

# **“Estado de Coisas Inconstitucional” e Diálogo no Supremo Tribunal Federal**

## ***“State of Unconstitutional Things” and Dialogue in the Supreme Court of Brazil***

*Caio César Bueno Schinemann<sup>1</sup>*

RESUMO: Este trabalho analisa o “Estado de Coisas Inconstitucional”, desenvolvido pela Corte Constitucional da Colômbia, e seu enfrentamento pelo Supremo Tribunal Federal em face da ADPF 347, a qual propugna pela declaração de um “Estado de Coisas Inconstitucional” acerca da situação carcerária no Brasil. Em um primeiro momento, discorre-se sobre as peculiaridades socioeconômicas da região latino-americana, apontando para o desenvolvimento de uma jurisdição constitucional forte e ativista. Propõe-se que a análise do “Estado de Coisas Inconstitucional” só pode se dar de forma profícua pelo estabelecimento do diálogo com a jurisprudência constitucional da Colômbia, partindo desta construção para afirmar o diálogo horizontal de jurisdições na América Latina como uma forma de legitimar a atuação das jurisdições constitucionais da região.

---

<sup>1</sup> Acadêmico de Direito da Universidade Federal do Paraná. Pesquisador voluntário do PIBIC/CNPq. Assistente de pesquisa do Núcleo Constitucionalismo e Democracia do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR.

Ultima-se, com isto, uma integração regional discursiva, que não pressupõe a existência de instituições comuns e de um Direito formalmente regional, mas a abertura ao diálogo com as Cortes da região.

**PALAVRAS-CHAVE:** “Estado de Coisas Inconstitucional”; ADPF 347; Constitucionalismo latino-americano; Ativismo judicial; Diálogo horizontal de jurisdições.

**ABSTRACT:** This paper will examine the “State of Unconstitutional Things”, developed by the Constitutional Court of Colombia, and faced by the Supreme Court in “ADPF 347”, which advocates for the declaration of a “State of Unconstitutional Things” concerning the custodial system in Brazil. At first, it discourses on the socio-economic peculiarities of Latin America, pointing to the development of a strong constitutional jurisdiction. It is proposed that the analysis of the “State of Unconstitutional Things” can only be done in a profitable way by establishing the dialogue with the constitutional jurisprudence of Colombia, based on this construction to affirm the horizontal dialogue of jurisdictions in Latin America as a way of legitimizing the role of constitutional courts in the region. Ultimately, it is proposed a discursive integration in the region, which does not presuppose the existence of common institutions and a community law, but the dialogue between Courts.

**KEYWORDS:** “State of Unconstitutional Things”; ADPF 347; Latin America constitutionalism; Judicial activism; Horizontal dialogue of jurisdictions.

## 1. INTRODUÇÃO

Em 1997, a Corte Constitucional da Colômbia, a esta altura já conhecida por seus posicionamentos ativistas no âmbito da concretização

dos direitos fundamentais<sup>2</sup>, declarou, pela primeira vez, a figura do “Estado de Coisas Inconstitucional”, a qual foi, por esta mesma Corte, utilizada mais de dez vezes desde então<sup>3</sup>.

Por sua vez, em junho de 2015, o Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, em petição inicial redigida pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), sob a coordenação do Prof. Dr. Daniel Sarmiento, ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, na qual pleiteia que, aos moldes da experiência colombiana, seja declarado o Estado de Coisas Inconstitucional concernente ao sistema carcerário do Brasil.

Este instrumento jurídico não passou incólume a críticas, que apontam desde a ausência de legitimidade do Poder Judiciário na tomada de decisões destas proporções, à experiência falha tida no âmbito colombiano com este mesmo instrumento jurídico<sup>4</sup>.

Entretanto, mais do que apontar as falhas ou os predicados do Estado de Coisas Inconstitucional enquanto instrumento jurídico, este artigo busca fomentar o diálogo horizontal de jurisdições no âmbito latino-americano, uma vez que a análise de uma categoria jurídica construída em país diverso impõe um profundo estudo e um intenso diálogo da (e com a) jurisprudência externamente desenvolvida.

---

2 BALDI, Cesar. *Del constitucionalismo moderno al nuevo constitucionalismo latinoamericano descolonizador*. Revista de Derechos Humanos y estudios sociales, año V, n.9, enero-junio 2013, p. 54.

3 MONTENEGRO, Germán Santiago. *Las incidencias del Estado de Cosas Inconstitucional en la jurisprudencia colombiana: el desplazamiento de los resguardo nulpe medio y gran sábalo de la comunidad indígena Awá*. Trabalho de conclusão de curso – Curso de Direito, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2015, p. 46.

4 Cf. STRECK, Lênio Luiz. *Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo*. Disponível em: <conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>. Acesso em: fevereiro de 2016.

Propõe-se, então, a superação da atual falta de diálogo do Supremo Tribunal Federal com as Cortes Constitucionais da região latino-americana, apontando-se o diálogo horizontal de jurisdições na América Latina como um instrumento de justificação e de racionalização do exercício da jurisdição constitucional na proteção e na concretização de direitos fundamentais, não apenas em sede do julgamento da (não) recepção ao Estado de Coisas Inconstitucional, mas na hermenêutica destes direitos como um todo.

