A (IN)VIABILIDADE DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE FATOS NO BRASIL

THE (IN)VIABILITY OF THE STATEMENT OF INCONSTITUTIONAL FACTS IN BRAZIL

Rayanny Sillvana Silva do Nascimento*
Walter Nunes da Silva Junior**

RESUMO: *O cenário das prisões brasileiras revela violações massivas, sistemáticas e contínuas aos ditames constitucionais. Nesse contexto, o STF, em decisão inédita, na ADPF nº 347/DF, declarou o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) para o sistema penitenciário brasileiro. Tal declaração legitima o STF a tomar medidas ativistas no ciclo de políticas públicas, despertando, desse modo, posições antagônicas acerca dos critérios hermenêuticos que pode recorrer o intérprete do Direito em defesa dos direitos fundamentais. Nesse sentido, este artigo busca analisar a viabilidade ou não da declaração de estado de coisas inconstitucional no Brasil perante o arcabouço jurídico pátrio. Nessa senda, é possível a declaração do ECI no Brasil à luz da hermenêutica constitucional, visto que se trata de medida excepcional, sendo, portanto, uma forma de fortalecimento do Estado Democrático de Direito e dos seus Poderes, uma vez que preza pelo diálogo institucional propulsor de soluções estruturais.*
Palavras-chave: *Estado de coisas inconstitucional. Hermenêutica constitucional. Fatos sociais.*

ABSTRACT: *The scenario of Brazilian prisons reveals massive, systematic and continuous violations of constitutional dictates. In this context, the STF in an unprecedented decision, in ADPF nº 347/DF, declared the State of Things Unconstitutional in the Brazilian prison system. Such a declaration legitimizes the Brazilian Federal Supreme Court to take activist measures in the public policy cycle, thus arousing antagonistic positions regarding the hermeneutic criteria that the interpreter of the Law may use in defense of fundamental rights. In this sense, this article seeks to analyze the feasibility or not of the declaration of unconstitutional state of affairs in Brazil before the national legal framework. In this sense, it is possible to declare the State of Things Unconstitutional in Brazil in light of constitutional hermeneutics, since it is an exceptional measure, being a way of strengthening the Democratic State of Law and its Powers, since it values the institutional dialogue that propels solutions structural.*
Keywords: *Unconstitutional state of affairs. Constitutional hermeneutics. Social facts.*

* Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), Natal, Rio Grande do Norte, Brasil. https://orcid.org/0000-0001-5566-2608
** Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), Natal, Rio Grande do Norte, Brasil. https://orcid.org/0000-0003-1747-9233

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) é reconhecida mundialmente por estar em consonância com os princípios do constitucionalismo moderno, principalmente, no que tange aos direitos fundamentais. Contudo, a despeito da força normativa insofismável dos direitos e garantias fundamentais, observa-se que não é tangível na sociedade brasileira coadunar-se o juízo hipotético do *deve ser* desses direitos com o *ser* da realidade fática.

O cenário das prisões brasileiras revela violações massivas, sistemáticas e contínuas aos ditames constitucionais. A realidade dessas prisões é de superlotação, ausência de assistência à saúde e material, manutenção de prisões de detentos que já cumpriram a pena, violência nas instituições prisionais, entre outros problemas, que comprovam as condições degradantes do sistema, configurando uma verdadeira afronta aos preceitos fundamentais da CRFB.

Nesse contexto, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), em maio de 2015, ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347/DF, requerendo que o Supremo Tribunal Federal (STF) reconhecesse o estado de coisas inconstitucional (ECI) do sistema penitenciário brasileiro e a determinação de diversas providências em busca de eliminar lesões aos direitos fundamentais, previstos na Carta Magna.

Denota-se que o Estado de Coisas Inconstitucional é uma constatação fática de um quadro de violação de direitos fundamentais generalizados, em razão da omissão de diferentes Poderes, que se baseia em uma tese desenvolvida na Corte Constitucional colombiana prolatada pela primeira vez na *Sentencia de Unificación* (SU) 559, de 1997.

Por sua vez, o STF, em decisão inédita, ao julgar o pedido do PSOL na ADPF nº 347/DF, declarou o estado de coisas inconstitucional para o sistema penitenciário brasileiro com fundamento nas violações generalizadas e sistemáticas de direitos fundamentais da população carcerária, em que as penas privativas de liberdade tornaram-se cruéis e desumanas. Tal declaração legitima o STF a interferir no ciclo de políticas públicas quando há falhas estruturais do Estado — Poder Executivo — e/ou de impedimentos políticos — Poder Legislativo —.

Cumpre ressaltar que, embora o STF na ADPF nº 347/DF tenha declarado o estado de coisa inconstitucional para o sistema penitenciário brasileiro, ainda não foi julgado definitivamente o seu mérito, apenas foi deferido o pedido parcialmente, em liminar, a implantação de audiência de custódia e liberação do saldo acumulado do Fundo Nacional Penitenciário (Funpen).

