

ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E BLOQUEIOS
INSTITUCIONAIS:
DESAFIOS PARA A CONSTRUÇÃO DA RESPOSTA ADEQUADA

Vanice Regina Lírio do Valle¹

Resumo: O uso recente pela Suprema Corte do conceito de “estado de coisas inconstitucional” tematizou um amplo debate acerca da utilidade e dos riscos envolvidos nesta afirmação institucional. Essa avaliação deve partir de um entendimento mais amplo da jurisprudência internacional na matéria; e da relação entre a categoria “estado de coisas inconstitucional” e a superação de um bloqueio institucional que possa se ter como a causa da ameaça ou erosão a direitos fundamentais. Reconciliar o conceito proposto com essa relação causal com o bloqueio institucional pode oferecer respostas preliminares para as principais objeções relacionadas a separação de poderes e ao ativismo. Essa mesma restauração da relação instrumental entre “estado de coisas inconstitucional” e superação de bloqueios institucionais permite formular sugestões relacionadas a incorporação pela Corte do referido conceito, especialmente quanto ao modo pelo qual se deva empreender ao monitoramento do provimento estruturante que a categoria requer.

Palavras-chave: estado de coisas inconstitucional – bloqueios institucionais – direitos fundamentais – *judicial review*

Abstract: The recent use by the Supreme Court of the “unconstitutional state of affairs” concept brought a lot of debate regarding the utility and the risks involved in such an institutional assertion. That evaluation should depart from a broader understanding of the international case law in the matter, and of the relationship among the “unconstitutional state of affairs” and the overcoming of an institutional blockage that might be the core reason to undermining fundamental rights. Reconciling the former concept with that institutional blockage causation offers preliminary answers to the main concerns related with separation of powers and activism. That same restoration of that basic means to an end relationship between unconstitutional state of affairs and overcoming institutional blockage allows raising some suggestions in the Supreme Court’s incorporation of the concept, and the way monitoring structural injunctions in such cases should happen.

Key-words: unconstitutional state of affairs – institutional blockage – fundamental rights – *judicial review*

1. Contextualizando: porque o bloqueio institucional seja relevante tema de análise numa perspectiva de proteção a direitos fundamentais

¹ Visiting Fellow no Human Rights Program – Harvard Law School. Pós-doutorado pela EBAPEFGV, Doutorado em Direito pela UGF. Professora Permanente do PPGD/UNESA, e Procuradora do Município do Rio de Janeiro.

Transcorridos já quase 3 décadas de vigência da Carta de 1988, a prática evidenciou em boa medida, o caráter verdadeiramente mítico da visão segundo a qual a simples proclamação dos direitos fundamentais era suficiente para determinar a transformação social². Desmente o mito a circunstância de que boa parte dos direitos fundamentais (especialmente os de cariz socioeconômico) terão na dimensão institucional e nas políticas públicas que os densifiquem e instrumentalizem, elemento indispensável a uma rotinização do cumprimento desses mesmos compromissos constitucionais. Evidenciada a necessária intervenção de instituições diversas, um percalço possível é a materialização de bloqueios de qualquer natureza – e com isso, o comprometimento da pretendida efetividade do direito.

De outro lado, a necessidade da afirmação da supremacia constitucional e do projeto por ela manifesto, levou a uma proclamação desta mesma eficácia que induziu à incorporação pelo Judiciário brasileiro – e porque não dizer, por boa parte do ambiente acadêmico nacional – de um discurso do essencialismo dos direitos³, que secundariza, remetendo para o plano da “mera política” a dimensão prática da sua operacionalização. No campo judicial, em especial, esse essencialismo levou ao negligenciamento em especial, da dimensão do provimento jurisdicional em si que possa bem servir ao resultado almejado, a saber, empoderamento de direitos fundamentais, especialmente quando estes sejam reclamados na sua dimensão coletiva, em ações de mesmo cariz, ou no exercício da jurisdição constitucional em abstrato.

A lógica continua sendo do provimento clássico, que afirma ou nega o direito – como se este (direito) fosse pré-determinado em todos os seus elementos, e sua materialização estivesse a depender tão-somente desse comando peremptório. Não se pode igualmente ignorar um elemento cultural, que associa o não cumprimento de direitos fundamentais a uma representação maniqueísta de que o Estado-Leviatã sabe sim, o que deva fazer – e se não o

² PERELMAN, Jeremy, and YOUNG, Katharine G. Rights as footprints: a New Metaphor for Contemporary human rights practice. *Nw. UJ Int'l Hum. Rts.* 9 (2010): 27; citando Scheingold, STUART A., *The politics of rights: lawyers, public policy, and political change*, New Haven: Yale University Press, 1974.

³ LEVINSON, Daryl J. Rights Essentialism and Remedial Equilibration. *Columbia Law Review* (1999): 857-940.

faz, e por pura resistência anti-democrática, ou ainda, por clara infidelidade constitucional.

O desafio de superação dos bloqueios institucionais, todavia, não se constitui “privilégio” do Brasil – e se viu proposto, em verdade, a todos os países que, no universo que a doutrina entendeu de qualificar como integrante do *Global South*⁴, apresentam constituições marcadamente transformativas⁵ ou aspiracionais⁶. Em todos eles, não obstante as diferenças de tratamento no tema da eficácia dos direitos fundamentais⁷; fato é que o objetivo constitucional primário é a promoção da transformação social – e com isso, a tarefa institucional se apresenta de maneira assemelhada às diversas cortes constitucionais.

A recente evocação pelo Supremo Tribunal Federal da categoria do “estado de coisas inconstitucional” no julgamento da ADPF 347, com seguidas referências à experiência pretérita da Colômbia com a *Sentencia T - 153/98* evidencia a percepção pela Corte da necessidade do desenvolvimento de provimentos jurisdicionais que se revelem aptos a determinar uma resposta mais eficaz ao complexo bloqueio institucional que deu causa às maciças violações

⁴ A expressão pretende enunciar um traço comum entre países que ostentam um exercício bastante particular de jurisdição constitucional, marcadamente comprometido com a efetividade de direitos fundamentais, mesmo os socioeconômicos. Originalmente cunhada por Maldonado, a expressão foi veiculada em obra dedicada a análise da atuação das Cortes Constitucionais de Índia, África do Sul e Colômbia (MALDONADO, Daniel Bonilla, ed. *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*. Cambridge University Press, 2013). Aplicando a mesma lógica – que reúne experiências nacionais distintas sob esse mesmo rótulo do Global South, consulte-se ainda SOUZA SANTOS, Boaventura de Souza. *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas de una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho, Constitución y Sociedad; Programa Democracia, Constitución y Transformación Global, 2010 e RODRIGUEZ-GARAVITO, Cesar e FRANCO, Diana Rodriguez. *Juicio a la exclusión: el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*. Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2015.

⁵ KLARE, Karl E. Legal culture and transformative constitutionalism. *S. Afr. J. on Hum. Rts.* 14 (1998): 146; LANGA, Justice Pius. Transformative constitutionalism. *Stellenbosch Law Review Stellenbosch Regstydskrif* 17.3 (2006): p-351.

⁶ GARCIA-VILLEGAS, Mauricio. Law as Hope: Constitution and Social Change in Latin America. *Wis. Int'l LJ* 20 (2001): 353 (pointing as main features of the aspirational model, a belief in the possibility of a better future; a maximizer perspective when it comes to constitutional commitments, and the necessary engagement of the political forces in the such a project of social change).

⁷ A opção pela proclamação *ab initio* da eficácia imediata de todos os direitos fundamentais foi uma opção tipicamente brasileira. Outros países relacionados com o mesmo propósito transformador silenciaram no tema da eficácia (Índia, onde a rigor a proteção aos direitos fundamentais é extraída simplesmente da cláusula contida no art. 21 da constituição que protege o direito à vida); elencaram quais os direitos que seriam objeto específico de eficácia imediata (Colômbia); ou acolheram a fórmula da implementação gradual (África do Sul, em relação a alguns dos direitos fundamentais contemplados no Texto de Base). Não obstante a literalidade dessas mesmas cláusulas, uma jurisprudência progressista extraiu níveis de eficácia que tem despertado o interesse da comunidade internacional.

de direitos humanos havidas nas prisões brasileiras. Desloca-se a Corte da acima referida perspectiva do essencialismo dos direitos para uma atenção mais específica ao provimento em si como meio de determinação de um padrão de conduta orientado à adequação futura do agir administrativo. Esse é um radical afastamento da lógica tradicional das sentenças condenatórias, declaratórias ou constitutivas – e é nesse exato sentido que a experiência internacional pode se revelar útil à construção de um novo modelo aplicável a estas situações excepcionais de afastamento do querer constitucional por força de bloqueios institucionais.

