

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

FAUSTO SANTOS DE MORAIS

LITON LANES PILAU SOBRINHO

MAMEDE SAID MAIA FILHO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C755

Constituição e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Fausto Santos de Moraes; Liton Lanes Pilau Sobrinho; Mamede Said Maia Filho - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-400-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Participação popular. 4. Poder Judiciário. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

Apresentação

Refletindo sobre o eixo dos trabalhos que compõem o presente grupo é possível apontar os questionamentos sobre a participação popular na Democracia e a atuação do Poder Judiciário na realização dos ditames constitucionais. Essas duas questões aparecem interseccionadas nos diversos objetivos de investigação dos trabalhos.

Quanto à participação popular, têm-se questionamentos que se iniciam na condição autônoma da pessoa e de sua educação para a Democracia, e vão até à efetividade dos mecanismos jurídicos para tanto, como o referendo e o plebiscito. Nesse caminho, apontou-se, inclusive, ensaio sobre o dever fundamental de participação que cada cidadão possui no jogo democrático.

Sobre a atuação do Judiciário, boa parte das investigações focou na forma de resolução das mais diversas questões pelos tribunais superiores, especialmente tendo o STF como seu objeto de pesquisa. Assim, discutiu-se o posicionamento do tribunal em direitos individuais, políticos e sociais, como também foram ensaiadas críticas às decisões das Cortes.

Diante das discussões colocadas, reforça-se a ideia de que a realização da Democracia transita entre a participação popular, da forma mais esclarecida possível, e a atuação do Poder Judiciário na salvaguarda dos direitos fundamentais como pressuposto à almejada qualidade de exercício da cidadania.

Como diagnóstico, todavia, os trabalhos procuraram mostrar uma série de deficiências existentes na participação democrática brasileira e na atuação legítima do Judiciário. Há problemas dos mais diversos. Viu-se o problema de inserção política das minorias, para não dizer, a incapacidade de uma efetiva democracia deliberativa em que todos tenham voz. Por outro lado, notou-se o ativismo judicial como um problema de interferência indevida do Judiciário nos assuntos dos outros Poderes, o que demonstra, por exemplo, a incapacidade real de solução do problema trazido ao STF pela ADPF 347.

Fazer Ciência na área jurídica não é algo fácil. Existem muitos desafios a serem enfrentados e resolvidos. Numa digressão, dois problemas ainda rondam o debate. O primeiro deles, a falta de consenso teórico. Exemplos são as dúvidas quanto à capacidade e à legitimidade de atuação do Judiciário na efetivação da Constituição e dos direitos fundamentais. O segundo

paira sobre a dificuldade de se fazer Ciência Jurídica, integrando a teoria à prática. Isso fica exemplificado pelo pensamento científico abstrato, distante, por vezes, da realidade dos problemas brasileiros.

Em vista de todo o exposto, convida-se a comunidade científica para que aprecie esta publicação, não sendo exagero dizer que os trabalhos do Grupo Constituição e Democracia I têm o mérito de contribuir para a superação dos problemas apontados, procurando caminhos para a consolidação de teorias, de modo a que estas sirvam para iluminar outras possibilidades jurídicas na realidade brasileira dos nossos dias.

Brasília/DF, 20 de julho de 2017.

Coordenadores do GT:

Prof. Dr. Fausto Santos de Moraes (Imed)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali)

Prof. Dr. Mamede Said Maia Filho (UnB)

**ENSAIO ACERCA DA (IN) SUSTENTABILIDADE DAS DECISÕES DA SUPREMA
CORTE BRASILEIRA NA DECLARAÇÃO DO ESTADO DE COISAS
INCONSTITUCIONAL (ECI)- CASE: ADPF 347**

**ESSAYON THE (UN) SUSTAINABILITY OF THE DECISION SOF THE
BRAZILIAN SUPREME COURT IN THE DECLARATION OF THE
UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS: CASE: ADPF 347**

**Liton Lanes Pilau Sobrinho
Dhieimy Quelem Waltrich**

Resumo

O artigo objetiva refletir acerca da (in) sustentabilidade das decisões de Estado de Coisas Inconstitucional, fenômeno recente no STF, precisamente no caso da ADPF 347, face às violações de direitos fundamentais no sistema penitenciário. Ademais, urge a necessidade de reflexão se juízes e cortes podem emitir decisões que controlam orçamento e envolvem políticas públicas, analisando às principais objeções ao modelo. O método de abordagem utilizado foi o indutivo, o de procedimento foi o monográfico e a técnica de pesquisa foi a bibliográfica e descritiva. As considerações finais adequam o modelo aqui discutido à existência de um ativismo judicial estrutural dialógico.

Palavras-chave: Sustentabilidade, Estado de coisas inconstitucional, Suprema corte, Ativismo judicial, Adpf 347

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to reflect on the (un)sustainability of the decisions concerning the Unconstitutional State of Affairs, (ADPF 347), facing the transgressions of the fundamental rights in the prison systems. Moreover, it is necessary to reflect on whether judges and courts may issue budget controlling and public policies decisions, analyzing the main objections to the model. The inductive approach methodology was used in this article, as well as monographic proceedings and bibliographic and descriptive research techniques. The final considerations make the model discussed in this article adequate to the existence of a structural and dialogical judicial activism.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Sustainability, Unconstitutional state of affairs, Supreme court, Judicial activism, Adpf 347

Introdução

O presente artigo tem como objetivo refletir acerca da teórica (in) sustentabilidade das decisões de Estado de Coisas Inconstitucional, fenômeno recente na Suprema Corte brasileira, precisamente no caso da ADPF 347, com base na sistêmica violação de direitos fundamentais que se manifesta no âmbito penitenciário brasileiro.

