

FLÚMEN JURÍDICO OU ONDA DE VERÃO (?): O ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL NA PERSPECTIVA DO NEOCONSTITUCIONALISMO

*JURIDICAL RIVER OR SUMMER WAVE (?): THE
UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS IN THE
PERSPECTIVE OF NEOCONSTITUTIONALISM*

Jordan Giovanny de Lima Souza¹

¹ Graduando em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN).
E-mail: jordangiovanny18@live.com

RESUMO: O Estado de Coisa Inconstitucional passou a ser discutido no Supremo Tribunal Federal como forma de conferir maior eficiência ao sistema prisional brasileiro. Alguns juristas defendem sua aplicabilidade como forma de retirar da inércia os poderes legislativo e executivo que, nada fazendo, pioram o calamitoso sistema penitenciário. Este é visto como um modelo ultrapassado que não ressocializa seus usuários. No galgar dessa discussão, é fundamental a análise - que propõe este estudo - de vincular pressupostos constitucionais como: a noção de Estado de Direito; democracia; a separação dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário; ativismo judicial; e a dignidade da pessoa humana. Por fim, evidencia-se que o ECI não foi recepcionado em sua totalidade, porém trouxe mecanismos de soluções que foram debatidos pela Suprema Corte, tocando não só o campo do direito, mas, também, o político e o social. Inclina-se, assim, a uma perspectiva neoconstitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Estado de coisa inconstitucional. Separação de Poderes. Ativismo judicial. Neoconstitucionalismo. Sistema penitenciário brasileiro.

ABSTRACT: The Unconstitutional State of Affairs began to be discussed in the Federal Supreme Court as a way of giving greater efficiency to the Brazilian prison system. Some jurists defend its applicability as a way to remove from the inertia the legislative and executive powers that, doing nothing, worsen the calamitous penitentiary system. This is seen as an outdated model that does not resocialize its users. In this discussion, it is fundamental the analysis - which proposes this study - of linking constitutional assumptions such as: the notion of the rule of law; democracy; the separation of the Executive, Legislative and Judicial branches; judicial

activism; and the dignity of the human person. Finally, it is evident that The Unconstitutional State of Affairs was not received in its totality, but it brought mechanisms of solutions that were debated by the Supreme Court, touching not only the Law field, but also, the political and the social fields. It thus inclines to a neo-constitutional perspective.

KEYWORDS: Unconstitutional State of Affairs. Separation of Branches. Judicial activism. Neo-constitutionalism. Brazilian prison system.

1. INTRODUÇÃO

O lugar onde nasce o flúmen é um mistério. Seja da chuva, do degelo ou, até mesmo, de dentro de cadeias rochosas, o líquido da vida logo se acumula e abre caminhos até a imensidão do mar. Não tão diferente, mostra-se o saber jurídico. O desconhecido nascedouro de suas vertentes não é sabido, a priori, porém seus contornos influenciam no ritmo sinusal de cada indivíduo governado pelas leis do Estado soberano.

Assim, fez o paço do Supremo Tribunal Federal (STF), a requerimento do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), pondo, no leito do debate jurisdicional brasileiro, o embrionário Estado de Coisa Inconstitucional (ECI) que, segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos, é demonstrado quando a:

corte afirma existir quadro insuportável de violação massiva de direitos fundamentais, decorrente de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas, agravado pela inércia continuada dessas mesmas autoridades, de modo que apenas transformações

estruturais da atuação do Poder Público podem modificar a situação inconstitucional².

No entanto, foi a Corte Constitucional Colombiana que primeiro pretendeu reconhecer o instituto do ECI numa gama de decisões - Sentença de Unificación (SU) 559, de 1997³ - que, possivelmente, impactariam na estrutura de seu país. Posteriormente, uma das mais notórias decisões - Sentencia de Tutela (T) 153, de 1998⁴ - tangeu o cenário de superlotação carcerária, denominada “tragédia diária dos cárceres”.

Importando esse entendimento, o julgamento da Medida Cautelar, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental⁵ (ADPF) 347⁶, traz a seguinte questão: seria cabível a declaração do ECI para tentar solucionar,

2 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural**. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em: 27 dez. 2015.

3 *Sentencia* SU-559, de 6/11/1997. Na espécie, 45 professores dos municípios de María La Baja e Zambrano tiveram os direitos previdenciários recusados pelas autoridades locais. A corte constatou que o descumprimento da obrigação era generalizado, alcançando número amplo de professores além dos que instauraram a demanda. Cumprindo o que afirmou ser um “dever de colaboração” com os outros poderes, tomou decisão que não se limitou às partes do processo: declarou o Estado de Coisas Inconstitucional; determinou aos municípios, que se encontrassem em situação similar, a correção da inconstitucionalidade em prazo razoável; e ordenou 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 providências práticas e orçamentárias.

4 Na *Sentencia* T-153, de 28 de abril de 1998, discutiu-se, tal como ocorre na ADPF 347, o problema da superlotação e as condições desumanas das Penitenciárias Nacionais de Bogotá e de Bellavista de Medellín.

5 “Nos termos do art. 5º, *caput*, da Lei n. 9.882/99, o Supremo Tribunal Federal poderá deferir cautelar na ADPF, mediante decisão tomada pela maioria absoluta de seus membros (6 votos). Resta assente, assim, que a cautelar em ADPF será deferida por decisão do colegiado. O § 1º do art. 5º estabelece, porém, a possibilidade de concessão de cautelar pelo relator, em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou, ainda, em período de recesso, *ad referendum* do Tribunal Pleno.” MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

6 Supremo Tribunal. **STF inicia julgamento de ação que pede providências para crise prisional**. 2015. Disponível em: <STF inicia julgamento de ação que pede providências para crise prisional>. Acesso em: 27 dez. 2015.

no Brasil, a similar chaga de tratamento desumano enfrentado pelo sumo do Alzheimer social, os presos? Só o empirismo e o tempo podem traçar a resposta para tal questionamento. Entretanto, tudo começa tomando conhecimento sobre o meio empregado.

Logo, o caráter de urgência se demonstra latente para a resolução do ECI como uma fonte de solução ou se está mais para uma casuística onda de verão⁷ (debate peremptório). Desse modo, sua vinculação com pressupostos essenciais, como: a própria noção de Estado; o épico princípio da dignidade da pessoa humana; a separação de poderes e o próprio ideário de justiça; faz-se fundamental para o encaixe perfeito entre o objeto em apreço e o locus do neoconstitucionalismo⁸.

