

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL: UM ESPAÇO PARA A PRÁTICA DO CONSTITUCIONALISMO DIALÓGICO?

THE UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS IN BRAZIL: A SPACE FOR THE PRACTICE OF DIALOGICAL CONSTITUTIONALISM?

Juliana Maria Borges Mamede¹ (PG), Martonio Mont'Alverne Barreto Lima² (PQ).

1Doutoranda em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Fortaleza-CE;

2Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Fortaleza-CE.

julianamamede@unifor.br

barreto@unifor.br

Resumo

A afirmação do estado de coisas inconstitucional (ECI) como técnica de decisão utilizada pela Suprema Corte brasileira na ADPF 347, que versa sobre a crise do sistema penitenciário nacional, apresentou-se cercada de expectativas acerca de sua matriz, fundamentação e eficácia. Teve-se como referência o construto desenvolvido pela Corte Constitucional Colombiana (CCC), a qual indicou seus contornos básicos, requisitos e desenvolveu sua aplicabilidade em casos de relevo. Considerando que ainda não se alcançou um desfecho para o objeto da ação aludida, entende-se como pertinente a reflexão acerca do constitucionalismo dialógico para o enfrentamento da crise estrutural do sistema penitenciário brasileiro. Para tanto, realizou-se pesquisa bibliográfico-documental, revelando-se como uma pesquisa pura e qualitativa. Com essas breves linhas apresenta-se uma problematização acerca do cabimento do constitucionalismo dialógico como uma resposta à crise estrutural do sistema penitenciário.

Palavras-chave: Estado de Coisas Inconstitucional. Constitucionalismo Dialógico. ADPF Nº 347. Sistema Penitenciário Brasileiro.

ABSTRACT:

The declaration of the unconstitutional state of affairs as a decision technique used by the Brazilian Supreme Court in the ADPF 347, which deals with the crisis of the national penitentiary system, was surrounded by expectations about its matrix, grounds and effectiveness. The construct developed by the Colombian Constitutional Court (CCC) was used as a reference, which indicated its basic contours, requirements and developed its applicability in leading cases. Considering that a final outcome has not yet been reached for the object of the aforementioned case, it is understood as pertinent the reflection on the dialogical constitutionalism to confront the structural crisis of the Brazilian penitentiary system. For that, a bibliographic-documentary research was carried out, revealing itself as a pure and qualitative research. With these brief lines it is presented a problematization about the adequacy of the dialogical constitutionalism as a response to the structural crisis of the penitentiary system.

Keywords: Unconstitutional State of Things. Dialogical Constitutionalism. ADPF Nº 347. Brazilian Penitentiary System.

Introdução

O advento do "estado de coisas inconstitucional" (ECI) como técnica de decisão utilizada pela Suprema Corte brasileira diante da crise do sistema penitenciário nacional veio cercada de expectativas acerca de sua matriz, fundamentação e, especialmente, eficácia. Tomou-se como referência o construto desenvolvido pela Corte Constitucional Colombiana (CCC), a qual apresentou seus contornos básicos, requisitos e desenvolveu sua aplicabilidade em casos de relevo. Na incipiente experiência brasileira tem-se um projeto inacabado, uma vez que ainda não

se alcançou um desfecho para o caso, mas há traços institucionais que permitem uma reflexão acerca de uma possível utilização do ECI como um espaço para as práticas do "Constitucionalismo Dialógico" ou, mesmo, de uma "Revisão Judicial Dialógica" (GARGARELLA, 2014; TUSHNET, 2014). Essas práticas refletem uma releitura sobre o papel da jurisdição constitucional diante de temas de elevada complexidade e que refratam, diretamente, sobre a relação da *judicial review* ante o sistema democrático. Nessa linha, coloca-se a necessidade de construção de um debate aberto entre as instâncias eletivas com a Suprema Corte, como forma de se buscar a construção de consensos capazes de superar desafios comuns, com respeito à ordem constitucional. Assim, o presente texto, partindo de uma breve análise acerca do estado de coisas inconstitucional, apresentará uma reflexão acerca do cabimento do constitucionalismo dialógico para o enfrentamento da crise estrutural do sistema penitenciário brasileiro.

