

## ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: LEGITIMIDADE E EFEITOS PRÁTICOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

### *UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS: LEGITIMACY AND PRACTICAL EFFECTS IN BRAZILIAN LEGAL ORDINANCE*

Simone Valadão Costa e Tressa\*

**Resumo:** Diante dos vários problemas envolvendo o sistema penitenciário brasileiro e da ausência efetiva de ações que promovam mudanças, a curto prazo, são necessários estudos visando sua adaptação, a fim de torná-lo menos desumano. Este trabalho, adotando o método dedutivo, analisa a decisão do Supremo Tribunal Federal na Medida Cautelar da ADPF nº 347 que, ao adotar pioneiramente, no Brasil, o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) em relação ao sistema penitenciário, em uma perspectiva estrutural, fomentou o estudo científico da teoria, o questionamento sobre a adequação da medida no Brasil e a busca, pelos cientistas jurídicos, de alternativas dialéticas no tratamento da questão, como o "compromisso significativo", oriundo da Corte Constitucional sul-africana. A declaração do ECI representou um marco no ordenamento jurídico brasileiro. O trabalho conclui pela legitimidade na utilização e o proveito prático do reconhecimento da teoria no Brasil, a fim de contribuir com o aperfeiçoamento da ciência jurídica brasileira.

**Palavras-chave:** Estado de Coisas Inconstitucional. Legitimidade. Efeitos práticos.

**Abstract:** Faced with the various problems involving the Brazilian penitentiary system and the absence of effective actions to promote change in the short term, studies are needed to adapt it in order to make it less inhuman. This work analyzes the decision of the Federal Supreme Court in ADPF Caution Measure 347, which, by adopting the Brazilian State of Things Unconstitutional (ECI) in relation to the penitentiary system in a structural perspective, promoted the scientific study of the theory, the questioning of the adequacy of the measure in Brazil and the search by legal scientists for dialectical alternatives in the treatment of the issue, such as the "significant commitment" from the South African Constitutional Court. The ECI statement represented a milestone in the Brazilian legal system. The paper studies the legitimacy in the use and practical benefit of the recognition of theory in Brazil, in order to contribute to the improvement of Brazilian legal science.

**Keywords:** Unconstitutional state of affairs. Legitimacy. Practical effects.

## INTRODUÇÃO

As várias questões envolvendo o sistema penitenciário são debatidas em todo o mundo, não sendo privilégio brasileiro o enfrentamento da superlotação e das más

---

\* Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Especialista em Direito Público pela Escola Paulista de Direito - EPD. Bacharel em Direito pelo Instituto Vianna Júnior, Juiz de Fora, MG. Licenciada em Letras pela Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF. Licenciada em Música pela Universidade Metropolitana de Santos - UNIMES. Analista Judiciária do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo. Professora do Curso de Direito da Faculdade Eduvale de Avaré, SP. E-mail: simone.legis@gmail.com

condições das prisões na atualidade.

No enfrentamento da questão brasileira, deve-se levar em consideração que o Brasil ocupa a quarta posição no ranking dos países com maior população prisional do mundo, posição esta mantida mesmo em números percentuais em relação à população total de cada país, ou seja, a taxa de aprisionamento.

Dentre as alternativas apontadas por vários especialistas, visando o tratamento das condições negativas do cárcere no Brasil, estão a efetiva aplicação dos critérios objetivos para a prisão decorrente de tráfico de drogas e maior utilização das medidas cautelares diversas da prisão.

Há, ainda, que se ressaltar, por ser tema crucial envolvendo as mazelas penitenciárias, o fato de ser o aprisionamento um instituto falido, que não alcança seu suposto objetivo de ressocialização do indivíduo. Os efeitos experimentados pela sociedade com o aprisionamento oneroso e degradante indicam que referido instituto se mostra obsoleto, havendo a necessidade urgente de superação do modelo atual de reprimenda penal.

É certo, contudo, que o instituto do encarceramento está longe de ser superado, haja vista as fortes raízes da cultura do aprisionamento que dominam a sociedade moderna, seja por razões econômicas, sociais, éticas ou políticas.

Diante desse cenário, não sendo possível vislumbrar uma real mudança de tratamento do criminoso pela sociedade, a curto prazo, são necessários estudos de meios de adaptação do sistema, a fim de torná-lo menos desumano.

Várias alternativas podem ser concebidas, em várias áreas de atuação. Na área econômica, discute-se a necessidade, ou não, de construção de novos presídios, bem como o aperfeiçoamento das prisões em funcionamento. No aspecto social, incentivo à educação, trabalho, cultura e assistência à saúde dos presos. Quanto às políticas públicas, fortalecimento da segurança pública para frear o crescimento da criminalidade; implementação do acesso à justiça, a fim de que indivíduos não permaneçam encarcerados ilegalmente ou por tempo maior do que o previsto em lei; alterações legislativas; dentre outros.