Para isto, em um primeiro momento, discorre-se sobre a formação política peculiar da região latino-americana e dos fatores que levaram à emergência de uma jurisdição constitucional ativa na defesa e promoção dos direitos fundamentais. Em seguida, aborda-se diretamente o “Estado de Coisas Inconstitucional”, delineando suas principais características, seu desenvolvimento na jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia e suas aplicações aos casos concretos.

Adentra-se, em seguida, ao proposto pela ADPF 347. Ressalta-se que esta ação ainda pende de julgamento definitivo, baseando-se a análise aqui realizada no decidido pelo pleno do Supremo Tribunal Federal em julgamento de medida cautelar, propondo-se, em seguida, uma análise comparativa do pleiteado na ADPF 347 com a matéria enfrentada pela Corte Constitucional da Colômbia quando da declaração de Estado de Coisas Inconstitucional acerca do sistema carcerário do país.

Em uma conclusão preliminar, entende-se que o julgamento do Estado de Coisas Inconstitucional representa uma necessidade direta de diálogo com as Cortes da região latino-americana, um movimento sem precedentes na história do Supremo Tribunal Federal. Partindo deste diagnóstico, a parte última deste trabalho propõe que o diálogo com as Cortes da América Latina seja incorporado à prática deliberativa do Supremo Tribunal Federal, considerando que este já é um Tribunal aberto ao diálogo com a jurisprudência estrangeira, mas esta abertura se dá de maneira extremamente seletiva.

À guisa de conclusão, discorre-se sobre a noção de integração regional discursiva e a formação de um *ius commune* dialógico no âmbito

latino-americano como caminho possível não apenas para o enfrentamento concreto da ADPF 347, mas para a formação de uma jurisprudência latino-americana legítima e racional.

## 2 . DIREITOS FUNDAMENTAIS E ATIVISMO JUDICIAL NA AMÉRICA LATINA

Os países latino-americanos, historicamente, apresentaram uma configuração institucional composta por um Executivo protagonista, um Legislativo frágil e um Judiciário de pouca relevância<sup>5</sup>. Na combinação entre as influências norte-americana e francesa, ganha o Executivo, pela adoção do sistema presidencialista, e o Judiciário permanece como *bouche de la loi*, mesmo em um sistema onde, definitivamente, não há supremacia do Parlamento<sup>6</sup>.

Em que pese uma contínua manutenção da concentração de poder no Chefe do Executivo, esta configuração passa a se alterar paulatinamente ao longo do século XX, passando a coexistir a organização política oitocentista com novos desenhos institucionais que dão ao Poder Judiciário um protagonismo cada vez maior nas relações institucionais e sociais, por meio, sobretudo, do processo de judicialização da política.

Rodrigo Uprymni, ao analisar o processo de judicialização pelo qual passou a Colômbia, elenca alguns fatores que cabem perfeitamente na análise do mesmo processo vivenciado no restante da América Latina.

---

5 BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das Cortes Constitucionais nas democracias contemporâneas*. Disponível em: <s.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>. Acesso em: janeiro de 2016.

6 GARGARELLA, Roberto. *El constitucionalismo latinoamericano y la “sala de máquinas” de la Constitución (1980-2010)*. Gaceta Constitucional, n. 48, 2011, p. 294.

O primeiro destes fatores é a desilusão com a política<sup>7</sup>. A descrença nos poderes eleitos democraticamente, causada sobretudo pela corrupção endêmica na região<sup>8</sup>, transferiu ao Poder Judiciário a tutela de questões que normalmente seriam discutidas na esfera política.

Desta maneira, apesar de não serem os juízes eleitos democraticamente, muitas vezes o Poder Judiciário acaba sendo percebido como instituição mais democrática do que aquelas diretamente legitimadas pelo povo<sup>9</sup>. Contribui também a esta percepção a maior acessibilidade ao Poder Judiciário por parte do cidadão, a despeito da burocracia que necessariamente envolve o diálogo com os demais poderes.

Um segundo fator a ser levado em consideração é o interesse dos próprios Poderes Executivo e Legislativo de ver *despolitizada* uma série de questões<sup>10</sup>, sobretudo as questões de fundo moral, cujas decisões, se tomadas por parte dos atores eleitos democraticamente, poderiam gerar desgastes perante a população, os partidos políticos ou demais instituições.

Por fim, a própria reconstrução da democracia nos países da região exigiu um judiciário forte e independente. Esta exigência partiu tanto dos movimentos sociais, que viam um judiciário fortalecido como condição *sine qua non* para a superação dos regimes autoritários, como da

---

7 UPRIMNY, Rodrigo. *Judicialization of politics in Colombia: cases, merits and risks*. Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos, v. 4, n. 6. São Paulo, 2007, p. 56.

8 À exceção do Chile e do Uruguai, todos os países da região apresentam índices de corrupção preocupantes, conforme o ranking de percepção de corrupção organizado pela ONG Transparency International. Cf. *Corruption Perceptions Index 2014*. Disponível em: <<https://www.transparency.org/cpi2014/results>>. Acesso em: jan. 2016.

