

**O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL COMO ATIVISMO DIALÓGICO-  
ESTRUTURAL PARA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS:  
LIMITES PARA O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PENITENCIÁRIAS**

*THE UNCONSTITUTIONAL STATE OF THINGS AS DIALOGICAL-STRUCTURAL  
ACTIVISM FOR FUNDAMENTAL RIGHTS: LIMITS FOR THE JUDICIAL CONTROL  
OF PENITENTIARY POLICIES*

Artigo recebido em 04/02/2017

Revisado em 05/03/2017

Aceito para publicação em 09/04/2017

**Douglas de Assis Bastos**

Pesquisador-Bolsista CAPES em Nível de Mestrado em Direito Público na Faculdade de Direito de Alagoas (FDA-UFAL).

**Andreas Joachim Krell**

Doctor Juris pela Universität Berlin. Professor Associado da Faculdade de Direito de Alagoas (FDA-Ufal). Vice-Coordenador do Mestrado em Direito Público do PPDG-UFAL.

Colaborador Permanente do Mestrado/Doutorado da Faculdade de Direito do Recife (UFPE). Pesquisador bolsista do CNPq (nível 1). Consultor da Capes.

**RESUMO:** Este artigo traz uma análise da Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, recentemente concebida pela Corte Constitucional Colombiana e discutida no Supremo Tribunal Federal (ADPF 347/DF). Será demonstrado que se trata de uma forma de ativismo judicial dialógico e estrutural capaz de ser corretamente interpretado pelos tribunais do Brasil e formar a base teórica para uma intervenção legítima e eficaz no sistema penitenciário do país.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estado de Coisas Inconstitucional; ativismo judicial; interpretação constitucional.

**ABSTRACT:** This paper constitutes an analysis of the theory called Unconstitutional State of Things, recently conceived by the Constitutional Court of Colombia and discussed in the Brazilian Federal Supreme Court (ADPF 347/DF). It will be shown that it represents a form of dialogical and structural judicial activism which may be interpreted correctly by the Brazilian courts and be the theoretical basis of a legitimate and effective intervention in the country's prison system.

**KEYWORDS:** Unconstitutional State of Things; judicial activism; constitutional interpretation.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Judicialização da Política e ativismo judicial: (i)legitimidade democrática e falta de implementação de direitos fundamentais. 2 A interpretação constitucional como critério definidor dos limites e possibilidades do controle judicial de políticas públicas. 3 A ADPF n. 347/DF e a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional: em busca da viabilidade hermenêutica do controle das políticas penitenciárias pelo STF. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

A questão penitenciária é tema recorrente não só no cenário acadêmico e nas discussões inerentes ao poder público, como também veiculado constantemente na imprensa e de preocupação social nas pautas relacionadas à efetivação dos direitos humanos e fundamentais e a garantia da efetividade do sistema prisional no tocante ao atendimento das finalidades do direito penal.

Como mais uma tentativa de equacionar as políticas de segurança pública com uma humanizada gestão penitenciária, no dia 27 de agosto de 2015 teve início, no Supremo Tribunal Federal (STF), o julgamento da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347 do Distrito Federal, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e de relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello. Através desta ação se pretende a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) - teoria aplicada inicialmente pela Corte Constitucional Colombiana (CCC) - ao sistema penitenciário brasileiro, com a interferência judicial, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, para criação e implementação de políticas públicas penitenciárias.

A apreciação pelo Tribunal Constitucional brasileiro ainda padece do julgamento de mérito, embora o STF já tenha demonstrado sinais de uma possível adoção da referida teoria alienígena, com o deferimento parcial da liminar, na sessão plenária de 9 de setembro de 2015.

Diante deste cenário que demanda estudos críticos de interpretação constitucional e controle judicial de políticas públicas, este artigo tem o intuito de analisar quais os possíveis critérios hermenêuticos válidos para a aplicação da teoria colombiana à realidade brasileira.

Será questionado se esta poderá servir de parâmetro para um ativismo judicial legítimo e adequado que interfere na problemática estrutural do sistema prisional em prol da efetivação dos direitos fundamentais das pessoas encarceradas.

É importante estabelecermos, de plano, que a abordagem aqui estabelecida, embora trate sobre assunto aparentemente de cunho de direito penal e processual penal, não irá adentrar no mérito das ciências criminais em si, a exemplo de temas como arbitrariedade de prisões, efeitos criminógenos do cárcere ou má aplicação de penas, ainda que o assunto rodeie a problemática.