Todas as ações, em todas as áreas, têm o mesmo objetivo: amenizar os efeitos da prisão refletivos nos alarmantes dados divulgados por diversas instituições que afirmam a falência do sistema penitenciário brasileiro.

Dentre os meios paliativos de tratamento do sistema, o denominado ativismo

judicial, adotado pontualmente e com respeito ao princípio da tripartição de poderes do Estado, vem se mostrando uma forte tendência frente a impotência dos diversos órgãos públicos incumbidos da obtenção de melhores resultados. Esse ativismo, embora realidade, é objeto de críticas severas dos cientistas jurídicos.

Este trabalho analisa a decisão do Supremo Tribunal Federal na Medida Cautelar da ADPF nº 347 que, ao adotar pioneiramente, no Brasil, o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) em relação ao sistema penitenciário, em uma perspectiva estrutural, fomentou o estudo científico da teoria, o questionamento sobre a adequação da medida no Brasil e a busca, pelos cientistas jurídicos, de alternativas mais políticas no tratamento da questão, como o "compromisso significativo", oriundo da Corte Constitucional sul-africana.

A declaração do ECI representou um marco no ordenamento jurídico brasileiro, podendo ser considerada uma reação do próprio ordenamento. Metaforicamente, tal como um organismo vivo, o ordenamento jurídico apresentou uma reação interna na busca do equilíbrio do sistema. Por isso, o Estado de Coisas Inconstitucional deve ser estudado, pois somente com o entendimento sólido de todo o contexto que envolveu a decisão, será possível o avanço na aplicação da teoria e de outras, supostamente mais adequadas.

Para este estudo, considera-se que a judicialização ou ativismo judicial devem ser analisados objetivamente e sempre sob o aspecto do proveito social obtido com tais decisões, ou seja, considerando a ciência jurídica a serviço das questões sociais.

E nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal produziu um julgado significativo, tendente a uma interferência pontual na questão levantada pela sociedade.

A partir do método dedutivo de pesquisa, segundo o qual parte-se de teorias e dados gerais para o alcance de conclusões específicas ou particulares, este trabalho analisa antecedentes históricos, nacionais e internacionais, que culminaram com o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional.

O estudo é direcionado a verificar a legitimidade na utilização e o proveito prático do reconhecimento da Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional pelo STF na decisão da Medida Cautelar da ADPF 347, que, ao analisar a teoria citada, determinou a realização da “audiência de custódia e descongestionamento do Fundo Penitenciário”, visando o restabelecimento da efetividade dos direitos fundamentais violados pelo sistema penitenciário.

## 1 A TEORIA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E SEUS PRESSUPOSTOS

A teoria do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) surgiu na Corte Constitucional da Colômbia, expressamente adotada, dentre outras decisões, na *Sentencia* T-025, de 22/01/2004, na qual foram julgados pedidos de cidadãos colombianos forçados ao deslocamento interno naquele país, em razão de violência existente em várias partes daquele Estado (CORTE CONSTITUCIONAL, 2004).

Ao julgar os pedidos dos cidadãos colombianos, a Corte Constitucional identificou que a população deslocada se encontrava em condição de extrema vulnerabilidade, não somente pelo deslocamento, mas também porque enquadrados como minorias sociais (mulheres chefes de família, pessoas menores de idade, minorias étnicas e pessoas de terceira idade).

A ofensa aos direitos constitucionais na Colômbia, em razão dos deslocamentos de populações vulneráveis e a falta de políticas públicas protetivas suficientes, levou a jurisprudência do país a afirmar a existência de um direito dos cidadãos em receberem, de forma urgente, tratamento preferencial por parte do Estado. A ausência de ações estatais voltadas ao atendimento dos direitos constitucionais configurou o que a Corte Constitucional colombiana classificou como Estado de Coisas Inconstitucional.

A Corte assim expôs:

Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, cabe destacar los siguientes: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (ii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (iv) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (v) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus

derechos, se produciría una mayor congestión judicial. (CORTE CONSTITUCIONAL DA REPÚBLICA DA COLÔMBIA, 2004).

Carlos Alexandre de Azevedo Campos, com base no que previu a Corte Constitucional Colombiana, ensina que o Estado de Coisas Inconstitucional apresenta três pressupostos básicos:

1. a constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo de pessoas;
2. a falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e até judiciais, verdadeira “falha estatal estrutural”, que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação;
3. a superação dessas violações de direitos exige a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes — são necessárias mudanças estruturais, novas políticas públicas ou o ajuste das existentes, alocação de recursos etc. (CAMPOS, 2015)

O Estado de Coisas Inconstitucional, portanto, representa uma definição jurídica para problemas sociais que, embora sejam objeto de previsão constitucional para proteção de direitos, não foram objeto das ações do Estado na aplicação direta do ordenamento jurídico vigente.

Isto significa que, embora haja norma constitucional prevendo determinados direitos, sobretudo aqueles inerentes à dignidade da pessoa humana, as ações estatais não são suficientes ou não foram realizadas para o cumprimento do mandamento constitucional.