Advém que com essa decisão, sob a ótica da hermenêutica constitucional, surgiram correntes doutrinárias antagônicas acerca do tema.

Nesse sentido, este artigo busca analisar, por meio do método dedutivo, a viabilidade ou não da declaração o estado de coisas inconstitucional no Brasil perante o arcabouço jurídico pátrio, de modo a perquirir a atuação do STF em busca da proteção dos direitos fundamentais, cuja violação compromete sua própria eficácia "in concreto".

Para tanto, a pesquisa empreende as suas bases teóricas no estudo da doutrina, exame de artigos, revisão da experiência estrangeira, com auxílio do método comparativo, bem como da consulta à legislação e à jurisprudência em vigor no arcabouço jurídico nacional.

2 LINEAMENTOS HISTÓRICOS DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

O ECI é um instituto criado pela Corte Constitucional colombiana para ser aplicado, em linhas gerais, quando constatado quadro de violações graves, duradouras e generalizadas de direitos fundamentais, fruto da inércia estatal sistêmica. Sob esse prisma, o ECI é uma técnica de decisão voltada à tutela de direitos fundamentais que permite o Judiciário catalisar ações no processo de formulação, implementação e monitoramento de políticas públicas.

2.1 LINEAMENTOS HISTÓRICOS: SURGIMENTO

O termo estado de coisas inconstitucional surgiu, pela primeira vez, na *Sentencia de Unificación* (SU) nº 559, de 6/11/1997, prolatada pela Corte Constitucional da Colômbia. Na ocasião, cerca de 45 professores ajuizaram a demanda, após terem seus direitos previdenciários negados. Ao julgar o caso, a Corte Constitucional colombiana constatou que a negação era generalizada, implicando violação massiva de direitos fundamentais inerentes a toda classe de docentes, em virtude de uma política educacional falha, a qual era responsabilidade de diversos entes do poder público.

Com efeito, a Corte Constitucional colombiana determinou na SU 559/1997 que as autoridades públicas envolvidas deveriam, em prazo razoável, desenvolver soluções estruturais em busca da superação do quadro de inconstitucionalidades em face da violação massiva, sistemática e contínua dos direitos previdenciários daqueles docentes.

Dessarte, o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional visa proteger a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e, para reversão do quadro de inconstitucionalidade, a Corte Constitucional colombiana entendeu que são necessárias medidas extremas, exigindo a atuação conjunta dos entes envolvidos. Não é em qualquer quadro caótico que poderá ser reconhecido o ECI, é necessário também a inércia continuada

dos entes públicos envolvidos, entre outros pressupostos que serão abordados no tópico 2.3 deste artigo.

2.2 EXPERIÊNCIA NO DIREITO COMPARADO: DA CORTE COLOMBIANA AO DIREITO BRASILEIRO

No Brasil, o uso do Direito Comparado tem, frequentemente, como principais fontes doutrinárias as teses desenvolvidas em cortes tradicionais como as que surgem nos Estados Unidos, Alemanha e Itália. Como já explanado alhures, os mecanismos do ECI têm origem na Colômbia. Desse modo, neste capítulo, abordar-se-á o ECI, a partir do estudo do Direito Comparado, sob o prisma das experiências do Sul global, sobretudo Colômbia, Argentina e África do Sul. Por óbvio, sem olvidar as respeitáveis contribuições de fontes tradicionais.

A Corte Constitucional colombiana reconheceu o ECI em 1997 e, após isso, declarou-o mais nove vezes em casos distintos. Os processos judiciais T-153/1998 e T-025/2004 são considerados os mais importantes, já que tratam do sistema penitenciário colombiano e do deslocamento forçado de milhões de pessoas, sendo inclusive citados na petição inicial da ADPF nº 347/DF.

Inicialmente, o processo tinha como objeto, mais precisamente, a situação caótica das Penitenciárias de Bellavista e Modelo. Contudo, ao julgar o caso, a Corte verificou que a violação dos direitos humanos atingia toda comunidade carcerária da Colômbia, como é possível verificar no trecho da *Sentencia* T-153/1998[1], datada de 28/4/1998, sobre este caso que retrata a situação caótica dos presídios e a violação de direitos fundamentais.