É de se dizer que a experiência de jurisdição orientada à supervisão institucional não é estranha mesmo na experiência estadunidense, com uma primeira leva de decisões nas décadas de 70 e 80⁸, nos feitos qualificados por Chayes como afetos a *public law litigation*⁹. Em que pese a intensa controvérsia que grassa nas hipóteses de intervenção judicial em políticas públicas ou no padrão de funcionamento de uma determinada instituição¹⁰, o modelo seguiu sendo aplicado, ainda que com algumas adaptações, alcançado estágio em que se tem a recepção pelo Judiciário do experimentalismo no que toca às possíveis fórmulas de superação da obstrução institucional como alternativa¹¹.

O objetivo do presente texto, dialogando com a referida experiência internacional, é contribuir para a reflexão de que tipo de provimento jurisdicional se possa efetivamente cogitar construir na busca de superação do sempre relevante desafio que é o fenômeno do bloqueio institucional. Tecidas estas considerações iniciais, o segundo subtítulo dedica-se a um percurso exploratório do fenômeno do bloqueio institucional, emancipando a sua compreensão para além do pensamento maniqueísta de que se um direito não avança na sua

⁸ O epíteto de inconstitucional foi aplicado ao estado de coisas representado na superpopulação identificada nos presídios no estado do Alabama 683 F. 2d 1312 - Newman v. State of Alabama.

⁹ CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review* (1976): 1281-1316 (propondo uma diferenciação entre o processo clássico, dos conflitos de direito civil, daqueles que envolvam litígios fundados da proteção de interesses tutelados pelo direito público).

¹⁰ DIVER, Colin S. The judge as political powerbroker: Superintending structural change in public institutions. *Virginia Law Review* (1979): 43-106 (provendo extensor relato sobre precedentes em que o Judiciário se propôs ao desenvolvimento de supervisão estrutural de mudanças em instituições públicas).

¹¹ SABEL, Charles F., and William H. Simon. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review* (2004): 1015-1101 (oferecendo extensor relato de casos recentes em que cortes federais americanas buscaram oferecer resposta às necessárias reformulações institucionais exigíveis para a superação de violações a direitos).

efetividade, é pura e simplesmente por imotivada resistência especialmente das estruturas públicas envolvidas. Assume-se no desenvolvimento do texto o especial espaço institucional conferido a estas mesmas estruturas públicas por força do hiperdimensionamento conferido em terras brasileiras, à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, e aos deveres de proteção dela decorrentes.

A terceira parte do texto dedica-se a uma breve descrição das experiências mais conhecidas no campo da intervenção institucional restauradora de direitos fundamentais, com foco nas já mencionadas experiências colombiana, sul-africana, indiana e estadunidense. Não se pretende exaurir o referido relato, dadas as limitações de um artigo científico; mas a notícia de principais elementos da experiência alienígena, reputa-se, pode ser útil concepção de nosso próprio modelo. Buscou-se igualmente, para preservar o potencial de comparação, dialogar com precedentes havidos em cada qual dessas nações no tema específico que despertou no STF a consideração acerca da obstrução institucional como objeto necessário da intervenção jurisdicional – a saber, as vicissitudes do sistema prisional e da resposta estatal na proteção a esse especial grupo de vulneráveis.

A quarta parte, dialogando com o diagnóstico dos acertos que se possa identificar na experiência internacional, aponta alguns aspectos em relação aos quais, a meu sentir, o Supremo Tribunal Federal deve dedicar maior atenção no seu esforço criativo. É firme a convicção da autora que o papel principal da academia é auxiliar a reflexão desenvolvida pela Corte, num exercício racional de construção científica para com o desenvolvimento da grave missão que a Carta de 1988 lhe conferiu.

2. Bloqueio institucional: caracterização do fenômeno e possíveis causas

Compreender o dado fático do bloqueio institucional e sua relação para com a (in)efetividade de direitos constitucionalmente valorados tem por premissa, a identificação do que se esteja tendo por instituição.

Aqui, não se está a utilizar o conceito no seu sentido econômico; mas naquele sociológico, que compreende um conjunto de comportamentos pretendidos, tradutores de um determinado padrão cultural, direcionados ao

desenvolvimento de uma determinada função social¹². Inicialmente desenvolvido no grupo social no âmbito da prática, consolidada pela sua reiteração em costume; esse padrão desejável de comportamento se vê formalizado e adjudicado a uma determinada função social quando da institucionalização¹³. Esse fenômeno pode se ver associado a um *corpus* específico – e essa é a operação que se dá no âmbito da organização do poder político; mas como se sabe, não se tem na personificação um requisito essencial à identificação de instituição, no seu sentido mais amplo.

Vista a questão sob a perspectiva específica do presente texto; no campo da investigação das possíveis causas de bloqueio institucional a comprometer a efetividade de direitos fundamentais, ter-se-á em conta notadamente as instituições políticas que devem concorrer para esse mesmo resultado concretizador. Bloqueio institucional na efetivação de direitos fundamentais é circunstância que se terá normalmente associada à inércia ou inadequação do agir legislativo ou administrativo¹⁴.

No campo especificamente da inércia legislativa, ainda é referência a sistematização tanto citada de Dixon¹⁵, que credita esta inação à existência de “pontos cegos”; à ausência de percepção da necessidade em si de intervenção legislativa; ou ainda ao resultado de um juízo de ponderação empreendido por esse mesmo poder em relação aos ônus da inércia.

O *blind spot* pode decorrer da ausência de comando expresso no sentido da legiferação; bem como da existência em si de disciplina legal que se reputa

¹² KAPLAN, Howard B. The concept of institution: A review, evaluation, and suggested research procedure. *Social Forces* 39.2 (1960): 176-180.

¹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial (fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade)*. Rio de Janeiro, Renovar, 1992, p. 3.

¹⁴ Não se está aqui ignorando que acolhida como relevante vetor de uma concepção emancipadora de direitos fundamentais também a sua dimensão horizontal, poder-se-á identificar bloqueio institucional acontecendo também fora do âmbito do poder político, e eventualmente reconduzido a esta mesma seara pela judicialização. Exemplo recente, mas nem por isso menos expressivo do bloqueio que se pode reconhecer como institucional no campo dos agentes privados é a polemica em torno das obrigações estatuídas para os executores do serviço de educação no campo da inclusão da pessoa com deficiência. A ADI 5357, aforada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenen) pretende a afirmação da inconstitucionalidade dos preceitos da Lei 13.146/15, ao argumento de que as obrigações ali veiculadas no campo do provimento da educação especial não podem ser dirigidas aos agentes privados. Destaque-se, todavia, o recorte proposto para o presente trabalho que tem em conta tão-somente o bloqueio institucional nas instâncias públicas.

¹⁵ DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong form versus weak-form judicial review revisited. *International Journal of Constitutional Law* 5.3 (2007): 391-418.

suficiente ou adequada – donde não haveria que se falar em inércia reprovável. Já o *burden of inertia* é fenômeno que traduz um conteúdo volitivo. Como se sabe, no âmbito do legislativo – diferentemente do que se passa no Executivo – o não-decidir é em si uma alternativa estratégica, e muitas vezes utilizada largamente pelo Parlamento. Assim, a ponderação relacionada aos ônus políticos da decisão *versus* não decisão, muitas vezes conduz à inércia. Vale destacar que mesmo nas situações a reclamar o enfrentamento de temas controversos e ainda não totalmente assentados no âmbito da sociedade, a decisão parlamentar que opta pelo silêncio expressa uma compreensão de que decidir seja mais oneroso politicamente¹⁶.

Cabe acrescentar à qualificação de Dixon, alternativa explicativa que se aplicará exclusivamente nos países de legislativo bicameral, que é o impasse na conciliação de interesses das duas casas. Interessante assinalar que é da lógica do sistema bicameral a tensão inerente entre uma casa de composição firmada na representação proporcional dos eleitores, e outra na representação igualitária das entidades federadas. O modelo institucional opera, portanto, com essa possibilidade, de negociação e temperamento recíproco nas propostas; mas o fato é que esse mesmo atributo pode determinar o fenômeno do bloqueio; da não-decisão pela ausência de formulação de um consenso mínimo.

