

ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E CONTROLE NORMATIVO

UNCONSTITUTIONAL STATE OF FAIRS AND NORMATIVE CONTROL

Igor Beltrão Castro¹

Resumo: O presente estudo tem por objetivo apresentar os principais aspectos da doutrina do estado de coisas inconstitucional (ECI), recentemente adotada pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento das medidas cautelares suscitadas na arguição de descumprimento de preceito fundamental de nº 347/DF, que visa à declaração definitiva do ECI do sistema penitenciário brasileiro, com a adoção de providências político-estruturais pela Corte Constitucional do país, tencionando familiarizar o leitor com o instituto, ainda recente no direito brasileiro, conquanto já empregado em julgamentos na América Latina desde o seu surgimento, em 1997, e, dessa forma, indicar um caminho a mais para a efetivação jurisdicional dos direitos fundamentais no país, sem deixar de apontar, contudo, os riscos inerentes ao uso indiscriminado do ECI pela Corte que, ao declará-lo, estará exercendo, efetivamente, um poder regulador atípico, que tem sido alvo de diversas críticas para, por fim, expor a doutrina dos ônus da competência e do regulador elaborada pelo professor de direito da FGV/SP Carlos Ari Sundfeld, de modo a extrair dela modelos práticos de justificação jurídica das decisões tendentes a evitar uma discricionariedade abusiva no julgamento de ações que pleiteiem a declaração do ECI para um caso concreto com suas naturais consequências, em prol da superação das críticas suscitadas.

Palavras-chave: Estado de coisas inconstitucional. Sistema penitenciário brasileiro. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347/DF. Poder regulatório. Ônus de justificação jurídica.

Abstract: This study aims to present the main aspects of unconstitutional state of fairs institute (ECI), recently adopted by the Supreme Court when the trial of the precautionary measures raised the fundamental precept of non-compliance with complaint of ADPF 347/DF, which aims to definitive statement of ECI of the Brazilian prison system, with the adoption of political and structural measures by the Constitutional Court of the country, intending to familiarize the reader with the institute, still recent in Brazilian law, although already employed in trials in Latin America since its inception, in 1997, and thus indicate a path more to the judicial enforcement of fundamental rights in the country, while pointing out, however, the risks inherent in the indiscriminate use of the ECI by the Court that, by declaring it, is exercising, effectively, an atypical regulatory power, which has been the target of several critics to finally expose the doctrine of the burden of responsibility and regulatory drawn up by a law professor at FGV/SP Carlos Ari Sundfeld in order to draw from it practical models legal justification for the decisions

¹ Bacharel em direito pela UFPE, advogado, pós-graduando em Direito Constitucional Aplicado.

to prevent unauthorized discretion in judging actions pleiteiem the ECI statement to a concrete case with its natural consequences, for the sake of overcoming the criticism raised.

Key-words: unconstitutional state of affairs institute. Brazilian penitentiary system. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 347/DF. Regulatory power. Liens of legal justification.

1. Introdução

A omissão inconstitucional é tema sujeito a diversas indagações e reclama respostas as mais variadas. Muito embora o foco principal recaia sobre as omissões do legislador, vinculadas a disposições constitucionais não autoaplicáveis, que dificultam e, por vezes, impedem o exercício de direitos de importância, a partir do que se discute a justificativa ou a legitimidade da intervenção do Supremo Tribunal Federal, está-se claramente diante de uma visão estanque, que ignora que a falta de atuação das normas constitucionais possa ser decorrente da falha de coordenação entre órgãos e entidades estatais. Existe lei e há ações administrativas voltadas a aplicá-la, contudo, há um quadro de deficiência de políticas públicas, de distanciamento entre previsão e concretização normativa, de modo a implicar a realização incompleta do que está previsto na Constituição.

Aqui surge a noção de falhas estruturais, que será abordada logo na primeira seção, como causadoras de violações de direitos: não obstante a evidente ausência de coordenação de medidas, tanto legislador quanto administrador assistem passivamente ao quadro de transgressões a direitos, mostrando-se incapazes ou impedidos de transformar a situação. A tese esboçada, ainda que em caráter preliminar, acautelatório, mesmo provisório, pelo Supremo, quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 347/DF, e que não é de modo algum inovadora, defende que tanto a visão restritiva das hipóteses de configuração da omissão legislativa inconstitucional como esta forma estanque e incomunicável de entender a omissão são reais quando presente um estado de coisas inconstitucional.