Embora as condições caóticas fossem evidentes, os presídios colombianos não estavam em nenhuma pauta das instituições públicas responsáveis por apresentarem soluções ao caso. À vista disso, a Corte colombiana declarou o ECI e determinou medidas estruturais voltadas a diversos entes e Poderes, como, por exemplo: a notificação sobre a

[1] Trecho da *Sentencia* T-153/1998, de 28/4/1998, que trata do sistema carcerário colombiano: "*Las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos. Esta situación se ajusta plenamente a la definición del estado de cosas inconstitucional. Y de allí se deduce una flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios colombianos, tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia, etc. Durante muchos años, la sociedad y el Estado se han cruzado de brazos frente a esta situación, observando con indiferencia la tragedia diaria de las cárceles, a pesar de que ella representaba día a día la transgresión de la Constitución y de las leyes. Las circunstancias en las que transcurre la vida en las cárceles exigen una pronta solución*" (CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA, 1998).

declaração do ECI do sistema penitenciário colombiano ao presidente da República, do Senado, da Câmara dos Representantes e da Sala Penal da Corte Suprema de Justiça, bem como ordenou a preparação de um plano para a construção e renovação de presídios, de modo a garantir a promoção dos direitos fundamentais nos presídios.

Entretanto, essas medidas tomadas pela Corte não surtiram os efeitos esperados, uma vez que não ocorreu o seu monitoramento, sendo alvo, portanto, de várias críticas. Com isso, a Corte colombiana na *Sentencia* T-025/2004, datada de 22/1/2004, ao julgar o caso do deslocamento forçado de aproximadamente três milhões de refugiados, vítimas da violência massiva das guerrilhas que atingiram todo o país, verificou o erro cometido na experiência do sistema carcerário e, por isso, determinou a implementação de medidas conjuntas aos órgãos públicos envolvidos e, principalmente, ordenou o monitoramento dessas medidas por meio de relatórios periódicos, audiências públicas e prestação de contas, o que resultou na efetividade da decisão e revelou as vantagens do uso do ECI em casos complexos.

No cenário mundial, a Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina reconheceu a violação massiva no sistema carcerário do país, no caso que ficou conhecido como *"caso Verbitsky"*. Na ocasião, foi impetrado um *habeas corpus* coletivo em favor de todos os presos que estavam à disposição da justiça na província de Buenos Aires. Diante disso, a Corte Argentina declarou – na decisão – a inconstitucionalidade de toda aquela situação, determinando às autoridades responsáveis a criação de um plano com a participação da sociedade objetivando mudar a política criminal para adequá-la conforme as recomendações da Organização das Nações Unidas (ONU) determinadas em declarações internacionais de direitos humanos, já reconhecidas pela Argentina.

Também, a Corte Constitucional sul-africana reconheceu a violação de direitos fundamentais no caso que ficou conhecido como *Grootboom*, em que inúmeras pessoas moravam precariamente em barracas de plástico, sem acesso a direitos básicos, em razão de terem sido despejadas de uma área particular. Como medida jurisdicional, a Corte sul-africana determinou a providência imediata de habitações para aquelas pessoas, bem como a implementação de políticas públicas com a devida fiscalização, realizada pelo *Human Rights Commission*[2], reconhecido órgão sul-africano de proteção dos direitos humanos. Embora a Corte Constitucional sul-africana não

[2] A *Human Rights Commission* disponibiliza, em sua página virtual, a seguinte descrição sobre o trabalho que desenvolve: *"La Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH) representa el compromiso del mundo frente a los ideales universales de la dignidad humana. La comunidad internacional nos ha conferido el mandato exclusivo de promover y proteger todos los derechos humanos"* (NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, 2020).

tenha utilizado o termo "estado de coisas inconstitucionais", a técnica é bem semelhante ao ECI.

Partindo para Cortes tradicionais, a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu a inconstitucionalidade nos casos da segregação racial que ocorriam nas escolas públicas, no sistema carcerário e nas instituições psiquiátricas. Embora a Corte também não tenha feito uso da denominação "estado de coisas inconstitucionais", mas, sim, de *struetural injunetion*, na prática tratam de técnicas similares em defesa de direitos fundamentais.

Desse modo, seguindo a mesma linha de raciocínio dos EUA e África do Sul, adotou medidas estruturais, ainda que não tenha utilizado a denominação estado de coisas inconstitucionais.

Como último exemplo, pode-se mencionar o caso da Corte Europeia de Direitos Humanos, que, após receber inúmeras denúncias sobre violações de direitos fundamentais, optou por proferir a *arrét pilot* (decisão piloto). Ou seja, comunicou, em uma única decisão, a problemática aos Estados em que ocorriam as violações de direitos, bem como indicou possíveis soluções a serem realizadas em prazo razoável. Na Itália, por exemplo, a Corte Europeia comunicou às autoridades responsáveis sobre a necessidade urgente na resolução da situação envolvendo a superlotação no sistema carcerário, determinando o prazo de um ano para uma solução eficaz.

2.3 CONCEITO E PRESSUPOSTOS DO ECI

É oportuno elucidar que os pressupostos do ECI foram construídos ao longo das decisões da Corte Constitucional colombiana. Embora a SU nº 559/97, proferida no caso dos docentes, seja a mais emblemática por ser a primeira usar o termo estado de coisas inconstitucional, é na SU nº T–025/2004, que trata sobre o deslocamento forçado (vide tópico 2.2), que a Corte elencou os *"factores valorados"* para identificar um estado de coisas inconstitucional. De acordo com a *Sentencia T-025/2004, os fatores valorados* são:

> *[...] (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.* (CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA, 2004).