No âmbito administrativo, é de se reconhecer a possibilidade de aplicação dessas mesmas causas indicadas por Dixon. Também na esfera administrativa é possível a falha na identificação da necessidade de dispor sobre determinado tema – muitas vezes até mesmo pelo seu ineditismo¹⁷. Aferição política quanto aos ônus da inércia, é indiscutível aconteça também no âmbito administrativo, especialmente em órgãos mais agudamente sujeitos a esse tipo de injunção pela natureza mesmo das funções que desempenham.

Já no que toca a ausência de formação de consensos; essa é uma causa de paralisia institucional que se aplica (certamente) com mais intensidade no

¹⁶ O recente debate em torno da união homoafetiva expressa uma hipótese clássica de medida do *burden of inertia*. Outros temas menos controversos – mas igualmente sensíveis sob a perspectiva estritamente política – encontraram o mesmo resultado, como o conhecido caso da regulação do direito de greve no âmbito do serviço público, matéria até o momento ainda não objeto da necessária intervenção legislativa.

¹⁷ Exemplo recente deste tipo de ponto cego diz respeito à necessidade de regulação do aplicativo “Uber” – visto por alguns como potencial meio de intermediação da prestação de um serviço público.

âmbito da função administrativa. Isso porque, não obstante a lógica tradicional de que é a especialização funcional que preside as decisões de estruturação da administração pública¹⁸; fato é que com frequência uma ação administrativa ou tem na matricialidade uma condição de exequibilidade, ou terá nessa mesma interação um elemento de qualificação¹⁹. De outro lado, também já Giannini²⁰ aludia ao Estado fragmentado como um elemento a pôr em risco a desejada eficiência, já que as relações entre órgãos mais frequentemente se dão em regime de competição do que de colaboração.

No específico cenário brasileiro, acresça-se entre o rol de possíveis causas de bloqueio institucional, a eventual interdependência decorrente também do modelo federativo; altamente centralizado no que toca à repartição de recursos, e por vezes pouco claro no que diz respeito ao compartilhamento de competências. Assim, desde o repasse de recursos federais relacionados a transferências obrigatórias ou voluntárias; passando ainda por políticas públicas cujo desenvolvimento pressuponha ação coordenada como é o caso do sistema SUS ou mesmo do FUNDEB; o ajuste de prioridades nas iniciativas conjuntas releva-se igualmente um desafio – e ausente, afigura-se como bloqueio institucional com previsíveis reflexos no âmbito dessas mesmas políticas públicas.

Derradeiro elemento que não se pode deixar de ter em conta quando se cogita de bloqueio institucional, é a complexidade em si das tarefas que se põe à Administração Pública por seus diversos órgãos. Em tempos de sociedade de risco e de princípio da precaução, por vezes a ausência da decisão não se traduz numa estratégia orientada a inação – mas numa imobilidade (que se pretende temporária) de uma ou mais instituições que, talvez, não se revistam dos

¹⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial (fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade)*. Rio de Janeiro, Renovar, 1992, p. 73.

¹⁹ Saúde e assistência social, por exemplo, são áreas que muitas vezes se comunicam, já que no âmbito da primeira se pode identificar situações de vulnerabilidade que requeiram atenção especial no que toca as ações situadas no campada última. Assim o Programa Saúde da Família, por exemplo, pode apontar a necessidade de ações assistenciais, exigindo em eixo de complementariedade entre as políticas públicas em curso.

²⁰ GIANNINI, Massimo Severo. *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*. Società editrice il Mulino, Bolonha, 1986, p. 80.

atributos necessários a adequada formulação da decisão requerida em concreto²¹.

Disso tudo, se pode verificar que o bloqueio institucional poder se dever a fatores internos ou externos; e ainda expressar uma opção voluntária (fundada ou não) pela acinesia. Incabível, portanto a associação *prima facie* entre bloqueio institucional e *wrong-doing*, a exigir imediata correção pela estrutura de controle revestida de competência para tanto. A operação lógica de análise da (in)adequação constitucional de um eventual estado de bloqueio deliberativo institucional há de se dar num sistema de duas fases: primeiro, aferir a censurabilidade em si da não-decisão; e só então, o caso da existência de um efetivo dever de agir, cogitar dos mecanismos próprios a superação da paralisia.

Não é menos certo que no campo de cogitação proposto ao presente texto, cuida-se das hipóteses em que o bloqueio institucional, em qualquer de seus desenhos, esteja a se refletir na efetividade constitucional, circunstância que determine *per sí*, o cabimento da mesma atividade de controle – não necessariamente orientada a uma suposta disfunção institucional, mas ao desdobramento dela decorrente, a saber: o bloqueio na possibilidade do exercício do direito. Significa dizer que a análise do empecilho institucional eventualmente apontado se dá a partir não de uma perspectiva em abstrato do papel das instituições envolvidas, mas tendo em conta os reflexos da aplicação desse mesmo modelo na sua aptidão a oferecer o necessário concurso ao à proteção do direito fundamental em discussão. O papel de cada qual das instituições envolvidas é de ser compreendido na sua relação de instrumentalidade específica com a promoção daquele valor ou comportamento constitucionalmente requerido da Administração.

3. Bloqueio institucional e a experiência alienígena

Uma vez mais, cumpre formular a ressalva de que a consulta à experiência internacional não se desenvolve a partir de uma perspectiva

²¹ SUNSTEIN, Cass R., and VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review* (2003): 885-951 (discorrendo sobre a necessária correlação entre a aptidão institucional e a tarefa prescrita aquela mesma entidade, como verdadeira condição de sucesso da iniciativa). Uma vez mais, no cenário brasileiro tem-se uma dificuldade adicional na rigidez posta às alternativas de estruturas administrativas, eis que previstas em sede constitucional.

equivocada de transposição acrítica, mas tendo por objetivo facilitar a construção do conhecimento por agregação. Diversas são as experiências que lidam exatamente com a superação jurisdicional do bloqueio institucional, e nesses termos, a consulta até útil.

2.1 - Hutto v. Finney, 437 U.S. 678 (1978) – o caso das prisões no Arkansas

O tema da precariedade de estabelecimentos prisionais – é importante que se diga – constitui desafio posto a nações de todo o mundo. Em recente intervenção na Harvard Law School, Justice Kennedy afirmou que a presença ainda no Sistema estadunidense, de sentenças excessivamente longas, superpopulação e o uso ainda de “solitárias” se constitui numa “injustiça corrente de grandes proporções”²².

O debate judicializado do tema remonta à década de 70. Numa primeira investida, ainda em 1969, em Holt v. Sarver, 300 F.Supp. 825 (E.D.Ark.1969) (Holt I); a Corte, tendo identificado a precariedade das condições do referido estabelecimento, convidara o departamento correspondente a auxiliar na construção de um *remedy* adequado, no uso de uma das estratégias de oferta de jurisdição preconizadas por Chayes²³ no campo da *public law litigation*²⁴. A iniciativa não prosperou, e logo a Corte se viu provocada novamente, agora por *class action* (Holt v. Sarver, 309 F.Supp. 362 (E.D.Ark.1970) (Holt II), aforada por detentos encarcerados no estado do Arkansas, nos mesmos estabelecimentos referidos na demanda anterior (Prisão-Fazenda Cummins e no Reformatório de Rucker). As condições locais se reputavam caracterizadores de *cruel and unusual punishment* e ainda em violação à também cláusula constitucional asseguradora do devido processo.

²² [S/A]. Kennedy assails prison shortcomings. Harvard Law Today [on line], 23 de outubro de 2015, disponível em <http://today.law.harvard.edu/news-at-law/kennedy-assails-prison-shortcomings/>; acesso em 23 de outubro de 2015.

²³ CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review* (1976): 1281-1316

²⁴ A proposição de Chayes de que se empreenda a uma distinção entre os conflitos civis tradicionais, e aqueles litígios cuja normatividade de fundo envolva a proteção do direito público compreende a proposição de um papel de destaque para o Judiciário na formulação do *remedy* aplicável, e indica como estratégia útil a busca do concurso dos litigantes na construção desse mesmo critério de solução.