A declaração do ECI e a consequente expedição de remédios estruturais pela Corte Colombiana, notadamente no ciclo das Políticas Públicas, demonstraram a possibilidade das cortes assumirem para si a tarefa de agentes de transformação social em casos excepcionais.

A prática é acusada de afrontar o princípio democrático e o valor do autogoverno popular. Doutra banda, aos defensores do modelo, é possível a existência da atuação dialógica das cortes, que nos moldes da teoria construída por Carlos Alexandre de Azevedo Santos, o chamado “ativismo judicial estrutural dialógico”.

Os objetivos específicos do presente artigo são: a) refletir acerca da teórica(in)sustentabilidade das decisões de Estado de Coisas Inconstitucional; b) apresentar os pilares argumentativos da ADPF 347, que reconheceu configurado o ECI no sistema penitenciário brasileiro; c) refletir se juízes e cortes podem emitir decisões que controlam orçamento e envolvem políticas públicas, analisando às principais objeções ao modelo de ECI.

Para delimitação do tema, surge o seguinte problema: na prática, legislativo e executivo costumam das vexame em matéria de políticas públicas, portanto, é possível sustentar teoricamente a sustentabilidade das decisões provenientes de ECI?

Como hipótese básica supõe-se que sim, a ideia de diálogos institucionais é uma boa resposta às objeções de ordem democrática e institucional contra a expansão de poder de juízes e cortes. O ativismo judicial estrutural, presente na declaração do ECI, pode ser considerado legítimo se, além de observarem-se os seus pressupostos, permitir o diálogo entre os poderes e destes com a Sociedade.

Nesta linha, a segunda parte do presente trabalho se debruça em apresentar os pilares argumentativos da ADPF 347, que reconheceu configurado o ECI no sistema penitenciário brasileiro.

Já a terceira parte visa perquirir se juízes e cortes podem emitir decisões que controlam orçamento e que envolvem políticas públicas, analisando às principais objeções ao modelo de ECI.

Como se pode observar, é fundamental o trabalho de elucidação de novas metodologias que reflitam acerca do significado do constitucionalismo democrático em uma Sociedade complexa e plural.

É importante remarcar que os instrumentos jurídicos para a defesa dos direitos constitucionais promovem a efetivação das instituições, e, no caso do presente artigo, com a configuração do ECI, tem-se a interação institucional em torno de um objetivo comum.

O método de abordagem utilizado foi o indutivo, o método de procedimento foi o monográfico e as técnicas de pesquisas foram a bibliográfica e a descritiva. Foram também acionadas as técnicas do referente¹, da categoria², dos conceitos operacionais³, da pesquisa bibliográfica⁴ e do fichamento⁵.

A palavra Sociedade⁶, quando não estiver em transcrições literais, será grafada com o S em letra maiúscula.

1 Considerações acerca da teórica (in)sustentabilidade das decisões de Estado de Coisas Inconstitucional

A declaração do ECI e a conseqüente expedição de remédios estruturais revelaram interferência da Corte Constitucional colombiana em decisões próprias do Executivo e do Legislativo, notadamente no ciclo das políticas públicas. A circunstância não pode ser minimizada: afirmações de ativismo judicial têm fundamento, sendo colocada em dúvida a legitimidade da atuação judicial. As cortes assumem papéis típicos de agente político: censuram a agenda do governo, apontam omissões inconstitucionais, verdadeiras falhas estruturais, estabelecem a necessidade de novas políticas públicas, definem os parâmetros e as finalidades dessas políticas, interferem na alocação de recursos orçamentários, buscam coordenar as

¹ "explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitado o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa". (PASOLD, 2007, p. 241).

² "palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma idéia". (PASOLD, 2007, p. 229).

³ "definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias expostas". (PASOLD, 2007, p. 229).

⁴ "Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais". (PASOLD, 2007, p. 240).

⁵ "Técnica que tem como principal utilidade otimizar a leitura na Pesquisa Científica, mediante a reunião de elementos selecionados pelo Pesquisador que registra e/ou resume e/ou reflete e/ou analisa de maneira sucinta, uma Obra, um Ensaio, uma Tese ou Dissertação, um Artigo ou uma aula, segundo Referente previamente estabelecido". (PASOLD, 2007, p. 233).

⁶ A opção dos autores do presente artigo para este tipo de grafia se sustenta no seguinte argumento: "[...] se a Categoria **ESTADO** merece ser grafada com a letra E maiúscula, muito mais merece a Categoria **SOCIEDADE** ser grafada com a letra S em maiúscula, porque, afinal, a SOCIEDADE é a criadora e mantenedora do Estado! Por coerência, pois, se a criatura/mantida (Estado) vem grafada com E maiúsculo, também e principalmente a criadora/mantenedora (Sociedade) deve ser grafada com o S maiúsculo!". Conforme PASOLD, 2007. p. 175. (negritos e destaques no original)

atuações das instituições de governo e supervisionam os resultados dessas medidas. As cortes assumem para si a tarefa de agentes de transformação social em casos excepcionais. Vão além do papel judicial tradicional, atraindo críticas de ordem democrática e questionamentos acerca de sua capacidade institucional. (CAMPOS 2015, p. 217-218)