Nesse sentido, Carlos Campos (2016), um dos principais defensores do ECI no Brasil, definiu quatro pressupostos para identificação clara e objetiva do ECI, que devem ser observados com rigidez, visto que é medida excepcional. De acordo com o supramencionado autor, os quatro pressupostos autorizadores do ECI são:

> I) a constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo de pessoas; II) omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais; III) a superação dos problemas de violação de direitos exigir a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, mas um conjunto desses; IV) potencialidade de um número elevado de afetados transformarem a violação de direitos em demandas judiciais, que se somariam às já existentes, produzindo grave congestionamento da máquina judiciária. (CAMPOS, 2016, 336p).

Desse modo, para que seja declarado o estado de coisas inconstitucional, é indispensável a constatação de violação de direitos fundamentais de modo massivo – atinge um número expressivo de indivíduos, não se tratando de fatos isolados –, generalizado – casos com os mesmos aspectos gerais – e sistemática – violações reiteradas e constantes, implicando perpetuação em falhas estruturais do sistema decorrente, muitas das vezes, por falta de diálogo entre as autoridades envolvidas, bem como por inércia. Com isso, falhas estruturais exigem remédios estruturais, isto é, a superação do quadro de inconstitucionalidade dar-se-á com medidas

complexas tomadas por uma pluralidade de órgãos, uma vez que a solução será em favor de toda coletividade, o que não seria possível por meio de decisões tradicionais e rígidas.

3 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, ATIVISMO JUDICIAL E ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: DISTINÇÕES E SIMILARIDADES

O cientista político estadunidense Chester Neal Tate (1995) define a judicialização na política como o processo que estende o polo de decisão dos Poderes Legislativo e Executivo para o Poder Judiciário. Já o autor Torbjörn Vallinder (1995) complementa afirmando que a judicialização da política é um comportamento institucional.

Assim sendo, a judicialização da política ocorre quando os tribunais são provocados a se pronunciar sobre questões que envolvem as funções do Legislativo e Executivo quando estas são falhas. Em decorrência disso, Direito e Política se entrelaçam, causando imprecisão sobre qual é o campo de alcance do direito ou dos interesses políticos.

A teoria desenvolvida pelos autores Tate e Vallinder (1995) tornou-se essencial nos estudos que relacionam Judiciário e Política. No Brasil, ao se tratar do tema, utiliza-se o termo "judicialização da política". Para o ministro do STF Luís Roberto Barroso[3] (2008), a judicialização da política no Brasil decorre do próprio modelo constitucional.

O ativismo judiciário, por sua vez, ainda de acordo com o ministro Barroso (2008), é configurado quando há interferência ampla e incisiva do Poder Judiciário nos Poderes Legislativo e Executivo, que pode ocorrer de diversas formas. O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, isto é, o Judiciário busca restringir sua influência na função dos demais Poderes da República. Cumpre ressaltar que essa era a linha adotada pelo STF até o advento da CRFB.

Com a promulgação da CRFB, surgiu no Brasil o fenômeno do ativismo judicial, que está cada vez mais evidente nas recentes decisões proferidas. É possível observar a adoção da linha ativista no discurso de posse do ministro Celso de Mello (2008):

> Práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, embora moderadamente desempenhadas por esta

[3] De acordo com o autor Luís Barroso (2008, p. 6): "A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria" (BARROSO, 2008, p. 6).

> Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade (MELLO, 2018).

Ante o exposto, constata-se que judicialização da política, ativismo judicial e estado de coisas inconstitucional são técnicas utilizadas pelo STF, com a finalidade de garantir os direitos fundamentais, porém são institutos distintos. Além disso, a judicialização da política decorre de um modelo adotado pelo Estado brasileiro, a qual não é a vontade do juiz constitucionalista, mas, sim, uma imposição. Já o ativismo decorre de vontade; cabe ao juiz decidir pela interpretação expansiva ou não da Constituição.

O ECI, por sua vez, não se confunde com a judicialização da política, tampouco com ativismo judicial. O ECI aborda demandas que atingem um número expressivo de pessoas, não se tratando de questões isoladas; enquanto que a judicialização da política ocorre quando é levado ao Judiciário um caso destacado que viola direito fundamental subjetivo de um indivíduo. Além disso, o ECI é considerado espécie do ativismo judicial, visto que o STF, por meio de decisões, adentra a esfera do Executivo e Legislativo, exigindo condutas para superar quadros de inconstitucionalidade em situações específicas e excepcionais.