A intervenção judicial, realizada quando da declaração do ECI, contudo, caracteriza-se como ativismo judicial estrutural e, satisfeitos requisitos próprios e não implicando supremacia judicial, revela-se uma postura legítima. Dirigida a superar omissões estatais, a começar pela formulação deficiente de políticas públicas, as cortes parecem procurar defender a ordem objetiva

de valores, a ideia de Constituição como um todo, o projeto constitucional originário. A preocupação é com a efetividade dos direitos fundamentais, com a proteção deficiente de direitos independentemente de tipologias normativas dos dispositivos constitucionais envolvidos. A prática, inicialmente desenvolvida pela Corte Constitucional Colombiana, é tanto uma possibilidade como uma necessidade em diferentes setores da vida social brasileira, particularmente, para o nosso escopo, no caso do sistema carcerário brasileiro, podendo surgir como um passo valioso para nosso controle de omissão estatal.

Contudo, críticas há que entendem a omissão dos governos em matérias de políticas sociais como uma das motivações para uma “Justiça proativa”, uma “competência para compensar a incompetência”, passando a levantar dúvidas acerca da competência da corte para compensar a incompetência do sistema político, da possibilidade de se compensar a inércia dos demais Poderes por meio do exercício de uma competência ativa, etc. No ilustrado cenário, quem controlaria a correção jurídica do decreto (político) do ECI? Teria, porventura, a corte competência para compensar a sua própria incompetência? O reconhecimento do instituto seria jurídico ou político? Que sanções preveria para aqueles que faltassem com o cumprimento dos objetivos constitucionais? Persistindo as omissões, que atitudes tomaria a corte? Que ilícitos estariam cometendo aqueles envolvidos em tais violações? Nesse quadro, para os críticos do modelo, em lugar de o ECI garantir a efetividade da Constituição, como veremos, ele a ameaçaria, especialmente porquanto o Judiciário não teria estruturas, meios e organizações que lhes permitissem corrigir as mazelas aludidas por meio de sentenças judiciais. Ademais, quais seriam os limites e mecanismos para o controle desse poder?

Nesse sentido, o trabalho tem como principal objetivo o estudo do instituto do estado de coisas inconstitucional a partir de sua primeira utilização, abrindo um novo caminho para a efetivação jurisdicional dos direitos fundamentais no Brasil, sem deixar de apontar e problematizar, contudo, os riscos inerentes ao uso indiscriminado do ECI pela Corte que, ao declará-lo, estará exercendo, efetivamente, um poder regulador atípico e arriscado. Diante disso, procurará demonstrar que é possível contornar os problemas mais comuns, de modo a evitar ao máximo a discricionariedade abusiva no julgamento de ações que pleiteiem a declaração do instituto no caso concreto, a partir da assunção, pelo julgador, de certos ônus naturais ao Poder Legislativo, para compensar, argumentativamente, o exercício de uma dimensão, antes bastante

limitada - ao menos até o período recente de nossa Constituição -, do Poder Judiciário, como legislador positivo de fato.

2. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF e a possibilidade de reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro.

No sistema constitucional brasileiro está presente a característica da rigidez da Constituição², sobressaindo o princípio da supremacia das normas constitucionais que, na sempre lembrada ilustração de Pinto Ferreira, é “*como uma pedra angular, em que se assenta o edifício do moderno direito político*”³. Com o escopo de assegurar essa supremacia constitucional, há previsão na própria Carta da República de todo um mecanismo voltado a policiar a ordem jurídica, tanto no que concerne ao controle de constitucionalidade das leis, como no tocante à tarefa específica de dar efetividade às normas constitucionais, exercício que será alvo de nossas atenções nesta primeira seção, à luz de um caso concreto.

A ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental constitui uma das formas de controle concentrado de constitucionalidade, estando prevista no artigo 102, §1º, da Constituição Federal, produto da atividade do Poder Constituinte Originário, vindo a se somar aos mecanismos assecuratórios do princípio da supremacia constitucional, com a particularidade de tutelar com especificidade a supremacia dos preceitos fundamentais da Carta Magna.

Para o nosso objetivo, questões de denotada importância serão tratadas quando da análise específica do caso da arguição de descumprimento de preceito fundamental de nº 347/DF à luz do instituto cujo reconhecimento a medida almeja. Para tal, analisemos, propriamente, e sem demora, o acórdão relativo à ADPF nº 347/DF, prolatado em 09 de setembro de 2015, tendo o Ministro Marco Aurélio Mello como seu Relator, e que apreciou o pedido de medidas cautelares.

A ação ingressou no Supremo Tribunal Federal no dia 28 de maio de 2015, movida pelo Partido Socialismo e Liberdade - PSOL, representado pelo seu presidente Luiz Araújo, e pretendia, com base em representação formulada pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro - UERJ, o reconhecimento do

² DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 45.

³ FERREIRA, Pinto. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: LED, 1997, p. 90.

estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro e, em razão disso, que fosse determinada a adoção de providências tendentes a sanar as gravíssimas lesões a preceitos fundamentais da Constituição, decorrentes de condutas comissivas e omissivas dos Poderes Públicos da União, dos estados e do Distrito Federal no tratamento da questão prisional no país.