No caso colombiano, as populações deslocadas, em razão da violência, não contaram com políticas públicas básicas, fato que ocasionou violação de direitos e condições indignas de vida, motivando pedidos de apreciação na Corte Constitucional Colombiana e o consequente reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal identificou a presença dos pressupostos do ECI em relação ao sistema penitenciário nacional, nos seguintes termos:

Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. (STF, 2015)

O pedido de reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, veiculado por intermédio da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, se baseou

na superlotação e condições degradantes do sistema prisional, configurando cenário fático incompatível com a Constituição Federal e representando ofensa a diversos preceitos fundamentais.

Tais argumentos foram acolhidos pelo STF que concluiu pela configuração do ECI no sistema prisional brasileiro.

## **1.1 AS CRÍTICAS À ADOÇÃO DA TEORIA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL**

O artigo 8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que: "todo ser humano tem direito de receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei" (ONU, 1948).

A previsão acima, registrada em uma Declaração Universal como forma de afirmação de direitos humanos, deve encontrar guarida em todos os ordenamentos jurídicos modernos e democráticos, sob pena de violação ao direito fundamento do acesso à justiça.

Nesse sentido, a Corte Constitucional brasileira foi acionada para apreciar os problemas relacionados à questão penitenciária, haja vista a impotência dos órgãos públicos competentes para o tratamento da questão, inclusive o próprio Poder Judiciário, compelido pela ADPF 347 a realizar, obrigatoriamente, a audiência de custódia, visando assegurar que a prisão em flagrante esteja, de fato, de acordo com os ditames constitucionais e legais.

Tendo sido a decisão pioneira em adotar expressamente a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil, foi questionada sua legitimidade, sob argumentos como: violação ao princípio da separação de poderes, ativismo judicial camuflado, dispositivo retórico desprovido do monitoramento necessário (SOMBRA, 2015; STRECK, 2015).

Quanto à suposta violação ao princípio da separação de poderes, a Corte Constitucional Colombiana já afirmava que:

Al ordenar este tipo de medidas, no está desconociendo la Corte la separación de poderes que establece nuestra Constitución, ni desplazando a las demás autoridades en el cumplimiento de sus deberes. Por el contrario, la Corte, teniendo en cuenta los instrumentos legales que desarrollan la política

de atención a la población desplazada, así como el diseño de la política y los compromisos asumidos por las distintas entidades, está apelando al principio constitucional de colaboración armónica entre las distintas ramas del poder, para asegurar el cumplimiento de los deberes de protección efectiva de los derechos de todos los residentes en el territorio nacional. Esa es la competencia del juez constitucional en un Estado Social de Derecho respecto de derechos que tienen una clara dimensión prestacional. (CORTE CONSTITUCIONAL DA REPÚBLICA DA COLÔMBIA, 2004).

Quanto ao ativismo judicial, embora não haja a intenção de aprofundamento no tema, o STF decidiu tão somente o que lhe foi pedido. Para escapar da decisão proferida, poderia adotar algumas decisões parciais na medida cautelar, mas, nesse caso, qualquer decisão não estaria condizente com sua atribuição de guardião da constituição.

Ademais, as críticas que potencializaram as supostas faces negativas da decisão, questionando a impossibilidade de sua execução e o amplo Estado de Coisas Inconstitucional existente do Brasil não passíveis de solução pelo Poder Judiciário, podem ser combatidas com a análise dos efeitos práticos e positivos decorrentes da decisão.

## **1.2 OS ANTECEDENTES DA DECISÃO NA MEDIDA CAUTELAR DA ADPF 347**

A questão penitenciária brasileira tem sido objeto de julgamento não só pelo Poder Judiciário nacional. A violação dos direitos humanos nas prisões brasileiras foi objeto de questionamento internacional junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em diversas oportunidades.

Há registro de resoluções do CIDH sobre o sistema penitenciário brasileiro desde 2002. Os questionamentos levados à apreciação da Comissão referem-se a diversas unidades prisionais brasileiras, localizadas em diversos estados membros, a exemplo do Presídio Urso Branco (Porto Velho/RO), Penitenciária "Dr. Sebastião Martins Silveira" (Araraquara/SP) e Complexo Penitenciária de Pedrinhas (São Luís/MA). (CNJ, 2017)

Em um dos casos citados, a CIDH julgando pedido de aplicação de medidas cautelares ao Estado brasileiro, proferiu julgamento na Medida Cautelar nº 367-13, expedindo a Resolução 11/2013, de 16/12/2013, sobre as pessoas privadas de liberdade no Complexo Penitenciário de Pedrinhas. (CIDH, 2013)

No julgamento da Medida Cautelar referida, a CIDH apreciou solicitação de

medidas cautelares apresentada pela Sociedade Maranhense de Direitos Humanos e a Ordem dos Advogados do Brasil, haja vista a superlotação do Complexo Penitenciário e as péssimas condições de detenção. Na mesma prisão, no ano de 2013, quarenta a um internos foram assassinados e vários outros foram feridos em decorrência da desordem e violência observada no interior da unidade prisional.