4 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL À LUZ DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

A CRFB foi promulgada sob a égide da democracia, assegurando – logo nos artigos iniciais – o Estado Democrático de Direito Brasileiro e a separação dos Poderes da União. É reconhecida mundialmente por estar em consonância com os princípios do constitucionalismo moderno, principalmente, no que tange aos direitos fundamentais.

O constituinte de 1988 evidenciou o seu primor pelos direitos fundamentais ao, estrategicamente, inseri-los nos artigos primeiros do texto constitucional (Título II). É também na Constituição vigente que os direitos fundamentais são significativamente expandidos e reforçados, ostentando, atualmente, *status* de cláusulas pétreas (art. 60, §4º, IV, da CRFB). Além disso, a grande inovação repousa no art. 5º, §1º, da CRFB, que determina a

aplicação imediata às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.

A CRFB representa um rompimento histórico com as demais Constituições, visto que a sociedade brasileira se tornou protagonista, sendo assegurada pelos direitos fundamentais devidamente elencados na Constituição, além da previsão de ações constitucionais que buscam a sua proteção.

4.1 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

A interpretação da Lei Maior dispõe de algumas especificidades, tais como: supremacia jurídica, conteúdo específico, caráter público, entre outros. Trata-se de um método hermenêutico e também consiste em uma forma de controle de constitucionalidade, já que tem por objetivo a compatibilização das demais fontes normativas ao ordenamento constitucional. Além disso, a Constituição, *sui generis*, é a manifestação das escolhas políticas da sociedade, sendo assim, ao ser interpretada, a vontade popular que usufrui de caráter imperativo, deve ser observada, sendo este um dos principais critérios para arguir a inconstitucionalidade de uma norma.

Com advento da CRFB, a interpretação das normas constitucionais passou por reformulações, as quais se podem destacar a valoração da ética, filosofia e justiça, se distanciando, dessa forma, da interpretação puramente literal dos textos constitucionais. Outrossim, é nesse contexto que surgem os novos lineamentos da hermenêutica constitucional, em que os valores, princípios e regras obtêm notoriedade, arraigada pela teoria dos direitos fundamentais e os pressupostos da dignidade da pessoa humana.

Conforme explica o autor Luís Roberto Barroso (2009), a Constituição transforma-se em um sistema aberto formado de princípios e regras, capaz de receber valores com princípios de pressuposto de positividade, nos quais os fundamentos de justiça e concretização dos direitos fundamentais exercem um papel central. Essa evolução no estudo da hermenêutica é fruto das mudanças da sociedade que, embora tenha a preocupação de manter alguns valores tradicionais, também prepondera a importância de Direitos e garantias fundamentais, que, por muito anos, foram preteridos, revelando uma aproximação entre o Direito e a Ética.

4.2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

O controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil é o misto. Isto é, a combinação de dois sistemas: o americano e o austríaco, também

chamado de europeu. O sistema norte-americano decorre do conhecido caso de *Marbury v. Madison*, ocorrido em 1803, em que atribui aos órgãos do Poder Judiciário a competência para analisar a constitucionalidade de lei ou até mesmo ato normativo, desde que se trate de um caso concreto. Já o sistema austríaco, como o próprio nome já sugere, teve origem na Constituição da Áustria de 1920, com fortes influências de Hans Kelsen, e caracteriza-se pela concentração do controle de constitucionalidade em um único órgão com esta finalidade; além disso, é abstrato, uma vez que não precisa de um caso concreto para ser analisado.

Dessarte, a CRFB adota tanto o controle difuso e "in concreto" de influência do sistema americano como o controle concentrado e em "in abstrato" de influência do modelo austríaco, e é por isso que a doutrina afirma que o Brasil aderiu a um sistema misto de controle de constitucionalidade, dando um maior destaque a este último.

Conforme menciona Luís Roberto Barroso[4] (2011), inicialmente o controle de constitucionalidade no Brasil se restringia ao modelo americano; porém, com o advento da CRFB, o sistema austríaco ganhou notoriedade e está previsto no decorrer do texto constitucional.

Cumpre ressaltar que, em busca de maior efetividade do controle de constitucionalidade, a Lei Maior prevê ações específicas, tais como: a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal (art. 102, I, a, c/c o art. 103); ampliou-se o direito de propositura da ação direta, conforme rol constante no art. 103; ação declaratória de constitucionalidade (por meio da Emenda Constitucional (EC) nº 3, de 17 de março de 1993); ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, a, da CRFB); arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º, da CRFB), entre outros instrumentos em busca da guarda da Constituição. No Brasil, o controle de constitucionalidade, em regra, foi concedido ao Poder Judiciário, principalmente ao STF como o guardião da Constituição (art. 102, *caput*, da CRFB).