9 UPRIMNY, Op. cit., p. 57.

10 Idem.

comunidade financeira internacional, que dependia de segurança jurídica para a concretização de seus interesses econômicos na região<sup>11</sup>.

Desta maneira, a judicialização da política, em maior ou menor grau, é um fenômeno verificável em todos os ordenamentos jurídicos aqui estudados. A questão principal é saber até que ponto isto é legítimo e justificável. Ou seja, é necessário responder “se é filosófica e politicamente legítimo que na América Latina a democracia seja restringida pela necessidade de proteção dos direitos fundamentais e de controlar o presidencialismo”<sup>12</sup>.

Seria a expansão da jurisdição constitucional somente mais uma forma do autoritarismo que impregna a política latino-americana, apenas com uma mudança do centro do poder, ou seria ela, enfim, um caminho para a tão almejada estabilidade política e justiça social?<sup>13</sup>

Pergunta difícil e de muitas respostas possíveis. A solução desta questão, entretanto, perpassa necessariamente uma análise abrangente das sociedades e dos ordenamentos jurídicos latino-americanos, levando em consideração seus contextos e suas peculiaridades.

Neste trabalho, optamos por responder que, sim, a atuação da jurisdição constitucional na promoção da democracia é legítima, não como *o único*, mas como *um dos caminhos* possíveis em direção a uma real e efetiva democracia.

Nesta discussão, há um ponto que merece destaque: a judicialização de questões políticas, sociais e morais, ao menos na América Latina, decorre do desenho institucional vigente. A constitucionalização abrangente e

---

11 Ibidem, p. 58-9.

12 PULIDO, Carlos Libardo Bernal; FREITAS, Graça Maria Borges. *Direitos fundamentais, juristocracia constitucional e hiperpresidencialismo na América Latina*. Revista Jurídica da Presidência, v. 17, n. 111, 2015, p. 25.

13 Ibidem, p. 25-6.

analítica retira um tema do universo político para trazê-lo ao âmbito judicial<sup>14</sup>, e isto é não uma opção política do Poder Judiciário, mas uma opção do próprio constituinte.

As funções de um Tribunal Constitucional são proeminentemente duas: a proteção e promoção dos direitos e o resguardo das regras do jogo democrático<sup>15</sup>. Uma postura mais proativa das Cortes, portanto, é resultado natural do contexto no qual ela se insere. A persistência das violações aos direitos fundamentais e o constante cerceamento do regime democrático impelem a atuação da jurisdição constitucional.

Assim, “a atuação da jurisdição no fortalecimento dos direitos não contraria o ideal de democracia, ao revés, o reforça”<sup>16</sup>. Não há como se conceber a democracia tão somente como a concretização do princípio majoritário, ainda mais em um contexto como o latino-americano, permeado por privações de todas as ordens.

O que se faz aqui não é uma apologia a uma judicialização exacerbada, desprovida de qualquer limitação ou de qualquer parâmetro racional. É dever do juiz, sobretudo na jurisdição constitucional e na última instância, atuar com parcimônia e temperança. Ao mesmo tempo, é necessário, por parte da doutrina, que se faça uma leitura de boa vontade da atuação das Cortes na América Latina.

É equivocado, por exemplo, analisar a jurisdição constitucional latino-americana através do prisma de teorias críticas oriundas da doutrina norte-americana ou europeia. Toda a conjuntura até aqui apresentada – o déficit

---

14 BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*, p. 8. Disponível em: <[www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constituicao\\_democracia\\_e\\_supremacia\\_judicial.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf)>. Acesso em: novembro de 2015.

15 *Ibidem*, p. 15.

16 FACHIN, Melina Girardi. *Espectador ou protagonista?* Correio Braziliense, Brasília, 31 de agosto de 2015, p. 9.

democrático, a corrupção endêmica, a falta de transparência das instituições públicas, a pobreza e o fantasma do autoritarismo – faz da América Latina uma região única, que assim deve ser compreendida e estudada.

Considerando que entendemos o exercício da jurisdição constitucional como um dos caminhos possíveis em direção à democracia, o que este trabalho propõe é um meio de dar maior legitimidade à atuação dos Tribunais na região: o diálogo horizontal de jurisdições na América Latina.

O diálogo entre Cortes constitucionais de sociedades que compartilham realidades materiais similares tem a potencialidade de racionalizar o exercício da jurisdição constitucional, sobretudo na concretização de direitos fundamentais humanos, a partir de um direito constitucional comum – não em sentido formal, como será visto adiante – no enfrentamento de problemas partilhados.

Dentre as Cortes Constitucionais latino-americanas, destaca-se o trabalho realizado no âmbito da Corte Constitucional da Colômbia que, a partir do início da década de 1990, passou a atuar ativamente em questões políticas e sociais, como a judicialização do direito à saúde<sup>17</sup>, a regulação das uniões homoafetivas<sup>18</sup>, a legalização do aborto em determinadas situações<sup>19</sup>, a partir da construção do conceito de “Estado de Coisas Inconstitucional”, sobre o qual se passa a discorrer.