Ainda, sabe-se que a declaração do ECI dá-se sempre em cenário extremamente de falhas e bloqueios estruturais que revelam a incapacidade de os poderes políticos resolverem os problemas de violação massiva de direitos fundamentais. A situação extrema de violação de direitos, decorrente de falhas estatais estruturais, as cortes respondem com medidas de ativismo judicial sobre a formulação e condução de políticas públicas. Inércia político-administrativa de um lado, intervenção judicial atípica de outro. Sendo assim, questiona-se: “É possível legitimar o ativismo judicial presente na declaração de ECI?” (CAMPOS 2015, p. 219-220)

Ademais, a atuação judicial envolvida na afirmação do ECI é exemplo de ativismo judicial. Isso não significa, contudo, que seja ilegítima. A legitimidade deste modelo dependerá, portanto, não do exercício puro e simples do ativismo judicial, mas das circunstâncias do caso e da medida de ativismo tomada em face de outros poderes. O ECI deve ser entendido na categoria de ativismo tipo estrutural. É possível fixar cinco premissas normativas para a definição do que seja ativismo judicial: (CAMPOS 2015, 219-220)

- 1- O ativismo é uma questão de postura expansiva do poder político-normativo de juízes e cortes quando de suas decisões, e não de correção de mérito dessas decisões judiciais;
- 2- O ativismo judicial não é aprioristicamente legítimo ou ilegítimo;
- 3- Caráter dinâmico e contextual da identificação e da validade do ativismo judicial;
- 4- A pluralidade de variáveis contextuais que limitam favorecem, enfim, moldam o ativismo judicial;
- 5- O ativismo judicial se manifesta como uma estrutura adjudicatória multidimensional. (CAMPOS 2015, p. 220)

E, a partir dessas cinco premissas, é possível definir o ativismo judicial como o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que:

- a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídicos-culturais presentes em contextos particulares e em

momentos históricos distintos; c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias. (CAMPOS 2015, p. 220)

Para que seja possível se traçar uma linha no que tange à sustentabilidade das decisões provenientes de Estado de Coisas Inconstitucional, necessário se faz referir que se trata de uma inovação. Que diante da enorme lacuna existente entre a realidade social e os escritos da Constituição Federal de 1988, inovação necessária. O que está em discussão, é a legitimidade deste novo instrumento, que aqui, ganha o nome de sustentabilidade⁷, como critério legitimador e efetivo na realização de seus propósitos, qual seja: garantir a efetivação de direitos fundamentais, amplamente devastados.

Cumprido salientar que a solução trazida no presente trabalho se pauta em legitimar as decisões provenientes de ECI, desde que afastadas do modelo de ativismo judicial antidialógico, mas sim, estruturadas na idéia de ativismo judicial estrutural dialógico, onde as cortes respondem como medidas de ativismo judicial sobre a formação e a condução de políticas públicas.

Em razão disso, o ativismo estrutural deve mostrar-se dialógico, o que significa ser levado a efeito mediante ordens flexíveis e sujeitas ao monitoramento periódico durante a fase de implementação.

O Estado de Coisas Inconstitucional é definido por CAMPOS (2015, p. 187) como

técnica de decisão por meio da qual cortes e juízes constitucionais, quando rigorosamente identificam um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais decorrentes de falhas estruturais do Estado, declaram a absoluta contradição entre os comandos normativos constitucionais e a realidade social, e expedem ordens estruturais dirigidas a instar um amplo conjunto de órgãos e autoridades a formularem e implementarem as políticas públicas voltadas à separação dessa realidade inconstitucional.

⁷ Em seu critério multidimensional. A ideia de sustentabilidade deve ser percebida em todas as suas dimensões: Ecológica, Cultural, Social, Econômica, Política e Jurídica. Tal perspectiva é primordial para o processamento de decisões jurídicas em face dos problemas postos ao direito. Assim, o sistema do direito deve produzir comunicações (ou tomar ciência de novas informações fora do seu próprio sistema). Caso contrário, a decisão jurídica beneficiará somente uma racionalidade, geralmente a racionalidade econômica, a perspectiva excludente do Homo Oeconomicus. Somente a percepção do pensamento complexo aliado à comunicação é capaz de proporcionar à técnica jurídica decidir de forma eficiente frente às demandas de uma sociedade de riscos. (TYBUSCH, 2011)

Sendo assim, são quatro os pressupostos para a configuração do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI⁸):

- (i) quadro de violação massiva e contínua, e não de mera proteção deficiente, de vários direitos fundamentais, e não só de um, afetando um número amplo de pessoas ou grupos;
- (ii) omissão reiterada e persistente das autoridades públicas, legislativas, executivas ou ambas, no dever de atendimento a tais direitos, configurando uma falha estrutural sem indicativos de superação caso ausente intervenção judicial;
- (iii) responsabilidade pelo cumprimento da decisão deve ser atribuída, coordenadamente, a uma pluralidade de atores públicos; e
- (iv) possibilidade de um elevado número de pessoas demandarem os direitos, afogando o Judiciário.

2 Padrão argumentativos da ADPF 347: configuração do ECI no sistema penitenciário brasileiro

O estado de coisas inconstitucional como possibilidade para o Brasil surgiu após a identificação de violação em grande escala aos direitos fundamentais, e a busca, pelo Judiciário de uma solução estrutural.