A CIDH, em decisão, solicitou ao Brasil que adotasse medidas necessárias e efetivas para evitar perda de vidas e danos à integridade pessoal de todas as pessoas privadas de liberdade no Complexo Penitenciário de Pedrinhas, reduzisse de forma imediata os níveis de superlotação e investigasse os fatos que motivaram a adoção das medidas cautelares, evitando sua repetição. (CIDH, 2013)

Em âmbito nacional, o STF foi provocado a se pronunciar sobre assuntos que, diretamente ou incidentalmente, questionaram a situação do sistema carcerário no país.

A competência do Poder Judiciário para determinar ao Poder Executivo a realização de obras em estabelecimentos prisionais com o objetivo de assegurar a observância de direitos fundamentais dos presos foi objeto da decisão proferida no RE 592.581. (STF, 2015)

Em outra oportunidade, houve a análise do Recurso Extraordinário nº 635.659, com repercussão geral reconhecida e ainda pendente de julgamento. Referido recurso levanta a discussão quanto à descriminalização do uso de drogas, tendo o relator, Ministro Gilmar Mendes, votado pela inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, o qual define como crime o porte de drogas para uso pessoal. (STF, Relator..., 2015)

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240, o Supremo julgou improcedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade da audiência de custódia, "indicando a adoção da referida prática da audiência de apresentação por todos os tribunais do país" (STF, Ação..., 2015)

Esses são alguns dos precedentes da Corte Constitucional brasileira que ajudam a entender o papel do Tribunal no enfrentamento da questão penitenciária e auxiliam a compreensão do caminho percorrido, que culminou no reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional.

Avançando para a análise da decisão objeto deste estudo, o Supremo Tribunal Federal, na ADPF 347, foi provocado a se manifestar quanto à obrigatoriedade das audiências de custódia e necessidade de liberação do saldo acumulado do Fundo

Penitenciário Nacional (FUNPEN) para utilização nos fins para o qual foi criado.

A audiência de custódia consiste na apresentação de presos em flagrante a um juiz competente, no prazo de até 24 (vinte e quatro) horas, a contar da prisão, momento no qual o magistrado decidirá sobre a legalidade da prisão e a possibilidade de relaxamento, substituição da prisão preventiva por liberdade provisória e/ou aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

O artigo 5º, §3º, da Constituição Federal brasileira, dispõe que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata" e, ainda, no §2º: "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Porém, no Brasil, até o julgamento da Medida Cautelar na ADPF 347, a audiência de custódia, prevista no artigo 7º, número 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, e no artigo 9º, número 3, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, não era considerada um procedimento obrigatório.

Em 2015, o CNJ, o Ministério da Justiça e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa assinaram o Termo de Cooperação Técnica nº 007/2015, instituindo o "Projeto Audiência de Custódia" (CNJ, 2015). O Tribunal de Justiça de São Paulo foi o pioneiro na adesão ao novo procedimento, mas teve que suportar questionamentos de inconstitucionalidade da medida, os quais foram superados pela declaração de constitucionalidade pelo STF na ADI 5240 (STF, 2015).

Diante do caos apresentado pelo sistema carcerário brasileiro, o Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, em 2015, interpôs a ADPF 347, por intermédio da qual, em Medida Cautelar, o STF declarou o sistema carcerário brasileiro como um Estado de Coisas Inconstitucional.

## **2 A LEGITIMIDADE DA DECISÃO DO STF QUE RECONHECEU O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL(ADPF 347)**

A despeito das diversas críticas tecidas contra a decisão do STF, na Medida Cautelar da ADPF 347, bem como o surgimento de teorias com maior conteúdo dialético, a exemplo da teoria do "compromisso significativo", desenvolvida pela Corte Constitucional da África do Sul (VIEIRA JUNIOR, 2015), é importante registrar um

breve estudo sobre a legitimidade do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro.

A análise quanto à legitimidade aqui proposta refere-se à adequação do instituto no contexto nacional.

Nesse sentido, deve-se destacar que a teoria tem sua origem em ordenamento jurídico estrangeiro, tendo sido aplicada em cenário distinto sob o ponto de vista fático, porém semelhante socialmente. Isso porque, em ambos os casos, as decisões judiciais buscaram a proteção de direitos humanos titulados por indivíduos que compõem grupos vulneráveis.

Mas a semelhança social entre o contexto colombiano e o brasileiro não é suficiente para, por si só, justificar a importação do instituto para o ordenamento jurídico do Brasil.

Portanto, a legitimidade que se busca aferir é aquela relacionada à adequação puramente jurídica da aplicação da teoria em cenário brasileiro.