O requerente indicou como preceitos fundamentais violados o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a vedação de tortura e de tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), a proibição de sanções cruéis (art. 5º, XLVII, “e”), a garantia de respeito à integridade física e moral do preso (art. 5º, XLIX), o direito de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV), o devido processo legal (art. 5º, LIV e LV), a presunção de inocência (art. 5º, LVII) e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança (art. 6º), todos da Constituição Federal de 1988.

O núcleo da impugnação estava centrado na ideia de que cenários de grave e massiva violação de direitos, decorrentes de falhas estruturais em políticas públicas – que caracterizariam o estado de coisas inconstitucional –, demandariam muitas vezes soluções complexas dos tribunais, que não se afeioariam à sua função tradicional, de invalidação de atos normativos. Nessas hipóteses, o papel do guardião da Constituição exigiria uma postura diferenciada, sob pena de frustração dos direitos fundamentais e inefetividade da Constituição.

Na sessão plenária do dia 09 de setembro de 2015, o STF, ao deferir parcialmente o pedido de adoção de medidas cautelares formulado na ADPF em questão, reconheceu expressamente a existência do estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, ante as graves, generalizadas e sistemáticas violações de direitos fundamentais da população carcerária⁴.

Ao deferir parcialmente a liminar, o Pretório Excelso: a) proibiu o Poder Executivo de contingenciar os valores disponíveis no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN. A decisão determinou que a União libere o saldo acumulado do FUNPEN para utilização com a finalidade para qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos, e; b) determinou aos juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia para viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária, em um prazo de até 24 horas do momento da prisão.

De ver-se que a decisão se vincula à moderna doutrina dos direitos fundamentais que discute a possibilidade de o Estado vir a ser obrigado a criar os pressupostos fáticos necessários

⁴ JÚNIOR, Dirley da Cunha. “Estado de Coisas Inconstitucional”. Disponível em: <<http://brasiljuridico.com.br/artigos/estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

ao efetivo exercício dos direitos constitucionalmente assegurados e sobre a possibilidade de eventual titular do direito dispor de pretensão a prestações por parte do Estado. Com efeito, se o Estado está constitucionalmente obrigado a prover tais demandas, cabe indagar se, e em que medida, as ações com o propósito de satisfazer tais pretensões podem ser *juridicizadas*, isto é, se, e em que medida, tais ações se deixam vincular juridicamente⁵.

3. O instituto do estado de coisas inconstitucional como instrumento viável de reforço à defesa dos direitos fundamentais e os ônus do julgador constitucional.

3.1. O Instituto do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI).

O instituto do ECI tem origem nas decisões da Corte Constitucional Colombiana (CCC), mais especificamente na *Sentencia de Unificación (SU) – 559*, de 1997, quando a CCC o declarou, em primeira oportunidade. Na espécie, 45 professores dos municípios de *María La Baja* e *Zambrano* tiveram os direitos previdenciários recusados pelas autoridades locais. A Corte voltou-se a investigar as falhas estatais por trás das violações dos direitos. Constatou que o descumprimento da obrigação era generalizado, alcançando um número amplo e indeterminado de professores, além dos que ajuizaram a demanda, e que a falha não poderia ser atribuída a um único órgão e sim, que seria estrutural. Havia, segundo os juízes, uma deficiência da política geral de educação com origem na distribuição desigual dos subsídios educativos, feita pelo governo central, em favor das entidades territoriais.

Ante o reconhecimento da complexidade da situação, além de assegurar os direitos específicos dos demandantes nos respectivos fundos previdenciários locais, o tribunal direcionou-se a proteger a dimensão objetiva dos direitos fundamentais em discussão.

Como fundamento do ECI, a Corte se apoiou no art. 113, da Carta Política colombiana, que consagra o dever de colaboração harmônica entre os diversos ramos do Poder Público, no sentido de que seria obrigação daquele tribunal noticiar às demais autoridades públicas a existência de uma situação de fato que vulnerava a Constituição.

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 204.

Como segunda justificação, o juiz constitucional apelou a um argumento de caráter econômico, no sentido de que seria menos custoso para o Poder Judiciário proferir decisões que abarcassem múltiplas situações semelhantes que esperar que cada cidadão ajuizasse a correspondente ação de tutela⁶. Cumprindo o que afirmou ser um “dever de colaboração” com os demais poderes, tomou decisão que não se limitou às partes do processo, tratando de, entre outras providências, declarar o ECI; determinar aos municípios que se encontrassem em situação similar a correção da inconstitucionalidade em prazo razoável, e; ordenar o envio de cópias da sentença aos Ministros da Educação e da Fazenda e do Crédito Público, ao Diretor do Departamento Nacional de Planejamento, aos Governadores e Assembleias, aos Prefeitos e aos Conselhos Municipais para que tomassem providências práticas e orçamentárias. Ao declarar o ECI, procurou beneficiar todos aqueles em situações similares, dirigindo ordens em face de todas as autoridades públicas cujas ações seriam necessárias para corrigir as falhas sistêmicas e estruturais.

