O papel da Jurisdição Constitucional nos processos estruturais: uma análise da ADPF nº 347/DF

The role of Constitutional Jurisdiction in structural reform litigation: an analysis of ADPF nº 347/DF

Matheus Casimiro Gomes Serafim [*]

Felipe Braga Albuquerque [**]

REFERÊNCIA
SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. O papel da Jurisdição Constitucional nas demandas estruturais: uma análise da ADPF n° 347/DF. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 43, p. 267-292, ago. 2020. DOI: https://doi.org/10.22456/0104-6594.95200.

RESUMO
O presente trabalho analisa o papel da jurisdição constitucional na superação das omissões políticas, por meio das demandas estruturais. Assim, estuda-se a adoção do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) na ADPF nº 347/DF, investigando se a forma como a sentença estrutural colombiana está sendo recepcionada no Brasil é consentânea com a separação de poderes, bem como capaz de promover a eficiência das demandas estruturais. Para realizar essa análise, utilizasse o estudo bibliográfico e documental, com o intuito de compreender o desenvolvimento histórico do ECI, os casos paradigmáticos para a sua evolução e quais elementos contribuem para a sua eficiência. Com efeito, analisando-se os principais pedidos finais da ação, constatou-se que o seu eventual deferimento conduzirá a uma indevida ampliação das competências do Supremo Tribunal Federal (STF), aproximando a decisão da sentença T-153, proferida pela Corte Constitucional Colombiana e que é um clássico caso de ineficiência do ECI. Ademais, constatou-se que o STF precisa adotar um posição mediadora, e não formuladora de políticas pública, de tal forma que o tribunal funcione como uma força motriz que tira os poderes políticos da inércia, promovendo a formação de um diálogo institucional entre Judiciário e Executivo, incluindo também, na medida do possível, os segmentos populacionais afetados.

PALAVRAS-CHAVE
Processos estruturais. Omissões políticas. Estado de coisas inconstitucional.

ABSTRACT
The present study analyzes the role of constitutional jurisdiction in overcoming political omissions through structural reform litigation. Therefore, the adoption of the Unconstitutional State of Affairs (USoA) in ADPF No. 347/DF was studied, investigating whether the way the Colombian structural ruling is being received in Brazil is consistent with the separation of powers, as well as capable of promoting the efficiency of structural demands. To perform this analysis, a bibliographic and documental study was carried out in order to understand the historical development of the USoA, the paradigmatic cases for its evolution and which elements contribute to its efficiency. In fact, analyzing the main final claims of the action, it was found that its possible acceptance will lead to an undue extension of the powers of the Federal Supreme Court (Supremo Tribunal Federal), bringing the decision closer to verdict T-153 issued by the Colombian Constitutional Court, which is

[*] Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (PPGD/UFC), com área de concentração em Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico. Pós-graduando lato sensu em Filosofia e Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Graduado em Direito pela UFC.

[**] Professor Adjunto da Universidade Federal do Ceará (UFC), onde leciona na Graduação e na Pós-Grauduação stricto sensu da Faculdade de Direito. Pós-doutorando em Saúde Coletiva pela UFC. Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestre em Direito pela UNIFOR. Graduado em Direito pela UNIFOR.

a classic case of USoA inefficiency. Furthermore, it has been concluded that the Federal Supreme Court must adopt a mediating stance rather than a public policy maker one, so that the Court functions as a driving force that pulls political powers out of inertia, promoting the formation of an institutional dialogue between the Judiciary and the Executive powers, including, as far as possible, the affected populational segments.

KEYWORDS
Structural reform litigation. Political omissions. Unconstitutional State of Affairs.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A resposta do Judiciário às omissões políticas: as sentenças estruturais. 2. A solução colombiana para as omissões políticas: o Estado de Coisas Inconstitucional. 3. A adoção do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil e os riscos da ADPF n° 347/DF. 3.1. O reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional brasileiro. 3.2. Os riscos de um eventual deferimento da ADPF n° 247/DF. 4. Conclusão. Referências. Dados da publicação.

1 INTRODUÇÃO

Após a Segunda Guerra Mundial, os direitos fundamentais tornaram-se, em todo o mundo, elementos cada vez mais relevantes nos textos constitucionais. Isso se deve, principalmente, à concepção de que esses direitos não são apenas limites à atuação do Estado, que deve respeitá-los, mas vetores que conformam e orientam a atuação estatal. Assim, há uma obrigação estatal constante de formular e executar políticas públicas adequadas à efetivação dos direitos fundamentais.

A referida obrigação, contudo, muitas vezes não é devidamente observada. Em alguns casos, ainda que exista abundante legislação destinada a assegurar determinado direito fundamental, inexistem políticas públicas adequadas à sua real proteção. Essa lacuna, decorrente da inércia estatal, é denominada omissão política. Em face dessa realidade, alguns segmentos populacionais afetados pela inércia do Poder Público acabam judicializando a questão, o que dá origem às chamadas demandas estruturais.

No Brasil, os litígios estruturais são um fenômeno recente, mas da maior relevância. Se por um lado eles podem viabilizar uma intervenção do Judiciário no âmbito de atuação dos poderes políticos, retirando-os da inércia e promovendo a elaboração de políticas públicas adequadas, por outro podem também permitir um agigantamento do Judiciário, o qual pode utilizar essas demandas para formular políticas públicas, o que além de violar a separação de poderes, pode conduzir a uma demanda estrutural ineficiente.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da medida cautelar da ADPF nº 347/DF, reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) do sistema prisional brasileiro. O ECI é um tipo de sentença estrutural desenvolvida na Colômbia, utilizada em situações nas quais se verificam graves, reiteradas e institucionalizadas violações aos direitos fundamentais de determinados grupos, perpetradas por órgãos estatais, seja por ações, seja por omissões. Nessa ação, a parte autora apresenta uma série de medidas que devem ser realizadas pelo Poder Executivo, sob a fiscalização, e até mesmo complementação, do Judiciário, o que concederia ampla possibilidade de intervenção no âmbito de competências do Executivo.

Ainda que os pedidos finais da referida ação não tenham sido apreciados até o momento, é importante compreender como o seu eventual deferimento pode comprometer a eficiência dos processos estruturais no país. Por se tratar de um caso paradigmático, visto que é a primeira vez que uma sentença estrutural estrangeira é utilizada no Brasil, a forma como o

ECI for recepcionado pelo STF pode conduzir ao desenvolvimento um modelo de litígio estrutural dialógico, que promove a efetivação dos direitos fundamentais de forma consentânea à separação de poderes, ou ampliar indevidamente o rol de competências do tribunal. Portanto, faz-se necessário refletir sobre o papel da jurisdição constitucional nas demandas estruturais, a partir dos pedidos finais dessa ação que pode nortear, para o bem ou para o mal, o futuro dos processos estruturais no país.