Conhecida já a situação de fato do local por força do precedente já citado (Holt I), e diante da clara ausência de colaboração dos agentes públicos envolvidos, a Corte Distrital afirmou a “inconstitucionalidade das condições e práticas” mantidas no estabelecimento. Destaque-se a proximidade da expressão utilizada pela Corte (a referência neste texto é literal) e aquela, duas décadas depois, empregada pela Corte Constitucional da Colômbia, a saber, o estado de coisas inconstitucional. Cumpre, todavia, de já assinalar que o enfoque para a formulação desse juízo de reprovabilidade constitucional, aqui e no exemplo da Colômbia, é distinto, como se verá adiante.

O juízo de reprovação fixado pela Corte Distrital tinha em conta as condições globais do estabelecimento, que compreendiam superpopulação, inadequação das instalações físicas, ausência de condições de segurança, uso abusivo do confinamento solitário, dentre uma série de outras irregularidades. A conclusão foi no sentido da existência de um problema estrutural de gestão do referido estabelecimento, que exigiria da Corte uma intervenção mais profunda e detalhada, que pudesse fazer face ao conjunto de disfunções. Assim, diante da ampla diagnose das irregularidades identificadas na situação em concreto, a Corte Distrital emitiu detalhado conjunto de instruções relacionadas às providências reputadas necessárias para a superação do quadro sobre o qual versara originalmente a decisão. As determinações compreendiam aspectos como a descrição do padrão de condições físicas desejáveis das celas em particular, e de cada conjunto ou bloco; serviços de assistência médica e dentária, biblioteca a ser disponibilizada em favor dos detentos, programas de reabilitação, etc. Imprescindível enfatizar que a racionalidade a presidir a intervenção estava em que a restauração da harmonia entre o estado de coisas materialmente identificado naqueles específicos presídios e as garantias constitucionais dependia de uma atuação pautada por uma perspectiva macro – intervenções pontuais, corretivas de uma ou outra das práticas do desvios institucionais ali verificados não seria suficiente para determinar os resultados reclamados pela constituição.

Mais do que isso, assegurar a geração dos efeitos futuros da decisão em construção foi algo igualmente reputado especialmente relevante pela Corte, razão pela qual se cunhou uma espécie de provimento jurisdicional que, orientado para o futuro, exigia o exercício de supervisão judicial quanto ao efetivo

cumprimento dos padrões e condutas por ela determinados²⁵. O referido exercício supervisor se desenvolveu em sucessivas intervenções jurisdicionais, precedidas da apresentação de relatórios. A cada qual dessas intervenções correspondia uma avaliação pela Corte da observância pelas instituições envolvidas, dos deveres que lhe tinham sido anteriormente prescritos, com o eventual acerto desses mesmos deveres, fixação de novos prazos e outros critérios orientadores da adequada execução da medida. Isso assim se deu até a mitigação do quadro que antes se reputou violador da constituição.

A solução não se revelou incontroversa. A par do ineditismo de um provimento jurisdicional que não põe fim ao litígio, mas segue acompanhando as medidas de superação dos problemas; soma-se a atribuição ao Judiciário de um papel de gestor destas atividades, uma função que não lhe é típica²⁶. Não obstante as dificuldades, a experiência contribuiu para o incremento as condições dos referidos estabelecimentos, remanescendo aplicada (a jurisdição supervisora) não só em relação a presídios, mas também instalações para tratamento psiquiátrico, e outras áreas de ação pública em que se tenha identificado o mesmo problema de bloqueio ou desfuncionalidade institucional.

Consigne-se que a experiência norte-americana de provimentos estruturantes como mecanismo apto a superação do bloqueio institucional envolve as Cortes locais como instância apta ao desenvolvimento dessa supervisão. A Suprema Corte americana, no caso específico dos estabelecimentos prisionais do Arkansas chegou a se manifestar no precedente identificado no título deste subitem, mas tão-somente no que toca à limitação estabelecido pelas Cortes inferiores ao tempo admissível de confinamento solitário. Nenhuma censura se empreendeu ao detalhado padrão de conduta fixado pelas decisões anteriores em relação ao ajuste institucional, e menos

²⁵ Em juízo recursal, a decisão da Corte Distrital foi confirmada, assegurando-se a jurisdição supervisora por período "... não superior aquele necessário para prover razoável segurança de que o encarceramento não mais constituiria punição atípica e cruel..." e ainda para "... requerer um relatório de atualização dos progressos feitos na eliminação das violações a constituição". (Holt v. Sarver, 442 F.2d 304, 309 (8th Cir. 1971)).

²⁶ Interessante a observação de Diver, no sentido de que um dos obstáculos ao sucesso de uma iniciativa jurisdicional como essa, é o desconhecimento de elementos relacionados à cultura da instituição, o que pode resultar em comandos que se revelem inefetivos. (DIVER, Colin S. The judge as political powerbroker: Superintending structural change in public institutions. *Virginia Law Review* (1979): 43-106).

ainda à possibilidade do desenvolvimento de jurisdição supervisora, com atuação *pro futuro*.

2.2 As *Sentencias T-153/98 e T-388/13* - estado de coisas inconstitucional nas prisões na Colômbia

A *Sentencia T-153/98* é o precedente normalmente associado à cunhagem da categoria “estado de coisas inconstitucional”; conceito que se tem sugerido como efeito de um indesejado bloqueio institucional a obstruir a efetividade de direitos fundamentais. A leitura da decisão, todavia, em si já desautoriza essa compreensão. É a própria Corte quem evidencia que o conceito já se tinha por enunciado em suas anteriores decisões na *Sentencia SU – 559/97*, onde se discutia a distribuição de recursos orçamentários relacionados ao desenvolvimento da função educação; e na *Sentencia T-068/98*, onde se discutia prestações de natureza previdenciária que vinham sendo sistematicamente negadas aos beneficiários.

Importante destacar que os elementos marcadamente associados à declaração de um estado de coisas inconstitucional na precursora *Sentencia SU – 559/97*, são o dever de colaboração que a Corte Constitucional tem para com os demais órgãos do Estado, e a importância de se prevenir a multiplicação desmedida de *acciones de tutela*²⁷. Tem-se, portanto, uma clara aproximação entre essa qualificação e o manejo de ferramentas de diálogo institucional hoje já largamente debatidas mesmo em cenário brasileiro²⁸.

A delimitação do conceito segue acontecendo na *Sentencia T-153/98*, onde se tem já enunciado que a sua evocação se dá

con el fin de buscar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general - en

²⁷ “La Corte Constitucional tiene el deber de colaborar de manera armónica con los restantes órganos del Estado para la realización de sus fines. Del mismo modo que debe comunicarse a la autoridad competente la noticia relativa a la comisión de un delito, no se ve por qué deba omitirse la notificación de que un determinado estado de cosas resulta violatorio de la Constitución Política. El deber de colaboración se torna imperativo si el remedio administrativo oportuno puede evitar la excesiva utilización de la acción de tutela”. (extraído da ementa da *Sentencia SU – 559/97*, disponível em <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>, acesso em 23 de outubro de 2015).

²⁸ SILVA, Cecília de Almeida Silva et. all., *Diálogos Institucionais e Ativismo*. 2ª reimpressão (2012). Curitiba: Juruá, 2010.

tanto que afectan a multitud de personas -, y cuyas causas sean de naturaleza estructural - es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades.

Tem-se já aqui uma diferenciação substantiva entre a perspectiva de análise desenvolvida pela experiência americana, e a materializada pela Corte Constitucional da Colômbia. Enquanto em terras norte-americanas, a aferição do bloqueio institucional teve em conta o estabelecimento prisional isoladamente considerado – reputou-se localizado no âmbito daquela instituição todas as possíveis razões que conduziram à maciça violação de direitos contra os detentos; na Colômbia tem-se já a associação do estado de coisas inconstitucional a um bloqueio institucional de maior âmbito, para o qual concorrem igualmente fatores internos e externos, afetos (certamente) às por vezes delicadas relações institucionais, inclusive entre distintos braços de poder.

O conceito se teve por retomado, e ainda mais desenvolvido posteriormente na *Sentencia T-024*, que dispunha sobre a situação dos deslocados no território colombiano, ao longo do domínio das forças paramilitares. Naquele precedente, a Corte elencou, para fins de qualificação de uma situação de fato como estado de coisas inconstitucional:

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; (ii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (iv) 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; (v) 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.