Todavia, apesar do objeto de estudo ser a efetividade dos direitos fundamentais da pessoa encarcerada, o problema de pesquisa gira em torno das possibilidades jurídicas de intervenção do Poder Judiciário para alteração desse quadro de violações estruturais em sede de controle concentrado de constitucionalidade, na via eleita da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Feito o devido recorte epistemológico da realidade e do parâmetro do objeto de pesquisa a ser analisado, há quem possa questionar: primeiro, os direitos sociais são direitos fundamentais? E, segundo, os direitos da pessoa encarcerada são direitos sociais? Em caso de resposta afirmativa para as duas perguntas teremos como conclusão verdadeira a de que a violação aos direitos da pessoa encarcerada constitui descumprimento de preceito fundamental. Adentremos assim na construção das bases teóricas para responder às duas questões.

Os direitos sociais foram conquistas dos movimentos sindicais depois da revolução industrial e passaram a surgir com status de norma constitucional (direito fundamental) apenas no séc. XX com as constituições do México (1917), da República Alemã (1919) e do Brasil (1934). Os pressupostos dos direitos sociais devem ser criados pelo Estado como agente para que eles se concretizem, exigindo assim do Poder Público prestações materiais, tendo em vista tratarem-se de direitos por meio do Estado e não direitos contra o Estado. (KRELL, 1999, p. 240)

Nesse mesmo sentido, Sarlet (2015, p. 222) confirma que “os direitos sociais, econômicos e culturais seriam direitos cuja satisfação depende não mais de uma abstenção, mas sim, de uma atuação positiva, de um conjunto de prestações estatais”. Ou mesmo nas precisas lições de Lafer (1991, p. 127), onde a dimensão positiva dos direitos fundamentais representaria um “direito de participar do bem-estar social”.

Nestes termos, os direitos sociais são sim direitos fundamentais, partindo do pressuposto de que se vislumbram normas programáticas em textos constitucionais de vários

países a definirem finalidades e metas as quais o Estado (Poder Legislativo, Poder Judiciário e Poder Executivo) deve elevar a um nível adequado de concretização como direito diretamente aplicável e não como meras recomendações ou preceitos morais com eficácia ético-política simplesmente diretiva. (KRELL, 1999, p. 240)

Quanto ao segundo questionamento, ainda que haja neste cenário direitos de primeira dimensão, tais como a proibição da tortura, a maioria dos direitos da pessoa encarcerada pressupõe uma atuação positiva do Estado, para que sejam cumpridas as devidas prestações materiais, à saúde, à educação, ao trabalho, jurídica, dentre outras que exigem a garantia do mínimo existencial e de dignidade humana durante o tempo de permanência em custódia estatal.

Ante a esta assertiva, os direitos fundamentais do preso, que aqui serão abordados a fim de estabelecermos um elo de titularidade daqueles que tem preceitos fundamentais violados a ponto de uma intervenção abstrata e concretizadora do Poder Judiciário na estrutura geral do sistema carcerário, são direitos sociais.

Sarlet (2015, p. 221) atribui a titularidade de direitos sociais a toda e qualquer pessoa, apontando para uma concepção inclusiva, essencialmente quando estiver em causa o chamado mínimo existencial e a garantia da própria vida e dignidade humana.

Parte-se do pressuposto de que os direitos fundamentais do preso são direitos sociais, a fim de estabelecer um elo de titularidade daqueles que têm preceitos fundamentais violados a ponto de uma intervenção concretizadora do Poder Judiciário na estrutura do sistema carcerário.

Segundo a concepção inclusiva, a titularidade de direitos sociais pertence a toda e qualquer pessoa, mormente quando está em causa o chamado “mínimo existencial” e a garantia da própria vida e da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2015, p. 221)

Nesta perspectiva, ao verificarmos os pressupostos do ECI trazidos na ADPF n. 347/DF, pretende-se demonstrar que o sistema carcerário brasileiro contempla uma violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, aliada à inércia prolongada das autoridades. Na verdade, há um verdadeiro bloqueio institucional: inexistência de políticas públicas (Poder Executivo), ausência de sensibilidade dos parlamentos (Poder Legislativo) bem como a ineficiência na aplicação das leis penais e processuais penais à luz dos ditames constitucionais (Poder Judiciário).

Como narrado na petição da ADPF 347/DF “Não há cenário fático mais incompatível com a Constituição do que o sistema prisional brasileiro. O problema é sistêmico e decorre de uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos”.

Tendo por objeto as políticas penitenciárias e como perspectiva de análise o ativismo dialógico-estrutural inaugurado pela teoria (ou técnica de decisão) do ECI, o artigo terá como caminho metodológico, na primeira seção, a investigação dos estudos contemporâneos em torno do ativismo e do controle judicial de políticas públicas. Na segunda parte, abordar-se-á a nova hermenêutica constitucional, com ênfase da questão qual seja o método de interpretação mais adequado para o caso em deslinde. Já na seção terceira, passar-se-á a tratar sobre a construção da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) na Colômbia e sua tentativa de introdução no Brasil, analisando a possibilidade de sua implementação por meio do STF e a viabilidade hermenêutica de sua utilização como política penitenciária.