Diante disso, o presente trabalho estuda, primeiramente, a principal bibliografia sobre os processos estruturais e o Estado de Coisas Inconstitucional, com o intuito de compreender melhor a experiência colombiana nessa matéria e de que forma o ECI conseguiu obter bons resultados naquele país. Fixados os parâmetros para avaliar a intervenção do STF na superação das omissões políticas do sistema prisional, estudam-se os principais pedidos finais formulados na ação, para compreender quais os riscos decorrentes de um eventual deferimento desses pleitos.

1 A RESPOSTA DO JUDICIÁRIO ÀS OMISSÕES POLÍTICAS: AS SENTENÇAS ESTRUTURAIS

Os direitos fundamentais, especialmente no período posterior à Segunda Guerra Mundial, tornaram-se elementos cada vez mais relevantes nas novas Constituições. Essa importância decorre, principalmente, do estudo da dimensão objetiva desses direitos, a qual conforma a atuação do Estado, obrigando-o a não só se abster de violá-los, mas também realizar políticas públicas destinadas a efetivá-los (NASCIMENTO, 2016, p. 68) em grau máximo, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas.

Enquanto um número maior de direitos sociais era incluso nos textos constitucionais, contudo, aumentava também a inércia estatal em promover serviços públicos adequados à sua efetivação (KOZICKI; BROOCKE, 2018, p. 153). Surgiam, assim, as chamadas omissões não normativas, também chamadas de omissões políticas.

Diferentemente da conhecida omissão inconstitucional normativa, a qual implica em inexistência de ato normativo infraconstitucional que possibilita a aplicação de dispositivos constitucionais, as omissões políticas, segundo Marmelstein (2015a, p. 25), têm um caráter concreto e se verificam quando o Estado se queda inerte em ofertar os serviços públicos necessários à efetivação dos direitos fundamentais de um determinado segmento social. A dimensão objetiva, todavia, não vincula apenas os poderes políticos, mas deve conduzir

também a atuação do Judiciário, razão pela qual podem ser levadas a esse Poder violações de direitos fundamentais decorrentes da inércia estatal em realizar políticas públicas.

Dessa forma, o Poder Judiciário, em todo o mundo, tem exarado decisões chamadas de sentenças judiciais estruturais, as quais intentam superar os entraves institucionais na efetivação de determinados direitos fundamentais, possibilitando a intervenção das instâncias judiciais no âmbito das políticas públicas. Nas palavras de Campos, esses provimentos jurisdicionais são "comandos voltados a alcançar as mudanças institucionais que caracterizam a *public law litigation*" (2016, p. 189).

As sentenças estruturais, portanto, voltam-se para a ausência de estruturas aptas a efetivar os direitos fundamentais. O problema que se objetiva sanar, ao proferi-las, não é uma lacuna normativa. Muito pelo contrário, pode existir ampla diversidade de diplomas normativos que tratem sobre o caso em questão e, ainda assim, uma ausência de políticas públicas eficientes para a proteção e efetivação de direitos fundamentais. Assim, elas são utilizadas para solucionar não um simples problema de eficácia jurídico-formal, mas de efetividade normativa (CAMPOS, 2016, p. 64-65), ocasionada, principalmente, por uma falta de capacidade institucional e política para reverter a afazia estatal.

Para facilitar o seu estudo, as sentenças estruturais podem ser classificadas em dois tipos ideais, os quais auxiliam na compreensão desses provimentos jurisdicionais: elas podem ser enquadradas no *weak-form review* ou no *strong-form review*. Esses modelos não são encontrados de forma pura na realidade, entretanto, podem ser compreendidos como tipos ideais, dentro da tradição weberiana, sendo utilizados como esquemas que facilitam a compreensão da realidade, com ênfase em determinados elementos relevantes ao conhecimento que se pretende obter (NEVES, 2014, p. 101-102).

Segundo Tushnet (2008, p. 21), um dos primeiros a desenvolver essa classificação, uma sentença estrutural forte é aquela que confere a palavra final sobre a interpretação dos direitos envolvidos na demanda ao Judiciário, cuja decisão tem caráter final e irreversível. Dessa forma, os tribunais que utilizam esse tipo de sentença intervêm de forma mais intensa no âmbito de atuação dos poderes políticos, muitas vezes formulando as medidas que o Poder Público deve adotar para superar as omissões políticas. Para o autor, um dos principais exemplo da utilização do *strong-form review* é a Suprema Corte Americana, que em demandas estruturais utiliza as *structural injunctions* (JOBIM, 2013, p. 91-93), sentenças estruturais que permitem uma maior intervenção do Judiciário na formulação de políticas

públicas. Além disso, o Estado de Coisas Inconstitucional também se aproxima desse modelo, especialmente em sua primeira fase de aplicação na Colômbia.

Diversamente, as sentenças estruturais proferidas conforme o paradigma do *weak-form review* possibilitam que as Cortes intervenham no âmbito de competências dos poderes políticos, no entanto, não cabe ao Judiciário a palavra final sobre a forma de efetivar os direitos envolvidos no litígio. Na verdade, busca-se desenvolver um permanente diálogo entre as instâncias judicial e política, com o intuito de romper o monopólio da interpretação da Constituição (RAY, 2016, p. 24).

Com base na classificação desenvolvida Tushnet, alguns autores, como Sabel e Simon (2004, p. 1.019), defendem a existência de um terceiro modelo de intervenção judicial no âmbito de competência dos poderes políticos: o experimentalismo. Segundo os autores, as cortes que adotam esse paradigma são abertas à participação do segmento populacional afetado pela omissão política na elaboração das medidas necessárias para a superação da crise, bem como incluem nesse processo instituições públicas e privadas que podem colaborar com a demanda estrutural. Assim, mais do que um diálogo institucional entre Judiciário e Executivo ou Legislativo, são inclusos no processo de superação da inércia estatal os grupos afetados pela omissão e a sociedade civil.

Cada um desses modelos apresenta uma forma diferenciada para permitir que o Judiciário supere os dois principais obstáculos comumente levantados contra as demandas estruturais: o princípio da separação dos poderes e a incapacidade técnica do judiciário em formular políticas públicas (RAY, 2016, p. 19-20). Enquanto no *strong-form review* há uma maior confiança na habilidade das instâncias judiciais determinarem medidas que devem ser adotadas pelo Executivo, o *weak-form review* e o experimentalismo apostam na formação de um diálogo institucional, no qual o Judiciário tem um papel fundamental, mas não possui a última palavra sobre as políticas públicas a serem adotadas.