De forma umbilical, a partir da ótica hegeliana⁹, torna-se mister também vislumbrar as críticas (antíteses) dirigidas ao ECI. Afinal, como todo instituto jurídico, deve ser analisado com os freios e contrapesos necessários.

2. DO ESTADO: DE DIREITO, DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DE COISA INCONSTITUCIONAL¹⁰

7 LIMA, George Marmelstein. **O Estado de Coisas Inconstitucional – ECI: apenas uma nova onda do verão constitucional?** 2015. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2015/10/02/o-estado-de-coisas-inconstitucional-eci-apanas-u'ma-nova-onda-do-verao-constitucional/>>. Acesso em: 27 dez. 2015.

8 “[...] O caráter ideológico do constitucionalismo moderno era apenas o de limitar o poder, o caráter ideológico do Neoconstitucionalismo é o de concretizar os direitos fundamentais”. AGRA, Walber de Moura. Curso de direito constitucional, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 31.

9 TAYLOR, Charles. **Hegel: sistema, método e estrutura**. São Paulo: É Realizações, 2014. 624 p.

10 O termo “Estado” possui vários significados. Nos dois primeiros - “Estado” de Direito e “Estado” Democrático de Direito - está sendo usada a acepção no sentido de conjunto das instituições (governo, forças armadas, funcionalismo público etc.) que controlam e administram uma nação. Já o último - “Estado” de Coisa Inconstitucional - atrela-se ao conjunto de condições em que algo se encontra em determinado momento.

À maneira hodierna, pode-se compreender o Estado de Direito (“L’état de Droit” do francês, “Rechtstaat” do alemão ou, por fim, “the Rule of Law” dos norte-americanos) como uma macroestrutura de complexos sociais, políticos e jurídicos que dão forma a sua própria organização ou, na sucinta e clara interpretação de Burdeau, uma nação institucionalizada¹¹. Num feixe de espectro mais subjetivista, Renan, numa conferência da antiga Universidade de Paris – Sorbonne – a 11 de março de 1882, diz ser uma “vontade de continuar a fazer valer a herança que se recebeu intacta”¹².

Assim, o Chile de Ramón Pinochet, a Alemanha nazista ou os governos, no Brasil, de 1964 a 1985¹³, *verbi gratia*, podem ser considerados como Estados de Direito, haja vista não importar a forma ou ideologia de legitimação do poder¹⁴, mas como o mesmo se mantém. Os Códigos reinavam outrora, não as Constituições¹⁵.

Diferentemente, é pensar na aceção do Estado Democrático de Direito. Ter o princípio democrático como balizador da esteira social demonstra estabelecer uma emaranhada teia protetora dos direitos do homem e do

11 BURDEAU, Georges. *Traité de Science politique*. Paris: Lib. Générale de Droit de Jurisprudence, 1967. v. 4, p. 278.

12 RENAN, Ernest. What is a nation? In: ELEY, Geoff; SUNY, Ronald Grigor (Ed.). *Becoming national: a reader*. New York: Oxford University Press, 1996, p. 41-55.

13 “Após o golpe de 1964, o Brasil iniciou uma longa ditadura que perdurou até 1985. Lideranças políticas e sindicais foram presas, parlamentares cassados, militantes políticos exilados. A ditadura fechou os partidos políticos existentes e criou dois novos: Aliança Renovadora Nacional (ARENA) e Movimento Democrático Brasileiro (MDB) — um partido de situação e outro de ‘oposição consentida’. O novo governo editou Atos Institucionais com os quais criava condições excepcionais de funcionamento ‘legal’ para atos ilegais e arbitrários.” ARAUJO, Maria Paula. SILVA, Isabel Pimentel da. SANTOS, Desirree dos Reis (Org.). *Ditadura militar e democracia no Brasil: história, imagem e testemunho*. 1. ed. Rio de Janeiro: Ponteio, 2013, p.48.

14 ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e Aparelhos Ideológicos de Estado**. Lisboa: Editorial Presença, 1970. 120 p.

15 Paráfrase da feliz colocação de Paulo Bonavides (“Ontem os Códigos; hoje as Constituições”) ao receber a medalha Teixeira de Freitas, no Instituto dos Advogados Brasileiros, em 1998.

cidadão¹⁶. Dessa forma, vociferar que o Estado é de Direito, em nada, praticamente, acrescenta-se no que concerne ao arcabouço do diário progresso humano por direitos. O conteúdo democrático é o que consubstancia a ideia de viver sob o manto estatal. O princípio democrático visa se concretizar como “garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana”¹⁷. Logo, Estado Democrático de Direito (equivalente ao norte-americano “Democratic Constitutional State” ou ao “Verfassungstaat” alemão) vem mais a apresentar “[...] um conceito novo que os supera na medida em que incorpora uma componente revolucionária na transformação do status quo”¹⁸, a democracia.

Acertada, portanto, foi a colocação da Lei Maior, logo em seu preâmbulo, de que os representantes do povo brasileiro se reuniram em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um “Estado Democrático”¹⁹. À vista disso, agiu a Magna Carta diametralmente oposta aos atos, outrora, baixados²⁰, que possuíam o mais vil condão de suspender os direitos e garantias individuais, cassando direitos políticos e se localizando acima da

16 Faz-se aqui referência indireta à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada em 1789 pela Assembleia Nacional Constituinte da França, sintetizando em dezessete artigos e um preâmbulo os ideais libertários e liberais da primeira fase da Revolução Francesa, servindo de base à formulação da Constituição de 1791.

17 SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 21. ed. São Paul: Malheiros, 2002. p. 177.

18 MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 4. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990. t. 1, p. 89-90.

19 “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição”. BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 dez. 2015.

20 BRANCO, Carlos Castello. **Os Militares no Poder**: - De 1964 ao Ai-5. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2007. 640 p.

Constituição²¹. Em suma, uma espada de Dâmocles estava a pender sobre as cabeças brasileiras, adido a um ensaio real do que se tem em 1984²², de George Orwell.