Metodologia

Neste estudo foi realizada pesquisa bibliográfico-documental. Em relação à tipologia da pesquisa, esta é, segundo a utilização dos resultados, pura, pois visa ampliar o conhecimento sobre o tema, ao passo que, quanto à abordagem, mostra-se qualitativa, pela observação de fenômenos sociais ocorridos. Relativamente aos objetivos, trata-se de pesquisa exploratória, definindo objetivos e buscando maiores informações sobre o tema em questão.

Resultados e Discussão

1 O Estado de Coisas Inconstitucional na Colômbia e sua recepção no Brasil:

Com a adoção do ECI a Corte Constitucional Colombiana tem registrado, ao longo do tempo, decisões que apresentam um acúmulo de aprendizagem na concretização da acepção objetiva dos direitos fundamentais, com a ampliação das medidas de implementação daquelas e, ao mesmo tempo, trazendo uma percepção mais acurada dos limites existentes para tanto.

Tomando-se como paradigmas a Sentença de Unificação (SU) – 559, de 1997, a Sentença de Tutela (ST) - 153, de 1998 e a Sentença de Tutela (ST) - 025, de 2004, evidenciou-se a necessidade de atuação da Corte quando diante de um quadro que reunisse os seguintes pressupostos: (a) *la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas*; (b) *la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos*; (c) *la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado*; (d) *la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos*; (e) *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*; (f) *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* (COLOMBIA, CCC, ST-025/04, online).

Assim, partindo da necessidade de atuação dos poderes estatais para a retificação do quadro de violações, iniciou-se por notificar as demais autoridades públicas acerca de uma situação de patente violação à Constituição, sem, contudo, aceitar imiscuir-se diretamente na problemática trazida, o que se pode evidenciar com o estabelecimento de *prazo razoável* (verdadeiro conceito jurídico indeterminado) para que as autoridades públicas sanassem as violações, não se estabelecendo qualquer obrigatoriedade aos órgãos de controle de acompanharem a decisão judicial (v. SU-559/97). A ST-153/98 aprimora o trato da questão pela Corte, pois nesta são verificadas ordens peremptórias a serem executadas pelas autoridades públicas, com a elaboração de programas e ajustes na estrutura administrativo-orçamentária, e pelos órgãos de controle, competindo a estes o acompanhamento da execução das medidas.

A recepção do estado de coisas inconstitucional no Brasil deu-se através da ADPF nº 347, na qual o Partido Socialismo e Liberdade - PSOL pugna pelo reconhecimento do estado de coisas inconstitucional relativamente ao sistema penitenciário brasileiro, vislumbrando possível alternativa à precária estrutura do sistema prisional pátrio e das adversas condições a que são submetidos os detentos, culminando com graves violações aos direitos fundamentais, e, especialmente, à dignidade da pessoa humana, como se passa a analisar.

2 A crise estrutural do sistema penitenciário e seu enfrentamento

No Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen de Junho/2016 (BRASIL, *online*), a população prisional no Brasil atingiu a marca de 726.712 pessoas encarceradas, ocasionando um *déficit* de 358.663 vagas no sistema. Ao atingir essa marca o Brasil passou a ter a terceira maior população carcerária do mundo (AGÊNCIA BRASIL, *online*). No período de 1990 a 2016 deu-se um crescimento de 707% da população prisional, ressaltando-se que 40% das pessoas presas no Brasil, em junho de 2016, ainda não haviam sido julgadas.

A despeito do contingente prisional, observa-se, conforme dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública - 2018 (FBSP, *online*), que no ano de 2017 foram registradas 63.895 mortes violentas intencionais, o que denota um aumento da incidência dos crimes de homicídio, latrocínio e lesão corporal grave seguida de morte. Se comparado a um período de 5 anos atrás, o citado documento registra 55.847 mortes violentas intencionais (FBSP, *online*).

Diante do exposto, vislumbra-se que embora o encarceramento seja apresentado como uma medida factível e eficaz de manutenção da segurança pública, os números refutam toda e qualquer tentativa de camuflar a atual situação do sistema penitenciário brasileiro, uma vez que tal medida, embora de uso crescente, por si só, é inócua, já que não se observa uma redução dos índices de criminalidade e, conseqüentemente, de detenções, o que termina por agravar a crise do sistema penitenciário, cuja estrutura deficiente quanto às questões mais básicas de vida digna se mostra insuficiente à ressocialização dos detentos, como já apontado na ADPF nº 347.