Tendo em vista esses três quadros teóricos, que pretendem explicar a forma como o Judiciário deve intervir no âmbito de competência dos demais Poderes, faz-se necessário compreender o que é o Estado de Coisas Inconstitucional e se a sua utilização apresenta riscos para os princípios democrático e da separação dos poderes.

2 A SOLUÇÃO COLOMBIANA PARA AS OMISSÕES POLÍTICAS: O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

O Estado de Coisas Inconstitucional foi desenvolvido, originalmente, pela Corte Constitucional Colombiana, em face de violações sistemáticas e institucionalizadas aos direitos fundamentais, decorrentes de omissões estatais. Por ser uma sentença estrutural, o instituto objetiva proporcionar o desenvolvimento de soluções para situações de graves inconstitucionalidades praticadas contra determinados grupos sociais. Via de regra, essas violações decorrem da inércia dos poderes políticos, que não realizam, ou realizam de forma muito aquém do necessário, políticas públicas para essas populações mais vulneráveis (MARMELSTEIN, 2015b, p. 241).

A primeira vez que a Corte Colombiana utilizou o instituto foi na *Sentencia de Unificacion* SU. 559/97, julgada no ano de 1997. O caso julgado versava sobre a tentativa de esvaziamento do Fundo Nacional de Benefícios Sociais do Magistério pelas cidades de *Zambrano* e *Maira de La Baja*, as quais violaram direitos previdenciários de quarenta e cinco professores. Durante vários anos, os docentes contribuíram com 5% dos seus subsídios para um fundo previdenciário, contudo, não receberam a contraprestação devida (MARMELSTEIN, 2015b, p. 242). Dessa forma, as cidades colombianas, ao não pagarem os valores devidos aos docentes, violaram os seus direitos fundamentais à saúde e à assistência social (TEIXEIRA; CHICHOVSKI, 2018, p. 195-196).

A Corte, entretanto, sabia que essas duas cidades não eram as únicas no país a agirem assim com os seus professores. À vista disso, ao proferir a decisão final, a Corte garantiu a filiação dos demandantes ao fundo previdenciário, determinando também que outros municípios que estivessem em situação similar ao caso julgado sanassem essa omissão em prazo razoável. Assim, entendeu-se que seria menos oneroso conferir um provimento jurisdicional que englobasse múltiplas situações, do que julgar individualmente cada uma das ações ajuizadas pelos professores que eventualmente seriam beneficiados com a decisão do caso (VARGAS HERNÁNDEZ, 2003, p. 2014).

Analisando o desenvolvimento do ECI, Campos (2016, p. 167) afirma que é possível dividi-lo em duas fases: a primeira, iniciada pela *Sentencia* SU. 559/97, foi marcada pela ineficiência; e uma segunda fase, iniciada com a sentença T-25, caracterizada pelo rigor da identificação de situações que verdadeiramente ensejassem a utilização da sentença, bem como por uma maior preocupação com a sua eficiência.

Sem dúvidas, o caso mais emblemático da primeira fase do instituto, cujo o estudo é relevante em razão da sua semelhança com a ADPF nº 347/DF, foi a aplicação do ECI ao sistema prisional colombiano, em 1998, com a sentença T-153. Naquela época, a Colômbia também possuía um sistema carcerário falho, no qual se verificavam sistemáticas violações aos direitos fundamentais (MARMELSTEIN, 2015b, p. 245-247). Diante desse cenário, diversas ações de tutela foram ajuizadas com base no desrespeito institucional aos direitos fundamentais dos presos.

Inicialmente, as ações ajuizadas versavam sobre o estado do sistema penitenciário nas cidades de Bogotá e de *Bellavista*, todavia, ciente de que essa situação se perpetuava por todo o território nacional, a Corte Constitucional decidiu reconhecer o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional. Assim, a Corte Colombiana estabeleceu uma série de medidas que deveriam ser adotadas em todas as instituições prisionais colombianas, com o fito de superar os entraves institucionais existentes para a efetivação e proteção dos direitos fundamentais dos detentos. As determinações exaradas implicaram, inclusive, na reformulação das políticas públicas penitenciárias, bem como na reorganização das disposições orçamentárias (MAIA, 2018, p. 36).

Os objetivos pretendidos, no entanto, não foram alcançados. Ainda que a Corte tenha decidido imbuída de boas intenções, adotou uma postura não só de legitimidade duvidosa, mas também ineficiente (GARAVITO; FRANCO, 2010, p. 36). A doutrina atribuiu esse fracasso a três razões principais: medidas extremamente rigorosas, ausência de meios de fiscalização por parte do Poder Judiciário e tangenciamento do cerne da questão carcerária no país (MAIA, 2018, p. 36).

Primeiramente, a Corte Colombiana formulou medidas de forma solipsista, sem diálogo com os poderes políticos, aos quais compete a formulação e realização das políticas públicas. Além disso, não se estabeleceram formas eficientes de fiscalização do cumprimento das determinações presentes na sentença, o que era fundamental no referido caso. Ademais, conforme preleciona Ariza (2013, p. 151), não se realizaram discussões sobre o cerne da questão carcerária do país, ou seja, não se buscou a razão dos altos níveis de encarceramento, ou porque a reforma de presídios seria a medida mais adequada para solucionar o problema, se a taxa de encarceramento era crescente no país.

Após a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, desenvolveu-se o documento *General Program to Comply with Constitutional Court Ruling T-153 of April 28, 1998* pelo INPEC (Instituto Nacional de Penitenciárias e Prisões) (ARIZA, 2013, p. 153), no qual

estabeleceu-se a criação de novos módulos prisionais para cerca de dois mil presos, bem como a construção de três complexos carcerários, os quais seriam responsáveis por criar mais de cinco mil e seiscentos novos espaços.

Em um primeiro momento, a construção desses estabelecimentos contribuiu com a redução da superlotação prisional, todavia, a situação ensejadora do ECI não foi solucionada definitivamente, visto que a taxa de encarceramento permaneceu crescente na Colômbia. Esse era o verdadeiro problema subjacente à superlotação do sistema penitenciário, e que não foi resolvido pela intervenção do Poder Judiciário. A prova de que a decisão T-153 acabou por ser ineficiente é que o ECI foi declarado no sistema penitenciário colombiano em outras duas circunstâncias: a decisão T-338 de 2013 e a T-762 de 2015 (CAMPOS, 2016, p. 133).

Contrapondo-se à ineficiência apresentada pela primeira fase do ECI, a segunda fase de aplicação do instituto apresenta uma maior preocupação com o diálogo entre Judiciário e o Executivo, bem como em assegurar a efetividade da sentença estrutural (CAMPOS, 2016, p. 167). Aqui, pode-se afirmar que o ECI se encontra em um ponto intermediário entre o *strong-form review*, visto que a Corte Constitucional ainda determina medidas e políticas públicas a serem adotadas pelo Poder Público, e o *weak-form review*, tendo em vista a maior preocupação em dialogar com os poderes políticos e outros agentes sociais.

