitucional, a legitimar o proferimento de uma sentença estrutural corretiva das graves, sistemáticas e generalizadas violações a direitos fundamentais resultantes dessa situação de inconstitucionalidade.

Em parecer recente sobre o estado de coisas inconstitucional vigente no sistema penitenciário brasileiro, o eminente penalista Juarez Tavares assentou que, segundo interpretação conforme à Constituição do art. 59 do Código Penal, a pena deve ser compreendida na ordem jurídica brasileira como predominantemente atrelada a uma função preventiva especial positiva, *in verbis*:

Observada unicamente a expressão contida no art. 59 do Código Penal, de que a pena deverá ser aplicada de modo a ser *necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime*, poder-se-ia entender, à primeira vista, que aqui se adotou também uma teoria retributiva da pena. Ocorre, porém, que a Constituição estabeleceu como objetivo da República a promoção do “*bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação*” (art. 3º, IV). Isso significa que esse objetivo alcança não apenas as pessoas não condenadas, mas também aquelas que estejam respondendo a processos, que tiverem sido condenadas e estiverem cumprindo pena. Nesse aspecto, a perda ou a restrição de liberdade do sujeito não pode implicar sua eliminação como pessoa, a qual deve merecer do Estado todos os benefícios destinados aos demais. A adoção de uma teoria retributiva, que pudesse decorrer da expressão “repressão”, não pode se contrapor aos objetivos traçados pela Constituição, ou seja, o Estado não pode simplesmente reprová-lo e nem subordiná-lo a um procedimento preventivo exclusivo, sem atentar para seu próprio bem. A fim de compatibilizar os termos do art. 59 do Código Penal com a Constituição, deve-se entender que a expressão “repressão” está a indicar a exigência de que a medida da pena se oriente em função de critérios de proporcionalidade e não de uma retribuição moral. Daí ser importante reconstruir o próprio conteúdo da culpabilidade e de sua relação com a medida da pena. Dessa forma, ao menos normativamente, parece-me que a prevenção especial positiva – tal como descrita no dispositivo supracitado e amplamente prevista na legislação, na jurisprudência e na doutrina nacionais – deve ser o ponto de partida norteador da avaliação do sistema carcerário nacional.⁷⁰

Ademais, ao recolher o indivíduo ao cárcere, o Estado assume para si a função de garante especial de todo o plexo de direitos fundamentais por ele titularizado. Noutros termos: longe de minimizar, a prisão agudiza o dever do Estado brasileiro de garantir proteção suficiente aos direitos fundamentais titularizados por todos os nacionais e estrangeiros

⁷⁰ TAVARES, Juarez. *Parecer sobre o sistema carcerário brasileiro*. Rio de Janeiro: 2015. Disponível em: <<http://docslide.com.br/documents/parecer-sistema-carcerario-versao-final.html>>. Acesso em: 27/01/2017.

residentes no país, donde se ressalta a gravidade do atual quadro carcerário pátrio.

Consigne-se, ainda, que, segundo o sistema jurídico-penal pátrio, a pena não pode exceder os limites da culpabilidade do agente. Referida prescrição incide não apenas sobre a fase da dosimetria penal, mas abarca, outrossim, todo o interregno de execução da sanção criminal. Nessas razões, as condições precárias e desumanas dos presídios brasileiros corporificam evidente excesso na imposição da pena, transcendente dos limites da culpabilidade e, por mais essa razão, gravemente violador dos direitos fundamentais da população carcerária.

Discutível se mostra, no entanto, a tese segundo a qual essa constatação embasaria a emissão de um provimento determinante da detração penal, à luz das condições atuais do sistema carcerário, por parte do Supremo Tribunal Federal. Aludida decisão certamente não seria compatível com os limites impostos à técnica do estado de coisas inconstitucional, tampouco com os caracteres essenciais das sentenças estruturais. Ao fazê-lo, estaria o STF atuando como legislador positivo, em agir substitutivo de competência titularizada pelo Poder Legislativo. Mais adequada seria a determinação dirigida ao Poder Legislativo voltada à elaboração de uma lei temporária que harmonizasse os ditames de cumprimento da pena com as atuais condições do sistema prisional pátrio, enquanto não for sanado seu estado de coisas inconstitucional. Uma das soluções possíveis, a ser deliberada com exclusividade pelo legislador, seria, certamente, o regramento da detração penal reclamada pelos arguentes.

Ao fim, espera-se que o pleito nuclear veiculado na ADPF nº 347/DF, isto é, a imposição de políticas públicas resolutórias da crise carcerária, seja julgado totalmente procedente pelo Supremo Tribunal Federal, com o rigoroso monitoramento das medidas implementadas pelos órgãos competentes, operado por meio de processo participativo e pluralista. Assim sendo, é grande a possibilidade de que em um futuro não muito distante seja superado o incontestável estado de coisas inconstitucional verificado no sistema penitenciário pátrio.