Ainda que breve, a descrição dessa sentença, bem como do teor da decisão proferida na ADPF 347/DF, revela a existência de três pressupostos principais para a configuração do ECI que, na doutrina do professor Carlos Alexandre de Azevedo Campos⁷, são: i) a constatação de um quadro não meramente de proteção deficiente, e sim de violação massiva e generalizada de direitos humanos, que afeta a um número amplo de pessoas. Para o professor da UERJ, em tal estágio de coisas, a restrição em atuar em favor exclusivamente dos demandantes implicaria omissão da própria Corte, que deveria se conectar com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais; ii) a omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais. A ausência de coordenação entre medidas legislativas, administrativas e orçamentárias representaria uma “falha estrutural” que geraria tanto uma violação sistemática de direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação, e; iii) aquele que teria a ver com as medidas necessárias à superação do quadro de inconstitucionalidades. Haveria ECI quando a superação de violações de direitos exigisse a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, mas a uma pluralidade deles. Para a solução, seriam necessárias novas políticas públicas, ou a correção das políticas

⁶ HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. “Garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano em sede de acción de tutela: el llamado estado de cosas inconstitucional”. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Año 1, n° 1, Universidad de Talca, Chile, 2003, p. 214.

⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. “Estado de Coisas Inconstitucional”. Disponível em: <<http://jota.info/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acesso em: 13 jan. 2016.

defeituosas, alocação de recursos, coordenação e ajustes nos arranjos institucionais, enfim, mudanças estruturais.

3.2. As primeiras críticas ao instituto no Brasil.

Apesar de se tratar de instituto capaz de robustecer a defesa dos direitos fundamentais, no que concordamos com o professor Dirley da Cunha Júnior, dentre outros, o ECI vem sofrendo pesadas críticas por parte de certa doutrina, que o considera nada mais que uma “*faceta do fenômeno da judicialização da administração pública*”⁸, a “*cereja no bolo*”⁹, que vitaminizaria o chamado ativismo judicial, já fortalecido em virtude das alterações em que vivem os poderes Executivo e Legislativo em nosso país.

Com efeito, em crítica sutil ao professor Carlos Alexandre de Oliveira Campos, para quem “*o ECI funciona como a ‘senha de acesso’ da corte à tutela estrutural*” e, uma vez reconhecido o ECI “*a corte não desenhará as políticas públicas, e sim afirmará a necessidade urgente que Congresso e Executivo estabeleçam essas políticas, inclusive de natureza orçamentária*”¹⁰, Lênio Streck, considerando correta – aparentemente para fins meramente retóricos - a assertiva no sentido de que o ECI tratar-se-ia de um mero *password* para a tutela “estrutural” - seja lá o que isto signifique - denota, contudo, um seu efeito colateral preocupante. Para ele, se, afinal, quando da aplicação do instituto, o STF não desenharia as políticas públicas, mas somente reconheceria por meio do ECI sua “tutela estrutural”, aí mesmo residiria o busílis¹¹, vez que a caracterização da tese nessas linhas não seria livre de problemas, faltando dizer quais as referências contedutísticas e procedimentais envolvidas, cuja ausência poderia representar uma afronta às competências de alçada constitucional, funcionando como uma verdadeira competência [inventada] para compensar a incompetência¹², na lembrança de Campilongo.

⁸ GIORGI, Raffaele De; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. “Estado de Coisas Inconstitucional”. Disponível em: <<http://opinio.estado.com.br/noticias/geral%2cestado-de-coisas-inconstitucional%2c10000000043>>. Acesso em: 29 jan. 2016.

⁹ STRECK, Lênio Luiz. “Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em: 29 jan. 2016.

¹⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Oliveira. “Devemos temer o ‘estado de coisas inconstitucional’?”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

¹¹ STRECK, Lênio Luiz. *Idem*.

¹² GIORGI, Raffaele De; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. *Idem*.

Chega-se a afirmar que, sob o pretexto mesmo de dar eficácia aos direitos fundamentais, o ECI os ameaçaria, por desprezar o fato de que o sistema jurídico não teria estruturas, meios e organizações que lhe permitam corrigir tais mazelas por meio de sentenças judiciais, pois que, proferidas as decisões, com base nesse conceito, quem as executaria? Se a fonte jurídica da autoridade – a Constituição – seria ameaçada pelo ECI, que dizer da autoridade daqueles que podem aplicar o conceito? Quais seriam os limites e os mecanismos de controle desse poder? Nos dizeres dos professores De Giorgi, Farias e Campilongo:

Maçãs estragadas podem ser encontradas em variadas cestas. A causa do estrago pode estar nas cestas ou, então, nas próprias frutas. Nada leva a crer que a cesta de um tribunal seja mais resistente que a da política, nem que suas maçãs sejam mais duráveis. Substituir o sistema político por uma Corte Constitucional seria apenas como depositar vinho velho em frasco antigo – com rótulo falso e propaganda enganosa¹³.