O marco inicial dessa segunda fase é a sentença T-25, proferida em 2004 em face de um grave problema enfrentado pela Colômbia à época, e que até hoje apresenta repercussões sociais: os deslocados internos, vítimas dos conflitos armados existentes no país, principalmente entre guerrilhas e as forças militares nacionais[1]. A questão dos deslocados internos exige uma eficiente atuação estatal, visto que milhares de pessoas abandonam suas residências, indo para outras cidades ou para bairros mais pobres das cidades nas quais habitam. Dessa forma, os níveis de marginalização são ampliados, fazendo-se necessária a realização de políticas públicas para a proteção desse grupo social.

A Colômbia, entretanto, adotou uma postura inercial, revelando uma situação de descaso para com os deslocados internos. O número de ações de tutela ajuizadas contra o Estado Colombiano aumentava. Segundo Garavito e Franco (2009, p. 26), a Colômbia alegava, em sua defesa, que a ajuda humanitária teria duração de apenas três meses, a inexistência de disponibilidade orçamentária e erros nos pedidos de auxílio assistencial.

Tendo em vista a grave crise humanitária, agravada pela inércia estatal, a Corte

[1] Em 2015, 6,9 milhões de pessoas ainda se enquadravam no conceito de deslocado interno na Colômbia. (ESPINOSA; LANDAU, 2017, p. 178).

Constitucional reconheceu a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional atinente à situação dos deslocados internos. Ao proferir a sua decisão, a Corte constatou os dois principais entraves para a eficiência da decisão: a capacidade institucional limitada para implementar políticas públicas já previstas e o orçamento insuficiente (MAIA, 2018, p. 41).

Diante disso, a Corte Constitucional adotou uma postura mais aberta e dialogal do que a adotada na sentença T-153. No presente caso, o Poder Judiciário não fixou as políticas públicas que os poderes políticos deveriam executar. Com efeito, impôs-se a criação de um novo marco regulatório para as políticas voltadas aos deslocados internos, e que os poderes competentes exercessem as medidas que lhes eram cabíveis, as quais deveriam ser priorizadas no orçamento financeiro do Estado (MAIA, 2018, p. 41).

Outro diferencial significativo entre a T-153 e a T-25, é que a última estabeleceu meios de fiscalização judicial do cumprimento das determinações da sentença. No período de dez anos, realizaram-se mais de vinte audiências públicas, com a presença de autoridades e grupos da sociedade civil. A Corte Colombiana utilizou um mecanismo de fiscalização chamado de autos, o qual viabilizou o diálogo entre o Poder Judiciário e os demais agentes envolvidos na questão para esclarecer as medidas que vinham sendo tomadas, bem como fixar datas de audiências e solicitar informações ou ações dos poderes políticos (GARAVITO; FRANCO, 2015, p. 67). Dessa forma, a T-25 conseguiu ser um provimento jurisdicional eficiente.

Além desses avanços, a sentença T-25 apresentou, pela primeira vez, uma tentativa de sistematizar os critérios que devem ser utilizados para avaliar a necessidade de utilização do ECI. São eles:

> A) Inobservância reiterada e geral das liberdades e direitos essenciais pelos poderes públicos. B) Adoção de práticas constitucionais por ditos poderes. C) A omissão dos órgãos competentes em matéria de defesa de direitos constitucionais em adotar as medidas corretivas a violações desses direitos. D) A manutenção de normativas transitórias e provisionais em matéria de direitos fundamentais, como o da autonomia e independência do poder judicial e seu regime disciplinar. E) O ativismo judicial. F) A temporariedade de juízes. G) O funcionamento deficiente e o desempenho insuficiente dos organismos judiciais e de defesa e proteção dos direitos fundamentais. H) O exercício de delegação legislativa ilimitada pelo poder executivo. I) A impunidade em delitos de corrupção e contra os direitos humanos. E, J) A substituição dos mecanismos formais de reforma constitucional e do poder constituinte pela justiça constitucional (CORREDOR, 2006, p. 343-344).

Observa-se que a Corte Colombiana percebeu que, para assegurar a eficiência do ECI, deveria adotar medidas mais abertas e menos rígidas, buscando dialogar com os poderes políticos e fixar critérios claros para a aplicação do instituto, com o intuito de não banalizar a

sua utilização. À vista disso, resta verificar se o ECI pleiteado na APDF nº 347/DF aproxima-se mais da primeira ou da segunda fase do instituto colombiano.

3 A ADOÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL E OS RISCOS DA ADPF Nº 347/DF

Em 2015, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou a ADPF nº 347/DF, com o intuito de reconhecer o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional brasileiro, de forma semelhante ao que ocorreu na Colômbia. Até o momento, apenas os pedidos cautelares foram julgados, todavia, é fundamental analisar os riscos que os pedidos finais da ação apresentam, visto que eles podem conduzir a uma inadequada recepção do instituto colombiano no Brasil.

3.1 O reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional brasileiro

É fato notório no Brasil o estado degradante e insalubre no qual se encontra o sistema carcerário do país. Esse cenário caótico origina-se, principalmente, dos baixos investimentos públicos no sistema penitenciário, revelando uma falta de vontade política de sanar os problemas estruturais desse sistema. Além disso, o aumento constante da população carcerária influencia diretamente no aprofundamento da crise penitenciária.

Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) (BRASIL, 2017) divulgado pelo Ministério da Justiça em 2017, entre o ano de 2005, quando o estudo começou a ser realizado, e o ano de 2016, a população carcerária brasileira duplicou. Ademais, segundo a mesma pesquisa, a taxa de ocupação dos presídios no país é de 197,4%. Tendo em vista que existem somente 368.049 vagas, isso equivale a dois presos ocupando uma vaga. Esse cenário fica ainda mais preocupante considerando-se a informação de que do total da população encarcerada, 40% são presos provisórios, isto é, que ainda aguardam o seu julgamento.

Em face desse cenário, que há muito se perpetua no país, o PSOL ajuizou a ADPF nº 347/DF, objetivando reconhecer o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, em decorrência de ações e omissões dos poderes públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal.

O entendimento ativista do STF, no que se refere aos problemas estruturais no sistema penitenciário, fortaleceu-se com o julgamento da medida cautelar na ADPF nº 347/DF. De fato, o Supremo Tribunal tem o entendimento consolidado de que o Judiciário pode intervir nas competências do Executivo para assegurar o mínimo existencial dos presos[2]. Essa intervenção, entretanto, ainda não ocorreu com a amplitude e a profundidade pleiteada na ADPF nº 347/DF, tornando relevante o estudo dos pleitos aduzidos pela parte autora.