A intervenção judicial, realizada quando declarado o ECI, caracteriza-se como ativismo judicial estrutural e, satisfeitos os requisitos próprios e não implicando supremacia judicial, revela-se postura judicial legítima. Dirigida a superar omissões estatais, especialmente a formulação e a implementação deficientes de políticas públicas, juízes e cortes procuram defender a ordem objetiva de valores, a ideia de Constituição como um todo, o projeto constitucional originário. A preocupação é com a efetividade dos direitos fundamentais, com a proteção deficiente de direitos independentemente da tipologia normativa⁹ dos dispositivos constitucionais envolvidos. A intenção do autor é demonstrar que a prática desenvolvida pela

⁸ A teoria do Estado de Coisas Inconstitucional tem por objeto, normalmente, os direitos prestacionais dependentes de políticas públicas. O maior desacordo não gira em torno da existência ou da titularidade desses direitos, mas de suas forças normativas e de qual instituição deve promovê-los. (CAMPOS, 2015)

⁹ A teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick não é observada de forma clara nos compêndios de jurisprudências britânicos, uma vez que ele próprio afirma a existência, na realidade, de uma faixa que vai “do obviamente simples ao altamente contestável. e ao longo desta faixa não é possível determinar o momento exato em que começa ou termina a etapa de resolução dos problemas (de interpretação, de pertinência, de comprovação) e o momento da simples dedução. Os fatores que levam a essa afirmação são os diferentes estilos, abordagens e temperamentos entre juízes diferentes. A tese do referido autor: É tanto descritiva de normas realmente operativas em sistemas jurídicos reais como, por seu próprio mérito, normativa ao defender o que considera bons procedimentos no processo decisório e na justificação. O autor, ainda no primeiro capítulo da obra, ressalta que as conclusões de seus estudos são restritas em seu raio de ação e não são verdades universais sobre a argumentação jurídica. Ainda assim, tomar conhecimento sobre seu trabalho é válido e abre novas perspectivas sobre a argumentação jurídica no Brasil. (MacCORMICK, 2006, p. 259)

Corte Constitucional colombiana é tanto uma possibilidade como uma necessidade em diferentes setores da vida social brasileira, particularmente no caso do sistema carcerário; sendo um passo valioso para o controle¹⁰ da omissão estatal. (CAMPOS 2015, p. 257)

No Brasil existem diferentes setores sociais nos quais se podem apontar violações sistêmicas de direitos fundamentais decorrentes de falhas estruturais, a começar por políticas públicas insuficientes. Atualmente, talvez seja o sistema carcerário brasileiro o que produz o maior grau de violação generalizada de direitos humanos decorrentes de omissões e falhas estruturais e agravada pela sistemática inércia e incapacidade das autoridades públicas em superar tal quadro. (CAMPOS 2015, p. 264-265)

Trata-se aqui de graves deficiências e violações de direitos presentes em todas as unidades da Federação Brasileira, que podem ser imputadas à responsabilidade dos três poderes. (CAMPOS 2015, p. 265)

A situação fatídica do sistema prisional brasileiro revela que, no Brasil, os presos não são tratados como seres humanos. A CPI do sistema prisional, levado a efeito pela Câmara dos Deputados entre 2007 e 2009, procedeu a diligência em todas as unidades federativas e encontrou, em maior ou menor medida, um quadro massivo de violações de diferentes direitos fundamentais, o que evidencia o caráter estrutural das deficiências que implicam situação de tratamento desumano à qual é submetida a população carcerária brasileira. (CAMPOS 2015, p. 267-268)

O que se sabe que o relatório, e as palavras de otimismo do Relator em nada adiantaram, as falhas estruturais permanecem e até se aprofundaram.

Postas as coisas assim, verifica-se, de forma inequívoca, o preenchimento dos pressupostos de configuração do ECI. Melhor dizendo, o sistema carcerário brasileiro é um ECI. (CAMPOS 2015, p. 276)

¹⁰ Numa digressão histórica traz à baila o ano de 1803 (EUA), caso Marshall que abriu portas ao controle de constitucionalidade americano; Passa ao ano de 1988, Brasil, que no ápice da redemocratização, consolidando o controle de constitucionalidade inaugurado por Ruy Barbosa na fundação da República (Emenda Constitucional 16/65), onde era prevista textualmente a possibilidade de revisão judicial pelo STF e onde se inicia a discussão em solo brasileiro do ativismo judicial. Volta a 1905 e a plataforma americana, citando o caso Lochner, onde a Suprema Corte apresenta uma dupla face ao decidí-lo: interfere na política legislativa de Nova Iorque ao impedir que o Estado legisle sobre os limites de horas laborais, contudo, por uma via conservadora, mantém a postura de não interferir na esfera privada dos indivíduos. Projeta-se enfim para o ano de 2007 - Brasil - e traz à tona, a Reclamação Constitucional 4.335/AC – na progressão do regime discutida em habeas corpus 82.959/SP, como exemplo de mutação constitucional, onde por via difusa, se deu efeito erga omnes à decisão proferida. (TASSINARI, 2012)

Verificados os pressupostos do ECI, o Supremo pode interferir sobre a formulação, implementação e monitoramento de políticas públicas, caracterizando o ativismo em sua dimensão estrutural. O ativismo judicial estrutural dialógico da Corte deve ter três focos:

- I- Reduzir o aumento progressivo da população carcerária;
- II- Diminuir o déficit de vagas do sistema prisional;
- III- Melhorar as condições atuais do encarceramento.

Para a implementação das medidas, o autor sugere uma série de decisões a serem proferidas pelo processo adequado, preferencialmente por ADPF (CAMPOS 2015, p. 279-283).