Trata-se, fundamentalmente, aqui, de um problema de (crise de) legitimidade da jurisdição constitucional.

Além disso, para o professor José Rodrigo Rodriguez, se a ideia de ECI for aplicada sem critério a todo e qualquer assunto, ela pode levar à ilusão de que as decisões judiciais seriam capazes de substituir a política e resolver todos os problemas sociais. “*Bastaria declarar seu ‘estado de coisas inconstitucional’ para que magicamente o problema parecesse ter sido resolvido*¹⁴”, possuindo o *decisum* um caráter meramente simbólico, fazendo coro a De Giorgi, Faria e Campilongo, os quais afirmam “*pobre da Corte que tem a pretensão de fabricar poder político sob a fantasia da normatividade jurídica*¹⁵”.

Para Rodriguez, contudo, não deixa de causar espanto o profundo receio manifestado pelos aludidos autores diante de uma medida concebida como excepcional, aplicada a um caso igualmente excepcional.

Pois mesmo que o STF, em um desejável esforço de autocontenção, afirme explicitamente em sua decisão que o estado de coisas inconstitucional seria aplicável

¹³ GIORGI, Raffaele De; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. *Idem*.

¹⁴ RODRIGUEZ, José Rodrigo. “Estado de coisas surreal”. Disponível em: <<http://jota.info/estado-de-coisas-surreal>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

¹⁵ GIORGI, Raffaele De; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. *Idem*.

apenas se boitatás e sacis passarem a habitar a terra, mesmo assim, a ADPF 347 deveria prosperar¹⁶.

Para o professor, a quem a inovação parece benvinda, diante da atual situação dos presídios em nosso país, não seria difícil sustentar, por forçada analogia, que a situação de nossas prisões equivale, no caso, à existência dos citados boitatás e sacis¹⁷. O estado de coisas surreal de nossas prisões, para utilizar o termo averbado por Rodriguez, aliás, é típico das sociedades latino-americanas, em especial da brasileira, que reclama solução, conquanto respaldada pelas devidas cautelas normativas.

3.3. Para uma superação da crítica: os institutos do ônus da competência e do ônus do regulador em Carlos Ari Vieira Sundfeld.

Conforme antecipado, a crítica remonta à discussão sobre a legitimidade da jurisdição constitucional que aborda, na maioria das vezes, o problema da compatibilidade entre o controle de constitucionalidade das leis (e, por que não, de uma situação fática normatizada) e o princípio democrático, ou “*como explicar que uma instituição composta por pessoas não eleitas possa anular a expressão mais eminente da vontade dos representantes do povo*”¹⁸ ou ainda, para a nossa hipótese, tomando emprestada a metáfora de Campilongo: com base em que critérios se pode afirmar que o problema das maçãs podres está na cesta do Legislativo e não na do Judiciário, ou mesmo que não está na própria fruta?

Não se vai, aqui, desenvolver essa discussão, mas, tão somente, apontar e pensar brevemente uma de suas dimensões mais atuais, com desdobramentos para o caso, qual seja, a ambiência de *geleia geral* no direito público brasileiro, para usar a expressão de Carlos Ari Vieira Sundfeld, em que princípios vagos podem justificar qualquer decisão.

Em seu artigo, intitulado “Princípio é preguiça?”, o professor de direito da Fundação Getúlio Vargas em São Paulo (FGV/SP), após ultrapassar a conhecida classificação dos princípios em explícitos, implícitos e ocultos (estes, princípios culturais, isto é, ideias

¹⁶ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Idem*.

¹⁷ Figuras das lendas folclóricas do Brasil.

¹⁸ SILVA, Gustavo Just da Costa e. Interpretando as teorias da interpretação. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 45.

relativamente vagas sobre a ordem da política, da economia, da vida, etc., divulgadas por juristas – embora não só por eles -, das quais se procura extrair efeitos normativos, mesmo sem serem apresentadas com o nome de princípios jurídicos¹⁹, e que por vezes são utilizados pelo STF para fundamentar suas decisões), ressalta a dificuldade em se evitar as indeterminações nos textos normativos empregados nas decisões jurídicas, vez que haveria razões claras para as adotar.