Analisando os pedidos cautelares, o ministro Marco Aurélio, relator da ação, determinou que juízes e tribunais:

> i) lançassem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicavam medidas alternativas à privação de liberdade; ii) realizassem audiências de custódia, em até 90 dias, com o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; iii) considerassem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; iv) estabelecessem, quando possível, penas alternativas à prisão; v) que a União liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização na finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos (VIEIRA JÚNIOR, 2015b, p. 19).

Os principais riscos dessa ação, todavia, encontram-se nos seus pedidos finais. Para tentar superar a crise no sistema prisional, a parte autora deseja conferir um poder exacerbado ao Judiciário, que pode se tornar uma instância revisora dos atos da Administração Pública. Nesse sentido, o PSOL formulou os seguintes pedidos:

> a) Declarar o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro; b) Confirmar as medidas cautelares aludidas acima; *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;* 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 72 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*

[2] No Julgamento do Recurso Extraordinário nº 592.581, o STF decidiu que o Poder Judiciário pode determinar que a Administração Pública realize reformas emergenciais em presídios para assegurar o respeito aos direitos fundamentais dos presos, garantindo o seu mínimo existencial. O recurso foi julgado com repercussão geral, originando o tema de nº 220, o qual determina a competência do Judiciário para determinar ao Executivo a realização de obras em estabelecimentos prisionais com o objetivo de assegurar a observância de direitos fundamentais dos presos. (BRASIL, 2015a).

> *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.* (Grifou-se) (BRASIL, 2015b, p. 70-73).

Além de uma série de medidas específicas, o PSOL, no que se refere ao pedido para que a União elabore um Plano Nacional visando a superação do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, estabelece não só o prazo de 3 anos para que o ECI seja solucionado, bem como elenca uma série de finalidades e metas que o referido plano deve realizar. Aduz o partido que:

> 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; (ii) diminuição do número de presos provisórios; (iii) 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; (iv) efetiva separação dos detentos de acordo com critérios como sexo, idade, situação processual e natureza do delito; (v) 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; (vi) contratação e capacitação de pessoal para as instituições prisionais; (vii) eliminação de tortura, de maus tratos e de aplicação de penalidades sem o devido processo legal nos estabelecimentos prisionais; (viii) 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. (BRASIL, 2015b, p. 72-73).

Diante desse extenso rol de pedidos, resta analisar se o deferimento dos principais pleitos aproximará a decisão do modelo de intervenção judicial ineficiente adotado na sentença T-153, ou viabilizará um diálogo institucional que promova a eficiência da decisão, a exemplo da sentença T-25.

3.2 Os riscos de um eventual deferimento da ADPF nº 347/DF

Tendo em vista os pedidos formulados pela parte autora, constata-se que caso todos sejam deferidos, o STF adotará uma posição mais ativista do que possui até então em matéria de políticas públicas. Ainda que o tribunal tenha o entendimento consolidado de que o Poder Judiciário pode intervir nas competências do Executivo para assegurar o mínimo existencial aos encarcerados, essa intervenção, até o momento, não ocorreu com a amplitude e a profundidade pleiteadas na ADPF nº 347/DF. Aqui, não se intenta analisar, pormenorizadamente, cada um dos pedidos da ação, mas focar nos principais pleitos e nos elementos comuns entre eles, os quais podem colocar em xeque a legitimidade e a eficiência da atuação do Judiciário.

Um dos pedidos mais importantes da ação é que o STF fixe um prazo para que o ECI seja solucionado. Evidentemente, é fundamental que o STF estabeleça um prazo para que a União e os Estados elaborem, respectivamente, um Plano Nacional e os Planos Estaduais para solucionar a crise do sistema penitenciário. Exarar a determinação que esses planos devem ser apresentados, mas não determinar um prazo razoável para tanto, possibilitaria uma atuação discricionária do Executivo, que poderia simplesmente apresentá-los em 3 meses, ou em 10 anos.

Conquanto seja necessário fixar um prazo no qual deve-se apresentar um plano de ação, não é aconselhável que se acolha um prazo tão exíguo quanto o de 3 meses. A superação do ECI engloba, principalmente, a formulação de soluções em longo prazo, que reduzem o crescente número de encarcerados no Brasil[3]. E para que isso ocorra, não bastam investimentos em construção de novas unidades prisionais ou a melhoria das já existentes.

[3] Em entrevista concedida à BBC em 2017, o Ministro Gilmar Mendes afirma que a questão da superlotação do sistema penitenciário não se resolve tão somente com a construção de presídios. Se essa for a principal solução adota, a criminalidade aumentará. (BRITISH BROADCASTING CORPORATION BRASIL, 2017)

Na verdade, a superação dessa crise demanda investimentos em áreas como educação, o desenvolvimento de programas que auxiliem na reinserção dos ex-detentos na sociedade, com o intuito de reduzir a elevada taxa de reincidência, e melhorias nas instituições que atuam na administração da Justiça, como o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública. Assim, exigir que, no prazo de 3 meses, a União consiga realizar um Plano Nacional sólido e eficiente, pautado no diálogo com as diversas instituições envolvidas na solução do ECI, bem como com a própria sociedade, é impraticável.

Além disso, esse mesmo prazo foi determinado na decisão T-153, a primeira a declarar o ECI do sistema penitenciário colombiano, e que, conforme demonstrou-se anteriormente, não foi apta a superar os entraves institucionais existentes, justamente por não ter enfrentado as reais causas da superlotação dos presídios, implementando apenas soluções paliativas (CHAGAS et al, 2015, p. 2.601-2.602). Dessa forma, para que se formule um Plano Nacional eficiente, é preciso que haja tempo para o Executivo analisar essas opções, pesquisando dados que atestem qual delas tem maior probabilidade de sua eficiência.

Ademais, cabe ressaltar a necessidade de realização de audiências públicas no prazo em que se deve elaborar o Plano Nacional. Não só pela importância de se realizar a oitiva de especialistas em segurança pública e movimentos sociais que defendem os direitos dos detentos, mas para ouvir as diversas parcelas da sociedade civil.

Segundo Gloppen (2005, p. 3-4), o sucesso dos litígios estruturais depende de 4 fatores: a possibilidade de os grupos afetados terem voz e acesso ao Judiciário; a capacidade de resposta dos tribunais demandados, aceitando essas demandas; a habilidade dos juízes em encontrar meios legais adequados para assegurar os direitos econômicos e sociais; e que as autoridades políticas se comprometam com o cumprimento da decisão proferida nesses litígios.