No mais, para que não se cometam os mesmos erros do passado, tornando o aparelho estatal num Leviatã²³ do Judiciário, tem-se que deixar clara a forma de atuação do Estado de Coisa Inconstitucional, afinal, o próprio termo “Coisa” abriria margem para muitas interpretações e configurações do ECI, como aponta Lênio Streck:

O próprio nome da tese (Estado de Coisas Inconstitucional — ECI) é tão abrangente que é difícil combatê-la. Em um país continental, presidencialista, em que os poderes Executivo e Legislativo vivem às turras e as tensões tornam o Judiciário cada dia mais forte, nada melhor do que uma tese que ponha ‘a cereja no bolo’, vitaminando o ativismo [...] ²⁴.

No mesmo sentido, acrescenta, Lênio, sê-lo uma forma de ativismo judicial²⁵ camuflado:

Temo que, com o tempo, a simples evocação do ECI seja motivo para que se reconheça qualquer tipo de deman-

21 SILVA, Lucas Goulart da. **As violações aos direitos e garantias fundamentais durante a ditadura militar**. 2012. 112 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, 2012.

22 ORWELL, George. **1984**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. 414 p.

23 HOBBS, Thomas de Malmesbury, Leviatã. Os Pensadores. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997.

24 STRECK, Lênio Luiz. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo**. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em: 31 dez. 2015.

25 “A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”. BARROSO, Luis Roberto. *Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 19 fev. 2016.

da por inconstitucionalidade ao Judiciário. O que não é inconstitucional? Imaginemos os Estados da federação demandados por uma enxurrada de ações. Sim, o STF poderá dizer que só a ele compete julgar o ECI. Mas, até lá, como segurar os demais atores jurídicos? Como segurar as demandas sociais?²⁶.

Por sua vez, o ECI possui critérios bastante específicos que devem ser observados. Fazendo uma mera analogia com a aplicação do Direito Penal, que deve ser a última via de ação do Estado, portanto, tendo um caráter por excelência residual (*ultima ratio*), o ECI, no que tange ao seu propósito de corrigir a falha estrutural de um sistema, deve ser implementado após serem esgotadas todas as vias administrativa, legislativa e judiciária que possam reverter situações de litígios. Além disso, há de serem verificados três pressupostos essenciais, como ensina Carlos Alexandre de Azevedo Campos:

[1] a constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo de pessoas [plano dos fatos]; [2] a falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e até judiciais, verdadeira “falha estatal estrutural”, que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação [plano dos fatores]; [3] a superação dessas violações de direitos exige a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes — são necessárias mudanças estruturais, novas políticas públicas ou o ajuste das existentes, alocação de recursos etc [plano dos remédios]²⁷.

26 STRECK, Lênio Luiz. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo**. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em: 31 dez. 2015.

27 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural**. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em: 27 dez. 2015.

Em apertada síntese, o ECI sinaliza a hemorragia generalizada do rompimento de capilares da máquina pública com uma estagnação administrativa ou parlamentar sobre as matérias. Assim, é justificável a intervenção (“ativismo judicial estrutural”) como único meio restante – apesar de estar longe de um viés, genuinamente, democrático – de superar as síncopes sociais que podem ser visualizadas em “[...] desacordos políticos e institucionais, a falta de coordenação entre órgãos públicos, temores de custos políticos, legislative blindspots, sub-representação de grupos sociais minoritários ou marginalizados”²⁸.

Esses pontos são fatores que atestam que, embora melhor do que todos os regimes de governo que vigoraram outrora²⁹, a democracia ainda hoje peca em vários sentidos. Aliás, nem a própria Constituição é perfeita, afinal se fosse, não se admitiria meios de reformá-la (emendas constitucionais).

Diante desse aspecto, é válido ressaltar a força simbólica das decisões judiciais³⁰ na busca por uma melhor compreensão e atuação das instituições governamentais. Por conseguinte, atuando o ECI como preceito dotado da legitimidade³¹ conferida ao Judiciário, põe-se em andamento as engrenagens inertes (é pacífico o entendimento de que os cidadãos odeiam um sistema

28 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 314-322.

29 ENRIGHT, Dominique (Org.). **A verve e o veneno de Wiston Churchill**: uma seleção de suas melhores frases. Rio de Janeiro: Odisseia Editorial, 2009. p. 23.

30 “[...] o campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio de dizer o direito, quer dizer a boa distribuição (*nomos*) ou a boa ordem, na qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de interpretar, de maneira mais ou menos livre autorizada, um corpus de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social”. BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. Lisboa: Difel, 1989. p. 211.

31 Hegel já advertia que “[...] o princípio do mundo moderno exige que tudo aquilo que tem de ser reconhecido por todo homem lhe pareça como algo legítimo”. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

público inerte, resultando em desaparecimentos e perdas da coisa pública³²), mas sem resultar numa “judicialização da vida”³³.

3. O ECI E A SEPARAÇÃO DE PODERES

Como não há interpretação dotada de viés absoluto, rígido ou inquestionável, tem-se que analisar o postulado da separação dos poderes com essa consciência, mas, também, sem se desvirtuar de sua real intenção que é o equilíbrio.

Reza a Magna Carta, em seu artigo 3º, que os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário devem caminhar de maneira independente e harmônica, entrelaçando seus passos (haja vista a expressão “entre si”), mas sem confundirem suas pegadas. Buscando uma compreensão satisfatória, os juristas - desde a andança do Espírito das leis³⁴, de Montesquieu pelo mundo das ideias, - se debruçam sobre várias correntes acerca dessa norma que, vale ressaltar, é cláusula pétrea. Alguns tendem a um fixismo quase inquebrantável, em que se olham os três poderes como uma tríade de arquipélagos separados por grandes porções d’água. Essa perspectiva é válida quando pensamos no dia a dia, principalmente, no que tange à confusão de competências, dotações orçamentárias e outros tantos exemplos que trazem ao cume a questão da separação de poderes. Outros se inclinam a uma quase simbiose, onde os poderes são confundidos, dado a sua interferência incisiva

32 O “público significa o próprio mundo, na medida em que é comum a todos nós e diferente do lugar que nos cabe dentro dele”. ARENDT, Hanna. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo; posfácio de Celso Lafer. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 59-65.

33 O termo foi cunhado pelo jurista francês GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 2001, e aparece em diversas de suas obras.

34 MONTESQUIEU. **Do Espírito das leis**. Tradução: Jean Melville. Editora Martin Claret: São Paulo, 2007.

nas competências dos demais.

