



Carlos Campos: Devemos temer o “estado de coisas inconstitucional?”

O julgamento da Cautelar na ADPF 347/DF, da relatoria do ministro Marco Aurélio, envolvida a problemática do sistema carcerário brasileiro, instigou o debate acadêmico sobre o “estado de coisas inconstitucional” (ECI). O interesse foi imediato. Entre as principais manifestações, destacam-se dois textos críticos: o primeiro, dos ilustres professores Raffaele de Giorgi, José Eduardo Faria e Celso Campilongo, publicado no Estadão[1]; o segundo, do eminente professor Lenio Luiz Streck, compondo sua coluna semanal nas páginas da **ConJur**[2].

Os autores do primeiro texto apontam que o ECI pode, ao invés de favorecer, dificultar ou mesmo ameaçar a efetividade da Constituição e dos direitos fundamentais; que cortes não possuem “competência para corrigir a incompetência” dos poderes políticos e decisões da espécie podem, simplesmente, não ser cumpridas. O autor do segundo adverte que a “coisa chamada *ECI*” é “fluída, genérica e líquida”, de “substrato frágil”; um “conceito ônibus”, no qual tudo cabe, implicando a ubiquidade das declarações de inconstitucionalidade.

Afirmam não só a incapacidade de o ECI produzir bons resultados, também a aptidão em promover decisões arbitrárias ou mesmo absurdas: ante a ineficácia da ordem jurídica e a debilidade do acesso ao Judiciário, o STF poderia declarar a inconstitucionalidade da própria Constituição e determinar o fechamento dos tribunais; ou diante do estágio atual da corrupção política, poderia ordenar o fechamento do Congresso. Falou-se até em “declarar a inconstitucionalidade do... Brasil”[3].

As objeções são especificações dos tradicionais discursos contra a prática ativista da jurisdição constitucional: riscos de subjetivismo e arbítrio judicial; ilegitimidade democrática e irresponsabilidade institucional de juízes e cortes; violação à separação de poderes e o fim das fronteiras entre Direito e Política. Os argumentos são assertivos, elegantes e enriquecedores do debate de ideias. Este pequeno artigo tem o propósito de manter a discussão sobre o ECI, sendo apresentadas, contudo, discordâncias profundas em face dos dois textos.

Ante o elevado tom das críticas, é necessário enfrentar a questão: devemos temer o ECI? Bem, se o ECI possuir toda a potencialidade negativa alegada pelos autores, implicar a ubiquidade das declarações de inconstitucionalidade e investir o Supremo do poder de proclamar decisões tão arbitrárias e absurdas, sem dúvida, temos muito a temer. Ao contrário, nada temos a temer se o ECI possuir apenas os elementos e pressupostos formulados, originalmente, pela Corte Constitucional da Colômbia (CCC), e se requerer do STF não mais que o comportamento judicial proposto pelo ministro Marco Aurélio na ADPF 347. A resposta, verdadeira ou falsa, depende da concepção, certa ou errada, que se tem do ECI.



O ECI, tal como desenhado pelos autores, não corresponde à técnica construída pela CCC e defendida na ADPF 347. A descrição, promovida pelos ilustres professores, se encaixa, inequivocamente, ao quadro de riscos e excessos que pintaram. Pudessem, realmente, o ECI produzir todos os estragos articulados, deveria ser tido como natimorto entre nós. Todavia, tem-se aqui clara hipótese do “argumento doespantalho” (*straw man fallacy*): os autores apresentaram uma visão distorcida do ECI, de seus pressupostos e implicações. Não estou querendo dizer que a distorção foi proposital. Longe disso. Mas ela ocorreu, ainda que de forma intelectualmente honesta. Ocorreu e deve ser refutada.

Como já expus em outras oportunidades^[4], a CCC assentou haver três pressupostos essenciais para a configuração do ECI: no *plano dos fatos*, viger uma realidade manifesta de violação massiva e sistemática de diferentes direitos fundamentais; no *plano dos fatores*, a situação inconstitucional decorrer de ações e omissões estatais sistêmicas (falhas estruturais, máxime de políticas públicas), e se perpetuar ou mesmo agravar-se em razão de bloqueios políticos e institucionais persistentes e, aparentemente, insuperáveis; no *plano dos remédios*, ante as causas estruturais, a superação do quadro exigir medidas não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade desses (remédios ou sentenças estruturais).