Portanto, para que uma demanda estrutural seja eficiente, é necessário abrir o processo de formulação de soluções para a participação dos segmentos populacionais afetados e outros agentes que atuam na proteção dos seus direitos, razão pela qual é fundamental a realização de audiências públicas nesse processo, ampliando a deliberação sobre a problemática enfrentada. Ariza (2013, p. 151), analisando as razões que conduziram à ineficiência da sentença T-153, aponta que a falta de discussões adequadas sobre o cerne da crise enfrentada, bem como a pressa em formular o Plano Nacional que solucionaria o ECI, conduziram à adoção de simples medidas paliativas.

Ciente da necessidade em ampliar o debate público nas demandas estruturais, a Corte Colombiana, após o julgamento da sentença T-25, determinou que fossem realizadas audiências públicas para colaborar com a formulação de medidas para superar a crise dos deslocados internos. Essas audiências viraram o símbolo dessa decisão, e foram responsáveis por fixar os critérios que seriam utilizados para analisar a eficiência da atuação estatal (GARAVITO; FRANCO, 2015, p. 127-129).

Analisando a mudança de posicionamento da Corte Colombiana, Kozicki e Broocke (2018, p. 163) afirmam que a partir da sentença T-25 aquele tribunal adotou o ativismo judicial dialógico, de tal forma que além de adotar medidas transformadoras das instituições estatais, promove a colaboração e o diálogo entre os diferentes entes estatais, democratizando a deliberação sobre os problemas públicos e as suas soluções.

É necessário ressaltar, todavia, que reconhecer a necessidade de um prazo para a elaboração de um Plano Nacional não implica, entretanto, em concordar com o prazo de 3 anos, no qual a parte autora pretende que o Executivo solucione a crise do sistema penitenciário. Ora, é ingênuo e arriscado estabelecer o referido prazo. Ingênuo, por acreditar que um problema histórico, originado ainda no período imperial, será realmente solucionado em 3 anos. Já o risco de um prazo tão exíguo e inflexível decorre dos esforços financeiros que o Poder Público terá de fazer para solucionar o ECI.

Na verdade, os custos para realmente solucionar a crise penitenciária brasileira, e não só realizar medidas paliativas, são muito elevados. Isso porque para que esse problema seja solucionado, não bastam medidas que desafoguem as penitenciárias brasileiras em um curto prazo, como a construção de novos estabelecimentos prisionais, ou a reforma dos já existentes. Conforme se mencionou anteriormente, a solução perpassa por medidas mais amplas e complexas, demandando vultosos investimentos estatais.

Constata-se a magnitude dos investimentos que o Estado deverá realizar para superar o ECI ao se analisar as projeções feitas pelo DEPEN, divulgadas em 2017. Segundo esse órgão, seriam necessários R$ 11 bilhões para suprir o déficit de 250 mil vagas no sistema prisional. Ademais, o custo anual para manter essas vagas seria de R$ 7 bilhões. Cumpre ressaltar que essa projeção não considera as despesas com a contratação de mão de obra (BRASIL, 2017).

A ausência de lógica nessa determinação é facilmente verificável com um exemplo do cotidiano. Quando alguém decide reformar um apartamento, não se estabelece primeiro em quanto tempo a reforma vai acabar. Para fixar esse prazo, é necessário, em primeiro lugar,

saber o que precisa ser reformado, como a reforma vai acontecer e o valor por ela demandado. Só então é possível saber qual o prazo viável para a conclusão dessa obra. O mesmo raciocínio pode ser aplicado ao presente caso. O Judiciário deve exigir a formulação de planos para superar a problemática existente, mas o que irá determinar o prazo para a solução da crise penitenciária deve ser o conteúdo do plano apresentado pelo Executivo, e não o arbítrio do tribunal.

Mais uma vez, observa-se uma semelhança negativa entre um pedido da ADPF nº 347/DF e a sentença T-153: na decisão colombiana, o prazo concedido para a superação do ECI do sistema penitenciário foi de 4 anos (MARMELSTEIN, 2015b, p. 245-247). E, conforme visto anteriormente, a referida decisão não alcançou os objetivos pretendidos, ou seja, em longo prazo, não conseguiu superar o ECI do sistema prisional, exatamente por focar em medidas paliativas.

Outro ponto que chama atenção no rol de pedidos finais da ADPF nº 347/DF é o pleito para que STF estabeleça metas para os planos apresentados pela União e pelos Estados, bem como a possibilidade de homologá-los e complementá-los com outras medidas alternativas ou suplementares, que o tribunal reputar necessárias.

Estabelecer quais entraves devem ser superados pelo Plano Nacional e pelos Planos Estaduais não configura uma violação à separação dos poderes. Nesse caso, o STF não formulará quais medidas devem ser adotadas para superar esses obstáculos, tão somente elencará as principais barreiras que obstaculizam a superação do ECI. Dessa forma, o Supremo Tribunal auxilia o Executivo a constatar quais as mais prementes necessidades dos encarcerados, ou seja, quais objetivos devem ser perseguidos para que, ao final da execução dos planos, o mínimo existencial da população carcerária possa ser garantido.

Esse raciocínio, contudo, não se aplica à possibilidade do Judiciário complementar ou modificar o que foi decidido pelas instâncias executivas da União e dos Estados. Nesse caso, há uma clara violação ao princípio da separação dos poderes: o STF poderia, sem o suporte técnico adequado, reestruturar as medidas elaboradas pelo Executivo, desnaturando o próprio Plano formulado por esse Poder.

Tendo em vista a incapacidade técnica do Judiciário em formular políticas públicas, quanto maior e mais complexa a atuação exigida do Poder Público, menor deve ser a interferência dos órgãos jurisdicionais como propositores da solução a ser adotada. Nesses casos, o Judiciário deve atuar como força motriz que retira da inércia os poderes políticos,

fomentando o diálogo institucional, bem como o diálogo do Poder Público com a sociedade, especialmente os segmentos sociais diretamente afetados pelas políticas públicas em questão.

Portanto, ainda que seja necessário reconhecer a possibilidade de o Judiciário homologar os Planos apresentados pela União e pelos Estados, caso algum ponto destes seja reprovado, não há de se falar em suplementação pelo Judiciário, tendo que vista que isso elevaria este Poder à categoria de instância última do Executivo, visto que não só fiscalizaria a atuação executiva, mas poderia substituir boa parte do planejamento estatal, desconfigurando o próprio plano elaborado.

Vieira e Bezerra (2016, p. 221), analisando de forma comparativa a decisão colombiana T-25, anteriormente explanada como um exemplo eficiente de sentença estruturante, e o que o STF decidiu na medida cautelar na ADPF ora analisada, afirmam que a forma como o instituto foi adotado no país, sem considerar a premente necessidade de promover um redesenho institucional, acaba por esvaziá-lo. É esse também o pensamento de Magalhães (p. 31-32, 2019), que afirma:

> Do ponto de vista dogmático, não é tarefa simples explicar a inserção do ECI no direito constitucional brasileiro. A decisão do STF na ADPF 347 é inconsistente na caracterização dos pressupostos que justificariam a declaração de um ECI, as medidas cautelares deferidas são pouco efetivas, há uma injustificada demora no julgamento do mérito, os poderes apresentaram respostas pouco substantivas e que seguem a mesma natureza das políticas tradicionalmente desenvolvidas no Brasil e a capacidade de uma Corte Suprema mudar um estado fático de coisas por meio do Direito é posta em dúvida.