Fato é que o ponto de sapiência reside, justamente, no equilíbrio entre essas três pilastras que sustentam o Estado Democrático de Direito. Em nenhum momento a Constituição diz que não deve haver interferências. Independência não quer dizer um poder isolado - sendo um fim em si mesmo. Nem, muito menos, conectados de maneira a confundir seus próprios modi operandi. Corroborando tal entendimento, Alexandre de Azevedo Campos ensina que:

Já as críticas quanto à violação da separação de poderes encerram, com a devida vênia, dois equívocos sucessivos. Primeiramente, partem de uma concepção estática do princípio, de poderes não só separados, como distantes e incomunicáveis. As pretensões transformativa e inclusiva da Carta de 1988 requerem, ao contrário, um modelo dinâmico, cooperativo de poderes que, cada qual com as ferramentas próprias, devem compartilhar autoridade e responsabilidade em favor da efetividade da Constituição. Em segundo lugar, ainda que se reconhecesse como plenamente vigente esse modelo estático de poderes que se excluem funcionalmente, circunstâncias próprias do ECI - violação massiva de direitos fundamentais e bloqueios políticos e institucionais - configuram motivos suficientes à flexibilização, nos casos concretos e sob o ângulo de princípios de moralidade política, razões de separação ortodoxa de poderes. Pensar de modo diverso equivale a tolerar situações de somatório de inércias, de paralisia dos três poderes em desfavor da realização efetiva de direitos fundamentais. Além de excepcional, o ECI não favorece unilateralismos judiciais. [...] nada pode ser resolvido pelo Judiciário isoladamente. Ao contrário, é próprio do ECI que a solução seja perseguida a partir de medidas a serem tomadas por uma pluralidade de órgãos. Por meio de ordens flexíveis, nas quais não consta a formulação direta das políticas públicas necessárias, o tribunal visa catalisar essas medidas, buscar a superação dos bloqueios políticos e institucionais que perpetuam e agravam as violações de direitos. O ECI funciona como a 'senha de acesso' da corte à tutela estrutural: 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 ³⁵.

Neste aspecto, a temática do Estado de Coisa Inconstitucional encontra nas objeções suas próprias justificativas de soluções. Porém as dúvidas são incisivas. Seria, pois, uma interferência nociva, um ativismo judicial, uma ilegalidade judiciária e, portanto, um mecanismo sem resguardo constitucional? Dever-se-ia temer a declaração do ECI? Trata-se de um embate entre ativismo judicial versus contenção judicial? Posicionando-se contrário à conceituação de que o ECI constituiria uma forma de ativismo negativo às instituições e ao regime republicano como um todo, o mencionado autor corrobora o seguinte:

Enfim, por trás das críticas ao ECI estão receios e objeções aos “ativismos” que o STF tem praticado. [...] Mesmo em “casos mais comuns”, juízes e cortes evitam tomar decisões impossíveis de cumprimento ou que corram riscos de ser ignoradas. Cortes sabem quando e em que medida gastar seu capital institucional. Mas é certo que posturas judiciais extremadas devem ser combatidas. Contudo, o que se viu no julgamento da Cautelar na ADPF 347 deveria inspirar preocupações de sinal trocado. Mesmo ministros que, historicamente, criticavam veementemente o sistema carcerário brasileiro, optaram por defender a ‘funcionalidade do Tribunal’ ante a ameaça de uma enxurrada de reclamações, ao invés de avançar decisões que pudessem, verdadeiramente, promover mudanças do quadro de superlotação carcerária. A julgar por esse comportamento que foi majoritário, penso que o temor deveria ser pelo excesso de timidez, e não de ativismo ³⁶.

35 CAMPOS, Alexandre de Azevedo. **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: 20 mar. 2016.

36 Ibidem. Acesso em: 21 mar. 2016.

Certo é que, da nascente à foz dessa discussão, há uma linha tênue sobre até onde se estaria flutuando em águas jurídicas ou imerso na hidrosfera política. Afinal, a dificuldade de ver o conhecimento científico sendo aplicado no cotidiano reside bem na ideia de que não há como desmembrar essas matérias na realidade prática, ou seja, no universo dos fatos. O Direito e a Política³⁷ (antes mesmo de Aristóteles) parecem estar submersos no líquido amniótico de uma gestação entre irmãos gêmeos, provenientes do mesmo útero, mas em placentas distintas. Logo, para o intérprete das normas, sujeito ativo - enquanto hermeneuta - e sujeito passivo - enquanto cidadão -, torna-se árdua a tarefa de se impor de maneira imparcial na busca de soluções dos litígios orgânico-sociais. Principalmente, quando somado o fator de pressão social frente ao poder que foi posto como guardião das luzes constitucionais³⁸, o Judiciário.

4. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: “O NORTE” DO ECI

É imperioso que seja agregado o respeito à dignidade da pessoa huma-

37 Que não se confunda esse belo ramo do conhecimento com a sua vertente mais vil, a politicagem. ARISTÓTELES. *A Política*. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 93. apresenta muito bem tal ciência que rege todos os concidadãos, em sua obra homônima.

38 Ao contrário do que defende CARL SCHMITT. *La defensa de la Constitución*. Tradução de Manuel Sanches Sarto. Madrid: Tecnos, 1998, p. 40, dizendo que o guardião da Constituição seria o Presidente, adotamos a posição proposta por KELSEN, Hans. *Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Tradução de Roberto J. Brie. Madrid: Tecnos, 1999, p. 3, que diz ser somente o Tribunal Constitucional poderia ser a instituição capaz de, suficientemente equidistante das esferas legislativa e executiva, decidir acerca de seus atos.

na, sempre dividindo espaço com a liberdade³⁹ e a igualdade⁴⁰. O arbítrio de “criar e manter pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana”⁴¹ é a germinação onde nascem as instituições democráticas contemporâneas⁴². Com sabedoria, a Constituição e sua força normativa⁴³ pôs o valor do princípio⁴⁴ da dignidade humana como fundamento da República Federativa do Brasil⁴⁵, explicitando a importância dela para o bom andar da carruagem tupiniquim.

Logo, todo obstáculo que se ponha a impedir pessoas de escolherem

39 Ao conceituar “democracia participativa”, BONAVIDES, Paulo. Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 7, diz que seria preciso “reivindicar um Direito Constitucional da liberdade, oxigenado de princípios e valores já incorporados nas nossas raízes e tradições de resistência a golpes de Estado, estados de sítio, intervenções federais e ditaduras”.

40 Segundo BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 19, “a regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualmente flagrante, e não igualdade real”. Antes dele, ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*. Trad. De Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2001. p. 139, assevera que “se as pessoas não são iguais, não receberão coisas iguais; mas isso é origem de disputas de queixas,” sugerindo tratamentos desiguais para pessoas desiguais, para igualá-las.