De fato, os direitos que chamamos de fundamentais são, em geral, previstos de modo muito incompleto por meio de cláusulas com alto grau de indeterminação, em formulações vagas como “direito à vida”, “direito à liberdade”, “proibição da censura”, etc.. Longe de se tratar meramente de uma dificuldade prática, o problema reside na falta de consenso e de apoio político para textos mais exatos, pois que os princípios remetem o intérprete a valores e a diferentes modos de promover resultados. Costuma-se afirmar que os valores dependem de uma avaliação eminentemente subjetiva. Envolvem um problema de gosto (*matter of taste*). Alguns sujeitos aceitam um valor que outros rejeitam. Uns qualificam como prioritário um valor que outros reputam supérfluo. Enfim, os valores porque dependem de apreciação subjetiva, seriam “ateóricos, sem valor de verdade, sem significação objetiva²⁰”. Claro, respostas podem ser construídas e, inclusive, tornar-se consensuais no ambiente jurídico, só que elas não estarão no próprio texto: ficarão para depois. As indeterminações normativas envolveriam, assim, para Sundfeld, um “adiamento pragmático de decisões difíceis²¹”.

Na prática, quem tem influência e poder consolidados consegue obter do legislador regras precisas para realizar seus interesses. Por seu turno, os poderes em formação se valem da indeterminação normativa como uma arma na luta pela afirmação.

Diante desse cenário, e do diagnóstico de hipertrofia do Judiciário, o publicista preceitua que, para que, no debate jurídico, os princípios não sirvam como armas de espertos e preguiçosos, notadamente na conferência descuidada de *direitos em construção* a pessoas e grupos, é preciso impor, a quem os emprega, os ônus que lhes são inerentes, e se dedica a eles em seu artigo, focando na figura do juiz. São eles o ônus da competência e o ônus do regulador, que exporemos brevemente a seguir.

¹⁹ Sundfeld, C. A. V. “Princípio é preguiça?”. In: JÚNIOR, Ronaldo Porto Macedo e BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org.) Direito e interpretação. Racionalidades e instituições. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 291-292.

²⁰ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 55-56.

²¹ Sundfeld, C. A. V. *Idem*, p. 294.

3.3.1. O ônus da competência.

Ante a insuficiência dos elementos intrínsecos ao texto normativo para responder a uma regra para o caso concreto de aplicação de um princípio, vago, exige-se, do julgador, necessariamente, um esforço criador²². Para se decidir por uma alternativa de aplicação em detrimento da outra, em primeiro lugar, incorre alguma concepção sobre *divisão de competências*. Seria a seguinte, então, a questão inicial, implícita na dúvida sobre a aplicação do instituto do ECI com relação à questão penitenciária no Brasil: faz sentido que sejam os juízes a elaborarem um plano estrutural de recuperação das penitenciárias nacionais, ao menos em algum de seus aspectos?

Para o professor Carlos Sundfeld, muito embora a compreensão de que, em direito público, debates judiciais sobre a aplicabilidade de princípios sempre envolvem questões de competências institucionais, vir sendo obscurecida pela suposição de que, em qualquer caso, seria viável ao Judiciário assegurar direitos sem extrapolar os limites de sua missão, o que configuraria uma postura de onipotência judicial em relação aos direitos, seria certo que aquele Poder, conquanto tenha o seu papel no controle das falhas e omissões das autoridades legislativas e administrativas, não é o Legislativo nem a Administração e não os pode substituir em tudo, por isso não haveria solução judicial para todos os problemas jurídicos: o Judiciário não teria como construir todo e qualquer direito; não lhe caberia construir, não seria adequado que o construísse.

E qual deveria ser o papel do Judiciário na ordem jurídica contemporânea? Quais os termos e limites de suas competências? Sundfeld lembra que a Constituição e as leis o dizem com regras, mas, sobretudo, com princípios, pelo que caberia ao próprio Judiciário, interpretando esses textos, autodefinir e autolimitar poderes e competências (!).

A maior ou menor disposição dos juízes para se utilizarem de princípios como base de decisão teria a ver com o papel político que, em cada hipótese, escolherem para si, não somente com questões de racionalidade. Os juízes mediriam então as dificuldades de decidir e de justificar, e vislumbrariam as consequências do que estariam prestes a fazer. Diante disso, o que precisaríamos exigir deles, na arguição de Sundfeld, seria a revelação sincera do que os move e o permanente aprofundamento de sua análise, de modo que se pudesse configurar, ao que parece, uma instância crítica.

²² ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. 10ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 302.

Quando, em direito público, os juízes são chamados a tomar decisões com base em princípios, o primeiro e essencial dever é o de saber se estão legitimados a agir. A deliberação quanto a isso não é trivial e precisa ser elaborada com fundamentação consistente e específica, que considere a necessidade de se respeitar os papéis (mais amplos ou menos, segundo a concepção que se adotar) dos outros órgãos estatais. A motivação deve, a cada vez, ser capaz de explicar a intervenção judicial, apontando os elementos especiais de ordem institucional que a justificam. Em suma, o juiz tem de suportar o ônus de legitimar a própria competência²³.