A definição que vincula a legitimidade unicamente à legalidade é precária. Por tal razão, não é difícil encontrar estudos mais aprofundados sobre o tema. E esses estudos, buscando identificar o sentido da legitimidade, estudaram a legitimidade do próprio Direito.

O estudo da legitimidade do Direito tem por fim entender a legitimidade das regras que o compõem e, por consequência, propicia uma análise sobre tudo o que pode, ou não, ser considerado legítimo em determinado ordenamento jurídico.

Dentre os autores que exploraram a legitimidade do Direito, Habermas apresenta uma versão da legitimidade fundamentada no processo democrático de criação do direito. Para ele: "o processo democrático da criação do direito constitui a única fonte pós-metafísica da legitimidade" (HABERMAS, 1997, p. 308).

A afirmação de Habermas deve ser entendida sob o ponto de vista de sua Teoria da Ética do Discurso, segundo a qual:

a validade de uma norma, portanto, significa que ela merece um reconhecimento universal em razão de sua capacidade de, por intermédio da razão tão-somente, obter o consentimento de todos aqueles a quem ela se dirige (BOTELHO, 2008, p. 110)

Conjugando esses pontos de vista, pode-se afirmar que as regras que encontram ressonância no processo democrático de construção da vontade popular possuem, por

consequente, legitimidade. Isso porque, a própria construção dessas normas mediante um processo democrático asseguram que sejam adequadas ao meio no qual foram produzidas.

No caso sob análise, é irrefutável a ideia de que as regras de direitos humanos e fundamentais, violadas no sistema penitenciário no Brasil, são legítimas, pois produzidas pelo processo democrático.

Por conseguinte, toda decisão que busque o cumprimento dessas regras encontrará legitimidade na própria fonte da norma. Nesse caso, é possível defender a adequação da declaração do sistema penitenciário brasileiro como um ECI.

Para Luhmann, legitimidade "significa a convicção, realmente, divulgada, da legitimidade do direito, da obrigatoriedade de determinadas normas ou decisões, ou do valor dos princípios que as justificam" (LUHMANN, 1980, p. 29).

E o autor acrescenta: "pode-se definir a legitimidade como uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância" (LUHMANN, 1980, p. 30).

Luhmann investiga se essa "disposição" para aceitar decisões tem por fundamento uma causa psicológica (que ele denomina "satisfação interior quanto a uma troca de obediência contra uma 'participação' democrática) ou se é o "resultado dum elevado número de mecanismos sociais que identificam conjunturas muito heterogêneas de motivos" (LUHMANN, 1980, p. 30).

Alguns aspectos sociológicos podem ser apontados como base de raciocínio, a fim de fundamentar o estudo sobre a legitimidade aqui proposto.

Luhmann, ao tratar da institucionalização sob a dimensão social da formação do direito, menciona que na sociedade podem ser observadas relações sociais que devem considerar três posições dos indivíduos: aqueles que esperam (expectativa), aqueles que agem e aqueles que esperam algo daqueles que esperam, ou seja, terceiros (mecanismo da expectativa de expectativas) (LUHMANN, 1983, p. 78). Nesse caso, "ambos os lados, portanto, iniciam uma relação sempre como aquele que espera e aquele que age, passando a intercambiar constantemente essa orientação inicial" (LUHMANN, 1983, p. 78). E conclui que "todo aquele que participa em um sistema social preenche todas essas funções praticamente ao mesmo tempo".

Transportando esses conceitos para o estudo aqui tratado, é possível inferir que a questão social relativa às precárias condições do cárcere no Brasil envolve ações e

expectativas de toda a sociedade. Todos os brasileiros guardam expectativas nessa relação social, sendo a maior delas a ressocialização. Também, todos, por meio do Estado, agem para que o objetivo seja alcançado. E todos, ainda, criam expectativas sobre a ressocialização (que já é uma expectativa).

Esse contexto sustenta confortavelmente a ideia de que no ordenamento jurídico desaguam essas três posições sociais. Ao Estado cabe a ação eficaz para garantir o bom funcionamento das medidas penalizadoras, a fim de possibilitar que o objetivo seja alcançado.

Além disso, ponto relevante nesse raciocínio relaciona-se à expectativa, pois as pessoas, seja quem está submetido a penas criminais, seja quem aplica essas penas ou mesmo quem possui apenas expectativas quanto ao bom funcionamento desse sistema, não admite que, em um Estado Democrático de Direito, os direitos humanos sejam violados reiteradamente.

Some-se a isso a realidade presente no contexto brasileiro, no qual as políticas públicas não alcançam a população encarcerada, seja por falta de interesse político, seja por questões puramente éticas que impulsionam a exclusão daqueles etiquetados como delinquentes sociais.

A sociedade não pode ser refém de ações puramente políticas e ineficazes, incapazes de ações efetivas para o tratamento da questão penitenciária.