## **1 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL: (I)LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E FALTA DE IMPLEMENTAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

A “judicialização da política” é o vínculo entre a democracia e o ativismo judicial, isto é, entre a soberania popular e o compromisso do Judiciário que vem sendo delineado nas sociedades contemporâneas pelos textos constitucionais que passaram a incorporar princípios e direitos fundamentais, atendendo às aspirações sociais de um Estado de Direito verdadeiramente democrático.

Diante da iminência de confirmação pelo STF, na ADPF n. 347/DF<sup>1</sup>, de uma nova espécie de ativismo judicial, através da declaração do ECI e da implementação de seus pressupostos à realidade do sistema penitenciário brasileiro, é preciso resgatar, de forma sucinta, os principais argumentos doutrinários e jurisprudenciais referentes aos limites e possibilidades do controle judicial de políticas públicas.

O ativismo judicial surge como uma das consequências do Neoconstitucionalismo que traz consigo, além da força normativa da Constituição, da nova interpretação constitucional e da constitucionalização dos direitos, a expansão da jurisdição constitucional e a judicialização da política como elementos de concretização formal e material dos preceitos fundamentais da Lei Maior (ÁVILA, 2009, p. 187).

---

<sup>1</sup> Proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), o pleito é para que seja declarado o “Estado de Coisas Inconstitucional” do sistema prisional brasileiro, de maneira que, diante das recorrentes omissões dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário em oferecer soluções concretas para a crise, o Supremo Tribunal Federal atue, supletivamente, determinando e coordenando, de forma estruturada, com todos os entes federativos e poderes da república, medidas capazes de obstaculizar as violações massivas e generalizadas aos direitos fundamentais das pessoas encarceradas.

O Neoconstitucionalismo pode ser delineado por duas ordens de características: uma ligada aos elementos metodológico-formais e outra de ordem material. Do ponto de vista metodológico-formal é necessário estabelecer as três premissas fundamentais que orientam esse constitucionalismo contemporâneo: a normatividade da Constituição (imperatividade), a sua superioridade (supremacia) e a sua centralidade, isto é, a constitucionalização dos demais ramos do Direito.

Já no tocante ao aspecto material, são dois os pontos cruciais: a incorporação explícita de valores e opções políticas no texto constitucional, especialmente à promoção dos direitos fundamentais e da dignidade humana, e a expansão dos conflitos específicos (colisão entre direitos fundamentais) e gerais (substancialismo x procedimentalismo no controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público) entre as opções filosóficas e normativas presentes no próprio texto constitucional (BARCELLOS, 2005, p. 84ss.).

A dificuldade de fazer cumprir o aspecto metodológico-formal do Neoconstitucionalismo será objeto de análise quando trataremos da eficácia dos princípios constitucionais, da sindicância das omissões inconstitucionais e do controle de políticas públicas (penitenciárias), como esforço do Judiciário para concretizar as três premissas fundamentais da Lei Maior: normatividade, centralidade e superioridade. O material também norteará a discussão em torno da necessária intervenção dos tribunais para efetivação dos direitos fundamentais da pessoa encarcerada e da promoção de sua dignidade humana, através da adoção de uma interpretação substancialista da Constituição de 1988.

Acerca do protagonismo contemporâneo do Judiciário no cenário do Neoconstitucionalismo, Barroso (2005, p. 47) alude que “a virtuosa ascensão institucional” deste poder tenha sido “uma das instigantes novidades do Brasil dos últimos anos”. Ele enfatiza que após a recuperação das liberdades e garantias da magistratura, os “juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo”. Esta mudança teria acarretado “uma modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais, impondo reformas estruturais e suscitando questões complexas acerca da extensão de seus poderes (BARROSO, 2005, p. 47s.).

Diante deste pano de fundo tem se discutido qual seria a função adequada do Poder Judiciário em relação às políticas públicas e quais os limites de sua intervenção em prol de criação ou modificação de opções políticas do Estado, com a finalidade de dar efetividade aos dispositivos constitucionais, sob o prisma da legitimidade democrática. É de frisar, contudo, que o tema das políticas públicas é oriundo da Ciência Política e da Ciência da

Administração, o que dificulta o seu tratamento no âmbito do Direito (BUCCI, 2006, p. 1s.). A preocupação jurídica com o assunto surgiu na fase pós-positivista do Direito Constitucional que passou a se preocupar mais com o aspecto da interdisciplinaridade, a introdução dos valores às normas, a percepção da complexidade normativa e a consideração das demandas sociais.

Diante disto, questiona-se se há um déficit democrático, uma vez que a formulação das políticas públicas é tarefa do Poder Executivo dentro das margens de liberdade concedidas pelo Legislativo. Nesta visão, o objetivo do controle judicial seria tão somente o efetivo cumprimento das opções políticas institucionais dos órgãos estatais.