---

17 Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-760/08* (2008).

18 Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-075/07* (2007).

19 Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-355/06* (2006).

### 3. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA

O “Estado de Coisas Inconstitucional” é o mecanismo jurídico criado jurisprudencialmente pela Corte Constitucional da Colômbia para prolatar uma sentença declarativa na qual se caracterizam determinadas situações entendidas como contrárias à Constituição por violarem de maneira massiva, generalizada e persistente os direitos fundamentais e os princípios que regem a Constituição.

Como consequência desta declaração, as autoridades públicas, no âmbito de suas competências, são acionadas para que, dentro de um prazo razoável, adotem as medidas necessárias para a superação deste “Estado de Coisas”<sup>20</sup>.

Desde o seu surgimento na jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia, em 1997, a figura do Estado de Coisas Inconstitucional foi utilizada diversas vezes, por exemplo, no combate a violações expressivas aos direitos fundamentais.

Como *leading cases* das situações em que se declarou o Estado de Coisas Inconstitucional, tem-se, a título exemplificativo, o julgado no qual se enfrentou a situação caótica da Defensoria Pública no país<sup>21</sup>, a população desalojada em virtude do narcotráfico<sup>22</sup>, à não filiação de professores ao fundo de previdência da carreira docente<sup>23</sup> e, sobretudo, para os efeitos do

---

20 LYONS, Josefina Quintero *et al.* *La figura del Estado de Cosas Inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia*. Revista Mario Alario D’Filippo, v. 3, n. 1, 2011, p. 70.

21 Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-590/98* (1998).

22 Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-025/04* (2004).

23 Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia SU-559/97* (1997).

analisado neste trabalho, a omissão estatal em relação à superlotação do sistema carcerário colombiano<sup>24</sup> e ao direito à saúde das pessoas presas<sup>25</sup>.

Foi a própria Corte Constitucional da Colômbia quem, na Sentença T-025/2004, elaborou as premissas necessárias para que fosse possível a declaração de um Estado de Coisas Inconstitucional. Estas premissas se relacionam com o caráter supraindividual das violações de direitos, com a omissão reiterada do Poder Público na solução destes casos e na ação conjunta dos órgãos estatais para a superação deste Estado de Coisas<sup>26</sup>.

Em primeiro lugar, o Estado de Coisas Inconstitucional não foi desenhado para responder a demandas individuais, mas coletiva. A violação de direitos fundamentais da qual aqui se fala, portanto, além de sistemática e contínua, deve atingir um número elevado de pessoas, que a caracterize como violação massiva e generalizada<sup>27</sup>. Além disso, é necessário que se apresente um quadro de omissão reiterada do Poder Público em relação ao seu dever de proteção e promoção dos direitos fundamentais. Isto significa que, como mencionado na premissa anterior, deve haver um quadro generalizado, não bastando demonstrar a omissão reiterada de tão somente uma autoridade pública, mas do Estado como um todo, causada por um funcionamento deficiente que possibilita as violações generalizadas de direitos<sup>28</sup>.

---

24 Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-158/98* (1998).

25 Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-606/98* (1998).

26 CÁRDENAS, Blanca Raquel. *Contornos jurídico-fácticos del estado de cosas inconstitucional*. Bogotá: Externado de Colombia, 2011, p. 20.

27 BELLO, Amparo Hernandez; BONILLA, Martha Lucía Gutiérrez. *Vulnerabilidad y exclusión en salud: datos y relatos de la situación de la población desplazada en Bogotá*. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2010, p. 76.

28 LYONS, *op. cit.*, p.72.

Por fim, dada a amplitude das violações com as quais aqui se trabalha, a sentença que declara o Estado de Coisas Inconstitucional deve ter como destinatário não um órgão estatal específico, mas as mais diversas estruturas estatais, para que estas trabalhem em conjunto na superação deste Estado de Coisas, considerando que a abrangência de direitos violados exige um grande nível de coordenação e cooperação entre as instituições, no que diz respeito a políticas públicas, destinação de recursos e superação de políticas defeituosas<sup>29</sup>.

Isto demonstra que o resultado almejado com a declaração de um Estado de Coisas Inconstitucional é o da mudança estrutural, pela interferência direta da Corte Constitucional nas escolhas de caráter orçamentário e na implementação de políticas públicas.

É justamente neste propósito de mudanças estruturais que reside a maior controvérsia a respeito do Estado de Coisas Inconstitucional. As escolhas orçamentárias, bem como a formulação e execução de políticas públicas, são tarefas eminentemente políticas. A interferência da Corte nesta seara, portanto, seria uma das formas mais explícitas de ativismo judicial e interferência nos poderes institucionalizados.

Isto porque a sentença que declara um Estado de Coisas Inconstitucional e estabelece as medidas que devem ser tomadas reputa-se a um ativismo judicial estrutural<sup>30</sup>, no qual a Corte necessariamente desempenha funções eminentemente legislativas e executivas, ensejando um grande desconforto institucional na relação entre os poderes.