41 Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 2.

42 Cf. CUNHA, Alexandre dos Santos. **A normatividade da pessoa humana**: o estudo jurídico da personalidade e o código civil de 2002. São Paulo: Forense, 2005. p. 85-88.

43 HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

44 “Os princípios são ‘verdades fundantes’ de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades de pesquisa e da práxis”. REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 299.

45 “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II - a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político”. BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 jan. 2016.

seus próprios meios e desígnios, agride suas dignidades. Essa é a linha de juízo de Siches quando afirma que:

[...] La idea de la dignidad consiste en reconocer que el hombre es un ser que tiene fines propios suyos que cumplir por sí mismo, o, lo que es igual, diciéndolo mediante una expresión negativa - que tal vez resulte más clara -, el hombre no debe ser jamás degradado a un mero medio para la realización de fines extraños o ajenos por completo a los suyos propios. El ser humano es un fin en sí mismo, en sí propio; es un autofin. [...] El valor supremo de la persona no debe ser confundido con los valores que el hombre pueda realizar con sus acciones y obras, como si se tratase de los méritos que ha conquistado con ellas. El valor de la persona no es un valor de actos, ni de estados ni de situaciones. Es el valor intrínseco de la esencia humana en tanto que tal. Lo suyo primario de la persona no se funda sobre lo que el hombre haga o renda, sino que se basa en lo que el hombre es ⁴⁶.

A partir disso, tem-se, na dignidade, algo que nos individualiza como seres que fazem suas escolhas, que minimizam seus instintos, alargando a capacidade de racionalização⁴⁷. O Estado ganha sua finalidade no homem, não o contrário. Aquele serve, este é servido. Por sua vez, o aparelho estatal quando eivado de narcisismo e incongruência - seja em qualquer dos po-

⁴⁶ “A ideia da dignidade consiste em reconhecer que o homem é que tem fins próprios seus que cumprir por si mesmo, ou, o que é igual, dizendo-o mediante uma expressão negativa - que talvez resulte mais clara -, o homem não deve ser jamais degradado a um *mero* meio para a realização de fins estranhos ou alheios por completo aos seus próprios. O ser humano é um fim em si mesmo, em si próprio; É um autofim. [...] O valor supremo da pessoa não deve ser confundido com os valores que o homem possa realizar com suas ações e obras, como se se tratasse dos méritos que tem conquistado com elas. O valor da pessoa não é um valor de atos, nem de estados nem de situações. É o valor intrínseco da essência humana em si considerado. O seu primado da pessoa não se funda sobre o que o homem faça ou renda, senão que se assenta no que o homem é”. [Tradução livre do autor] Cf. SICHES, Luis Recaséns. Introducción al estudio del derecho. México: Editorial Porrúa, 1985. p. 331,333.

⁴⁷ LINHARES, Paulo Afonso. **Direitos fundamentais e qualidade de vida**. São Paulo: Iglu, 2002. p. 29.

deres -, demonstra-se capaz de ir de encontro aos homens que o formam. A história é farta desses lastimáveis capítulos e seria impossível tecê-los um a um, ainda que brevemente. Mas, na Idade Contemporânea, destaca-se a trágica Segunda Guerra Mundial – que deixou 50 milhões de mortos e 28 milhões de mutilados⁴⁸. Indubitavelmente, esse episódio reacendeu a chama da dignidade, que foi debatida, de forma ampla, no mundo, ganhando força e se postando como:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos ⁴⁹.

Esse, pois, é o ponto de partida no qual todos os atos estatais devem emergir e se direcionar, principalmente, no que abarca os direitos e garantias fundamentais.

Desse modo, nada mais razoável do que analisar a ferida aberta dos presídios e a aplicação interveniente do Poder Judiciário com o ECI, na ADPF 347, à luz desse supra princípio do direito brasileiro. E como isso seria possível? Por meio de medidas flexíveis, fazendo com que as cortes respeitem as credenciais democráticas e as capacidades institucionais dos outros poderes, mantendo de pé as fronteiras entre Direito e Política, mi-

48 SCHILLING, Voltaire. **História**. Disponível em: <http://bit.ly/cAxIOS>. Acesso em: 03 jan. 2016.

49 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 42.

nimizando, assim, os riscos de não cumprimento das decisões.

Dessa compreensão, confirma-se o ECI como colaborador a fim de fazer valer a ótica dos diferentes grupos sociais e:

chamar atenção para direitos de grupos vulneráveis e minorias sub-representadas, cujos interesses acabam caindo em ‘pontos-cegos legislativos’. Em vez de ir contra a Constituição e os direitos fundamentais, o ECI pode servir para diminuir a distância entre o garantismo textual e a realidade desigual e desumana em diferentes quadras. Em vez de oportunizar a declaração de ‘inconstitucionalidade do Brasil’, o ECI pode contribuir a torná-lo um país mais inclusivo e atento à dignidade humana como bem intrínseco de todo e qualquer indivíduo⁵⁰.

Deste modo, aonde quer se chegar é mais uma vez na reafirmação de que a Constituição não se torne um pedaço de papel⁵¹, portanto, um vestígio de celulose sem aplicabilidade; mas um imperativo categórico⁵² que move cada indivíduo, seja na praça pública ou dentro de sua residência⁵³, seja no Congresso Nacional ou nas super-habitadas masmorras prisionais. Para o povo e pelo povo deve continuar sendo escrita cada linha da Carta Política do Brasil.

50 CAMPOS, Alexandre de Azevedo. **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: 25 mar. 2016.

51 LASSALE, Ferdinand. O que é uma Constituição. Tradução Leandro Farina. 2. ed. Campinas: Minelli, 2005. Tradução de: Über die Verfassung.

52 Explica Christoph Sigwart, **Logik**, 3ª ed. Tübingen: Freiburg, 1904, p. 17, que “O imperativo não exige a crença na sua verdade, mas obediência... [...] Quer o que emite o comando surja como um indivíduo real, quer surja como ente coletivo, quer o motivo pressuposto para a obediência seja a submissão à autoridade pessoal, quer o seja a submissão à impessoal ordem do Estado - o conteúdo do que é expresso não é a comunicação de uma verdade mas a injunção de fazer certa coisa e deixar de fazer outra” [Tradução livre do autor].