Aponte-se que o conceito agora enunciado, agrega em relação às versões anteriores, a dimensão orçamentária (como um dos elementos possíveis do

bloqueio institucional); e a caracterização do problema enfrentado como social, a exigir a intervenção de várias entidades, num conjunto necessariamente complexo e coordenado de ações. Claramente perfilha a Corte Colombiana uma perspectiva de que o problema do bloqueio institucional é de ser endereçado tendo em conta os fatores internos e externos que o tenham determinado; e que esta é uma patologia cuja superação transcende as esferas ordinárias do poder político. Ganha relevância, portanto no tratamento conferido pela Corte Constitucional, a superação do bloqueio institucional como medida indispensável ao resgate dos deveres gerais de proteção associados a dimensão objetivo dos direitos fundamentais; este particular aspecto da tutela aos direitos fundamentais em questão estaria a reclamar uma ação coordenada, obstada até então por uma incapacidade de articulação dos agentes institucionais envolvidos.

Cumprir ainda destacar que diferentemente do que se deu na experiência norte-americana, a Corte Constitucional da Colômbia culminou por determinar, em sua maior porção, medidas que se relacionam ao resgate do exercício por cada qual dos órgãos revestidos de competência no assunto, das funções que lhes são próprias. Assim, ao Ministério de Justiça e ao Departamento de Planejamento, por exemplo, se determinou a realização de planos de remodelagem e construção de estabelecimentos prisionais; ao Ministério da Fazenda que desenvolvesse as medidas necessárias à alocação de pessoal, etc. A determinação não tem caráter substitutivo à deliberação que em princípio é própria da Administração – os detalhes operacionais de desenvolvimento desses mesmos resultados pretendidos pela Corte não de ser definidos no âmbito de cada instancia administrativa concorrente.

No campo da supervisão em si do cumprimento da decisão, a Corte Constitucional da Colômbia convocou especialmente ao *Procurador General de la Nación*, e ao *Defensor del Pueblo* que coadjuvassem no acompanhamento – também aqui com uma amplitude maior no que toca aos envolvidos na solução de um problema estrutural, do que se fez na decisão estadunidense.

Destaca Rodriguez-Garavito²⁹ que não se tem na *Sentencia T-153/98* o melhor resultado em análise comparativa das experiências de jurisdição supervisora na Colômbia. O caráter ainda autoritativo das determinações

²⁹ RODRIGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the courtroom: The impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. *Tex. L. Rev.* 89 (2010): 1669.

dirigidas à Administração, sem maior espaço negocial entre os *stakeholders* envolvidos; e a supervisão cometida tão-somente a órgãos formais de poder, sem participação social mais expressiva³⁰, são reputadas causas de um desempenho menos efetivo na superação do bloqueio institucional, do que aquele havido na *Sentencia T-025/04*.

Também aqui, é de se dizer, o uso do provimento estruturante³¹ não se revelou inteiramente capaz de prover a solução intentada – ao menos, não na amplitude que se poderia desejar. Mais recentemente, a Corte veio a proferir nova decisão de mesmo cariz – a *Sentencia T-388/13*, onde se enfrenta agora (esses são os termos da ementa) um desdobramento da questão carcerária distinto daquilo sobre o que dispusera a *Sentencia T-153/98*. Agora, o tema em debate é a superpopulação carcerária, e a violência que decorre desse quadro.

A superveniência de novo provimento estruturante pode ser reputada à derrocada ou o reconhecimento do êxito desse mesmo tipo de decisão judicial. Afinal, se a primeira decisão não se revelou apta a solver a problemática (donde a necessidade do novo provimento), parece comprometido o potencial resolutivo da *structural injunction*. De outro lado, ante a afirmação empreendida pela própria Corte de que o problema que se põe agora é outro, e que se aplicará a mesma solução; tem-se uma renovada profissão de fé na eficácia da jurisdição estruturante como mecanismo hábil para superar o bloqueio institucional – que a concepção colombiana, está na raiz do problema.

3.3 A experiência indiana e a construção de um estatuto jurídico de direitos não expressamente contemplados no texto constitucional

A experiência indiana apresenta colorido significativamente distinto daqueles acima indicados. Vigente a contar de 26 de janeiro de 1950, o referido

³⁰ Não obstante a ausência de designação especial de supervisores adicionais a acompanhar a execução do determinado, é de se assinalar que o tema vem interessando as estruturas de defesa de direitos humanos, sendo de se destacar o “informe sombra” oferecido ao Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas. O documento conjunto congrega as perspectivas do Grupo de Derecho de Interés Público da Facultad de Derecho; Universidad de Los Andes, Bogotá (Colombia); The Carlos A. Costa Immigration and Human Rights Clinic at Florida International University College of Law, Miami (Estados Unidos). O referido “informe sombra” dialoga com o documento oficial no tema, encaminhado pelo “Sexto Informe” do Governo da Colômbia ofertado ao mesmo órgão transnacional. Disponível em <http://gdip.uniandes.edu.co/index.php?modo=resultados&id=1>, acesso em 23 de outubro de 2015.

³¹ LANDAU, David. Reality of Social Rights Enforcement, The. *Harv. Int'l LJ* 53 (2012): 189.

texto tem nítido caráter transicional, e não se beneficiava ainda de toda a produção doutrinária relacionada à relevância da proteção a direitos fundamentais. Este mesmo resultado se viu construído pela Corte Constitucional, a partir da aplicação, principalmente, da cláusula contida no art. 21 do Texto de Base, que protege genericamente o direito à vida. Disso decorre que a jurisprudência indiana tem se construído, na sua grande maioria, por agregação, com a enunciação a cada caso, de direitos associados àquele particular segmento social.

No que toca aos instrumentos processuais propriamente, tem-se a específica previsão contida no art. 32 da Carta da Índia³², objeto de uma interpretação expansiva proposta pelo Corte³³, daquilo que a doutrina denomina *public interest litigation*³⁴. Assim, a legitimidade para a provocação da manifestação da Corte se teve por ampliada, dispensando um reflexo da suposta lesão a direito na esfera individual do postulante. Também a intermediação por advogado se teve por dispensada, adotando-se o chamado modelo da jurisdição epistolar – aquela que pode ser provocada pelo simples encaminhamento de uma carta onde se comunique à Corte, relevante violação a direito. Associada a abertura nos meios de provocação em si da Corte, à assinalação constitucional de que esta poderia desenvolver as medidas necessárias à efetividade de suas ordens, tem-se o desenvolvimento da jurisdição gerenciadora na Corte – aquela em que se fixam padrões de conduta à Administração, parâmetros esses que serão objeto de acompanhamento futuro pela Corte.

Observe-se a não ocorrência, na jurisprudência da Índia, de categoria assemelhada ao estado de coisas inconstitucional, como premissa declaratória da situação de bloqueio institucional. Não obstante isso, os provimentos de

³² Art. 32 (1) Fica assegurado o direito a postular o empoderamento dos direitos conferidos por esta parte [do texto constitucional] à Suprema Corte através dos procedimentos adequado.

(2) A Corte Suprema é competente para expedir diretrizes ou mandados, inclusive os expedidos em sede de *habeas corpus*; bem como vedações, requeridas por *warrant* ou *certiorari*; o que se revele apropriado à efetividade da ordem. (tradução livre).

³³ BHAGAWATI, Prafullachandra Natwarlal. Judicial activism and public interest litigation. *Colum. J. Transnat'l L.* 23 (1984): 561 (expondo o desenvolvimento da jurisprudência expansiva da Corte Constitucional da Índia, expressão - na perspectiva do autor – de inegável ativismo).

³⁴ CUNNINGHAM, Clark D. Public interest litigation in the Supreme Court of India: A study in light of the American experience. *Journal of the Indian Law Institute* (1987); CASSELS, Jamie. Judicial Activism and Public Interest Litigation in India: Attempting the Impossible?. *The American Journal of Comparative Law* (1989): 495-519.

natureza estruturante se verificam especialmente tendo em conta a já referida cláusula contida no referido art. 32, (2) da Carta Fundamental.