O exame teria de, ademais, incidir sobre as possíveis consequências negativas e positivas da intervenção do julgador na matéria, em lugar do legislador ou do administrador, bem como levar em consideração a rigidez das regras a serem produzidas, pois que, uma vez proferida, a decisão interpretativa constitucional se incorpora ao ordenamento, na figura do precedente²⁴. Para além de outros fatores, acerca dos quais não cabe na presente análise desenvolver um panorama geral, tem-se que o que importa é defender a necessidade de o juiz cumprir os deveres que lhe são impostos pelo ônus de legitimar analiticamente sua competência em cada caso.

3.3.2. O ônus do regulador.

Na explicitação deste tema, Carlos Sundfeld lembra casos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça em que, diante de contornos legais imprecisos e vagos, os atores do sistema se viram às voltas com a extensão de seu poder regulador no caso concreto, diante de conceitos indefinidos, tais como o de, por exemplo, “princípios da administração”, na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92²⁵). Aos juízes cabia, *in casu*, a partir de vagos termos, elaborar uma verdadeira política sobre repressão de infrações funcionais e, para isso, teriam de resolver-se por uma dureza maior ou menor na aplicação de sanções.

²³ Sundfeld, C. A. V. *Idem*, 299 p.

²⁴ Barros, Lucas Buril de Macêdo. Os precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro. Dissertação (mestrado). Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2014, p. 78.

²⁵ STJ, REsp 621.415; REsp 626.034; REsp 758.639, e; REsp 604.151.

Também casos como os que envolveram a “*política de acesso a medicamentos pela população em geral*”²⁶ e a proibição do “*corte de energia de pessoa física em situação de miserabilidade*”²⁷ previsto em lei, que se caracterizam por decisões com sensibilidade social, visando a facilitar o acesso popular aos medicamentos e aos serviços públicos, exemplificariam um modo comum do direito público atual: argumentar com “*bons princípios*”²⁸ (com fins justos e de contornos vagos) para deixar de lado as regras da lei. Nesses casos, não importariam o arranjo de competências nem a política concebida pelo legislador, desde que o juiz visse bons princípios no ato praticado pelo regulador, o que – corre o risco - nos lançaria, ao cabo, ao total irracionalismo afirmado por pensadores como Alf Ross, para quem o debate sobre a Justiça não seria mais do que uma expressão de emoções, equivalente a bater com o punho na mesa²⁹.

Para o catedrático de direito público da FGV/SP, os juízes não só estão se omitindo no dever de debater com consistência a política que a lei lhes deixou para construir, como desprezam superficialmente as políticas legais, em favor de soluções outras, adotadas pelos administradores ou por eles próprios, fazendo isso com intuição e bons propósitos e, portanto, de modo insuficiente.

Ao julgarem com base em princípios, os juízes exercem função regulatória – e não podem fazê-lo superficialmente. Nosso sistema pode suportar a delegação da tarefa de regular ao Judiciário. Pode até admitir a substituição de regulações legais ou administrativas por outras, criadas pelos juízes. Mas é preciso que estes cumpram os mesmos ônus que têm os reguladores. Elaborar e enunciar com clareza e precisão a regra que, a partir dos princípios, entendem dever ser utilizada para resolver os casos concretos, do mesmo modo que o regulador faz regulamentos, com suas especificações, antes de sair tomando atitudes caso a caso. Estudar com profundidade a realidade em que vão mexer, entender as características e razões da regulação anterior, identificar as alternativas regulatórias existentes, antever os possíveis custos e os impactos, positivos e negativos, em todos os seus aspectos, da nova regulação que se cogita instituir, comparar as características da regulação existente e da cogitada. Tudo isso tem que aparecer na motivação da decisão judicial³⁰.

²⁶ STJ, MS 12.730.

²⁷ STJ, REsp 363.943.

²⁸ SUNDFELD, C. A. V. *Idem*, 304 p.

²⁹ ROSS, Alf. *On law and Justice*. 1958. In: MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo. Editora Martins Fontes, 2006, p. 345.

³⁰ Sundfeld, C. A. V. *Idem, ibidem*.

Em suma, é preciso que o Judiciário, transformado em regulador do caso concreto, comporte-se como tal, com todos os ônus que isso envolve. Do contrário, teremos decisões puramente arbitrárias, construídas de modo voluntarista, gerando uma jurisprudência capaz de flutuar ao sabor das instituições e dos azares. Nos dizeres de Sundfeld: pura feitiçaria.

4. Conclusão

A expansão do controle normativo protagonizado pelo Poder Judiciário, já analisada por Ingeborg Maus à luz do conceito psicanalítico de *imago paterna*, que se projeta na função de moralidade pública exercida pelo modelo judicial de decisão e a faz caracterizar o Judiciário como o “*superego da sociedade órfã*”³¹ tem sido acompanhada com criteriosa cautela pela doutrina, como se pôde constatar, e é bom que seja assim, especialmente diante de um cenário em que a sociabilidade individual tem perdido a capacidade de submeter as normas estruturalmente sociais à crítica autônoma, como alerta Maus, muito por conta, cremos, do fenômeno daquela que Boaventura de Sousa Santos denominou de *hiper-realidade*³².