Num Estado democrático de Direito, não é cabível que a Constituição invada o espaço da Política, pois este tipo de substancialismo radical faz com que os verdadeiros responsáveis pelas decisões políticas – os representantes eleitos pelo povo – fiquem impedidos no exercício de suas funções pelos “reis filósofos da atualidade: os juristas e os operadores do direito em geral” (BARCELLOS, 2005, p. 83ss.). Por outro lado, é de frisar que a Constituição é dotada de hierarquia normativa superior e estabelece fins prioritários a serem cumpridos pelos órgãos do Estado, não sendo razoável que a definição e a execução de políticas públicas restasse isenta do controle judicial.

Assim, o fenômeno do Neoconstitucionalismo trouxe o risco da “carnavalização da Constituição” (SARMENTO, 2007, p. 142), já que os princípios constitucionais se tornaram muito abertos, conferindo amplos espaços decisórios ao intérprete, que podem ser bem ou mal preenchidos. Perante este perigo de uma leitura exageradamente aberta das normas constitucionais e de interpretações muito subjetivas por parte do Judiciário é preciso denunciar a falta de critérios hermenêuticos bem delineados para a sua aplicação que pode levar a uma verdadeira “ditadura do Judiciário”, que certamente prejudicaria a democracia, a implementação de políticas públicas e efetivação dos respectivos direitos fundamentais.

Em seguida, será abordado o tema da interpretação constitucional como critério para fixação dos limites do controle judicial de políticas públicas, especialmente pelo STF.

## **2 A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO CRITÉRIO DEFINIDOR DOS LIMITES E POSSIBILIDADES DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

A hermenêutica e a interpretação jurídica são fenômenos que não se confundem, apesar de compartilharem a mesma preocupação. Ambas se unem em torno do objetivo de proporcionar a todos uma melhor compreensão do Direito. A hermenêutica é o domínio da

ciência jurídica que se preocupa com a formulação e sistematização dos princípios que subsidiam a interpretação, enquanto esta é a atividade prática que se dispõe a determinar o sentido e o alcance dos enunciados normativos (CUNHA JÚNIOR, 2009, p. 193s.)

A interpretação constitucional se distingue da interpretação geral das leis ordinárias, uma vez que a Lei Maior possui estrutura normativa peculiar, mormente na parte dogmática dos direitos fundamentais, o que exige do intérprete uma “perspectiva metodologicamente adequada” (COELHO, 1997, p. 75). É frequente o questionamento da possibilidade do emprego dos métodos tradicionais no âmbito da interpretação da Constituição, uma vez que muitos consideram arcaicos os cânones sistematizados por Savigny, os quais serviriam apenas para abarcar as relações jurídicas privadas e não para interpretar as normas da Lei Maior (SILVA, 2005, p. 116).

Sem dúvida, o Neoconstitucionalismo e sua vertente principiológica que determina transformações sociais, enfatizando o caráter compromissório da Constituição, exigem do Poder Judiciário a adoção de parâmetros interpretativos diferenciados, voltados à concretização da justiça social, mas sem comprometimento dos alicerces da democracia representativa (STRECK, 2016, p. 45). Por isso, é preciso estabelecer critérios hermenêuticos que promovam a melhor interpretação das normas constitucionais, permitindo a implementação de uma política pública estrutural e dialógica direcionada ao sistema carcerário brasileiro, sem que este ativismo judicial venha a comprometer o princípio constitucional da separação dos poderes.

Neste contexto, adverte Canotilho (1997, p. 1136) que não se deve procurar “o método justo” para a interpretação constitucional, já que essa se constrói a partir de um conjunto de métodos distintos, mas complementares, quais sejam o jurídico (ou hermenêutico-clássico), o tópico-problemático, o hermenêutico-concretizador, o científico-espiritual e o normativo-estruturante. Estas vertentes foram inicialmente propostas por Böckenförde e complementadas pela tese de Häberle sobre a “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” e o modelo de Alexy distingue entre princípios e regras (SILVA, 2005, p. 134s.).

O resultado é um verdadeiro “sincretismo metodológico” que poderia se justificado em razão da “natureza complexa e aberta da interpretação constitucional” (CUNHA JÚNIOR, 2009, p. 215), que recomenda um pluralismo no intuito de ampliar o horizonte de compreensão do intérprete e facilitar o exercício da concretização do Direito. Sem poder delinear aqui as bases teóricas de cada uma destas linhas metodológicas, não seria recomendável a adoção de uma delas ou mesmo o emprego do referido sincretismo para



adequar a atividade criativa exercida pelo STF no caso da declaração do ECI em relação à situação dos presídios no país.