A despeito destas críticas, a Corte Constitucional da Colômbia consolidou o Estado de Coisas Inconstitucional como um importante instrumento de tutela dos direitos fundamentais perante violações

---

29 LYONS, *op. cit.*, p. 73.

30 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 314.

generalizadas corroboradas por ações ou omissões do Estado. Dentre as oportunidades em que a Corte se utilizou da declaração de Estado de Coisas Inconstitucional, destacam-se: a Sentença T-153 de 1998, na qual declarou o Estado de Coisas Inconstitucional em relação à superlotação carcerária, e a Sentença T-606 de 1998, na qual, por meio do mesmo instrumento, declarou a responsabilidade estatal de cuidado da saúde das pessoas em cárcere.

São estas as decisões paradigmáticas que oferecem o substrato necessário para que se estabeleça um diálogo entre o desenvolvido no âmbito da Corte Constitucional da Colômbia e o que será enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do mérito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, como se verá a seguir.

#### **4. A ADPF 347 E A INCORPORAÇÃO DO “ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL” À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA**

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 foi ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL em junho de 2015, com o objetivo de que “seja reconhecido o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, e, em razão disso, determinada a adoção das providências listadas ao final”<sup>31</sup>.

Estas providências, em síntese, buscam “sanar as gravíssimas lesões a preceitos fundamentais da Constituição, decorrentes de condutas comissivas e omissivas dos poderes públicos”<sup>32</sup>, pela determinação ao Governo Federal da elaboração de um plano nacional que vise à superação

---

31 ADPF 347. Petição inicial, p.1. Disponível em: <jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>. Acesso em: fevereiro de 2016.

32 Ibidem, p. 2.

deste *estado de coisas* em um prazo de três anos, bem como a apresentação de planos próprios elaborados por cada unidade federativa, em harmonia com o instituído pelo Governo Federal.

Em seu voto, o Relator, Ministro Marco Aurélio, entendeu ser papel do Supremo Tribunal Federal retirar as autoridades públicas do estado de letargia, no sentido de impulsionar a formulação de novas políticas públicas e monitorar seu processo de implementação, entendendo que “ordens flexíveis sob monitoramento previnem a supremacia judicial e, ao mesmo tempo, promovem a integração institucional”<sup>33</sup>.

O julgamento da medida cautelar da referida ADPF, realizado pelo pleno em setembro de 2015, deferiu três de seus pedidos. Em primeiro lugar, foi deferido o pedido pelo qual a realização das audiências de custódia deve ocorrer em até 90 dias, com fulcro no art. 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Além disso, determinou-se o encaminhamento de relatórios acerca da situação prisional por parte da União e dos Estados, bem como se determinou que a União liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional, proibindo que este fosse utilizado em novos contingenciamentos.

É possível se dizer que o julgado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de medida cautelar foi bastante contido em relação aos pedidos realizados na inicial. Nenhuma das cautelares direcionadas aos juízes de 1.<sup>a</sup> instância foi deferida – por exemplo, a aplicação de penas alternativas em detrimento das privativas de liberdade, o abatimento do tempo da pena quando evidenciado que as condições de prisão foram significativamente mais severas do que o previsto e a consideração, por parte do Juiz, do quadro dramático do sistema penitenciário no momento de concessão de cautelares penais.

---

33 ADPF 347. Voto do Relator, Min. Marco Aurélio, em julgamento de Medida Cautelar. Disponível em: <[jota.info/wp-content/uploads/2015/08/ADPF-MC-347-Voto.pdf](http://jota.info/wp-content/uploads/2015/08/ADPF-MC-347-Voto.pdf)>. Acesso em: fevereiro de 2016.

O cerne das críticas ao Estado de Coisas Inconstitucional, e possivelmente o que ocasionou a postura retraída do Supremo quando do julgamento das cautelares, é justamente o fato de a ADPF nº 347 basear-se explicitamente na experiência colombiana, e pela realidade material deste país ser tão próxima à do Brasil, dada sua ineficácia no caso colombiano.

Isto porque o apreciado pelo STF na ADPF nº 347 é bastante similar, se não idêntico, ao enfrentado pela Corte Constitucional da Colômbia quando declarou um Estado de Coisas Inconstitucional em relação à superlotação dos presídios e à violência endêmica em seus interiores, ordenando a elaboração de um Plano de Governo que previsse a construção de novas unidades prisionais, a reparação das já existentes e a alocação orçamentária necessária para tal.

Na Colômbia, a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional não teve o condão de melhorar significativamente as condições do sistema carcerário do país, considerando a pouca flexibilidade das ordens dadas pela Corte e a falta de condições materiais para o seu cumprimento<sup>34</sup>.

A despeito de sua tímida atuação no julgamento das medidas cautelares, caberia ao Supremo Tribunal Federal, desta forma, caso venha a declarar o Estado de Coisas Inconstitucional no julgamento de mérito, não apenas incorporar uma nova categoria à sua jurisprudência, mas, também, aperfeiçoá-la. Da mesma maneira, uma eventual completa recusa a esta categoria, para que seja devidamente fundamentada, exige um aprofundado estudo das vicissitudes pelas quais padeceu este instrumento em seu país de origem.