O caso mais conhecido de desenvolvimento de provimento estruturante na Índia compreende a decisão no tema do direito a alimentação – *People's Union for Civil Liberties v. Union of India & Ors*, In the Supreme Court of India, Civil Original Jurisdiction, Writ Petition (Civil) No.196 de 2001 – provocada pela fome generalizada no país decorrente de uma queda não prevista na produção de grãos, que não se viu acompanhada de qualquer medida governamental para mitigar os efeitos do fenômeno natural. Submetida a demanda em competência originária à Corte pela organização não governamental acima indicada, sobreveio a decisão de procedência da *public interest litigation* como ofertada, para determinar-se uma longa lista de medidas dirigidas à Administração, como a garantia de estoque de alimentos direcionada em especial aos Estados mais afetados pela queda na produção agrícola; a oferta de programas de alimentação àqueles trabalhadores em regime de salário mínimo; a garantia de acesso individual através de programas específicos, de uma quantidade determinada de grãos, etc³⁵.

No tema especificamente dos direitos dos presos, não se identifica uma decisão com a mesma abrangência, sendo nítida a tendência à construção de uma espécie de estatuto do preso a partir do conjunto de determinações mais pontuais³⁶. Não obstante essa tendência, é possível identificar precedentes em que, provocada por demanda individual, a Corte expediu, com fundamento no *multi* referido art. 32, (2) da Carta Constitucional, comandos mais abrangentes, como se tem na decisão em *Sunil Batra vs. Delhi Administration* (1979). Neste caso, a partir de uma denúncia de tortura e condições degradantes afetando a esfera individual do requerente, a Corte expediu ordens compreendendo a determinação de visitas aos estabelecimentos penitenciários pelos Juízes locais (para viabilizar novas denúncias); comunicação à autoridade judiciária da

³⁵ Inteiro teor da decisão disponível em <https://www.escri-net.org/docs/i/401033>, acesso em 24 de outubro de 2015.

³⁶ A título de ilustração, aponta-se *Prem Shankar Shukla v Delhi Administration* (1980) onde se afirmou a inconstitucionalidade da disciplina relacionada ao uso de algemas por presos em trânsito e em audiências, especialmente pela diferenciação que se estabelecia tendo em conta o status financeiro do preso.

adoção de medidas corretivas materializadas contra os presos em prazo não superior a 2 dias, etc.

3.4 Sintetizando as contribuições da experiência internacional narrada

O percurso as experiências alienígenas acima descritas revela tratamento bastante diferenciado ao tema dos bloqueios institucionais, e os mecanismos próprios à sua superação. Assim, na casuística americana a matéria se enfrentou a partir de uma perspectiva abrangente do papel e funcionamento de uma instituição específica (um conjunto de práticas e condições fáticas, bem seus efeitos agregados foi o que se reputou materializador da violação à ordem constitucional), mas a solução não se buscou construir propriamente do ponto de vista macro (todo o sistema penitenciário, ao menos do Estado onde se dava o litígio). O bloqueio institucional (ainda que se possa instintivamente perceber tenda a se repetir em estabelecimentos assemelhados) pode ter a si associadas peculiaridades locais, e, portanto, mereceu ser enfrentado a partir de uma perspectiva das dificuldades internas ao funcionamento adequado da instituição em causa.

A proclamação em maior abrangência, de um “estado de coisas inconstitucional”, que se inclina pela da perspectiva macro como premissa à sua própria proclamação, não se teve por necessária – embora a violação à Carta de Base tenha sido expressamente enunciada como causa da intervenção judicial desenvolvida no Arkansas.

Na Colômbia, a perspectiva de enfrentamento da problemática adotada pela Corte foi claramente de macrogestão³⁷. Mais do que isso, teve a Corte por necessária, como verdadeira condição de legitimidade da intervenção mais profunda na esfera originária de competência de outros braços especializados do poder político, a declaração de uma patologia institucional sistêmica, crônica

³⁷ Não se pode desconhecer a eventual intervenção de questões associadas à competência e de forma de Estado em cada qual das experiências. Enquanto nos Estados Unidos tem-se uma federação, com competências específicas reconhecidas aos Estados na disciplina da matéria penal; na Colômbia tem-se estado unitário. Certamente essa distinção não impediria uma decisão americana mais abrangente – ao menos tendo em conta os limites do estado do Arkansas. O problema passa a ser da inexistência de uma medida jurisdicional que autorizasse essa abrangência no *ruling*.

e abrangente³⁸. A referência específica a um dever de colaboração como premissa do também imperativo da enunciação do estado de coisas inconstitucional evidencia esse cuidado.

Finalmente, a casuística da Índia revela como possibilidade, o mesmo tipo de intervenção estruturante, sem o recurso à referida categoria do “estado de coisas inconstitucional”. Em boa medida, socorre a essa linha de condução, a abrangência conferida pela própria Corte ao seu poder de determinar condutas e medidas necessárias ao *enforcement* de suas próprias ordens, contidas na já *multi* referida cláusula constitucional (art. 32, (2) da Constituição da Índia).

De tudo isso se extrai um caráter marcadamente simbólico da evocação do *unconstitutional state of affairs* para fins de utilização pela Corte de provimentos estruturantes. Evidência maior desse caráter quase retórico da declaração de um estado de coisas inconstitucional tem-se na sua não utilização pela própria Corte da Colômbia em outros precedentes – contemporâneos ou não à *Sentencia T-153/98*. Assim é que a *Sentencia T-194/99*, exarada em conflito de natureza ambiental, com graves consequência sobre a atividade pesqueira e a vida e subsistência de diversas comunidades colombianas, traçou alentado programa de ação à Administração Pública (que expedira a licença ambiental discutida), sem que se tenha cogitado da declaração de um estado de coisas inconstitucional. Mesmo a *Sentencia T-760/08*, proclamando a incompatibilidade para com a Constituição do sistema nacional de proteção a saúde – e portanto, com inequívoca abrangência institucional – materializou igualmente significativo exemplo de jurisdição supervisora sem o emprego da referida categoria de reprovabilidade do padrão de funcionamento das instituições envolvidas³⁹.

4. O “estado de coisas inconstitucional” na ADPF 347

³⁸ “Y es dentro de este contexto que adquiere importancia la calificación que judicialmente se haga de la existencia de un estado de cosas inconstitucional, puesto que ello implica la necesidad de dar ordenes para que finalice esse estado de cosas inconstitucional.” (MARTINEZ, Julián Tole. La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación. *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional* 15 (2006): 10).

³⁹ Uma explicação possível para a não utilização do “estado de coisas inconstitucional” na *Sentencia T-760/08* está na circunstância de que não se poderia identificar na hipótese propriamente uma inação estatal marcada, nos termos do que se teve por enunciado na *Sentencia T-024/04*. Existiam programas de promoção da saúde; eles se revelavam

A categoria do estado de coisas inconstitucional tem a sua primeira inclusão formal em caráter mais amplo na casuística da Corte Constitucional, no curso da decisão acerca do pedido de provimento liminar articulado nos autos da ADPF 347. O conceito, a rigor, já tinha sido trazido à Corte anteriormente em pelo menos duas ocasiões⁴⁰. Em votos proferidos nas ADI's 4357 e 4425, o Ministro Roberto Barroso mencionou uma "grave situação inconstitucional" – expressão que não obstante as diferenças em relação àquela utilizada pela Corte Constitucional da Colômbia, certamente contempla a mesma preocupação. O segundo momento em que o estado de coisas inconstitucional aparece na crônica do STF foi no debate sobre a responsabilidade do Estado por danos morais infligidos aos presos em razão de condições inadequadas do cárcere, havido nos autos do REExtRG 580.252. Uma vez mais, o Ministro Roberto Barroso mencionou a experiência colombiana para a proposição de outra solução compensatória, a saber, a possível remissão de pena. Não constituiu, portanto, absoluta surpresa o retorno do debate ao Plenário do STF.

Outro elemento que não se tem expressamente considerado – mas que pode ter influenciado a prioridade conferida em especial a essa demanda, e o ânimo da Corte em trilhar um caminho experimental, diz respeito à localização da problemática, numa linha de fronteira da garantia de direitos fundamentais de primeira dimensão. Afinal, ainda que se tenha a privação da liberdade como consequência possível da prática de condutas socialmente reprováveis; isso haverá de se dar sem descuidar da preservação da dignidade da pessoa. Assim, não obstante os previsíveis efeitos financeiros de uma intervenção institucional mais aprofundada na crise do sistema prisional, parece ter pesado no equacionamento empreendido pela Corte, situar-se a questão numa esfera de direitos cuja sindicabilidade jurisdicional já se tem por mais do que assentada em doutrina e jurisprudência.