As condições institucionais das prisões brasileiras estiveram na agenda do Supremo no RE n.º 580.252/MS, de relatoria do ministro Teori Zavascki. O Tribunal enfrentou a questão: o Estado deve indenizar, por meio de reparação pecuniária, presos que sofrem danos morais por cumprirem pena em estabelecimentos com condições degradantes? O relator votou pela responsabilidade estatal, acompanhado pelo ministro Gilmar Mendes. O ministro Luís Roberto Barroso também acompanhou a relatoria, apontando, contudo, o cabimento de remição de dias de pena, em vez de pagamento em pecúnia. O exame foi interrompido por pedido de vista da ministra Rosa Weber. (CAMPOS 2015, p. 283-284)

Ainda, O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil formalizou ação direta de inconstitucionalidade, de nº 5.170/DF, versando o mesmo tema. O pedido é de emprestar interpretação conforme à Constituição aos artigos 43, 186 e 927 do Código Civil, a fim de ser declarada a responsabilidade civil do Estado pelos danos morais causados aos detentos submetidos a condições sub-humanas, insalubres, degradantes ou de superlotação carcerária. A relatora é a ministra Rosa Weber.

No Recurso Extraordinário nº 641.320/RS, relator ministro Gilmar Mendes, o Tribunal reconheceu a repercussão geral da matéria relativa ao direito de o condenado, estando em regime semiaberto, poder cumprir a pena em regime aberto ou prisão domiciliar, quando ausente acomodação adequada no sistema prisional. Para subsidiar o julgamento, o relator designou audiência pública. Conforme notícia do sítio do Supremo, Sua Excelência declarou ter assistido a relatos que deram conta dos problemas graves do sistema carcerário brasileiro, vindo a concluir só haver três formas de alcançar soluções “para a falência do sistema prisional: comprometimento federativo, alocação de recursos financeiros e integração institucional”.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.356/MS, relator ministro Luiz Edson Fachin, impugna-se lei estadual por meio da qual foi estabelecida a obrigação de instalar bloqueadores de sinais de radiocomunicação nos estabelecimentos prisionais. Tem-se o Recurso Extraordinário nº 592.581/RS, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, no qual o Tribunal assentou, sob o ângulo da repercussão geral, a possibilidade de o Poder Judiciário obrigar a União e os estados a realizarem obras em presídios para garantir a integridade física dos presos, independentemente de dotação orçamentária, constatada violação da dignidade da pessoa humana e inobservância do mínimo existencial dos presos. Esta arguição envolve a problemática do dever de o Poder Público realizar melhorias em presídios ou construir novos com a finalidade de reduzir o déficit de vagas prisionais. Vai além: versa a interpretação e a aplicação das leis penais e processuais de modo a minimizar a crise carcerária, implantar a forma eficiente de utilização dos recursos orçamentários que compõem o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN e o dever de elaboração, pela União, estados e Distrito Federal, de planos de ação voltados a racionalizar o sistema prisional e acabar com a violação de direitos fundamentais dos presos sujeitos às condições de

superlotação carcerária, acomodações insalubres e falta de acesso a direitos básicos, como saúde, educação, alimentação saudável, trabalho, assistência jurídica, indispensáveis a uma vida minimamente digna e segura. Por isso, entendo de relevância maior a apreciação do pedido de implemento de medida cautelar. Não se tem tema “campeão de audiência”, de agrado da opinião pública. Ao contrário, trata-se de pauta impopular, envolvendo direitos de um grupo de pessoas não simplesmente estigmatizado, e sim cuja dignidade humana é tida por muitos como perdida, ante o cometimento de crimes. Em que pese a atenção que este Tribunal deve ter em favor das reivindicações sociais majoritárias, não se pode esquecer da missão de defesa de minorias, do papel contramajoritário em reconhecer direitos daqueles que a sociedade repudia e os poderes políticos olvidam, ou fazem questão de ignorar. (ADPF 347, p.19-21)

A ADPF foi promovida pelo PSOL, com uma petição inicial que atendeu a formulação de oito pedidos:

- a) Declarar o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro.
- b) [...]
- c) Determinar ao Governo Federal que elabore e encaminhe ao STF, no prazo máximo de 3 meses, um plano nacional (“Plano Nacional”) visando à superação do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, dentro de um prazo de 3 anos. O Plano Nacional deverá conter propostas e metas específicas para a superação das graves violações aos direitos fundamentais dos presos em todo o país, especialmente no que toca à (i) redução da superlotação dos presídios; (ii) contenção e reversão do processo de hiperencarceramento existente no país; (iii) diminuição do número de presos provisórios; (iv) adequação das instalações e alojamentos dos estabelecimentos prisionais aos parâmetros normativos vigentes, no que tange a aspectos como espaço mínimo, lotação máxima, salubridade e condições de higiene, conforto e segurança; (v) efetiva separação dos detentos de acordo com critérios como sexo, idade, situação processual e natureza do delito; (vi) garantia de assistência material, de segurança, de alimentação adequada, de acesso à justiça, à educação, à assistência médica integral e ao trabalho digno e remunerado para os presos; (vii) contratação e capacitação de pessoal para as instituições prisionais; (viii) eliminação de tortura, de maus tratos e de aplicação de penalidades sem o devido processo legal nos estabelecimentos prisionais; (ix) adoção de medidas visando a propiciar o tratamento adequado para grupos vulneráveis nas prisões, como mulheres e população LGBT. O Plano Nacional deve conter, também, a previsão dos recursos necessários para a implementação das suas propostas, bem como a definição de um cronograma para a efetivação das medidas de incumbência da União Federal e de suas entidades.
- d) Submeter o Plano Nacional à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, da Defensoria Geral da União, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, do Conselho Nacional do Ministério Público, e de outros órgãos e instituições que queiram se manifestar sobre o mesmo, além de ouvir a sociedade civil, por meio da realização de uma ou mais audiências públicas.
- e) Deliberar sobre o Plano Nacional, para homologá-lo ou impor medidas alternativas ou complementares, que o STF reputar necessárias para a superação do estado de coisas inconstitucional. Nesta tarefa, a Corte pode se valer do auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça.
- f) Após a deliberação sobre o Plano Nacional, determinar ao governo de cada Estado e do Distrito Federal que formule e apresente ao STF, no prazo de 3 meses, um plano estadual ou distrital, que se harmonize com o Plano Nacional homologado, e que contenha metas e propostas específicas para a superação do estado de coisas inconstitucional na respectiva unidade federativa, no prazo máximo de 2 anos. Cada