53 Faz-se aqui um paralelo entre o público e o privado, como se aprende com DAMATTA, Roberto. **A casa e a rua: espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1984.

5. O INFERNO PRISIONAL E O ECI

Tão difícil quanto precisar a origem da vida, seria também descobrir o marco temporal exato em que o homem submeteu outro à pena⁵⁴. Na história do Brasil, essa inexatidão persiste, mas com a chegada lusa e a sua posterior colonização, começou a se delinear o sistema punitivo ao modo europeu, influenciado pela Santa Inquisição – dirigente de um espetáculo de horrores.

Mais de 500 anos se passaram e, por incrível que pareça, o sistema carcerário brasileiro, onde milhares de homens e “presos que menstruam”⁵⁵ cumprem suas penas, ainda oferece o tratamento desumano e degradante de todo dia.

Após longas conquistas por direitos em todas as áreas, o sistema prisional parece ser o que menos evoluiu, haja vista a situação de falência em que se encontra⁵⁶. Após a construção do arcabouço normativo garantista que foi erguido ao longo dos anos (reformulações no Código Penal - em que se afastou, cada vez mais, o direito penal do autor⁵⁷-, assim como a consagração da Constituição como fonte de hierarquia superior, como pontua Kelsen⁵⁸, a norma fundamental do Estado), pode-se, lamentavelmente, vislumbrar o

54 BITENCOURT, Cesar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**: causas e alternativas. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 3.

55 QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**: a brutal vida das mulheres - tratadas como homens - nas prisões brasileiras. Rio de Janeiro: Record, 2015. p. 217.

56 SOUSA, Rafaela de Oliveira; FLORES NETO, Mathias; STEFANONI, Luciana Renata Rondina. **A falência do sistema penitenciário brasileiro**. 2014. Disponível em: <<http://sousarafa-la.jusbrasil.com.br/artigos/112291037/a-falencia-do-sistema-penitenciario-brasileiro>>. Acesso em: 19 mar. 2016.

57 MOHAMED, André Nascimento. **O Direito Penal do Autor no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. 2010. 26 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2010/trabalhos_12010/andremohamed.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2016.

58 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. 5. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.191. Tradução de: Reine Rechtslehre;

sistema presidiário deslocado no tempo e no espaço. Este se assemelha ao viajante do tempo pretérito que não se adequa à modernidade e aos anseios de sua nova realidade, revelando-se um mentecapto incompreensível.

O cárcere não cumpre sua finalidade, qual seja: restaurar o homem e devolvê-lo à liberdade como contribuinte para o progresso social. Pelo contrário, age na contramão de seu escopo, tratando seus usuários de forma animalésca⁵⁹ e aumentando a chance de reincidência criminal de quem por ele passou⁶⁰. Ainda se têm, pois, presídios de degredados⁶¹, só que dessa vez intramuros.

A prisão tupiniquim, desde a Casa de Correção do Rio de Janeiro, em 1769, não conseguiu imprimir um método próprio, tentando ser fiel à conjectura de seu povo. A contrario sensu, não passava de uma “tentativa de igualar os cárceres brasileiros aos erguidos na Europa e nos Estados Unidos”⁶². Logo, um câncer estrutural foi só se alastrando com o passar dos

59 Aqui se recorda a ação proposta pelo saudoso advogado Sobral Pinto que, com verdadeira e astuta sensibilidade jurídica, solicitou, “ironicamente”, que fossem reconhecidos os direitos dos animais ao seu cliente. Sobral fez referência ao primeiro artigo do Decreto número 24.645: “Todos os animais existentes no País são tutelados do Estado”. Em seguida, passou à definição de maus-tratos da mesma lei federal: “Manter animais em lugares anti-higiênicos ou que lhe impeçam a respiração, o movimento ou o descanso, ou os privem de ar ou luz”. QUINTELA, Ary (Org.). **Por que defendo os comunistas**. Belo Horizonte: Comunicação, 1979. 239 p.

60 Segundo o IPEA. **Reincidência Criminal no Brasil: Relatório de Pesquisa**. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379f-feb4c9aa1f0d9.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2016, constatou-se que a taxa de reincidência no Brasil é de 70%.

61 Inserido nas Ordenações Filipinas e imposto ao Brasil colônia, era o presídio das “[...]” pessoas que eram expulsas de seu país, sendo esta punição uma sansão penal. Percebe-se desde as primeiras linhas que logo na sua formação como nação, o Brasil já começou de forma errada”. FREITAS, Fábio Wanderley de. **Direitos Humanos, Direitos Fundamentais e Sistema Prisional Brasileiro: uma difícil convivência**. 2012. 56 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, Mossoró - Rn, 2012. Cap. 4.

62 ARAUJO, Carlos Eduardo Moreira de. **Cárceres imperiais: a Casa de Correção do Rio de Janeiro : seus detentos e o sistema prisional no Império, 1830-1861**. 2009. 320 f. Tese (Doutorado) - Curso de História, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2009. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?code=000438954>>. Acesso em: 19 mar. 2016.

anos até culminar na situação de emergencial socorro atual.

Além disso, são estrondosos os gritos de afronta à Lei de Execuções Penais, ao Código Penal e de Processo Penal, à Declaração Universal dos Direitos Humanos e, notadamente, à célula mater das instituições, a Constituição Federal. Os presídios, paradoxalmente, negam a ressocialização, dilaceram a dignidade humana, golpeiam o sistema democrático e distorcem a sensação de justiça.

Todo esse aparato provoca, no mínimo, questionamentos em busca de soluções. Portanto, o Estado de Coisa Inconstitucional surge não como a única e melhor saída, longe disso; mas como um afluente de ideias e ações que condicionem uma percepção de realidade melhor⁶³.