E o que dizer da ação judicial (ADPF 347) levada perante a Corte Constitucional brasileira, buscando a decisão necessária e esperada pela sociedade? Caberia ao Supremo Tribunal declarar-se impedido de julgar ou de declarar o Estado de Coisas Inconstitucional, determinando ações para o cumprimento da declaração?

A decisão na Medida Cautelar da ADPF 347 rendeu frutos que talvez não fossem colhidos sem essa intervenção judicial. E diante desse fato, outra questão pode ser levantada: estaria a ciência acima da realidade? Isto é, o Tribunal deveria se abster de declarar o ECI, e não correr o risco de produzir resultados não alcançados em décadas pelo Poder Público, em respeito a obstáculos científicos?

Aqueles contrários à declaração do ECI dirão que a infração aos princípios teóricos mencionados podem levar ao colapso de toda estrutura estatal ou ao governo impróprio orquestrado pelo Poder Judiciário (ilegitimidade democrática).

Para a resposta a essa questão, vale o registro das palavras do ministro Roberto Barroso:

Em suma: o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal deverão acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser deferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema. Por fim, suas decisões deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito: racionalidade, motivação, correção e justiça. (BARROSO, 2012, p. 31-32).

Nessa perspectiva, conforme mencionado pelo próprio ministro, é importante destacar o conteúdo incidentalmente político de toda e qualquer decisão judicial, não se podendo pretender que o Judiciário esteja alheio aos resultados de suas decisões.

Somente em um mundo ideal pode-se impor que o Judiciário, formado por seres humanos a serviço da sociedade, esteja isento de decidir conforme as necessidades sociais e reais presentes na comunidade, afinal, o Direito é uma ciência social.

Todas essas premissas trazem em si uma justificação para a declaração da ECI, tal como foi exposta pelo STF na ADPF 347, registrando assim sua legitimidade, isto é, demonstrando a adequação de seu reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, é importante retomar o que se registrou no início do texto deste item quanto ao surgimento de novas teorias que defendem uma ação mais política do Poder Judiciário diante da violação reiterada de direitos fundamentais. A teoria de maior expressão nesse sentido é o "compromisso significativo", desenvolvida pela Corte Constitucional da África do Sul e segundo a qual o Poder Judiciário, ao reconhecer a violação massiva de direitos fundamentais, inicia um processo de intercâmbio de ações entre cidadãos e Estado (VIEIRA JUNIOR, 2015, p. 31).

Deve-se reconhecer a necessidade de aprimoramento do ordenamento jurídico com a introdução de novas teorias capazes de, por meio mais dialético, alcançar o respeito aos direitos fundamentais violados pela ausência de políticas públicas eficientes.

Contudo, essa necessidade de aperfeiçoamento do ordenamento não deve invalidar os resultados já alcançados, os quais devem ser objeto de estudo, a fim de que sejam consolidados e ganhem força para a evolução necessária.

### **3 EFEITOS PRÁTICOS**

Na decisão da Medida Cautelar, na ADPF 347, o STF determinou aos juízes e tribunais que realizassem audiências de custódia, em até noventa dias, cumprindo assim as determinações contidas em normas internacionais e determinou, ainda, que a União libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

Duas foram as determinações veiculadas, cujos efeitos práticos devem ser buscados também separadamente.

Quanto ao descongestionamento do Fundo Penitenciário, para cumprir a determinação, o Poder Executivo Federal editou a Medida Provisória 755/2016 visando desburocratizar a utilização do FUNPEN e cumprir a determinação contida na medida cautelar, conforme mencionado em sua exposição de motivos. Referida MP foi revogada pela de nº 781/2017, esta última com o mesmo objetivo da primeira.

A Medida Provisória visou ampliar a aplicabilidade dos recursos do FUNPEN, especialmente com a supressão da exigência de convênios, ou outros requisitos semelhantes, para a liberação dos valores aos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Como forma de monitoramento dos efeitos da decisão proferida na Medida Cautelar, os Estados da federação vêm apresentando seus questionamentos quanto à liberação do FUNPEN, nos próprios autos da ADPF, ainda pendente de julgamento de mérito.

Os Estados de Mato Grosso do Sul, Piauí, Alagoas, Goiás, Rio Grande do Sul, São Paulo, Sergipe e Bahia, por exemplo, registraram nos autos da ADPF a resistência da União em liberar o FUNPEN para referidos entes da federação.

Por óbvio, esse meio de questionamento sobre o cumprimento da decisão é provisório, mas demonstra os efeitos práticos imediatos alcançados e o monitoramento proporcionado.

Como forma definitiva de monitoramento da decisão, em relação ao FUNPEN, o Conselho Nacional de Justiça e o Ministério da Justiça firmaram o Termo de Cooperação Técnica nº 05/2016, em 26/04/2016, (BRASIL, CNJ, 2016).