Com efeito, a rapidez, a profundidade e a imprevisibilidade de algumas transformações sociais conferem ao tempo presente uma característica nova: a realidade parece ter tomado em definitivo a dianteira sobre a teoria. Com isto, a realidade torna-se hiper-real e parece teorizar-se a si mesma. Esta auto-teorização da realidade seria o outro lado da dificuldade de nossas teorias em darem conta do que se passa e, em última instância, da “*dificuldade em serem diferentes da realidade que supostamente teorizam*”³³. Nestas condições, analisa Boaventura, seria difícil reivindicar um ângulo de análise e muito mais, mantê-lo.

Indo além, é praticamente inevitável que o ângulo de análise para qualquer decisão interpretativa, em alguma medida, misture-se/dissolva-se na realidade analisada, o que tende a multiplicar os pontos cegos de qualquer discussão, abrindo espaço para uma verdadeira

³¹ MAUS, Ingeborg. “Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’”. Revista Novos Estudos - CEBRAP, nº 58, nov. 2000. Disponível em: <http://novosestudos.uol.com.br/v1/files/uploads/contents/92/20080627_judiciario_como_superego.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2016.

³² SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade. 7ª ed. Porto: Edições Afrontamento, 1994, p. 18.

³³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Idem*, p. 18-19.

administração da realidade pelo poder, mais técnico e dinâmico que as repercussões dialógicas socialmente controladas jamais poderiam ser.

Diante disso, e especialmente tratando-se de *direitos em construção* da maior importância, cuja concretização e cujas dimensões necessitam serem debatidas com profundidade - especialmente devido à função contramajoritária do STF -, ainda que a abertura de novas instâncias de debate implique em uma maior dilação temporal do curso do processo, é essencial que se exija dos órgãos do Judiciário, como defendido, a explicitação pormenorizada dos *topoi* argumentativos empregados e a legitimação analítica de sua competência institucional caso a caso, de maneira a favorecer a configuração de uma instância crítica argumentativa e reduzir o déficit político institucional daquele poder, ao coibir o arbítrio.

Foi com esse propósito que introduzimos a teoria dos ônus da competência e do regulador encabeçada por Carlos Sundfeld no debate do emprego do ECI pelo STF, a saber, tencionando abrir caminhos para a solução de outros graves problemas estruturais do país por meio do instituto sem que, para tanto, abra-se mão da legitimidade democrática para viver-se uma realidade fantástica em que o boitatá pode, a qualquer momento, sair do buraco e passear pelos campos³⁴.

5. Referências Bibliográficas

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BARROS, Lucas Buril de Macêdo. *Os precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro*. Dissertação (mestrado). Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Oliveira. “Devemos temer o ‘estado de coisas inconstitucional’?”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

_____. “Estado de coisas inconstitucional”. Disponível em: <<http://jota.info/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acesso em: 13 jan. 2016.

³⁴ LOBATO, Monteiro. O Sítio do Pica-pau Amarelo - Vol II: Viagem ao céu e o Saci. São Paulo: Círculo do Livro, 1984, p. 106.

- DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 10ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: LED, 1997.
- GIORGI, Raffaele De; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. “*Estado de Coisas Inconstitucional*”. Disponível em: <<http://opinio.estado.com.br/noticias/geral%2cestado-de-coisas-inconstitucional%2c10000000043>>. Acesso em 29 jan. 2016.
- HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. “*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*”. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Ano 1, nº 1, Universidad de Taca, Chile, 2003.
- JÚNIOR, Dirley da Cunha. “*Estado de Coisas Inconstitucional*”. Disponível em: <<http://brasiljuridico.com.br/artigos/estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acesso em 12 jan. 2016.
- LOBATO, Monteiro. *O Sítio do Pica-pau Amarelo - Vol II: Viagem ao céu e o Saci*. São Paulo: Círculo do Livro, 1984.
- MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- MAUS, Ingeborg. “*Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’*”. Revista Novos Estudos - CEBRAP, nº 58, nov. 2000. Disponível em: <http://novosestudos.uol.com.br/v1/files/uploads/contents/92/20080627_judiciario_como_su_perego.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2016.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. “*Estado de coisas surreal*”. Disponível em: <<http://jota.info/estado-de-coisas-surreal>>. Acesso em: 02 fev. 2016.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*. 7ª ed. Porto: Edições Afrontamento, 1994.
- SILVA, Gustavo Just da Costa e. *Interpretando as teorias da interpretação*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

STRECK, Lênio Luiz. “*Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo*”.

Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em: 29 jan. 2016.

JÚNIOR, Ronaldo Porto Macedo; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org.) *Direito e interpretação. Racionalidades e instituições*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.