[4] O autor Luís Roberto Barroso (2011) explica sobre o sistema misto de controle de constitucionalidade no Brasil: "No Brasil, o controle de constitucionalidade existe, em molde incidental, desde a primeira Constituição republicana, de 1891. Por outro lado, a denominada ação genérica (ou, atualmente, ação direta), destinada ao controle por via principal – abstrato ou concentrado -, foi introduzida pela Emenda Constitucional n. 16, de 1965, que atribuía a legitimação para sua propositura exclusivamente ao Procurador-Geral da República. Nada obstante, a jurisdição constitucional expandiu-se, verdadeiramente, a partir da Constituição de 1988. A causa determinante foi a ampliação do direito de propositura no controle concentrado, fazendo com que este deixasse de ser mero instrumento de governo e passasse a estar disponível para as minorias políticas e mesmo para segmentos sociais representativos. A esse fator somou-se a criação de novos mecanismos de controle concentrado, com a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental".

5 A (IN)VIABILIDADE DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE FATOS NO BRASIL

A aplicação do instituto do ECI, no Brasil, ainda é bastante controvertida, subsistindo argumentos contundentes para os adeptos das correntes contrárias e favoráveis à sua utilização. Trata-se de um instituto inovador do ramo do Direito Constitucional e, portanto, tornou-se objeto de discussões acerca da possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de fatos.

Na América Latina, em especial, no Brasil, há uma supervalorização do direito positivo. Ainda é disseminada a ideia de que o Direito se resume às leis, aos decretos, à Constituição ou até mesmo à sentença, em que o papel da interpretação é restrito aos que detêm o poder, sob a justificativa da falácia de respeitar os princípios republicanos da democracia representativa, a separação de poderes e a soberania popular.

Contudo, é incontestável que a sociedade está em constante mutação, e, para ser eficaz, o direito positivo necessitaria de uma atualização incessante, o que não é possível e resulta na ineficácia jurídica de textos destoantes dos interesses das pessoas. Desse modo, evidencia-se que interpretar o Direito significa, também, coadunar com os fatos, a historicidade, e, para tanto, o intérprete necessita adotar uma postura filosófica, afastando-se da percepção de que o Direito é unicamente códigos, mas também relações humanas.

Nesse cenário da democracia representativa, é que se desenvolvem os bloqueios políticos de superação do quadro de inconstitucionalidade do sistema carcerário. Isso porque o ECI submerge na estigmatizada população carcerária, que, em linhas gerais, não possui representantes políticos, não pode exercer o direito de voto, tampouco ser eleito representante do povo.

O ECI surge, portanto, para os grupos politicamente e socialmente ignorados, como o instrumento hábil de superar esses bloqueios, retirando a máquina estatal da inércia. Embora se reconheça que, se a democracia existisse em sua plenitude, não seria necessário tal instrumento como forma de garantir a proteção de direitos fundamentais básicos.

A viabilidade da declaração do ECI, no Brasil, como uma forma de controle de constitucionalidade, surge da hermenêutica constitucional, visto que a Constituição vigente goza de postulados finalísticos, permitindo a interpretação com base nos princípios. Sob o prisma da doutrina, para compreensão constitucional é imprescindível a observância das escolhas feitas pelo constituinte originário, de modo que a Constituição seja o resultado concreto dessas opções pregressas e da realidade atual. À vista disso, a declaração do ECI pode ser acolhida no Brasil, uma vez que é

possível a constitucionalização a partir de fatos sociais, sendo este um dos maiores desafios das Cortes Constitucionais.

Nesse ínterim, é importante destacar a pontuação de Maurício Beuchot (2008), reconhecido como um dos principais filósofos contemporâneos da América Latina, o qual afirma que a hermenêutica é o instrumento cognoscitivo de maior relevância na filosofia contemporânea. Isso é de extrema importância para o tema em tela, uma vez que é um risco percorrer nos extremos, seja ele do positivismo legalista ou do subjetivismo.

Nesse contexto, a declaração do ECI no Brasil instigou o debate acadêmico, merecendo destaque as críticas formuladas no artigo publicado pelo professor Lenio Streck. A crítica do professor Streck (2015)[5] concentra-se no conceito genérico do ECI que implicaria ubiquidade das declarações de inconstitucionalidade, em que qualquer situação em desconformidade com a Constituição poderia ser utilizada a tese do ECI. Entretanto, Carlos Campos alerta para observância dos pressupostos do ECI, os quais revelam o seu uso de caráter excepcional.

Na prática, os tribunais devem ser rigorosos na averiguação dos pressupostos do ECI. Por essas razões, o ministro Marco Aurélio destacou – no seu voto, na ADPF nº 347/DF – que não há de se falar em reconhecimento do ECI para direitos que não são concretizados plenamente como à saúde, ao transporte e à educação, uma vez que são temas que constam nas pautas sociais e políticas, enquanto que o sistema carcerário é tema desprezado socialmente e politicamente.