Isto demanda um intenso diálogo com a jurisprudência já formada pela Corte Constitucional da Colômbia, algo que, em relação à Colômbia ou a qualquer outro país latino-americano, jamais ocorreu. Ao contrário

---

34 GARAVITO, César Rodriguez. *Más allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional*. In: \_\_\_\_\_. *Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Ediciones Universidad de los Andes, 2009, p. 132.

das constantes menções à Suprema Corte dos Estados Unidos ou ao Tribunal Constitucional Alemão nos acórdãos do Supremo Tribunal Federal, dialoga-se pouco com a jurisdição constitucional dos países latino-americanos, apesar de suas realidades materiais indubitavelmente próximas às nossas e que ensejam, portanto, problemáticas similares.

Desta maneira, a (não) adoção do Estado de Coisas Inconstitucional pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal abre espaço para um debate mais ampliado, que diz respeito ao necessário diálogo entre Cortes Constitucionais latino-americanas, sobre o que se passa a discorrer a seguir.

## **5. O DIÁLOGO HORIZONTAL COM AS JURISDIÇÕES CONSTITUCIONAIS LATINO-AMERICANAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: PERSPECTIVAS E POTENCIALIDADES**

Conforme pontua Flávia Piovesan, na contemporaneidade existem três formas possíveis de diálogo entre jurisdições no âmbito dos direitos humanos e fundamentais: entre jurisdições constitucionais – aqui denominado diálogo horizontal de jurisdições –; entre jurisdições constitucionais e regionais, especialmente por meio do Controle de Convencionalidade; e, entre jurisdições regionais, ou *cross culture dialogue* – por exemplo, entre as Cortes Europeias e Interamericana de Direitos Humanos<sup>35</sup>. Cuida-se aqui precipuamente da primeira forma de diálogo, o horizontal.

O STF já é uma Corte permeável à influência da jurisprudência estrangeira, mas esta influência se dá de maneira extremamente seletiva, condicionada por dois fatores: (i) a origem dos precedentes estrangeiros

---

35 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e diálogo entre jurisdições*. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC, n. 19, jan.-jun. 2012, p. 72.

citados; (ii) a função do precedente estrangeiro nos votos e na deliberação em plenário.

Os dados fornecidos pelo Observatório do STF<sup>36</sup>, desenvolvido pela Sociedade Brasileira de Direito Público, apontam que, dentre os acórdãos analisados, a utilização de precedentes estrangeiros se deu 66 vezes – o que supera, por exemplo, o número de citações a precedentes de outros órgãos jurisdicionais brasileiros, contabilizadas em 53 vezes.

Entretanto, das 66 citações aferidas, 59 delas – o que representa quase 90% – são provenientes exclusivamente da Suprema Corte dos Estados Unidos e do Tribunal Constitucional Alemão.

A constatação é óbvia: o diálogo horizontal de jurisdições existente no STF se pauta exclusivamente nas decisões emanadas pelos Tribunais de apenas dois países.

Esta seletividade quanto à origem é causa e consequência do segundo fator a ser apontado: a maneira como os Ministros do Supremo Tribunal Federal se utilizam dos precedentes estrangeiros reforça o chamado “paradoxo das onze ilhas”, inicialmente apresentado por Conrado Hübner Mendes<sup>37</sup> e posteriormente desenvolvido criticamente por Guilherme Forma Klafke<sup>38</sup>.

A metáfora das onze ilhas ilustra o individualismo dos Ministros do Supremo Tribunal Federal durante o processo decisório, o que contraria a expectativa naturalmente exercida sobre um órgão colegiado – que se chegue a uma decisão consensual, de argumentos consistentes e razões claras.

---

36 *Observatório do STF*. Disponível em: <[observatoriodostf.org.br/tabelas-e-graficos/](http://observatoriodostf.org.br/tabelas-e-graficos/)>.

37 Cf. MENDES, Conrado Hübner. *Onze ilhas*. Folha de São Paulo, 01/02/2010, p. 3.

38 Cf. KLAFKE, Guilherme Forma; PRETZEL, Bruna Romano. *Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas*. Revista de Estudos Empíricos em Direito, v. 1, n. 1, jan. 2014, p. 89-104.

Neste sentido, tem-se como característica marcante do processo deliberativo no STF “a quase total ausência de trocas de argumentos entre os ministros: nos casos importantes, os ministros levam seus votos prontos para a sessão de julgamento e não estão ali para ouvir os argumentos de seus colegas de tribunal”<sup>39</sup>.

Nesta conjuntura, é natural que a utilização de precedentes estrangeiros não seja um reflexo da Corte enquanto órgão colegiado, mas do contexto pessoal de cada um de seus Ministros – o que explica, em parte, a predileção pela Suprema Corte dos Estados Unidos e pelo Tribunal Constitucional Alemão, considerando que grande parte dos Ministros cultiva vínculos acadêmicos com estes dois países.

A utilização da jurisprudência estrangeira neste cenário se dá de maneira meramente decorativa, sem possuir qualquer “preocupação dialógica com o material referido, (...) utilizando-se do elemento não nacional como reforço de argumento de uma decisão tomada anteriormente”<sup>40</sup>.