Mas qual seria a solução para os problemas apontados? A resposta pode estar na solução desenvolvida pela Corte Constitucional Colombiana. Para alcançar resultados eficientes, por meio de uma atuação legítima, a Corte, na decisão T-25, não só emitiu ordens para retirar da inércia o Poder Público, mas concentrou seus esforços em manter a jurisdição para supervisionar a própria execução de suas ordens e, principalmente, atuou de forma integrada e coordenada na construção das políticas públicas, fomentando o diálogo institucional e a participação da sociedade civil (VIEIRA; BEZERRA, 2016, p. 215).

Nessa perspectiva, o STF deve promover o diálogo institucional para a formulação de uma solução colaborativa entre as instituições estatais. Alguns autores afirmam que a APDF aqui estudada fortalece, no Brasil, o chamado ativismo judicial dialógico (CHAGAS et al, 2015, p. 2.606), o qual promove um maior diálogo entre as instituições estatais e a sociedade civil, valendo-se de mecanismos de participação popular, como as audiências públicas, e

possibilitando uma menor intervenção do Judiciário no âmbito de atuação próprio do Executivo.

Dessa maneira, segundo Marmelstein (2015b, p. 250-251), o Judiciário não usurparia os poderes administrativos ou legislativos, próprios dos poderes políticos. Na verdade, a ideia é construir um diálogo institucional, para que os entes estatais responsáveis atuem conforme as suas atribuições, construindo a solução adequada para o problema, dentro de sua esfera de competência.

Além disso, conforme aponta Kende (2009, p. 272), uma intervenção jurisdicional mais restrita, com caráter dialógico, acaba mitigando eventuais críticas de uma atuação contramajoritária, fortalecendo a legitimidade do tribunal. Esse diálogo, entretanto, restará seriamente comprometido caso prazos tão exíguos sejam adotados, ou se o STF tiver o poder para alterar os planos propostos pela União e pelos Estados, por julgá-los insuficientes.

Nesse sentido, o ideal seria que o tribunal adotasse uma abordagem semelhante à proposta por Sabel e Simon (2004, p. 1.019), os quais defendem o experimentalismo: o STF funcionaria como uma força motriz que retira os poderes políticos da sua inércia, fiscalizando a sua atuação e promovendo um diálogo institucional e uma participação dos segmentos populacionais afetados na superação das omissões políticas sem, todavia, formular políticas públicas.

Portanto, se a função do STF na solução do ECI do sistema prisional é tão somente coordenar os esforços para superar essa crise, promovendo um diálogo institucional e fiscalizando o cumprimento das medidas formuladas pelo Poder competente para tanto, ou seja, o Executivo, não se pode concordar com o deferimento dos pedidos finais da APDF que pretendem conceder àquele tribunal o status de elaborador de políticas públicas, e não só de fomentador de sua criação ou fiscalizador de sua execução (VIEIRA JÚNIOR, 2015, p. 22).

Delegar essa competência para o Judiciário é fortalecê-lo em demasia, esperando que esse Poder possa ser um verdadeiro "pai" para a sociedade, tomando decisões que deveriam ser realizadas pelos poderes políticos, conforme alerta Maus[4]. Nessa lógica, se os demais poderes políticos falham, cabe ao Judiciário atrair ainda mais competências para si, resolvendo os problemas da sociedade órfã.

[4] Ao analisar a história do Judiciário na Alemanha, desde o século XIX, MAUS (2000) demonstra que a independência do Judiciário passou a significar, muito mais do que independência funcional, uma desvinculação das leis e da Constituição, na medida em que, pautada em um Direito suprapositivo, a Corte Constitucional Alemã julgava até mesmo a Constituição, retirando do Parlamento a função de censor moral da sociedade.

Analisando a obra de Maus, bem como recentes decisões ativistas do STF, Carvalho Filho (2014, p. 176-177) afirma que o Judiciário, atualmente, atua como instituição garantidora das expectativas frustradas dos cidadãos, o que concede a esse Poder um maior rol de competências de atuação. O modo como essas novas atribuições são exercidas, todavia, pode ensejar a hipertrofia desmedida do Judiciário, principalmente pela ausência de controle para eventuais desvios de poder que possam ocorrer.

Ainda que isso, inicialmente, possa parecer uma solução, em longo prazo acarretará diversos problemas, seja pela inaptidão do Judiciário para atuar como ente administrativo, o que conduzirá a uma atuação ineficiente, seja pelos riscos ao regime democrático, decorrentes da violação da separação de poderes (BAHIA, 2005, p. 11-12).

4 CONCLUSÃO

Diante do exposto, constata-se, primeiramente, o importante papel do Judiciário na superação das omissões políticas, decorrentes da inércia estatal em proteger adequadamente direitos fundamentais de determinados grupos sociais. Na medida em que há uma constitucionalização desses direitos, e a sua dimensão objetiva vincula todo o Poder Público, inclusive as instâncias judiciais, faz-se necessário uma intervenção jurisdicional no âmbito de atuação dos poderes políticos quando esses permanecem inertes em cumprir com as suas obrigações.

A grande questão, todavia, é como e até que ponto o Judiciário deve intervir nas atribuições dos demais poderes. Nos processos estruturais, para que sejam eficientes e respeitem a separação de poderes, faz-se necessário uma constante busca de equilíbrio: por um lado, os tribunais precisam exigir que o Executivo formule políticas públicas adequadas, fiscalizando sua atuação e estabelecendo um diálogo das instâncias administrativas com os segmentos populacionais afetados; por outro, não deve atuar de forma solipsista, formulando as medidas que serão necessárias para superar as omissões políticas, visto que não possui competência e aparato técnico para isso.

Nesse sentindo, é preocupante a forma como o Estado de Coisas Inconstitucional está sendo recepcionado na ADPF nº 347/DF. O julgamento dessa ação será paradigmático para o desenvolvimento das demandas estruturais no Brasil, e a forma como o instituto colombiano for recepcionado no país influenciará futuras decisões do STF. Conforme exposto neste trabalho, caso todos os pedidos finais sejam deferidos o ECI será utilizado de uma forma

semelhante à sentença T-153, o que poderá causar duas consequências principais: tanto a separação de poderes será desrespeitada, como a sentença estrutural tende à ineficiência.