Percebe-se que as políticas sobre a questão em apreço já apresentadas restaram frustradas, como se pode verificar analisando-se as políticas de segurança pública, lançadas a partir do ano 2000, nos governos de Fernando Henrique Cardoso (I Plano Nacional de Segurança Pública) e Luis Inácio Lula da Silva (Projeto Nacional de Segurança Pública para o Brasil e o

Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania – PRONASCI). Em 2017 (governo Temer), como resposta às guerras entre facções nos presídios das Regiões Norte e Nordeste, lançou-se o Plano Nacional de Segurança que prevê a integração, coordenação e cooperação entre Governo Federal, Estados e sociedade, tendo como uma das propostas a modernização do sistema penitenciário, não se observando, até o presente momento, os resultados esperados.

Como se vê, as políticas públicas anteriormente referidas, que tinham por propósito combater o crime e adequar o sistema penitenciário aos preceitos constitucionais, pouco se concretizaram, fazendo crer na inoperância das instituições estatais na gestão do Sistema, o que conduz à reflexão acerca do cabimento do constitucionalismo dialógico para o enfrentamento da crise estrutural do sistema penitenciário brasileiro.

3 O Constitucionalismo Dialógico e suas possibilidades no enfrentamento da crise estrutural do Sistema Penitenciário brasileiro: Uma perspectiva atual

Vista a ineficácia das políticas públicas de segurança e de administração penitenciária até o presente, bem como a postura adotada pela CCC com o reconhecimento do ECI, cumpre analisar suas possibilidades ante o que se vem denominando de *constitucionalismo dialógico*.

Roberto Gargarella (2014, p. 125) assinala que o constitucionalismo dialógico se apoia em uma releitura do sistema de freios e contrapesos - inicialmente orientado para evitar e canalizar uma "guerra social" - no sentido da institucionalização de um "diálogo entre iguais" a ser desenvolvido entre os poderes estatais, notadamente entre o judiciário e o legislativo, quando da *judicial review*. Nessa linha de raciocínio, o autor (GARGARELLA, 2014, p. 121) não deixa de perceber como manifestações dialógicas as decisões originadas de litígios de tipo estrutural, que demandam a participação ampliada por meio de audiências públicas e que rompem com a autocontenção de praxe das Cortes Constitucionais (notadamente na América Latina), comprometendo-se ante violações de direitos que antes não encontravam resposta judicial concretizável, a deflagrar um debate acerca de sua efetiva solução em países como Argentina, Brasil e Colômbia.

A premissa básica para tanto seria o desenvolvimento de um "diálogo inclusivo" (GARGARELLA, 2014, 124), e, conforme Mark Tushnet (2014, p. 109-112) isso viabilizaria uma interação dialógica entre os distintos ramos governamentais acerca de qual das interpretações constitucionais concorrentes seria a mais adequada ao caso, em uma *revisão judicial dialógica*, centrada na cooperação entre poderes no sentido de se enfrentar os pontos controvertidos de uma dada legislação com a maior precisão possível na construção de uma resposta ao desafio comum. Contudo, ao se perquirir o que, de fato, se deu na experiência da decisão colombiana sobre o ECI no sistema carcerário, pode-se perceber uma sinalização não tão favorável.

Se é certo que a decisão na ST 153/98 (e sem descurar do retorno constante ao tema, como nas ST's 388/13 e 762/15) serviu de marco para a produção de uma reestruturação administrativa e de políticas públicas, bem como para a designação de um acompanhamento específico por parte de instituições de controle do Executivo (HERNÁNDEZ, 2003, p. 217-221), por outro lado há registros de que a pretendida eficácia da decisão não foi alcançada em sua

integralidade (HERNÁNDEZ, 2003, p. 220 e 221), levando a uma flexibilização na atuação da CCC, fazendo prevalecer um maior campo de discricionariedade para os poderes Executivo e Legislativo (ARIZA, 2015, p. 200-204; ITURRALDE, 2015, p. 488-492; CAMPOS, 2016, p. 128-135), o que pode ser considerado como um “convite ao diálogo”, a partir do foco em valores constitucionais conectados com problemas específicos, como destaca Tushnet (2014, p. 112).