A conjugação dos dois primeiros pressupostos revela, de forma inequívoca, a objetividade e excepcionalidade do ECI. O dever de observância dos dois pressupostos, como condição da declaração do ECI, exclui a vagueza e fluidez do instituto, e elimina o risco de ubiquidade apontado pelos autores. Não será qualquer violação de direitos que justificará o manejo da técnica pelo STF, mas apenas aquela que, de forma objetiva, se manifestar generalizada, sistemática, e for relacionada a um estado permanente de inércia estatal e flagrante incapacidade institucional. Deve pressupor ausência de políticas e programas públicos minimamente capazes de superar, gradativamente, o quadro de violação endêmica de direitos humanos.

Por essas razões, e como bem ressaltado pelo ministro Marco Aurélio na ADPF 347, ainda que não se possa cogitar da realização plena dos direitos à saúde, educação, transporte, trata-se de temas que constam da agenda política. São pautas que contam com disposição política e social. Nessas áreas, existem programas públicos voltados à universalização e racionalização do acesso. Em que pese a judicialização para solução de diversos pontos de institucionalização incompleta, não estão configurados pressupostos próprios do ECI a fim de promover-se uma intervenção estrutural do STF. Não é por menos que o ECI foi introduzido no STF por meio de um caso como o sistema carcerário: envolvida população estigmatizada, socialmente desprezada e politicamente ignorada. Não há ubiquidade, e sim excepcionalidade.

Além de excepcional, o ECI não favorece unilateralismos judiciais. O terceiro pressuposto deixa claro que nada pode ser resolvido pelo Judiciário isoladamente. Ao contrário, é próprio do ECI que a solução seja perseguida a partir de medidas a serem tomadas por uma pluralidade de órgãos. Por meio de ordens flexíveis, nas quais não consta a formulação direta das políticas públicas necessárias, o tribunal visa catalisar essas medidas, buscar a superação dos bloqueios políticos e institucionais que perpetuam e agravam as violações de direitos. O ECI funciona como a “senha de acesso” da corte à tutela estrutural: reconhecido o ECI, a corte não desenhará as políticas públicas, e sim afirmará a necessidade urgente que Congresso e Executivo estabeleçam essas políticas, inclusive de natureza orçamentária.

Depois de formuladas e implementadas as medidas pelos poderes políticos, a corte deverá monitorar e avaliar os resultados, mantendo um “colóquio contínuo”[5] sobre as práticas adotadas, por meio, principalmente, de audiências públicas, com a participação dos órgãos estatais envolvidos e parcelas interessadas da sociedade civil. Não se trata, portanto, de “corrigir a incompetência dos outros poderes”, mas de promover diálogos democráticos entre os poderes e a sociedade em torno das melhores soluções. As sentenças estruturais, próprias do ECI, em conterem ordens flexíveis e sujeitas a monitoramento, buscam promover a colaboração harmônica e deliberativa entre os poderes em torno de um objetivo comum: superar o quadro de inconstitucionalidades. Portanto, não há supremacia, subjetivismo ou arbítrio judiciais, e sim diálogos e cooperação institucionais.

Com ordens flexíveis da espécie, cortes respeitam as credenciais democráticas e as capacidades institucionais dos outros poderes, mantêm de pé as fronteiras entre Direito e Política e minimizam riscos de não cumprimento das decisões. Em vez de servir ao “fechamento do Congresso”, o ECI pode contribuir à sua atuação ao chamar atenção para direitos de grupos vulneráveis e minorias sub-representadas, cujos interesses acabam caindo em “pontos-cegos legislativos”. Em vez de ir contra a Constituição e os direitos fundamentais, o ECI pode servir para diminuir a distância entre o garantismo textual e a realidade desigual e desumana em diferentes quadras[6]. Em vez de oportunizar a declaração de “inconstitucionalidade do Brasil”, o ECI pode contribuir a torná-lo um país mais inclusivo e atento à dignidade humana como bem intrínseco de todo e qualquer indivíduo.