CONCLUSÃO

Ao final do percurso investigativo empreendido no presente trabalho, tem-se que a técnica decisória do estado de coisas inconstitucional guarda conformidade à ordem jurídica brasileira, sujeitando-se, todavia, a pressupostos de incidência e limites reclamados tanto por sua própria estrutura doutrinária quanto pelos princípios da separação dos poderes e democrático.

Conforme se apurou, o emprego dos provimentos estruturais, elementos essenciais da tese apreciada, antecede a teorização desta, como se extraiu da análise do caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, julgado pela Suprema Corte estadunidense em 1954. Contudo, foi a Corte Constitucional colombiana a responsável por sistematizar pela primeira vez a figura do estado de coisas inconstitucional, cunhando sua nomenclatura e fixando pressupostos à sua aplicação.

A incorporação pelo Supremo Tribunal Federal da tese em análise mostrou-se acertada quanto aos seus efeitos declaratórios. No que concerne à dimensão estruturante, contudo, o rechaço à imposição de deveres argumentativos aos julgadores de instâncias inferiores, quando estes determinarem prisões provisórias de investigados e acusados, desvelou uma incoerência interna no acórdão proferido pela Corte na ADPF nº 347/DF, visto que presentes os requisitos autorizadores ao atendimento do pleito formulado. Destarte, a exagerada proporção de presos provisórios no sistema prisional pátrio evidencia indubioso abuso da cautelaridade penal por parte dos magistrados, que, em grande parte dos decisórios, não fundamentam adequadamente a impossibilidade de aplicação de medidas cautelares menos gravosas, fato caracterizador de grave e persistente violação ao devido processo legal substantivo e às liberdades individuais.

Quanto à fundamentação teórico-normativa do objeto estudado, ficou claro que a tese do estado de coisas inconstitucional consubstancia a culminância da doutrina brasileira da efetividade, erigindo-se em garantia, até então inexistente, ao plano da concretização, este considerado em relação à dimensão objetiva dos direitos fundamentais. A perspectiva legiscêntrica que orientava a análise tradicional da inconstitucionalidade por omissão legava à descoberto o plano da efetividade das normas constitucionais, de curial relevância sob o paradigma do Estado Democrático e Social de Direito, no qual a Constituição expressa o projeto imperativo de uma sociedade materialmente justa, livre e solidária.

Demais disso, à vista dos rigorosos ônus argumentativos fixados para sua admissibilidade, não merecem guarida as críticas segundo as quais se trataria o estado de

coisas inconstitucional de um instrumento puramente retórico, posto ao alvedrio das intenções do intérprete. Deveras, somente graves e persistentes violações a um amplo espectro de direitos fundamentais, decorrentes de falhas estruturais no sistema político-jurídico e reclamantes da atuação coordenada de diversos órgãos, legitimarão sua incidência. Vale repisar: incumbe a todo aquele que pretender a observância da técnica decisória em epígrafe comprovar a existência de insuperáveis bloqueios institucionais à resolução da situação contrastada, observada sua inegável excepcionalidade.

Não configura usurpação das competências legislativas e administrativas o proferimento de sentenças estruturais pelo Supremo Tribunal Federal. Isso porque os espaços de discricionariedade, confiados aos atores políticos competentes para a formulação e execução de políticas públicas, remanescem preservados, considerada a flexibilidade das decisões prolatadas, uma vez incidente o estado de coisas inconstitucional.

De igual modo, o princípio democrático é privilegiado na consecução do instituto da retenção de jurisdição pela Corte Suprema. A forçosa abertura de canais dialógicos e deliberativos à participação popular assegura a construção plural e a viabilidade prática das políticas públicas a serem implementadas, fulcro de permanente monitoramento por seus destinatários.

Diante do quadro traçado até aqui, espera-se que a decisão definitiva da ADPF nº 347/DF pelo Supremo Tribunal Federal confira integral procedência à ordem de elaboração de um plano de atuação coordenada dos diversos órgãos políticos, com vistas à resolução da dantesca crise carcerária vivenciada pelo Brasil. A limitação da punição pela culpabilidade e o especial dever de garantia dos direitos fundamentais da população carcerária pelo Estado obstam a tratativa dos presídios brasileiros como verdadeiras masmorras medievais, destinadas ao atendimento do desejo de vingança da multidão ignara.