Portanto, a utilização do ECI na crise do sistema prisional não necessariamente conduzirá a um agigantamento indevido do STF, entretanto, faz-se necessário que o Tribunal o utilize de forma semelhante à segunda fase de desenvolvimento do instituto, ou seja, colocando-se não como instância última de formulação das políticas públicas necessárias a superação da omissão políticas, mas como órgão mediador e fiscalizador da atuação do Executivo para superar a crise do sistema prisional.

Uma famosa frase popular diz que o inteligente aprende com os seus erros, e o sábio aprende com os erros dos outros. Em matéria de processos estruturais, ainda em fase inicial no Brasil, é fundamental que o STF seja especialmente sábio, aprendendo com os erros passados da Corte Constitucional Colombiana, e se afastando do modelo de decisão adotado na sentença T-153, cujas características poderão ser reproduzidas no país, caso todos os pedidos finais sejam deferidos.

REFERÊNCIAS

ARIZA, Libardo José. The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. *Constitutionalism of the Global South*: The activist tribunals of India, South Africa, and Colombia. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 129-162.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Ingeborg Maus e o judiciário como superego da sociedade. *Revista CEJ*, Brasília, v. 9, n. 30, p. 10-12, 2005.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento nacional de informações penitenciárias – INFOPEN*. Brasília: Ministério da Justiça – DEPEN, agosto de 2017. Disponível em: http://dados.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias. Acesso em: 25 jul. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 347/DF*. Relator: Ministro Celso de Mello. Diário Oficial da União. Brasília, 2015b. Disponível em: http://www.jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf. Acesso em: 25 jul. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 592.581*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Diário Oficial da União. Brasília, 2015a. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2637302&numeroProcesso=592581&classeProcesso=RE&numeroTema=220. Acesso em: 17 set. 2019.

BRITISH BROADCASTING CORPORATION BRASIL. *"A questão não se resolve com construção de presídios", diz Gilmar Mendes sobre crise penitenciária*. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-38492779. Acesso em: 25 jul. 2019.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o Guardião de Promessas e o Superego da Sociedade: Limites e Possibilidades da Jurisdição Constitucional no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, v. 51, p. 159-179, 2014.

CHAGAS, Tayná Tavares das et al. Estado de coisas inconstitucional: um estudo sobre os casos colombiano e brasileiro. *Revista Quaestio Iuris*, [s.l.], v. 8, n. 4, p. 2.596-2.612, 26 dez. 2015. Universidade de Estado do Rio de Janeiro.

CORREDOR, Róman J. Duque. *Estado de Derecho y justicia*: desviaciones y manipulaciones. El Estado de cosas inconstitucional, Provincia Especial, 2006.

ESPINOSA, Manuel José Cepeda; LANDAU, David. *Colombian Constitutional Law*: Leading Cases. New York: Oxford University Press, 2017.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social*: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Colección de Justicia, 2010.

_____. El contexto: el desplazamiento forzado y la intervención de la Corte Constitucional (1995-2009). In: GARAVITO, César Rodríguez. *Más allá deldesplazamiento*: Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2009. p. 14-37.

_____. *Juicio a la exclusion. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales em el Sur Global*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores. 2015.

GLOPPEN, Siri. *Social Rights Litigation as Transformation*: South African Perspectives. Chr. Michelsen Institute, CMI Working Paper WP 2005: 3.

JOBIM, Marco Félix. *Medidas Estruturantes*: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

KENDE, Mark S.. *Constitutional Rights in Two Worlds*: South Africa and the United States. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

KOZICKI, Katya; BROOKE, B. M. S. V. D.. A ADPF 347 e o 'Estado de Coisas Inconstitucional': ativismo dialógico e democratização do controle de constitucionalidade no Brasil. *Direito, Estado e Sociedade*, v. 53, p. 147-181, 2018.

MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. *Revista Direito GV*, [s.l.], v. 15, n. 2, p. 1-37, p. 31-32, 2019.

MAIA, Isabelly Cysne Augusto. *Análise da ADPF nº 347 e da inadequabilidade do Estado de Coisas Inconstitucional para a efetivação dos serviços públicos: por novos protagonistas na esfera pública democrática*. 2018. 177 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018.

MARMELSTEIN, George. A eficácia incompleta das normas constitucionais: desfazendo um mal-entendido sobre o parâmetro normativo das omissões inconstitucionais. *Revista Jurídica da Fa7*, Fortaleza, v. 12, n. 1, p.10-28, 2015a.

_____. O Estado de Coisas Inconstitucional: uma análise panorâmica. In: OLIVEIRA, Pedro Augusto de; LEAL, Gabriel Prado (Org.). *Diálogo Jurídicos Luso-Brasileiros Volume 1 perspectivas atuais de Direto Público*: o Direito em tempos de crise. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2015b. p. 241- 264.

MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como superego da Sociedade*: o papel da atividade jurisprudencial na "Sociedade órfã". Tradução: Paulo Albuquerque e Martônio Lima. Disponível em: http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf. Acesso em: 25 jul. 2019.

NASCIMENTO, F. A. S.. *Direitos Fundamentais e sua dimensão objetiva*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2016.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*: princípios e regras constitucionais. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

RAY, Brian. *Engaging with Social Rights*: Procedure, Participation, and Democracy in South Africa's Second Wave. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

SABEL, Charles F.; SIMON, William H.. *Destabilization rights*: how public law litigation succeeds. Cambridge: Harvard Law Review, 2004.

TEIXEIRA, Eliana Maria de Souza Franco; CICHOVSKI, Patricia Kristiana Blagitz. Estudo comparado das decisões da Corte Constitucional Colombiana e do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 347/DF. XXV Congresso do CONPEDI - Curitiba. Área: *Constituição e Democracia II*. p. 193-211. Disponível em: http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/02q8agmu/z15hvb59/K2ZS6klEjiBDgCyA.pdf. Acesso em: 16 mar. 2018.

TUSHNET, Mark V. *Weak Courts, Strong Rights***:** Judicial Review and social welfare rights in comparative constitucional law. United Kingdom: Princeton University Press, 2008.

VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés. La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: El llamado "Estado de cosas inconstitucional". *Estudios Constitucionales*, v. 1, n. 1, 2003, p. 203-228.

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). p. 19. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td186. Acesso em: 25 jul. 2019.

VIEIRA, J. R.; BEZERRA, R.. Estado de coisas fora do lugar: uma análise comparada entre a Sentencia T025 e a ADPF 347/DF-MC. In: VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; SIDDHARTA, Legale. (Org.). *Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

DADOS DA PUBLICAÇÃO

Categoria: artigo submetido ao *double-blind review*.

Recebido em: 04/08/2019.

Aceito em: 10/08/2020.