Silva (2005, p. 135s.) critica esse sincretismo metodológico característico do atual estágio da discussão sobre interpretação constitucional no Brasil, já que ele impede que se chegue a uma conclusão sobre a eficácia prática de cada um dos métodos ou da relação entre eles. A dificuldade é corroborada pela maneira como ele é ensinado, sem a demonstração de exemplos concretos para a sua utilização nos julgados do STF e de outros tribunais. Além disso, não há como compatibilizar, por exemplo, a “teoria estruturante” de Müller (que nega a colisão entre direitos fundamentais por causa do restrito suporte fático de cada um) com a teoria dos direitos fundamentais de Alexy, para a qual existem decisões corretas somente como produto de um sopesamento (SILVA, 2005, p. 137s.).

Seja qual for o método, princípio ou critério de interpretação adotado, a questão dos limites do ativismo judicial está intimamente ligada às especificidades de interpretação e aplicação da norma constitucional, quais sejam: a) a supremacia da Constituição sobre todas as demais leis; b) o caráter monogenético de grande parte dos preceitos constitucionais (normas-princípios); c) a fluidez e decorrente imprecisão semântica (conceitos jurídicos indeterminados); d) a fundamentalidade da maior parte de suas normas; e) a supremacia funcional da Corte constitucional perante os demais órgãos judiciários, já que cabe a ela a palavra final, seja dentre os poderes ou seja na escala do próprio Judiciário em matéria constitucional (RAMOS, 2008, p.144s.).

Sendo assim, a discussão sobre os corretos critérios hermenêuticos para o controle judicial de políticas públicas pelo STF, como no caso da teoria colombiana<sup>2</sup> do ECI, não pode se limitar à mera análise de métodos. Antes, “a interpretação constitucional pressupõe uma discussão acerca da concepção de Constituição, da tarefa do Direito Constitucional, da interação da realidade constitucional com a realidade política do Brasil e [...] da evolução histórica dos institutos constitucionais brasileiros” (SILVA, 2005, p.143).

Assim, surge a pergunta qual seria o adequado papel do STF na interpretação constitucional, especialmente se cabe a ele implementar também os valores subjacentes às normas da Carta Magna ou apenas zelar pelo bom funcionamento dos procedimentos democráticos. É o que será discutido em seguida.

---

<sup>2</sup> Na Colômbia a técnica de decisão do Estado de Coisas Inconstitucional foi utilizada pela primeira vez na *Sentencia de Unificación (SU)* em 1997. No entanto, existe notícia da utilização anterior da expressão pela Corte Peruana.

### 3 A ADPF N. 347/DF E A TEORIA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL (ECI): EM BUSCA DA VIABILIDADE HERMENÊUTICA DO CONTROLE DAS POLÍTICAS PENITENCIÁRIAS PELO STF

“Vergonha nacional” e “inferno dantesco”: são estas, expressões utilizadas na ADPF n. 347/DF, no momento de sua sustentação oral no julgamento da medida cautelar, para se referir à falta de salubridade, de educação, de alimentação adequada, de trabalho, de higiene básica,<sup>3</sup> à proliferação de doenças infectocontagiosas, à vulneração das “minorias” (homossexuais, mulheres, deficientes), ao crescimento da população carcerária (a brasileira já é a 3ª do mundo),<sup>4</sup> dentre outras violações massivas e generalizadas à direitos humanos e fundamentais, das quais não se tem notícia de tamanha severidade desde a abolição da escravatura.

Mesmo perante à falência da prisão em atingir as suas finalidades, insistem os governos em utilizá-las como política pública prioritária no enfrentamento da violência e criminalidade. No entanto,

a política do encarceramento em massa, o crescimento da população carcerária e a construção de novas instituições prisionais – algumas de segurança máxima, seguindo a tendência da política de encarceramento norte-americana – não decorrem da constatação de que a política prisional e a instituição prisão vêm tendo, ao longo dos anos, bons e promissores resultados no que se refere à sua “vocação” para a “recuperação” de criminosos. São múltiplos e patentes os sinais de que o sistema é falho e que o modelo do aprisionamento como forma privilegiada de punição está longe de ser o ideal [...]. As múltiplas e gritantes “crises” do sistema penitenciário, com rebeliões, fugas, denúncias de tortura de presos e múltiplas formas de violação de direitos [...] mostra-se em certo sentido anacr nico esse avanço do sistema prisional (Tourinho Peres, 2012, p. 8).

Passaremos a analisar as premissas da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), pontuando sobre sua adequa o formal e material   realidade da jurisdição constitucional brasileira. A Corte Constitucional da Colômbia<sup>5</sup> exige três pressupostos para configura o do ECI, quais sejam: 1) no “plano dos fatos” deve existir uma realidade de manifesta viola o sistemática de uma gama de direitos fundamentais de um alto número de pessoas; 2) no “plano dos fatores”, a inconstitucionalidade da situa o deve decorrer de uma

<sup>3</sup> Relatório da CPI Carcerária. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/53a-legislatura-encerradas/cpicarce/Relatorio%20Final%20-%20150908.pdf>>. Acesso em: 15.8.2016. A título de exemplo, foi constatado pela CPI que muitas das mulheres presas têm de utilizar “miolo de pão” para conter o fluxo menstrual.