Referido Termo nº 05 tem como objeto a emissão obrigatória de nota técnica do CNJ ao MJ, como subsídio para o repasse de recursos do FUNPEN, "visando financiar e apoiar atividades e programas de modernização e aprimoramento do Sistema Penitenciário Nacional, tendo em consideração o quanto decidido nos autos da ADPF 347/2015" (BRASIL, CNJ, 2016).

O Termo ainda prevê que a nota técnica do CNJ possibilitará a averiguação quanto à adequação do repasse de recursos do FUNPEN.

Portanto, a decisão cautelar proferida na ADPF 347 produziu frutos, até então não vislumbrados, quanto à utilização do Fundo Penitenciário, mecanismo criado para auxiliar no funcionamento do Sistema Penitenciário e, até então, ineficiente no cumprimento de seus objetivos.

Em relação à audiência de custódia, o CNJ, o MJ e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) firmaram o Termo de Cooperação Técnica nº 07/2015, em 09/04/2015, para a conjugação de esforços, visando à efetiva implantação do "Projeto Audiência de Custódia" (BRASIL, CNJ, 2015).

De acordo com dados divulgados pelo CNJ, desde que foi implantada a audiência de custódia no Brasil, segundo dados registrados até 24/05/2016, 40.584 pessoas foram liberadas da prisão em razão do novo procedimento (BRASIL, CNJ, 2016).

Esses são alguns dos efeitos e proveitos práticos que demonstram a utilidade da decisão proferida pelo STF na ADPF 347.

Pode-se citar, ainda, como proveito prático advindo da decisão na Medida Cautelar na ADPF 347, o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 736, de 11 de novembro de 2015, de autoria do senador Antônio Carlos Valadares, para estabelecer termos e limites ao exercício do controle concentrado e difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, dispor sobre o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional e o compromisso significativo (BRASIL, SF, 2015).

O projeto de lei indicado tem por fim conjugar a declaração do ECI, propondo que, reconhecido esse Estado de Coisas, o STF determine a celebração de compromisso significativo entre o Poder Público e os segmentos populacionais afetados pela ação ou omissão.

Vê-se que o resultado da decisão na Medida Cautelar da ADPF 347 proporcionou, inclusive, iniciativas legislativas, até então não cogitadas.

Os efeitos práticos aqui relatados demonstram que a iniciativa do Supremo em adotar a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional deve ser vista como positiva, pois além de pioneira, possibilitou um amplo debate científico, iniciativas políticas, jurídicas e legislativas que, provavelmente, não teriam sido alcançadas sem a decisão.

#### 4 CONCLUSÃO

A teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, oriunda da Corte Constitucional colombiana, representa uma nova forma de definição das reiteradas violações dos direitos fundamentais, possibilitando ao Poder Judiciário atuação pontual em questões levantadas pela sociedade como de importância vital para o equilíbrio do Estado.

A caracterização do sistema penitenciário brasileiro como um Estado de Coisas Inconstitucional pelo STF trouxe para o ordenamento jurídico uma nova perspectiva de debates sobre a atuação do Poder Público nas políticas relacionadas ao sistema carcerário.

Foi apresentado um breve histórico de decisões nacionais e internacionais, especialmente da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que convergiram para a decisão no bojo da ADPF 347.

Viu-se, ainda, que a legitimidade na adoção do ECI, no Brasil, tem seu fundamento na própria legitimidade do ordenamento jurídico, haja vista que a teoria visa assegurar o restabelecimento da observância de direitos humanos e fundamentais.

Embora a aplicação da Teoria pelo Supremo tenha gerado diversas críticas de cientistas jurídicos preocupados com a possível violação da estrutura formal do Estado, sobretudo com a suposta violação do princípio da tripartição de poderes, ficou claro que a decisão estabelecida na Medida Cautelar na ADPF 347/2015 possibilitou a produção de efeitos práticos positivos.

A aplicação da teoria do ECI possibilitou, ainda, em razão das críticas negativas à sua aplicação no Brasil, o estudo sobre a aplicação de teorias dialéticas para solução da violação de direitos fundamentais, como o "compromisso significativo", oriundo da Corte Constitucional sul-africana.

É desejável que os mecanismos de garantia dos direitos fundamentais sejam aperfeiçoados, o que pode ser alcançado com a conjugação do ECI com o "compromisso significativo", conforme proposto no Projeto de Lei do Senado nº 736/2015.

O fato é que o ordenamento jurídico brasileiro está em fase de evolução e a declaração do ECI veio movimentar as bases da ciência jurídica aplicada no Brasil, merecendo estudos, a fim de possibilitar o fortalecimento dos princípios que suportarão novos paradigmas.

Aos cientistas jurídicos cabe o estudo das teorias jurídicas que possam, ainda que incidentalmente, colaborar para a discussão da questão carcerária.

O estudo não deve perder de vista a noção básica de que o Direito não é a ferramenta ideal para a solução de inadequações políticas, não servindo de "tábua de salvação" que, de forma mágica, corrija imperfeições sociais, como um instrumento polivalente.