O desafio presente para o desenvolvimento e concretização da ADPF nº 347, ora em trâmite junto ao STF, será definir o grau de discricionariedade a ser oportunizado aos poderes Executivo e Legislativo para a superação desse “estado de coisas inconstitucional”, além de se estabelecer se haverá e como se daria o necessário acompanhamento da decisão, bem como, os termos do diálogo institucional a ser oportunizado. De fato, de modo semelhante à CCC, o STF adota um posicionamento que se afasta da busca de uma solução imediata para o quadro de graves, reiteradas e massivas violações de direitos fundamentais – diversamente do que fez no caso do RE nº 592.581-RS, quando definiu a realização de obras em casa de albergado (BRASIL, STF, *online*), deixando em aberto como se construirá o diálogo institucional entre as funções estatais. Resta saber se os demais poderes estarão dispostos a desenvolver o diálogo proposto e quais as alternativas possíveis à Suprema Corte brasileira e aos milhares de encarcerados se a resposta for negativa, para que não se confunda com a mera ineficácia de direitos fundamentais.

Conclusão

O constitucionalismo dialógico apresenta-se como uma alternativa à problemática do sistema penitenciário, tal como constatado na ADPF nº 347, uma vez que dada a sua complexidade e alcance, requer esforços articulados. Contudo, se questiona como o constitucionalismo dialógico poderia repercutir na ordem democrática brasileira.

Ao enfrentamento da crise estrutural do sistema penitenciário brasileiro, assim como de qualquer outro setor como educação, saúde, infraestrutura – no qual se inclui ainda o precário cumprimento do direito fundamental de acesso à justiça, que é responsabilidade do Poder Judiciário – resta duvidosa a realização de um “diálogo” na forma proposta pelo ECI, onde o protagonismo de um Poder não eleito, sem qualquer condição técnica venha a integrar o centro do planejamento e da decisão, e, mais grave, dotado da capacidade institucional de decidir sobre pontos tão centrais do constitucionalismo dirigente. Remanesce, neste ponto, o severo obstáculo da teoria da democracia em desfavor da decisão judicial como *policy maker*.

Referências

ARIZA, Libardo José. Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas presas y la intervención de la Corte Constitucional en el sistema penitenciario colombiano. In MALDONADO, Daniel Bonilla (Editor). **Constitucionalismo del Sur Global**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2015, p. 169-204.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 28 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 592.581-RS**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2637302>. Acesso em: 28 abr. 2018.

BRASIL. **Plano Nacional de Segurança Pública**. Disponível em: <http://www.observatoriodeseguranca.org/files/PNSP%202000.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2018.

BRASIL. **Plano Nacional de Segurança**. Disponível em: <https://tinyurl.com/y67cssxx>. Acesso em: 28 abr. 2018.

BRASIL. **Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (PRONASCI)**. Disponível em: <https://tinyurl.com/y2gv4joh>. Acesso em: 28 abr. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: Atualização - Junho 2016**. Disponível em: <https://tinyurl.com/ycg68vox>. Acesso em: 28 abr. 2018.

DEPEN. Agência Brasil. **Com 726 mil presos, Brasil tem terceira maior população carcerária do mundo**. Disponível em: <https://tinyurl.com/y89ro2v2>. Acesso em: 28 abr. 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2017**. Disponível em: <https://tinyurl.com/y85t3plx>. Acesso em: 28 abr. 2018.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2018**. Disponível em: <https://tinyurl.com/y2jubbeq>. Acesso em: 19 mar. 2019.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2018**. Disponível em: <https://tinyurl.com/yaoejgmz>. Acesso em: 19 mar. 2019.

HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. La garantía de la dimension objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el llamado “estado de cosas inconstitucional”. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**. Año 1, Nº 1, Universidad de Talca, Chile, 2003, p. 203-228. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82010111>. Acesso em: 02 março 2019.

ITURRALDE, Manuel. Acceso a la justicia constitucional en Colombia: oportunidades y retos para la transformación social y política. *In* MALDONADO, Daniel Bonilla (Editor académico). **Constitucionalismo del Sur Global**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2015, p. 443-493.

TUSHNET, Mark. Revisión judicial dialógica. *In* GARGARELLA, Roberto (Compilador). **Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 105-116.

GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente ao sistema de los frenos y contrapesos. *In* GARGARELLA, Roberto (Compilador). **Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 119-158.

Agradecimentos