A violação do princípio da separação dos Poderes é outra crítica pertinente na aplicação do ECI. Sustenta-se que a declaração do ECI seria uma usurpação das competências dos outros poderes, visto que a formulação e implementação de políticas pública são encargos dos Poderes Legislativo e Executivo.

Carlos Campos é categórico em relação às objeções do ECI por violação à separação de Poderes. Ele afirma que se trata de dois equívocos sucessivos e explica: primeiro, sob a perspectiva contemporânea o princípio da separação dos Poderes exige dos Poderes uma visão pluralista e dinâmica e, não mais, a separação tornando-os quase que incomunicáveis; e, segundo, permitir que a omissão reiterada de um dos Poderes seja isenta de intervenções, é fomentar a concentração em um único Poder e, além disso, é admitir a inércia dos três Poderes em desfavor da efetivação dos direitos fundamentais.

[5] O jurista Lenio Streck (2015) aponta para o risco de ubiquidade, uma vez que nas palavras do professor: "O próprio nome da tese (ECI) é tão abrangente que é difícil combatê-la. Em um país continental, presidencialista, em que os Poderes Executivo e Legislativo vivem às turras e as tensões tornam o Judiciário cada dia mais forte [...]". Streck (2015) ainda enfatiza: "Tenho receio dessa coisa chamada ECI - Estado de Coisas Inconstitucional, que é fluída, genérica e líquida [...]".

O ministro Marco Aurélio, no seu voto na ADPF nº 347/DF, ressalta que o ECI não viola o princípio da separação dos Poderes, visto que a inércia do Executivo e Legislativo, no que toca à promoção de políticas públicas, fere a efetividade de direitos fundamentais. Além disso, no julgamento da cautelar, é evidente o reconhecimento do STF de que sua função não é de formular ou implementar políticas públicas, mas, sim, de intensificar o encargo dos demais Poderes diante da inércia sistemática.

Vale salientar que a escolha por ordens flexíveis reduz significativamente os riscos de inefetividade, já que são decisões produzidas por um conjunto de autoridades envolvidas na construção de soluções complexas, por meio de diálogos coordenados e estratégicos entre os Poderes e a sociedade civil, em busca do cumprimento das decisões e, por consequência, superação do quadro de inconstitucionalidade e consagração dos direitos fundamentais.

Ademais, presentes os pressupostos do ECI, é de suma importância a intervenção do STF para impulsionar a máquina estatal, afastando interpretações antiquadas do princípio da separação de Poderes, que só alimentam o ciclo de violações massivas de direitos fundamentais e não propiciam a resolução do problema em concreto.

Os elementos que fundamentam a ADPF nº 347/DF são estados de coisas inconstitucionais e uma das maiores problemáticas para declaração de ECI no Brasil é ampliação do controle de constitucionalidade ao ponto de ser possível o julgamento de uma realidade sem se falar em atos normativos. Na sentença T-025/2004, a Corte Constitucional colombiana argumenta que no ECI não se analisa um ato jurídico, mas, sim, um estado de coisas, e isso representa uma mudança abrupta no controle de constitucionalidade, já que objetiva a transformação de uma realidade contrária à Constituição.

As prisões brasileiras representam a concretização da violação massiva dos direitos fundamentais e, é por meio do ECI, que se busca a superação para essa problemática, de modo que as autoridades competentes e responsáveis adotem as medidas necessárias em tempo razoável, já que a Constituição está materialmente sendo violada.

Dessarte, por todo o exposto, é viável a declaração do ECI no Brasil, já que se trata de controle de constitucionalidade aplicado a fatos que são essenciais na construção de decisões, devendo sempre ser levada em consideração a ligação entre as Cortes Constitucionais e autoridades competentes à materialização dos fins constitucionais. Por fim, é imprescindível que a prática da hermenêutica seja simultânea à aplicação do Direito, acolhendo elementos tanto dos textos normativos (mundo do *dever ser*) como da realidade (mundo do *ser*).

6 CONCLUSÃO

Com base nos dados observáveis, ao longo do estudo teórico, constatou-se que o STF, como guardião da CRFB, é órgão legítimo para intervir na atuação dos Poderes da União, sempre que considerar que a realidade social está destoante dos comandos da Carta Magna. Esta é uma forma de proteção do núcleo axiológico e normativo da Constituição: os direitos fundamentais.

Além disso, verificou-se, ao se depurar a análise da realidade pátria, que o reconhecimento do ECI, para o sistema carcerário brasileiro, proporcionou visibilidade à grave problemática. A população carcerária brasileira é ignorada socialmente e politicamente, muitas vezes, sob a justificativa de que existem outras pautas mais importantes a serem debatidas e, também, porque a sociedade vislumbra a prisão como instrumento de vingança social, postura esta que deve ser superada, uma vez que é uma das causas para o aumento da violência no país. O tratamento desumano que é imposto aos presos contribui para os altos índices de reincidências pelo cometimento de crimes ainda mais graves.