Fato é que, mesmo admitindo a falha estrutural do sistema penitenciário brasileiro, o STF, nas votações acerca da adoção do ECI nesse diapasão problema-solução, foi favorável a algumas medidas propostas apenas, não pela sua integralidade⁶⁴. De modo que os defensores de tal medida enxer-

63 Constata-se que o “total de apenados condenados no sistema prisional passou de 3.866 pessoas em 1938 para 321.014 em 2009”. Além disso, “O Brasil já é o quarto país que mais encarcera no mundo e, mesmo assim, convive com taxas de criminalidade muito altas”. **Reincidência Criminal no Brasil: Relatório de Pesquisa**. 2015. p.12. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

64 Na ADPF 347 instruíu-se que “o STF deveria obrigar os juízes e tribunais do país a: a) quando forem decretar ou manter prisões provisórias, fundamentarem essa decisão dizendo expressamente o motivo pelo qual estão aplicando a prisão e não uma das medidas cautelares alternativas previstas no art. 319 do CPP; b) implementarem, no prazo máximo de 90 dias, as audiências de custódia (sobre as audiências de custódia, leia o Info 795 STF); c) quando forem impor cautelares penais, aplicar pena ou decidir algo na execução penal, levarem em consideração, de forma expressa e fundamentada, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro; d) estabelecerem, quando possível, penas alternativas à prisão; e) abrandarem os requisitos temporais necessários para que o preso goze de benefícios e direitos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando ficar demonstrado que as condições de cumprimento da pena estão, na prática, mais severas do que as previstas na lei em virtude do quadro do sistema carcerário; e f) abaterem o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento

garam a decisão como uma vitória pírrica⁶⁵.

O ECI até agora não poderá ser visualizado em sua totalidade (haja vista que a ação ainda tramita no STF, mas já com os votos da maioria no sentido desfavorável a sua utilização), mas o debate emerge para impulsionar a chama da democracia e discutir questões eminentemente de segurança pública e organização estatal como um todo – fundamento do ordenamento jurídico. Logo, a Suprema Corte, mesmo que não agrade a todos (não é esse o seu mister), deve continuar se posicionando de maneira participativa sobre as questões sociais, cujo respaldo político e jurídico interesse a vida de cada cidadão.

Diferente disso, a Corte se demonstraria fraca, não se impondo como voz constitucional. Consequência lógica disso seria os cidadãos não exercerem seus *status activus processualis*⁶⁶, já que não se veria nem as decisões da maior cúpula jurisdicional serem cumpridas e efetivadas. Reflexo disso, acabar-se-ia formando uma sociedade de cunho luddista⁶⁷, inconformada

são, na prática, mais severas do que as previstas na lei. Isso seria uma forma de ‘compensar’ o fato de o Poder Público estar cometendo um ilícito estatal. Também que o STF deveria obrigar que o CNJ: g) coordene um mutirão carcerário a fim de revisar todos os processos de execução penal em curso no País que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, visando adequá-los às medidas pleiteadas nas alíneas ‘e’ e ‘f’ acima expostas. Assim como o STF deveria obrigar que a União: h) libere, sem qualquer tipo de limitação, o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) para utilização na finalidade para a qual foi criado, proibindo a realização de novos contingenciamentos”. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/adpf-situacao-sistema-carcerario-voto.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2016. No entanto, o plenário do STF (ADPF 347 MC/DF), Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 9/9/2015 (Info 798) decidiu conceder, parcialmente, a medida liminar e deferiu apenas os pedidos “b” (audiência de custódia) e “h” (liberação das verbas do FUNPEN).

65 MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Uma vitória pírrica: o julgamento da ADPF 347**. 2015. Disponível em: <<http://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/232387594/uma-vitoria-pirrica-o-julgamento-da-adpf-347>>. Acesso em: 27 mar. 2016.

66 HÁBERLE, Peter. **La libertad fundamental en el estado constitucional**. San Miguel: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997. p. 377.

67 Aqui faz uso irônico da expressão “Ludismo”, cunhando-lhe de significado pejorativo no sentido de que os cidadãos “quebrariam” o Estado com suas ações ou inações danosas. O termo deriva do principal líder desse movimento, Ned Ludd. Sobre o *luddismo* o historiador

com tudo e todos, sem ordem, muito menos, progresso.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tal qual o rio que deságua no mar, o Estado de Coisa Inconstitucional encontra seu propósito na salinidade do debate jurisdicional (objeto apreciado durante todo este trabalho).

Sem querer ser uma mera onda de verão e não passar despercebido, o ECI já é realidade para o melhoramento do sistema carcerário, embora de forma parcial. Mas antes disso, foi de grande valia sua análise frente a conjecturas básicas que resgatam o próprio intuito de Estado.

Aliás, o ECI é apenas uma simples ferramenta para beneficiar essa macroestrutura que condiciona e traz fronteiras físicas, fáticas e jurídicas a cada um que nele habita. O Estado, que possui o direito como mecanismo de controle, encontra a sua função precípua quando incorpora a fator básico de sua existência, a democracia.

Bem verdade que cada um, afinal, renuncia um tanto de liberdade, enquanto ser autônomo que nasce, para, justamente, enquadrar-se nas regras do jogo estatal. A democracia tem um preço caríssimo e cada decisão dos seus representantes deve ser tomada com cautela, coabitando, sempre, com o juízo da dignidade humana.

Nesse liame entre os três poderes que assumem os arreios da carruagem estatal, encontra-se o paradigma de precisar bem suas competências. E o ECI é contestado diante desse pressuposto como uma forma maquiada de ativismo judiciário.

HOBSBAWM, Eric J. The machine breakers. In: _____. **Labouring men**: studies in the history of labour. London: Weidenfeld and Nicolson, 1964. p. 6, ensina que “era uma mera técnica de sindicalismo no período que precedeu a revolução industrial e as suas primeiras fases”.

No entanto, o último efeito que esse mecanismo deseja provocar é o enfraquecimento do aparelho estatal e a confusão dos poderes da República. Como ficção do universo jurídico, tenta entrar no mundo dos fatos, no caso em apreço, no sistema penitenciário brasileiro, para buscar formas reais de fazer cumprir as leis e as decisões judiciais, corroborando a vontade do legislador (criador da norma jurídica e, em tese, sensível aos reclames sociais) e do jurista (intérprete dessas normas).

O sistema prisional precisa de mais inovações teóricas e práticas como fez ou tentou fazer o ECI. As prisões não funcionam, atiram pela culatra a última chance de fazer de um delinquente (real ou potencial) um cidadão. A sociedade perde, o Estado perde, a democracia perde, todos perdem.

Que o pessimismo do velho do Restelo não seja ouvido. Que se faça escutar o canto da Constituição, não só às margens do Ipiranga, mas em todos os rincões brasileiros. Que sua força normativa impere sobre todos os poderes. Que o submundo da democracia atual (os presídios) seja reinventado e torne-se sinônimo de ressocialização.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. Curso de direito constitucional, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 31.

ALTHUSSER, Louis. Ideologia e Aparelhos Ideológicos de Estado. Lisboa: Editorial Presença, 1970. 120 p.