Já as críticas quanto à violação da separação de poderes encerram, com a devida vênia, dois equívocos sucessivos. Primeiramente, partem de uma concepção estática do princípio, de poderes não só separados, como distantes e incomunicáveis. As pretensões transformativa e inclusiva da Carta de 1988 requerem, ao contrário, um modelo dinâmico, cooperativo de poderes que, cada qual com as ferramentas próprias, devem compartilhar autoridade e responsabilidade em favor da efetividade da Constituição. Em segundo lugar, ainda que se reconhecesse como plenamente vigente esse modelo estático de poderes que se excluem funcionalmente, circunstâncias próprias do ECI — violação massiva de direitos fundamentais e bloqueios políticos e institucionais — configuram motivos suficientes à flexibilização, nos casos concretos e sob o ângulo de princípios de moralidade política, razões de separação ortodoxa de poderes[7]. Pensar de modo diverso equivale a tolerar situações de somatório de inércias, de paralisia dos três poderes em desfavor da realização efetiva de direitos fundamentais.

Enfim, por trás das críticas ao ECI estão receios e objeções aos “ativismos” que o STF tem praticado. Na vida real, os “casos-limite” articulados pelos autores impugnam a si mesmos. Mesmo em “casos mais comuns”, juízes e cortes evitam tomar decisões impossíveis de cumprimento ou que corram riscos de ser ignoradas. Cortes sabem quando e em que medida gastar seu capital institucional[8]. Mas é certo que posturas judiciais extremadas devem ser combatidas. Contudo, o que se viu no julgamento da Cautelar na ADPF 347 deveria inspirar preocupações de sinal trocado. Mesmo ministros que, historicamente, criticavam veementemente o sistema carcerário brasileiro, optaram por defender a “funcionalidade do Tribunal” ante a ameaça de uma enxurrada de reclamações, ao invés de avançar decisões que pudessem, verdadeiramente, promover mudanças do quadro de superlotação carcerária. A julgar por esse comportamento que foi majoritário, penso que o temor deveria ser pelo excesso de timidez, e não de ativismo. Mas como disse um dos autores: “*vive la différence*”.

O ECI tem potencial para contribuir à proteção de minorias vulneráveis e à solução de problemas



estruturais que impliquem realidades inconstitucionais de violação a direitos fundamentais. Ainda que a expressão tenha sido elaborada pela CCC, as sentenças estruturais não são novidades, tendo alcançado sucesso em países como Estados Unidos, Canadá, Índia, África do Sul e Argentina. Para o desenvolvimento da técnica e até para saber se realmente há espaço para sua atuação no Brasil, é imprescindível a atenção crítica da doutrina. O debate deve seguir. Mas será ainda mais construtivo se tiver por alvo o *ECI como ele é*! Nem mais, nem menos.

1 <http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043> <Acesso em 21/9/2015>

2 <http://www.conjur.com.br/2015-set-24/senso-incomum-preciso-nao-obter-hc-brasil> <Acesso em 26/9/2015>

3 Conferir o artigo do Professor Lenio Luiz Streck.

4 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da Inconstitucionalidade por Omissão ao Estado de Coisas Inconstitucional*. (Tese de Doutorado, UERJ, 2015); Estado de Coisas Inconstitucional. JOTAMundo, 4/5/2015, <http://jota.info/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>; Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. Conjur, 1º/9/2015, <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>.

5 A expressão é de Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2ª ed. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 240.

6 GARCIA JARAMILLO, Leonardo. *Constitucionalismo Deliberativo. Estudio sobre o ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentário*. México: UNAM, 2015, p. 188. Agradeço à amiga Graça Maria Freitas pela indicação desta excelente obra.

7 KYRITSIS, Dimitrios. *Shared Authority. Courts and legislatures in legal theory*. Oregon: Hart Publishing, 2015, p. 156. Agradeço ao amigo Thomas Bustamante pela indicação desta excelente obra.

8 Sobre o tema, cf. RIBEIRO, Pedro José de Almeida. O conceito de capital institucional e suas características. In: SARMENTO, Daniel. *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 311-350.

Date Created

15/10/2015