plano estadual ou distrital deve tratar, no mínimo, de todos os aspectos referidos no item “c” supra, e conter previsão dos recursos necessários para a implementação das suas propostas, bem como a definição de um cronograma para a efetivação das mesmas.

g) Submeter os planos estaduais e distrital à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, do Ministério Público da respectiva unidade federativa, da Defensoria Geral da União, da Defensoria Pública do ente federativo em questão, do Conselho Seccional da OAB da unidade federativa, e de outros órgãos e instituições que queiram se manifestar. Submetê-los, ainda, à sociedade civil local, em audiências públicas a serem realizadas nas capitais dos respectivos entes federativos, podendo a Corte, para tanto, delegar a realização das diligências a juízes auxiliares, ou mesmo a magistrados da localidade, nos termos do art. 22, II, do Regimento Interno do STF.

h) Deliberar sobre cada plano estadual e distrital, para homologá-los ou impor outras medidas alternativas ou complementares que o STF reputar necessárias para a superação do estado de coisas inconstitucional na unidade federativa em questão. Nessa tarefa, mais uma vez, a Corte Suprema pode se valer do auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça.

i) Monitorar a implementação do Plano Nacional e dos planos estaduais e distrital, com o auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça, em processo público e transparente, aberto à participação colaborativa da sociedade civil, até que se considere sanado o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

No mérito da ação, foi discorrido acerca do quadro fático do sistema penitenciário brasileiro, onde o referido sistema foi definido como “verdadeiros infernos dantescos”. Destacam-se as seguintes situações: celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos, homicídios frequentes, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos, praticadas tanto por outros detentos quanto por agentes do Estado, ausência de assistência judiciária adequada, bem como de acesso à educação, à saúde e ao trabalho. Enfatiza estarem as instituições prisionais dominadas por facções criminosas. Salienta ser comum encontrar, em mutirões carcerários, presos que já cumpriram a pena e poderiam estar soltos há anos.

Dois oito pedidos formulados, dois foram deferidos:

- 1) obrigatoriedade da realização de audiência de custódia;
- 2) liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) para a melhoria do sistema carcerário.

Ademais, foi deferida de ofício, medida cautelar para a realização de diagnóstico da situação fática denunciada para a instrução do mérito da causa.

A maioria dos ministros reconheceu expressamente estar presente um ECI. Ainda que em fase cautelar e sujeito aos limites do pedido, o Tribunal deu um passo importante no que

tange ao reconhecimento do ECI do sistema prisional brasileiro. Do ponto de vista teórico, a decisão¹¹ valeu com marco inicial de utilização do ECI na jurisdição constitucional brasileira.

Durante o julgamento, algumas críticas foram formuladas:

1. Ponto comum entre o Advogado geral da União e do representante legal dos estados da Federação: ambos assumiram que o sistema penitenciário é marcado por uma profunda e generalizada violação dos direitos humanos dos presos, sendo necessárias medidas urgentes para a mudança da situação, mas discordaram quanto à declaração de ECI como forma de alcançar essa mudança. Daqui nascem duas objeções principais: ilegitimidade e falta de efetividade.

I- Após o julgamento, alguns textos fora, escritos. Dentre as críticas, surgiram debates acerca das objeções da ubiquidade e do uso difuso; os riscos de subjetivismo decisório; Ameaça à democracia; Violação à separação de poderes e o perigo de inefetividade (CAMPOS 2015, p. 311- 318)

Na ação, restou evidenciado o padrão argumentativo da relatoria no tocante a natureza da causa, vejamos:

No presente caso, partindo-se dos parâmetros constitucionais referidos, requer-se provimento judicial que, indiretamente, assegure esses direitos. Portanto, o que se busca é a tutela, em linhas gerais, de obrigação de fazer. A edição de algumas normas de organização e procedimento e providências de índole administrativa. E eu lembro que, ao lado das normas que disciplinam a cautelar em sede de ADPF, nunca é demais recordar, também, do disposto no 461 do CPC, ministro Fux, que dá ao julgador o poder de conceder a “tutela específica da obrigação” e determinar “providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”.

Oportuno asseverar que o Poder Judiciário dispõe de competência para exercer, no caso concreto, controle de legitimidade sobre a omissão do Estado na implementação de políticas públicas cuja efetivação lhe incumbe por efeito de expressa determinação constitucional, sendo certo, ainda, que, ao assim proceder, o órgão judiciário competente estará agindo dentro dos limites de suas atribuições institucionais, sem incidir em ofensa ao princípio da separação de poderes, tal como tem sido reconhecido, por esta Suprema Corte, em sucessivos julgamentos (RE 367.432-AgR/PR, Rel. Min. EROS GRAU – RE 543.397/PR, Rel. Min.