<sup>4</sup> O Brasil conta com 711.463 presos (incluídos aqueles em prisão domiciliar), segundo os últimos dados do Centro Internacional de Estudos Prisionais, do *King’s College* (Londres), apresentados pelo CNJ. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico\\_de\\_pessoas\\_presas\\_correcao.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf)>. Acesso em: 20.8.2016.

<sup>5</sup> Surgiu com Se

série de ações e omissões estatais sistêmicas que demonstrem falhas estruturais e ausência ou desarranjo de políticas públicas, além da verificação de que o problema se perpetua ou se agrava em razão de bloqueios políticos e institucionais persistentes e, aparentemente, insuperáveis; 3) no “plano dos remédios”: em razão de se estar diante de causas estruturais, a solução exige medidas de vários órgãos (remédios ou sentenças estruturais) (CAMPOS, 2015).

Interpretando a teoria colombiana para a realidade prisional brasileira, percebe-se que seus pressupostos são cumpridos. As constantes violações aos direitos fundamentais das pessoas encarceradas são “campeões de audiência” na mídia e, ao mesmo tempo, objeto de críticas: em geral, a dignidade humana dos presos é tida como “perdida” durante o cumprimento das penas de prisão ou da segregação cautelar.

Além disso, tem-se revelado um amplo espectro de deficiência nas ações estatais para melhorar a dramática realidade dos presídios, a denominada “deficiência estrutural estatal”, visto que as leis não conseguiram sanar tais violações e as respectivas políticas públicas não têm dado sinais de melhoria. Pior: o Judiciário brasileiro tem adotado a “cultura do grande encarceramento”,<sup>6</sup> utilizando a prisão processual para satisfazer os anseios de justiça da sociedade. A problemática carcerária, prova do mau funcionamento estrutural do Estado, provoca a massiva e generalizada violação dos direitos fundamentais dos presos, colocando em risco o direito à segurança da sociedade como um todo. Assim, a situação demanda soluções orgânicas, através da atuação coordenada dos três níveis federativos, e não apenas de um poder ou ente.

Diante do atendimento dos três pressupostos materiais supracitados e o preenchimento dos pré-requisitos formais da Lei n. 9.882/99 para o cabimento da ADPF, o Ministro Relator declarou o ECI, deferindo parcialmente a liminar para determinar que os juízes e tribunais do país passem a realizar audiências de custódia para viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária, num prazo de até 24 horas<sup>7</sup> do momento da prisão, para verificação da legalidade da segregação e dos requisitos para sua manutenção, nos termos do

---

<sup>6</sup> Em geral, há uma manifesta ineficiência do Estado de julgar com celeridade os casos de réus presos. As estatísticas demonstram que a maioria desses julgamentos leva à absolvição ou a aplicação de penas restritivas de direitos, não se justificando o encarceramento em massa. Na verdade, a lógica prevista na lei foi invertida: prende-se para julgar, já que muitos daqueles que são julgados não serão presos.

<sup>7</sup> Embora não previsto nas legislações internacionais, este prazo foi determinado pelo artigo 1º da Resolução n. 213 do CNJ: “Fica implantada a audiência de custódia com a finalidade de apresentar a pessoa presa em flagrante delito, em até 24 (vinte e quatro) horas após a comunicação de sua prisão, em observância ao disposto no art. 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica).”

Pacto de San Jose da Costa Rica (art. 7.5<sup>8</sup>) e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da ONU (art. 9.3<sup>9</sup>). Além disso, determinou que o Poder Executivo não retenha os valores disponíveis no Fundo Penitenciário Nacional (FUPEN), obrigando a União que libere o saldo acumulado para alcançar a sua finalidade, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

Interessante destacar que, apenas após esta importante decisão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é que, com o intuito de regulamentar os ditames estabelecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos através do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 (ONU), e, em especial, do Pacto de San Jose da Costa Rica de 1969 (OEA), ambos ratificados pelo Brasil em 1992, respectivamente por meio dos Decretos nº 592 e nº 678, bem como de unificar os procedimentos regulamentares de diversos Tribunais de Justiça do Poder Judiciário brasileiro, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 15 de dezembro de 2015, publica a Resolução nº 213, construindo uma minuciosa rotina de trabalho a ser observada pelas cortes nacionais e pelos magistrados encarregados de realizar a audiência de custódia, criando, inclusive, o SISTAC - Sistema de Audiência de Custódia (Art. 7º).