O que se propugna é a passagem deste modelo meramente decorativo da utilização da jurisprudência estrangeira para um modelo de efetiva interlocução, o que significa uma abertura para o diálogo, a reflexão e o possível aproveitamento das experiências exteriores, sempre levando em consideração as particularidades de cada caso.<sup>41</sup>

Ou seja, o que se propõe não é que o STF exclua de seus futuros acórdãos toda referência à jurisprudência de países tradicionalmente vistos como “juridicamente mais desenvolvidos”, mas sim que se passe a referenciar e dialogar com o direito produzido na América Latina.

---

39 SILVA, Virgílio Afonso. *O STF e o controle de constitucionalidade*. Revista de Direito Administrativo, n. 250, 2009, p. 217.

40 TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 127-8.

41 *Ibidem*, p. 129.

Virgílio Afonso da Silva divide as possibilidades de integração regional em uma integração de cunho institucional-legal e uma integração discursiva<sup>42</sup>. A primeira forma de integração é aquela que, como o próprio nome indica, depende de instituições comuns, assim como legislação, parlamento e uma jurisdição partilhada entre os países em questão.

Conforme demonstrado em ponto anterior, a despeito de uma democracia que se enraíza cada vez mais nas sociedades latino-americanas, as instituições dos países da América Latina ainda são fracas. Conforme pontua Virgílio Afonso da Silva, “concentrar esforços apenas na ideia de integração institucional-legal pode ser contraproducente”<sup>43</sup>, considerando que não é possível se desenvolver instituições regionais fortes a partir de instituições nacionais deficitárias.

A segunda forma de integração, a discursiva, no entanto, não depende de instituições comuns. Na verdade, este tipo de integração pressupõe apenas “realidades – sociais, econômicas, culturais – semelhantes”<sup>44</sup>. Portanto, essa integração baseia-se não no *direito formalmente comum*, aos moldes do direito comunitário europeu, mas sim em um *direito constitucional* em constante debate, diálogo e trocas.

Em síntese, este ponto propõe o diálogo horizontal de jurisdições na América Latina enquanto instrumento de justificação e racionalização do exercício da jurisdição constitucional na proteção e concretização de direitos fundamentais.

A criação de um direito constitucional comum e dialogado, por si só, dá maior legitimidade à atuação do juiz constitucional, considerando

---

42 SILVA, Virgílio Afonso. *Integração e diálogo constitucional na América do Sul*. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia (orgs.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 517.

43 Idem.

44 Idem.

que traz ao debate um maior nível de concordância, proveniente de uma fundamentação que frui de argumentos já utilizados em situações materialmente conexas ao que está sendo discutido.

Ao retirar os esforços de uma integração política e econômica, o *ius commune* abre espaço para os esforços em prol da concretização dos direitos fundamentais. Isto significa dizer que “o debate gerado com o objetivo de garantir, em escala regional, o cumprimento das principais promessas das constituições estatais é a origem da abordagem conhecida como *ius constitutionale commune* na América Latina”<sup>45</sup>.

## 6. CONCLUSÃO

Como se observou, a América Latina, embora hoje desfrute de regimes políticos de caráter democrático, apresenta um sério déficit democrático, causado, principalmente, pela desigualdade social, pela pobreza e pela manutenção da centralização de poder no Executivo. Em resposta a esta problemática, ampliou-se a esfera de atuação do Poder Judiciário, em especial por intermédio das Supremas Cortes, no exercício do controle de constitucionalidade – o fenômeno da judicialização da política.

A adoção do Estado de Coisas Inconstitucional por nossa Suprema Corte representaria um passo adiante neste fenômeno de judicialização, desembocando em um processo de ativismo judicial estrutural em que a interferência na Administração e no Poder Legislativo se dá de maneira ainda mais acentuada.

Um importante destaque a ser feito, especialmente no que concerne à situação do sistema carcerário, é o papel da Suprema Corte em relação

---

45 VON BOGDANDY, Armin. *Ius constitutionale commune na América Latina: uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador*. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 269, p. 25.

ao interesse que os poderes instituídos democraticamente possuem de ver determinados assuntos passarem por um processo paulatino de despolitização. Em termos bastante diretos, garantir condições de existência minimamente dignas para a massa carcerária e defender a proteção dos direitos humanos e fundamentais das pessoas que se encontram sob a tutela do Estado não atrai votos – pelo contrário, pode afugentá-los. A jurisdição constitucional, deste modo, em seu papel contramajoritário, é chamada a tutelar os direitos de uma das categorias mais marginalizadas da sociedade.

O Brasil, sem dúvida alguma, possui diversos “estados de coisas inconstitucionais”, ao entendermos esta categoria como violação massiva e generalizada de direitos fundamentais e a constante apatia do Estado diante destas violações. Entretanto, isto não é o suficiente para, de imediato, apropriar-se do Estado de Coisas Inconstitucional enquanto instrumento jurídico.

Conforme pontuado, as principais críticas em relação ao Estado de Coisas Inconstitucional se dão por sua ineficiência em seu âmbito de origem, a experiência de origem. A falta de condições materiais para a realização das ordens da sentença, bem como a pouca disponibilidade da Corte de dialogar institucionalmente impediram este instrumento de atingir os propósitos para os quais foi desenhado.