¹¹ A Análise Econômica do Direito costuma ser apresentada sob duas vertentes. Na vertente positiva ou explicativa, busca-se identificar os efeitos econômicos da norma jurídica ou da decisão, analisando o custo-benefício das políticas jurídicas e justificando a existência de determinadas normas. Por outro lado, a vertente normativa ou prescritiva visa determinar que o Direito deve se ajustar ao máximo à busca pela maximização da riqueza social, sendo este o parâmetro que orienta o conteúdo das normas jurídicas. (SAVARIS, 2011, p. 90-91). Portanto, verifica-se que o ponto fundamental da Análise Econômica do Direito é, segundo Savaris (2011, p. 95): “[...] a maior ou menor eficiência das operações negociais, normas jurídicas e decisões judiciais, pois todas elas afetam a alocação de recursos dos sistemas produtivos”

EROS GRAU – RE 556.556/PR, Rel. Min. ELLEN GRACIE, v.g.): Desse modo, não há falar em ingerência do Poder Judiciário em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo, porquanto se revela possível ao Judiciário determinar a implementação pelo Estado de políticas públicas constitucionalmente previstas. (...)” (RE 574.353/PR, Rel. Min. AYRES BRITTO)

3 Objeções ao modelo de Estado de Coisas Inconstitucional

As críticas feitas ao exercício expansivo de cortes constitucionais ou supremas, inclusive quando voltado à garantia de direitos fundamentais, possuem, de um modo geral, duas vertentes: uma, acusa a falta de legitimidade democrática da atuação ativista de juízes não escolhidos pelo voto popular, irresponsáveis perante o eleitorado, refletindo acerca da fórmula thayeriana de deferência judicial; o valor fundamental do autogoverno popular e o constitucionalismo popular versus supremacia judicial.

Já a segunda vertente envolve aspectos técnicos relacionados à acusação de falta de capacidade institucional dos juízes para decidirem sobre certas matérias, máxime sobre políticas públicas, debate ainda as objeções de ordem institucional e os respectivos limites às objeções.

Em relação à primeira vertente, Hubner (2011) pontua com excelência que a democracia pressupõe que indivíduos são igualmente competentes para governar a si próprios. Não só cada indivíduo é senhor de si mesmo, mas a comunidade integrada por eles é também autônoma. Transpor o ideal do autogoverno individual para o coletivo exige uma mediação institucional, principal desafio desse regime. O que se deve evitar é o paternalismo político – a supressão da autonomia e a presunção de que há indivíduos menos competentes que outros para participar das decisões coletivas. Alguns autores acreditam que a revisão judicial traz esse risco. Três costumam ser as referências imediatas a respeito.

Já no que tange ao autogoverno popular, envolve a oportunidade de errar, de aprender com o erro e de corrigi-lo sem a interferência de um agente externo. Não pode ser, contudo, o único valor que orienta a construção de procedimentos decisórios. Dito de outro modo, o procedimento não pode se limitar a promover o autogoverno, mas deve também ser capaz de gerar boas decisões. (HUBNER, 2011)

Segundo a sabedoria convencional, instituições, por mais bem pensadas que sejam, são falíveis. Com base nessa premissa, pode-se perguntar: se autogoverno envolve o direito ao erro, e todas as instituições são falíveis, quem tem o direito de errar por último? Segundo Hubner (2011), dadas essas circunstâncias, e afastada a “presunção da infalibilidade judicial”, não haveria uma boa razão para conceder o “direito de errar por último” à corte constitucional.

VERMEULE (2006, p. 248-251), apresenta dura crítica ao papel das cortes, referindo que elas “sofrem com constrictões de tempo, falta de informação e de expertise em identificar os profundos comprometimentos da Constituição que devem ser interpretados para se ajustarem às circunstâncias modernas”. Legisladores por outro lado, tem mais acesso às informações da Sociedade e, por isso, estão em melhor posição para avançar o entendimento de normas constitucionais de acordo com as circunstâncias sociais em mutação. Os legisladores estariam melhora situados, do ponto de vista institucional para interpretar anseios e mudanças de opinião dos membros da Sociedade, sendo, por este motivo, mais legitimados para dizer sobre o significado da Constituição.

A abordagem de Vermeule (2006, p. 284)

impõe limitações substantivas ao exercício da *judicial review* e deferência ao Poder Legislativo, por motivos de fundo institucional (capacidade cognitiva). No mais, ao se preocupar com os efeitos sistêmicos dos erros judiciais, ela também apresenta aspecto importante de prudência política. Sem dúvida, essas características tornam a sua proposta bastante adequada para questionar a interferência judicial sobre a formulação e implementação de políticas públicas, assim como sobre as escolhas orçamentárias e alocativas, a questão é o quanto de capacidade institucional possui o Poder Judiciário para avaliar a realidade da ação estatal e os elementos fáticos, econômicos e sociais como um todo, o que parece ainda mais dramático se considerarmos a atitude de declaração do ECI e a formulação de remédios constitucionais.