Houve posicionamentos contrários à declaração do ECI, aos pedidos deferidos e aos demais que não lograram êxito em sede de liminar, mas que serão objeto de novas discussões quando será julgado o mérito,<sup>10</sup> merecendo destaque os do Advogado Geral da União, Min.

---

**<sup>8</sup> Artigo 7. Direito à liberdade pessoal**

[...]

5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

**<sup>9</sup> Artigo 9**

[...]

3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

<sup>10</sup> São medidas postuladas, na petição inicial da ADPF 347/DF: A) A realização das Audiências de Custódia/de apresentação (corroborando o próprio entendimento do Ministro Fux, que conferiu aplicabilidade imediata ao pacto de San Jose da Costa Rica e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos). Não é faculdade do Poder Judiciário, mas sim uma obrigação dos juízes, sob pena de anulação dos atos subsequentes do processo penal. B) Liberação do FUPEN (Instituído pela LC n. 79) que deveria ser utilizado para melhoria do sistema prisional e o que há hoje é um contingenciamento de 2 bilhões e 200 milhões de reais disponíveis no FUPEN, segundo o voto do Ministro Barroso. C) Necessidade de fundamentação da não aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão do Art. 319 do CPP. Ex: vedação ao exercício de determinados cargos, monitoramento eletrônico, etc. D) Consideração do quadro dramático do sistema carcerário, pelos juízes na aplicação de prisões, sejam provisórias ou penas. (Até mesmo para aplicar pena mais branda equalizando que a justa ficaria injusta dada a severidade do seu local de cumprimento). E) Considerar que o juiz de execução penal pode equacionar a pena aplicada pelo juiz da condenação, considerando a realidade do sistema prisional. Assim

Luiz Inácio Adams, do Procurador do Estado de São Paulo perante o STF, Thiago Luiz Sombra, e do jurista Lenio Streck.

Adams (2015) defendeu, em sustentação oral no julgamento da cautelar, que o problema do sistema prisional não seria irreversível e que existiriam políticas públicas sendo propostas e executadas para sua melhoria, inviabilizando o controle por parte do STF. Para ele, não houve inércia das autoridades, o que também afastaria a adoção da teoria do ECI. Alegou também haver ofensa à premissa da subsidiariedade, pois já existem vários processos tratando sobre os pedidos formulados nesta ADPF, a exemplo da progressão de regime de cumprimento de pena em caso de ausência de vaga, ou mesmo dos casos envolvendo a audiência de custódia. Por fim, afirmou que “o controle de políticas públicas pelo judiciário é sim legítimo, mas na extremadura e não no atacado”, sob pena de grave ofensa à separação dos poderes.

Sombra (2015), também em sustentação oral na cautelar da ADPF n. 347/DF, apresentou as possíveis soluções que vêm sendo implantadas no Estado de São Paulo, como a construção de presídios por meio das parcerias público-privadas (PPP), a implantação das audiências de custódias e o programa “pró-egresso”. Por isso, surgiriam várias incongruências do modelo de ativismo estrutural, tais como: 1) o ECI não terá a capacidade de mudar o estado dramático que se vive no sistema carcerário; 2) ausência de legitimidade democrática do STF para interferir em políticas estruturais, sob pena de torná-lo um condenador institucional de políticas públicas ou um governador institucional destas; 3) trata-se de um “transplante ilegal”, onde se importam teorias sem a devida adequação à realidade local;<sup>11</sup> 4) o ativismo é importante quando a democracia está a nascer, mas não quando ela está a morrer, como é o caso da nossa.

Por fim, Streck (2015) alega que o ECI nada mais é que um “ativismo camuflado”, com uma tese tão abrangente que é difícil de combatê-lo, sendo grave o risco ele ser utilizado como guarda-chuva debaixo do qual poderá ser colocado tudo o que o ativismo quiser. Seria fácil a banalização da teoria, uma vez que não se teria controle sobre os limites para que uma situação seja considerada inconstitucional de forma estrutural que requeira uma intervenção proativa do Judiciário obrigando a implementação de políticas públicas.

---

diminuindo o tempo de duração da pena neste “inferno”. Abater o tempo de prisão se constatar que as condições de cumprimento da pena são absurdamente mais severas que as previstas no ordenamento jurídico. Sendo assim, mantém a mesma equação. Requerendo que o STF ou CNJ estabeleça os parâmetros para isso.

<sup>11</sup> Ele cita o exemplo a sentença n. 143 da Corte Constitucional Colombiana, na qual decidiu, em 1998, pelo ECI nos presídios de lá e, até hoje, não teria sido feito nada para mudar a situação.