A declaração de ECI exige do intérprete uma ótica de bases principiológicas, em busca da construção de uma linha tênue entre Direito e Constituição. Os fundamentos que declaram o ECI deixam clara a discrepância entre as aspirações dos ditames constitucionais e os fatos, sendo imprescindível mudanças estruturais de modo a reverter o estado de coisas inconstitucional. Às Cortes Constitucionais cabe a proteção dos direitos fundamentais e, principalmente, aos que são sistematicamente excluídos das pautas políticas e do interesse das autoridades responsáveis pela superação da realidade dos setores mais vulneráveis.

À luz da hermenêutica constitucional, é viável a declaração do ECI no Brasil, visto que a Constituição vigente é reconhecida mundialmente por ter elementos axiológicos que comportam o embasamento teórico e jurídico da declaração de inconstitucionalidade de fatos sociais que são manifestadamente contrários às aspirações constitucionais. Sem embargos, diante do problema sistêmico decorrente de atos comissivos e omissivos dos Poderes, conclui-se que é aplicável a técnica do ECI ao sistema carcerário brasileiro, uma vez que a realidade do sistema penitenciário preenche rigorosamente todos os pressupostos exigidos para aplicação do instituto.

Do exposto, identificou-se que a aplicação da tese do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil, ainda, é bastante inovadora, por vezes, controvertida, destacando-se argumentos plausíveis para as correntes contrárias e favoráveis à sua aplicação. Por se tratar de um instituto novel do ramo do Direito Constitucional, é de suma importância às discussões acerca da realidade brasileira, sendo o exame do julgamento da ADPF nº 347/DF um importante quadro, cuja pintura revela meandros jurígenos

bastante lúcidos que, nesta pesquisa, buscou-se depurar, tendo em vista contribuir para o debate acadêmico e fortalecimento do Estado Democrático de Direito e dos seus Poderes.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo*:*** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Revista Eletrônica da OAB**. 2008. Disponível: http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf. Acesso em: 8 fev. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 9. ed. Rio de janeiro: Renovar, 2009.

BEUCHOT, Maurício. **Perfiles esenciales de la hermenéutica.** México: FCE: UNAM, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 7 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). ADPF nº 347. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2015. Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador=&docID=103006.pdf. Acesso em: 12 abr. 2020.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional.** Salvador: Juspodivm, 2016.

CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. **Sentencia T-025/2004**. 2004. Disponível em: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm. Acesso em: 3 fev. 2020.

CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. **Sentencia SU.559/97.** 1997. Disponível em: http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1997/SU559-97.htm. Acesso em: 5 fev. 2020.

CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. **Sentencia T-153/1998**. 1998. Disponível em: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm. Acesso em: 10 fev. 2020.

CORTE CONSTITUCIONAL SUL-AFRICANA. **Case CCT 11/00.** 2000. Disponível em: http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.html. Acesso em: 10 fev. 2020.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **The Court calls on Italy to resolve the structural problem of overcrowding in prisons, which is incompatible with the Convention.** 2013. Disponível em: http://unipd-centrodirittiumani.it/public/docs/Chamber_judgment_Torreggiani_and_Others_v_Italy_08012013.pdf. Acesso em: 17 fev. 2020.

MELLO, Celso de. **Discurso proferido pelo Ministro Celso De Mello, em nome do Supremo Tribunal Federal, na Solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, na Presidência da Suprema Corte do Brasil, em 23/4/2008**. Brasília. STF. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCMposseGM.pdf. Acesso em: 25 fev. 2020.

Naciones Unidas para los Derechos Humanos. **Acerca de nosotros**: una visión general. 2020. Disponível em: https://www.ohchr.org/SP/AboutUs/Pages/WhoWeAre.aspx. Acesso em: 25 jan. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Estado de coisas inconstitucional é uma nova forma de ativismo**. 2015. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo. Acesso em: 6 jan. 2020.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **Judicialization and the future of politics and policy**. *In:* The global expansion of judicial power/ editado por C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder. Nova Iorque: New York Unversity Press, 1995.

Recebido: 15/7/2020.
Aprovado: 9/2/2021.

Rayanny Sillvana Silva do Nascimento
Mestranda em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).
Bacharela em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UFRN).
Membro do Grupo de Pesquisa "Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de Segurança Pública no Estado do Rio Grande do Norte", da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).
Servidora Pública.
E-mail: rayannyssnascimento@outlook.com.

Walter Nunes da Silva Junior
Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).
Membro da Academia de Letras Jurídicas do Rio Grande do Norte.
Membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP).
Membro da Comissão para Elaboração do Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça e Segurança Pública (PNPCP).
Professor associado da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).
Juiz titular da 2ª Vara Federal - Seção Judiciária do Rio Grande do Norte.
E-mail: walterjr@jfrn.jus.br.