4.1 – A identificação dos elementos integrantes do conceito colombiano do estado de coisas inconstitucional

⁴⁰ VALLE, Vanice Regina Lírio do. An Unconstitutional State of Affairs in the Brazilian Prison System [post on line]. *I-CONnect – Blog of the International Journal of Constitutional Law and ConstitutionMaking.org*, September 25th, 2015. Disponível em <http://www.iconnectblog.com/2015/09/an-unconstitutional-state-of-affairs-in-the-brazilian-prison-system/>, acesso em 24 de outubro de 2015.

Estabelecendo-se um diálogo com as condições apontadas pela Corte da Colômbia como determinantes do estado de coisas inconstitucional, parece claro se tenha na hipótese brasileira, a mesma moldura; e nesse sentido militaram as conclusões do STF.

A inequívoca violação a direitos fundamentais havidas comumente nas unidades prisionais brasileiras reputa-se auto-evidente. Mais do que isso, o Conselho Nacional de Justiça tem desenvolvido seguidos levantamentos estatísticos que corroboram essas mesmas conclusões.

A omissão das autoridades administrativas – sem que se esteja aqui a cogitar do *animus* dessas mesmas instâncias – parece igualmente caracterizada, com a continuidade em si da situação de fato reportada nos autos, e o reiterado discurso de que isso assim se tenha por força de argumentos pretensamente impeditivos de qualquer outra conduta, como por exemplo, a reserva do possível. O debate em torno do tratamento da provisão de recursos orçamentários associados ao Fundo Nacional Penitenciário⁴¹ evidencia igualmente a presença do elemento apontado pela Corte Colombiana relacionado a omissão de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias necessárias a superação do impasse institucional.

O terceiro requisito cunhado pela Corte Colombiana – adoção da prática inconstitucional de compelir-se os atingidos pela busca jurisdicional da proteção a direitos fundamentais – é de ser entendido e aferido em conjunto com o último requisito também por ela expresso, a saber, o potencial incremento da obstrução jurisdicional. Aqui, a análise empreendida pelo STF se em expressa de forma mais sutil, menos explícita, mas as conclusões não de ser as mesmas. Vejamos.

Reiteradamente se teve a Corte por convocada à pronúncia em relação a diversos aspectos da crise no sistema prisional. Assim, a par do já mencionado RExtRG 580.252, Rel. o Min. Teori Zavascky (ainda sem julgamento concluído) onde se debatia a responsabilidade do Estado por danos inflingidos aos presos

⁴¹ Na discussão empreendida ainda em sede de análise de pedido liminar, não restou inteiramente claro se o não dispêndio de recursos do Fundo Penitenciário se deveria ao contingenciamento supostamente imposto pela União, ou a falta de capacidade operacional de gasto dos Estados. Numa ou n'outra hipótese, o resultado fático e o mesmo, a saber, não se tem a aplicação dos recursos no propósito que justificou inclusive o destaque de aplicação que é próprio à instituição de fundos orçamentários especiais.

recolhidos em instituições carcerárias cujas condições de confinamento se repute indignas; e a ADI 5170, Rel. Min. Rosa Weber onde se empreende no plano do controle abstrato ao mesmo debate sobre a responsabilidade civil do Estado. Tem-se ainda o RExtRG 592.591, Rel. o Min. Ricardo Lewandowsky, onde se debateu a possibilidade do Judiciário determinar a realização de obras em presídios *vis a vis* o argumento da reserva do possível. Ainda na crônica de decisões postas ao STF no campo da gestão da crise do sistema penitenciário, tem-se o RExtRG 641.320, Rel. o Min. Gilmar Mendes (ainda sem pauta para julgamento), onde se debate o tratamento a ser conferido ao preso que fazendo juz à progressão de regime, não conta no sistema carcerário a que está afeto, estabelecimento acorde com os requisitos postos pela preservação da dignidade que lhe permitam o cumprimento da pena no regime mais brando.

Ainda em torno do mesmo tema, tem-se a recente decisão proferida pelo STF na ADI 5240, onde se discutia a obrigatoriedade de realização das chamadas “audiências de custódia” instituída no âmbito do Estado de São Paulo por ato administrativo normativo. Embora não se tenha aqui um debate relacionado diretamente às condições do estabelecimento prisional, a argumentação desenvolvida pelo Min Luiz Fux, Relator do feito, e acolhida pelo Plenário, tinha em conta os reflexos da realização da referida audiência no controle da regularidade das prisões, com possíveis efeitos positivos sobre o tema da superpopulação carcerária.

Disso tudo – sem que o rol acima se tenha pretendido exauriente – o que se tem é que a Corte tem sido frequentemente chamada a se manifestar em relação aos efeitos deletérios da crise do sistema prisional brasileiro. Essa provocação tem se verificado a partir de controle difuso e abstrato, demandando por resposta jurisdicional aos diversos possíveis aspectos de um mesmo problema. A potencial multiplicação dessas mesmas demandas se aproxima do requisito de prevenção do ajuizamento exponencial de *tutelas* referidos pela Corte Constitucional da Colômbia como elemento integrante do conceito do estado de coisas inconstitucional. Ainda que não se tenha exatamente o mesmo receio (sob o prisma exclusivo do STF) na perspectiva quantitativa tendo em conta o filtro representado pela repercussão geral em sede de recurso extraordinário; indiscutivelmente no Judiciário como um todo, previsível seria o crescimento exponencial de demandas. Mais ainda; esse mesmo resultado se

teria por estimulado, em boa medida, pela solução ofertada pelo STF em relação a cada qual dos recursos extraordinários julgados sob o regime de repercussão geral, ante a força expansiva de que se revestem esses mesmos precedentes. Compreensível, portanto a sensibilidade da Corte em relação à possibilidade de adoção de um tipo de provimento jurisdicional de caráter mais abrangente, que pudesse enfrentar o problema de maneira sistêmica.

Também parece claro o reconhecimento pela Corte, da existência de bloqueio institucional – voluntario ou não – que na hipótese compreende causas internas e externas. A superposição de competências entre Estado e União na matéria penal reclama a cunhagem de um modelo cooperativo de relacionamento que, muitas vezes não se verifica, seja pelos impasses inerentes ao sistema político, seja pela nítida diferença de estruturação das distintas máquinas administrativas que devam concorrer para o desenvolvimento das atividades requeridas para a oferta de um sistema prisional compatível com os imperativos da dignidade. Esse o ambiente que conduziu ao acolhimento pelo Plenário na já referida ADP 347 da categoria “estado de coisas inconstitucional” como elemento justificador de um conjunto de providências determinadas em sede liminar, que pretenderiam a expedição de comandos suficientes a superar o bloqueio sistêmico, facilitando a recondução do tema ao tratamento constitucionalmente requerido⁴².

4.2 Desafios teóricos ainda postos no cenário

Avançando na parte propositiva do presente trabalho, cumpre examinar algumas questões afetas ao experimento jurisdicional que se tem em curso.

O primeiro registro diz respeito à admissibilidade do experimentalismo em matéria jurisdicional – tema que por si só suscita estranhamento e debate. É

⁴² A inicial continha extenso elenco de requerimentos liminares; depois de intenso debate a decisão culminou por centrar-se tão-somente em ordens para: 1) determinar aos 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; e 2) determinar a liberação, sem qualquer tipo de constringimento, do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização na finalidade para a qual foi criado, proibindo a realização de novos contingenciamentos.