O professor também alerta para os riscos da aplicação de teoria colombiana no Brasil, já que lá existem muitos estados de coisas inconstitucionais e já nem se lembram quando foi a última vez em que fora aplicada a tese. Além de atacar a ideia de que o objeto do controle de constitucionalidade são normas jurídicas e não a realidade empírica, arrematando que não se poderia declarar a inconstitucionalidade de coisas (STRECK, 2015).

Ousamos discordar das citadas considerações que estabelecem parâmetros para negar a introdução da teoria do ECI como um ativismo judicial válido para introduzir o controle de políticas públicas na jurisdição constitucional brasileira. A correta interpretação da Carta de 1988 confere ao ECI um patamar de elemento capaz de oferecer caminhos dialógicos entre os poderes nos três níveis federativos para sair da inércia institucional e oferecer soluções efetivas para o problema estrutural da questão penitenciária do país, além de se evitar um potencial congestionamento da justiça se todos se socorrem individualmente de seus direitos avultosamente violados.

## CONCLUSÃO

As causas e efeitos da problemática do sistema penitenciário brasileiro o tornam, quando levados ao Judiciário, um “litígio estrutural”. Em razão da complexidade do problema, o STF não mais é chamado apenas para solucionar questões particulares ligadas a direitos pontuais dos requerentes, mas assumiu o papel de proteger a dimensão objetiva dos direitos fundamentais em risco, através dos chamados “remédios estruturais” que se propõem a redimensionar as bases de formulação e execução de políticas públicas.

Rechaçando-se a tese de ofensa da subsidiariedade, não há na jurisprudência pátria ações que tenham essa natureza genérica e pretensão estruturante, uma vez que as outrora ajuizadas dizem respeito a problemas individuais de presos. Também não procede o argumento da pretensa violação à separação dos poderes, uma vez que o papel do STF, ao reconhecer o ECI, não será o de desenhar as políticas públicas, mas sim o de afirmar a necessidade urgente de que o Executivo e o Legislativo estabeleçam e executem tais políticas penitenciárias, inclusive as orçamentárias.

Cabe a esta Corte Constitucional brasileira o exercício de sua função típica para racionalizar a escoreta criação, aplicação e execução da lei penal e processual penal, sob pena de se agravar ainda mais o quadro caótico dos cárceres brasileiros, já que eles são utilizados como molas-mestres das políticas criminais do País. É importante que o STF exerça

sua função atípica de interferir em políticas públicas e escolhas orçamentárias quando houver um caso de grave ofensa aos preceitos fundamentais elencados na Lei Maior.

Neste prisma, o ECI, ao contrário de ser uma ameaça à democracia, vem ao encontro dessa pretensão política da constituição em efetivar direitos fundamentais como recurso último para se evitar maiores falhas estruturais e omissões institucionais. Trata-se de um verdadeiro ativismo judicial que visa à superação da sub-representação de grupos sociais marginalizados, da falta de coordenação das ações entre os setores públicos e dos riscos de custos políticos.

Conclui-se com a ideia de que, caso a teoria do ECI seja efetivamente adotada na jurisdição constitucional brasileira, importando-se a experiência do caso colombiano do “deslocamento forçado de pessoas” como um ativismo realmente dialógico entre os poderes e entidades federativas, ela terá capacidade de ser um parâmetro na busca de efetividade dos direitos fundamentais das pessoas encarceradas e da segurança pública em geral.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 17, jan., fev. e mar./2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 240, Rio de Janeiro, 2005, p. 83-103.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Interesse Público**, ano 7, n. 33, set./out. 2005, Porto Alegre: Notadez, p. 13-54.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. *In*: BUCCI, M. P. D. (org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 347/DF. Disponível em [http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=347&classe=ADPFMC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M\\_](http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=347&classe=ADPFMC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M_) Acesso em: 13.7.2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Devemos temer o “Estado de Coisas Inconstitucional”? **Consultor Jurídico**, 15.10.2015. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional#author\\_](http://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional#author_) Acesso em: 27.7.2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1997.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Salvador: JvsPodivm, 2009.

KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a.36 n. 144 out./dez. 1999, p. 239-256.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**. São Paulo: Saraiva, 2008.

SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. *In*: SOUZA NETO, Claudio P. de; SARMENTO, D. (coords.) **A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. *In*: SILVA, V. A. da (org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lenio L. As razões pelas quais Dworkin não admite discricionarismos na decisão judicial e porque em Alexy ocorre a “consagração da discricionariedade dos operadores jurídicos”. *In*: **Lições de crítica hermenêutica do Direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

\_\_\_\_\_. Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo. **Consultor Jurídico**, 24.10.2015. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo](http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo). Acesso em: 12.7.2016.

TOURINHO PERES, Maria Fernanda. O anacronismo penitenciário. *In*: COELHO, Maria Thereza Á. Dantas; CARVALHO FILHO, Milton J. de. **Prisões numa abordagem interdisciplinar**. Salvador: EDUFBA, 2012.