ARAÚJO, Carlos Eduardo Moreira de. Cárceres imperiais: a Casa de Correção do Rio de Janeiro : seus detentos e o sistema prisional no Império, 1830-1861. 2009. 320 f. Tese (Doutorado) - Curso de História, Instituto

de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2009. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?code=000438954>>. Acesso em: 19 mar. 2016.

ARAUJO, Maria Paula. SILVA, Isabel Pimentel da. SANTOS, Desirree dos Reis (Org.). Ditadura militar e democracia no Brasil: história, imagem e testemunho. 1. ed. Rio de Janeiro: Ponteio, 2013. p.48.

ARENDT, Hanna. A condição humana. Trad. Roberto Raposo; posfácio de Celso Lafer. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p. 59-65.

ARISTÓTELES. A Política. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 93.

ARISTÓTELES, Ética a Nicômaco. Trad. De Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2001. p. 139

BARBOSA, Rui. Oração aos moços. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 19.

BARROSO, Luis Roberto. Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 19 fev. 2016.

BITENCOURT, Cesar Roberto. Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 3.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 2.

_____. Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma

repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 7.

BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. Trad. Fernando Tomaz. Lisboa: Difel, 1989. p. 211.

BRANCO, Carlos Castello. Os Militares no Poder: - De 1964 ao Ai-5. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2007. 640 p.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 jan. 2016.

BRASIL. Reincidência Criminal no Brasil: Relatório de Pesquisa. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

BURDEAU, Georges. *Traité de Science politique*. Paris: Lib. Générale de Droit de Jurisprudence, 1967. v. 4, p. 278.

CAMPOS, Alexandre de Azevedo. 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: 25 mar. 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 314-322.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural*. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio>>.

-estrutural>. Acesso em: 27 dez. 2015.

CARL SCHMITT. La defensa de la Constitución. Tradução de Manuel Sanches Sarto. Madrid: Tecnos, 1998, p. 40.

CUNHA, Alexandre dos Santos. A normatividade da pessoa humana: o estudo jurídico da personalidade e o código civil de 2002. São Paulo: Forense, 2005. p. 85-88.

DAMATTA, Roberto. A casa e a rua: espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil. São Paulo: Brasiliense, 1984.

ENRIGHT, Dominique (Org.). A verve e o veneno de Wiston Churchill: uma seleção de suas melhores frases. Rio de Janeiro: Odisseia Editorial, 2009. p. 23.

FREITAS, Fábio Wanderley de. Direitos Humanos, Direitos Fundamentais e Sistema Prisional Brasileiro: uma difícil convivência. 2012. 56 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, Mossoró - RN, 2012. Cap. 4.

GARAPON, Antoine. O juiz e a democracia: o guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

HÄBERLE, Peter. La libertad fundamental en el estado constitucional. San Miguel: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997. p. 377.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Princípios da filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOBBS, Thomas de Malmesbury, Leviatã. Os Pensadores. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997.

HOBBS, Eric J. The machine breakers. In: _____. Labouring men: studies in the history of labour. London: Weidenfeld and Nicolson, 1964. p. 6.

KELSEN, Hans. Quién debe ser el defensor de la Constitución? Tradução de Roberto J. Brie. Madrid: Tecnos, 1999, p. 3.

_____. Teoria pura do direito. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. 5. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.191.

LASSALE, Ferdinand. O que é uma Constituição. Tradução Leandro Farina. 2. ed. Campinas: Minelli, 2005.

LIMA, George Marmelstein. O Estado de Coisas Inconstitucional – ECI: apenas uma nova onda do verão constitucional? 2015. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2015/10/02/o-estado-de-coisas-inconstitucional-eci-apanas-u-ma-nova-onda-do-verao-constitucional/>>. Acesso em: 27 dez. 2015.

LINHARES, Paulo Afonso. Direitos fundamentais e qualidade de vida. São Paulo: Iglu, 2002. p. 29.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 4. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990. t. 1, p. 89-90.

MOHAMED, André Nascimento. O Direito Penal do Autor no Ordenamento Jurídico Brasileiro. 2010. 26 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2010/trabalhos_12010/andremohamed.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2016.

MONTESQUIEU. Do Espírito das leis. Tradução: Jean Melville. Editora Martin Claret: São Paulo, 2007.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Uma vitória pírrica: o julgamento da ADPF 347. 2015. Disponível em: <<http://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/232387594/uma-vitoria-pirrica-o-julgamento-da-adpf-347>>. Acesso em: 27 mar. 2016.

ORWELL, George. 1984. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. 414 p.

QUEIROZ, Nana. Presos que menstruam: a brutal vida das mulheres - tratadas como homens - nas prisões brasileiras. Rio de Janeiro: Record, 2015. p, 217.

QUINTELA, Ary (Org.). Por que defendo os comunistas. Belo Horizonte: Comunicação, 1979. 239 p.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 299.

RENAN, Ernest. What is a nation? In: ELEY, Geoff; SUNY, Ronald Grigor (Ed.). *Becoming national: a reader*. New York: Oxford University Press, 1996, p. 41-55.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 42.

SICHES, Luis Recaséns. *Introducción al estudio del derecho*. México: Editorial Porrúa, 1985. p. 331,333.

SCHILLING, Voltaire. *História*. Disponível em: <http://bit.ly/cAxIOS>. Acesso em: 03 jan. 2016

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. São Paul: Malheiros, 2002. p. 177.

SILVA, Lucas Goulart da. *As violações aos direitos e garantias fundamentais durante a ditadura militar*. 2012. 112 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, 2012.

SOUSA, Rafaela de Oliveira; FLORES NETO, Mathias; STEFANONI, Luciana Renata Rondina. *A falência do sistema penitenciário brasileiro*. 2014. Disponível em: <<http://sousarafaela.jusbrasil.com.br/artigos/112291037/a-falencia-do-sistema-penitenciario-brasileiro>>. Acesso em: 19 mar. 2016.

STRECK, Lênio Luiz. *Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo*. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativis>>

mo>. Acesso em: 31 dez. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL. STF inicia julgamento de ação que pede providências para crise prisional. 2015. Disponível em: <STF inicia julgamento de ação que pede providências para crise prisional>. Acesso em: 27 dez. 2015.

TAYLOR, Charles. Hegel: sistema, método e estrutura. São Paulo: É Realizações, 2014. 624 p.

Recebido em 09/02/2017 – Aprovado em 17/05/2017