Diante deste contexto empírico, a consideração acerca das capacidades institucionais requer reflexão “sobre quem pode tomar medidas detalhadas sobre questões policêntricas de conteúdo político, social e econômico, envolvidas análises sistêmicas e resultados abrangentes, próprias de problemas de deficiência do legislador e da administração em matéria de políticas públicas. Os critérios para a tomada dessas decisões não são e não podem ser de ordem puramente jurídica, e isso porque variáveis fáticas e cálculos econômicos possuem implicações para a eficiência dos resultados a serem obtidos. Fora os critérios jurídicos, os demais elementos estão ao alcance dos juízes? A abordagem institucional diz que não e, por esse motivo, juízes e cortes não devem fazer políticas públicas ou controlar o orçamento”. (CAMPOS, 2015, p. 239)

Por outro lado, considerando o próprio fundamento empírico deste trabalho, fica também a dúvida, se essa resposta pode ser dada em abstrato porque, na prática, Legislativo e executivo também costumam dar vexame em matéria de políticas públicas. O ECI é o melhor exemplo.

Considerações finais

O presente artigo tratou de analisar criticamente a teórica (in) sustentabilidade das decisões de Estado de Coisas Inconstitucional, fenômeno recente na Suprema Corte brasileira¹², precisamente no caso da ADPF 347, com base na sistêmica violação de direitos fundamentais que se manifesta no âmbito penitenciário brasileiro.

Ainda, apresentou os pilares argumentativos da ADPF 347, que reconheceu configurado o ECI no sistema penitenciário brasileiro, em seu bojo refletiu se juízes e cortes podem emitir decisões que controlam orçamento e envolvem políticas públicas, analisando às principais objeções ao modelo de ECI.

Para delimitação do tema, surgiu o seguinte problema: na prática, legislativo e executivo costumam dar vexame em matéria de políticas públicas, portanto, é possível sustentar teoricamente a sustentabilidade das decisões provenientes de ECI?

Diante de todo o exposto comprova-se a hipótese básica que a ideia de diálogos institucionais é uma boa resposta às objeções de ordem democrática e institucional contra a expansão de poder de juízes e cortes. O ativismo judicial estrutural, presente na declaração do ECI, pode ser considerado legítimo se, além de observarem-se os seus pressupostos, permitir o diálogo entre os poderes e destes com a Sociedade.

E como dito anteriormente, a Suprema Corte brasileira, no caso da ADPF 347, mesmo que de forma cautelar, soube dosar cautela e ousadia na emissão de seu parecer, respeitando a divisão dos poderes, e caminhando na realização dos direitos fundamentais.

Cumprido salientar, que as ideias deste artigo oferecem respostas favoráveis ao novo fenômeno. Desde a defesa da revisão da noção de omissão estatal inconstitucional, vinculando-se a ideia de ordem objetiva e à efetividade dos direitos fundamentais, até a afirmação rigorosa de pressupostos do ECI, os argumentos centrais oferecem critérios racionais para a aceitação teórica e prática dessa ferramenta decisória, voltada a reduzir os distanciamento entre

¹² Lembra-se que o Brasil adota o sistema híbrido. O controle é feito pelos juízes e tribunais (pela via do controle difuso/concreto) e pelo Supremo Tribunal Federal (pela via do controle concentrado/ abstrato). (SEGADO, ano XV)

promessas constitucionais e a realidade política e social, em favor dos destinatários dos direitos fundamentais

Ainda, resta evidenciar que as medidas estruturais, por serem excepcionais, não podem durar mais do que o estritamente necessário, devendo cessar quando superadas as falhas sistêmicas, momento em que perdem a legitimidade. Os mesmos critérios utilizados para a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional devem servir, inversamente, para guiar a conclusão a respeito da superação de tal situação. Ou seja: quando o quadro de violação massiva e sistemática aos direitos fundamentais não mais estiver presente, deve-se considerar superado o ECI.

Decisões produzem efeitos instrumentais e simbólicos diretos e indiretos, reequilibrando as instituições na promoção de tais direitos, lançando luzes sobre o problema da violação massiva dos direitos, gerando consequências não previstas pelos juízes constitucionais em decorrência das reformas determinadas e influenciando o comportamento dos atores políticos.

Para que as sentenças estruturais tenham efetividade, em razão da natural dificuldade de implementação, a Corte deve reter jurisdição sobre a fase executiva e monitorar o avanço das medidas flexíveis determinadas, exigindo relatórios periódicos e permitindo participação em audiências públicas.

Por fim, cumpre salientar que a doutrina do ECI não deve ser mera descrição das ideias e práticas criadas por Cortes Constitucionais. Inter-relação entre doutrina e jurisprudência.

Referências

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2015.

HÜBNER MENDES, Conrado. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Democracia**. Ed. Saraiva, 2011.

MacCORMICK, N. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa Jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2007.

SAVARIS, José Antonio. **Uma teoria da decisão judicial da previdência social:** contributo para a superação da prática utilitarista, Florianópolis: Conceito, 2011.

SEGADO, Francisco Fernández – **El Tribunal Constitucional español como legislador positivo.** Pensamiento Constitucional. Anô XV n° 15/ ISSN 1027-6769.

VERMEULE, Adrian. **Judging under Uncertainty. Na Institutional Theory of Legal Interpretation.** Cambridge. Harward University Press, 2006.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo Judicial:** uma análise da atuação do judiciário nas experiências brasileira e norte americana. – Dissertação (Mestrado). Orientador: Lênio Luiz Streck. Unisinos, 2012.

TYBUSCH, Jerônimo Siqueira **Sustentabilidade multidimensional** [tese]: elementos reflexivos na produção da técnica jurídico-ambiental / Jerônimo Siqueira Tybusch; orientador, João Eduardo Pinto Bastos Lupi. - Florianópolis, SC, 2011.