O parcial fracasso desta figura na experiência colombiana, novamente, não afasta imediatamente sua aplicação na jurisdição constitucional do Brasil, entretanto, ela deve ocorrer de modo dialogado com o já construído modelo colombiano, de modo a aperfeiçoar os mecanismos de operação e afastar as vicissitudes.

Este diálogo só será profícuo se o Supremo Tribunal Federal se abrir verdadeiramente a um modelo de deliberação dialógica, que deixe de encarar a jurisprudência estrangeira como um mero enfeite, passando a utilizá-la de maneira racional e legitimadora de decisões tomadas no controle de constitucionalidade.

Incorporar o Estado de Coisas Inconstitucional apenas como mais uma categoria dentro da complexa sistemática do controle

de constitucionalidade brasileiro esvazia-o por completo de suas potencialidades práticas. Com isto, se quer dizer que a declaração de Estado de Coisas Inconstitucional sem um real e efetivo diálogo com o modelo original infere nas mesmas falhas que tornaram a experiência colombiana parcialmente fracassada.

O que se tem até o momento, considerando o julgamento das medidas cautelares da ADPF 347, é um balanço positivo: em que pese uma postura tímida na declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, o Supremo, ao aceitar a existência desta figura, dá os primeiros passos em direção a uma abertura ao diálogo com o constitucionalismo latino-americano.

Ao mesmo tempo, a parcimônia com a qual o Supremo Tribunal Federal tratou o instituto no referido julgamento, se por um lado pode ser entendida como falta de ousadia, por outro demonstra sua preocupação em fazer com que o Estado de Coisas Inconstitucional não desborde em uma completa hipertrofia do judiciário, pela banalização do ativismo judicial estrutural.

Neste campo, é fundamental o *agir com prudência* da Corte, atuando sempre no sentido de respeitar os valores consagrados na Constituição – sejam os direitos fundamentais e sua proteção, sejam a separação e a independência entre os poderes.

## 7. REFERÊNCIAS

ADPF 347. Petição inicial. Disponível em: <jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>. Acesso em: fevereiro de 2016.

ADPF 347. Voto do Relator, Min. Marco Aurélio, em julgamento de Medida Cautelar. Disponível em: <jota.info/wp-content/uploads/2015/08/ADPF-MC-347-Voto.pdf>. Acesso em: fevereiro de 2016.

BALDI, Cesar. Del constitucionalismo moderno al nuevo constitucionalismo latinoamericano descolonizador. *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*. Año V, n.9, enero-junio, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*, p. 8. Disponível em: <www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constituicao\_democracia\_e\_supremacia\_judicial.pdf>. Acesso em: novembro de 2015.

\_\_\_\_\_. *Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das Cortes Constitucionais nas democracias contemporâneas*. Disponível em: <s.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>. Acesso em: janeiro de 2016.

BELLO, Amparo Hernandez; BONILLA, Martha Lucía Gutiérrez. *Vulnerabilidad y exclusión en salud: datos y relatos de la situación de la población desplazada en Bogotá*. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2010.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CÁRDENAS, Blanca Raquel. *Contornos jurídico-fácticos del estado de cosas inconstitucional*. Bogotá: Externado de Colombia, 2011, p. 20.

CORTE CONSTITUCIONAL (Colômbia). *Sentencia C-075/07* (2007).

CORTE CONSTITUCIONAL (Colômbia). *Sentencia C-355/06* (2006).

CORTE CONSTITUCIONAL (Colômbia). *Sentencia T-760/08* (2008).

FACHIN, Melina Girardi. Espectador ou protagonista? *Correio Braziliense*, Brasília, 31 de agosto de 2015.

KLAFKE, Guilherme Forma; PRETZEL, Bruna Romano. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 1, n. 1, jan. 2014.

LYONS, Josefina Quintero *et al.* La figura del Estado de Cosas Inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia. *Revista Mario Alario D'Filippo*, v. 3, n. 1, 2011.

MENDES, Conrado Hübner. Onze ilhas. *Folha de São Paulo*, 01/02/2010.

MONTENEGRO, Germán Santiago. *Las incidencias del Estado de Cosas Inconstitucional en la jurisprudencia colombiana: el desplazamiento de los resguardo nulpe medio y gran sábalo de la comunidad indígena Awá*. Trabalho de conclusão de curso – Curso de Direito, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2015.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional* – RBDC, n. 19, jan.-jun. 2012.

PULIDO, Carlos Libardo Bernal; FREITAS, Graça Maria Borges. Direitos fundamentais, juristocracia constitucional e hiperpresidencialismo na América Latina. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 17, n. 111, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia (orgs.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso. O STF e o controle de constitucionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, n. 250, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. *Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo*. Disponível em: <[conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo](http://conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo)>. Acesso em: fevereiro de 2016.

TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

UPRIMNY, Rodrigo. Judicialization of politics in Colombia: cases, merits and risks. *Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 4, n. 6, 2007.

VON BOGDANDY, Armin. Ius constitutionale commune na América Latina: uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, 2015.