Com efeito, ante um longo passado de promessas constitucionais descumpridas, a técnica decisória anteriormente examinada representa um importante avanço na superação do abismo entre Constituição e realidade constitucional. Todavia não se pode dela esperar mais do que tem a oferecer: a plena resolução das mazelas sociais brasileiras somente será alcançada com uma profunda reforma da organização política pátria, rumo à construção de uma democracia genuinamente participativa.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

AVRITZER, Leonardo. *Impasses da democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 101-132.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. *Revista Direito do Estado*, Salvador, ano 4, n. 13, p. 71-91, jan./mar 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, jan. 2015.

_____. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 280.

_____. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 9 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004

BOCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 15. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. *Diário da Justiça*, Brasília, 19 de fevereiro de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4357/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. *Diário da Justiça*, Brasília, 05 de agosto de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Intervenção Federal nº 114/MT. Relator: Ministro Néri da Silveira. *Diário da Justiça*, Brasília, 27 de setembro de 1996.

_____. Supremo Tribunal Federal. Intervenção Federal nº 5.129/RO.

_____. Supremo Tribunal Federal. Intervenção Federal nº 5.179/DF. Relator: Ministro César Peluso. *Diário da Justiça*, Brasília, 07 de outubro de 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4357/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. *Diário da Justiça*, Brasília, 05 de agosto de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4425/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. *Diário da Justiça*, Brasília, 04 de agosto de 2015.

BUSTAMANTE, Gabriel. *Estado de cosas inconstitucional y políticas públicas*. Dissertação (Mestrado em Estudos Políticos) - Pontificia Universidad Javeriana, Colômbia, Bogotá, 2011.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da inconstitucionalidade por omissão ao Estado de coisas inconstitucional*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

_____. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. *Estado de coisas inconstitucional*. Disponível em: <<http://jota.info/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Coimbra: Coimbra editora, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia SU-559 de 1997*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em 16 jan. 2017.

_____. *Sentencia SU-250 de 1998a*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/SU250-98.htm>>. Acesso em 16 jan. 2017.

_____. *Sentencia T-068 de 1998b*. Disponível em:
<<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-068-98.htm>>. Acesso em 16. Jan. 2017.

_____. *Sentencia T-153 de 1998c*. Disponível em:
<<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm>>. Acesso em 16 jan. 2017.

_____. *Sentencia T-606 de 1998d*. Disponível em:
<<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-606-98.htm>>. Acesso em 16 jan. 2017.

_____. *Sentencia T-025 de 2004*. Disponível em:
<<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em 16 jan. 2017.

_____. *Sentencia T-559 de 1998e*. Disponível em:
<<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-559-98.htm>>. Acesso em 16 jan. 2017.

DE GIORGI, Rafaelle; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Artigo disponível em: <<http://opinio.estadao.com.br/estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>>. Acesso em: 02/02/2017.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquiades. *Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde: um contributo para a dogmática do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Brown vs. Board of Education of Topeka*. 347, U.S. 483, 1954. Disponível em:
<<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/case.html>>. Acesso em 16 jan. 2017.

FUCHS, Ângela Maria Silva; FRANÇA, Maira Nani; PINHEIRO, Maria Salete de Freitas. *Guia para normalização de publicações técnico-científicas*. Uberlândia: EDUFU, 2013.

GADAMER, Hans Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 3.ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: (interpretação e crítica)*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y Cambio Social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: De Justicia, 2010

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

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

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução e notas de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998.

_____. *Temas fundamentais de Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição? Tradução de Hiltomar Martins Oliveira*. Belo Horizonte: Cultura Jurídica – Editora Líder, 2004.

LYONS, Josefina Quintero; MONTERROZA, Angelica Matilde Navarro; MEZA, Malka Irina. La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable em Colombia. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, Colômbia, n. 1, v. 3, p. 69–80, janeiro, 2011.

MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. Revista Novos Estudos - CEBRAP, nº 58, nov. 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Renovar, 2005.

_____. *Teoria estruturante do direito I*. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel. A. *Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição*. *Revista Juris Poiesis*, Salvador, ano 18, n. 18, jan./dez. 2015.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. “*Estado de coisas surreal*”. Disponível em: <<http://jota.info/estado-de-coisas-surreal>>. Acesso em: 14 jan. 2017.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: *Arquivos de direitos humanos*. Vol. 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Lumen Juris, 2006

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

SHAPIRO, Scott J.. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. *Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidade de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, vol. 8, n. 2, p. 257-301, mai./ago. 2003.

TAVARES, Juarez. *Parecer sobre o sistema carcerário brasileiro*. Rio de Janeiro: 2015. Disponível em: <<http://docslide.com.br/documents/parecer-sistema-carcerario-versao-final.html>>. Acesso em: 27/01/2017.