À ciência jurídica cabe o estudo das alternativas jurídicas que, associadas às ações políticas, possam contribuir com a evolução do sistema social vigente.

Este o objetivo deste trabalho, contribuir para o estudo e aperfeiçoamento do Direito no Brasil. O sistema penitenciário é preocupação de todos. Cabe a cada área do conhecimento o estudo aprofundado do tema, buscando apresentar alternativas para a proteção dos direitos fundamentais violados reiteradamente pela realidade do sistema penitenciário.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula. *A legitimação moral dos direitos humanos: uma análise dos princípios de justiça de John Rawls*. Direito e Práxis, vol. 03, n. 02, 2011. Disponível em: <file:///D:/Usuarios/121867020213/Downloads/2191-36040-1-PB.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2017.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol. 5, nº 1, 2012, p. 23-32. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

BOTELHO, Marcos César. *A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas*. Brasília, 2008. Disponível em: <[tjba.idp.edu.br/component/docman/doc\\_download/185-](http://tjba.idp.edu.br/component/docman/doc_download/185-)>. Acesso em: 05 jul. 2017.

BRASIL. *Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)> . Acesso em: 07 jul. 2017.

BRASIL. Senado Federal (SF). *Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 736, de 11 nov. 2015*. Autoria: senador Antônio Carlos Valadares. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=574912&disposition=inline>>. Acesso em 26 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.240*. Julgada em 20 ago. 2015. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>>.

Acesso em: 21 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso Extraordinário nº 592.581*. Julgada em 13 ago. 2015. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>>. Acesso em: 27 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso Extraordinário nº 641.320*. Publicado em 11 mai. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>>. Acesso em: 27 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Relator vota pela descriminalização do porte de drogas para consumo próprio*. Publicado em 20 ago. 2015. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298109&caixaBusca=N>>. Acesso em: 27 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal*. Julgada em 09 set. 2015. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Medidas Provisórias*. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/ouvidoria-page/documentos/922-publicacoes/corte-interamericana-de-direitos-humanos-cidh/81978-medidas-provisorias>>. Acesso em: 27 jun. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Termo de Cooperação Técnica nº 007/2015, de 09 abr. 2015*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/7525f63d46d1147032a1003f1c9271c9.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Termo de Cooperação Técnica nº 005/2016, de 26 abr. 2016*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/ee77133a3c5f9d319099e870defbf2e7.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Audiência de Custódia, 2016*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dc09b.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Devemos temer o "estado de coisas inconstitucional"?* **Consultor Jurídico**, São Paulo, 15 out 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional>. Acesso em 26 jun. 2017.

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Resolução 11/2013*. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/MC367-13-pt.pdf>>.

Acesso em: 27 jun. 2017.

CORTE CONSTITUCIONAL DA REPÚBLICA DA COLÔMBIA. *Sentencia T-025. Bogotá, 2004*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume II*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*, trad. De Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980).

\_\_\_\_\_. *Sociologia do Direito I*, trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

BRASIL. Ministério da Justiça e Departamento Penitenciário Nacional. *Implementação das audiências de custódia no Brasil: análise de experiências e recomendações de aprimoramento*. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/implementacao-das-audiencias-de-custodia-no-brasil-analise-de-experiencias-e-recomendacoes-de-aprimoramento-1.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

BRASIL. Ministério da Justiça e Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN*. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 27 jun. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Termo de Cooperação Técnica nº 007/2015, de 09 abr. 2015*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/7525f63d46d1147032a1003f1c9271c9.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Novo Diagnóstico de pessoas presas no Brasil*. Brasília, 2014. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas\\_presas\\_no\\_brasil\\_final.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf)>. Acesso em: 27 jun. 2017.

ONU - Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Paris, 10 dez. 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. *The "Unconstitutional State of Affairs" im Brazil's Prison System: The Enchantment of Legal Transplantation. I-CONnect*. Publicado em 30 set. 2015. Disponível em: <<http://www.iconnectblog.com/2015/09/the-unconstitutional-state-of-affairs-in-brazils-prison-system-the-enchantment-of-legal-transplantation/>>. Acesso em: 27 jun. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo*. Consultor Jurídico, 24 out. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out->

24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>. Acesso em: 26 jun. 2017.

VIEIRA JUNIOR, R. J. A. *Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186). Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/516692/TD186-RonaldoJorgeAJr.pdf?sequence=1>>. Acesso em 22 de jun. de 2017.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Legitimidade e legalidade: uma distinção necessária*. Revista de informação legislativa, v. 31, n. 124, p. 179-184, out./dez. 1994. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176273/000492900.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Caos no sistema penitenciário: propostas efetivas para reverter a crise*. 17 jan. 2017. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/01/17/caos-no-sistema-penitenciario-propostas-efetivas-para-reverter-crise2/>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

Recebimento em 17 de março de 2019.

Aprovação em 04 de junho de 2019.