Por maioria dos votos, a Corte acolheu ainda a proposta do ministro Luís Roberto Barroso para determinar à União e ao Estado de São Paulo que forneçam informações sobre a situação do sistema prisional, vencidos neste ponto, os ministros Marco Aurélio (Relator), Cármen Lúcia e o presidente do STF, ministro Ricardo Lewandowski.

sabido que não é típico da jurisdição a atuação de caráter exploratório – concebida que é como instrumento próprio à solução definitiva do conflito de interesses, A própria ideia de segurança jurídica – resultado intentado alcançado pelo provimento jurisdicional – não revela particular aproximação com o exercício da tentativa-e-erro. A pedra de toque para a abertura dessa prática está na compreensão do caráter mesmo da jurisdição na chamada *public law litigation*. O enfrentamento das disfunções que resultam na violação dos direitos fundamentais revela o perfil descrito por Chayes, e reclama uma jurisdição prospectiva e predominantemente controlada, não pelas partes, mas pelo juiz. Esse quadro já traduz uma libertação do velho quadro compreensivo segundo o qual ao juiz seja de se reconhecer uma posição necessariamente passiva, circunscrita pelos termos em que as partes tenham proposto e refutado a demanda. Chayes alude mesmo a uma função gestora a ser confiada ao julgador na busca da solução da questão posta – e gestão de crise reclama maior liberdade e inventiva. O argumento em contrário a essa aproximação dirá respeito à possível inaptidão do Judiciário para o desenvolvimento dessa gestão, e aos riscos associados ao ativismo e à “juristocracia”, para utilizar-se a expressão de Hirschl⁴³.

A associação entre estado de coisas inconstitucional e jurisdição estruturante; opção empreendida pelo STF quando da evocação da experiência colombiana oferece já caminhos de compreensão que favorecem a prevenção de se ter uma repetição da falha institucional que deu causa à demanda, agora tão-somente com a troca do agente causador da obstrução. Afinal, foi o bloqueio institucional que antes deu causa à inefetividade da proteção a direitos; o risco está em atribuir-se (ou arrogar-se) o Judiciário uma função principal na formulação em si das estratégias necessárias à solução do problema concretamente identificado.

O papel reservado ao Judiciário nesse contexto é de ser o de indução à superação do tanto referido bloqueio institucional. Significa dizer que deve ser rejeitada qualquer ação substitutiva das instâncias ordinárias de deliberação, seja porque faltaria ao Judiciário a aptidão institucional para engendrar essas soluções práticas, seja porque a substituição pura e simples não concorre para

⁴³ HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Harvard University Press, 2004.

o resgate da normalidade institucional contaminada pela obstrução que se intenta superar.

De novo, o resultado almejado pela proclamação do estado de coisas inconstitucional é inaugurar um exercício de colaboração entre os poderes – e a substituição autorizativa será a antítese dessa mesma ideia. Importante destacar que não há qualquer incompatibilidade entre essa proposição e a antes referida atuação gerencial do Judiciário. A questão está em que a gestão que dele se requer é a da crise institucional paralisante – e não do problema em si. Significa dizer que o bloqueio institucional e as medidas necessárias à sua superação serão o limite da intervenção judicial. Essa é a perspectiva que permitirá alguma controlabilidade de uma ação jurisdicional que foge do padrão ordinário dessa mesma função.

Nesse particular aspecto (superação da inércia) o papel judicial pode ser mais incisivo, buscando não só a enunciação expressa por cada qual dos envolvidos de suas dificuldades específicas, como também reclamando o *meaningful engagement*⁴⁴ na construção possível da solução. Nisso se compreende, por exemplo, excluir-se como possibilidade de resposta a permanência na inação, ou a afirmação de que não há nada que o agente “A” ou “B”, envolvido na problemática, possa fazer.

Ainda no plano dos temas a merecerem ulterior desenvolvimento teórico, tem-se a agregação ao processo de acompanhamento e supervisão das sucessivas fases de execução, de agentes que possa contribuir num exercício dialético útil acerca do (des)acerto das medidas já desenvolvidas. A evocação das instâncias tradicionais de contrapoder (Ministério Público e Defensoria Pública) se apresenta como a alternativa instintiva – mas é de se considerar, especialmente no tema sob análise, a distinta vocação institucional de cada qual, que dificilmente se terá por inteiramente afastada das respectivas perspectivas de análise. A par disso, e evocação dessas mesmas instituições não incorpora

⁴⁴ A expressão foi utilizada pela Corte Constitucional da África do Sul, no enfrentamento de litígio relacionado à proteção de direito à moradia, para exigir dos interessados (Administração, ocupantes de prédio na área urbana, proprietário do mesmo prédio interessado na sua desocupação, etc.) envolvimento expressivo na formação de solução do conflito. LÍRIO DO VALLE, Vanice Regina ; HADJU HUNGRIA, ANA LUIZA . Implementação gradual de direitos socioeconômicos: construtivismo constitucional na Corte Constitucional sul-africana. *RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 4, p. 226-238, 2012, p. 233.

a percepção acertadamente externada pela Corte Constitucional da Colômbia, de que as crises classificadas como “estado de coisas institucional” reclama, para a sua real superação, o envolvimento igualmente da sociedade. Se na Colômbia já se tem a identificação, nos termos da notícia, já referida, de Rodriguez-Garavito⁴⁵, de que a ausência de envolvimento social pode ser indicada como uma causa do índice mais baixo de sucesso da *Sentencia T-153/98*; o quadro não será distinto no Brasil, especialmente dadas suas dimensões e assimetrias regionais.

Uma alternativa a se considerar, em tempos de globalização, é a contribuição que se possa alcançar de parte de organizações internacionais atuando na defesa de direitos humanos. Eventual integração ao debate desse tipo de observador externo pode enriquecer a perspectiva de análise, bem como o arcabouço já existente de soluções na experiência internacional.

Derradeiro ponto a se suscitar diz respeito à instituição de uma estrutura específica de acompanhamento das sucessivas etapas de execução da decisão gerenciadora. Boa parte do *follow up* envolvido no desenvolvimento de jurisdição supervisora envolve a recepção de relatórios e estatísticas, num intenso processo de comunicação com todos os eventuais envolvidos na superação do bloqueio institucional. De outro lado, os *inputs* ofertados por todos esses agentes exigirão, em algum momento, a devida decodificação – que não envolve necessariamente a apreciação de questões jurídicas. Tudo isso está a recomendar a reflexão acerca de qual seja a mais adequada estrutura de acompanhamento destes mesmos informes.

Todos os apontamentos trazidos acima, caminham no sentido de uma solução de caráter mais abrangente, que busque operar no plano da macrogestão. Disso decorrerá uma outra medida, que parece infestável, mas que não se viu incorporada ainda na recente casuística da Corte envolvendo essa matéria, a saber, a necessária reunião dos processos. Já se apontou em passagem anterior, um conjunto de demandas envolvendo esse mesmo tema da crise do sistema prisional, reclamando respostas jurisdicionais distintas, que podem em tese vir a entrar em rota de colisão umas com as outras. A par disso, a reunião dos feitos pode igualmente enriquecer o quadro de interessados no

⁴⁵ RODRIGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the courtroom: The impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. *Tex. L. Rev.* 89 (2010): 1669.

debate; interessados esses que podem ser agregados ao processo de supervisão da decisão, reforçando a ideia de envolvimento da sociedade como um todo no desafio da construção da solução possível.

5. Considerações finais

A proposta do estado de coisas institucional como premissa para a superação jurisdicional de bloqueios institucionais que estejam a comprometer a efetividade de direitos fundamentais se constitui, sem dúvida, um elemento de novidade no cenário nacional, e provocou reações apaixonadas (em favor e contra). O enfrentamento científico, todavia, da proposição deste conceito, funcionalmente associado ao fenômeno de infidelidade constitucional veiculada pelo mau funcionamento institucional, é de ser dissociado das particularidades do caso, e do acerto em si da decisão materializada pela Corte.

O aprofundamento das questões teóricas envolvidas na incorporação do referido instituto se põe como um imperativo para que ele não se transmude num simples exercício retórico, cujo único resultado seja a formalização de um juízo oficial de reprovabilidade das instancias antes envolvidas na solução do problema. De outro lado, igualmente perigoso para o aprimoramento institucional – agora de todos os envolvidos – é que à declaração do estado de coisas inconstitucional, não se siga uma absoluta frustração relacionada à ausência de resultados concretos da intervenção mediadora da Corte. O experimentalismo desenvolvido no curso da jurisdição supervisora, portanto, há de ter como atributo a sua própria capacidade de crítica, reformulando-se as medidas indutoras que se tenha verificado ao final, inadequadas ou ineficazes. De outro lado, esse padrão jurisdicional de comportamento – mais comprometido com a busca do resultado do que com a imodificabilidade de suas primeiras aproximações ao tema – é de ser visto não como uma falha sistêmica, mas como decorrência natural da complexidade da situação que a Corte se tenha posto a gerenciar.