

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

LUIZ GUSTAVO DOS SANTOS LIMA

**A POSSÍVEL APROXIMAÇÃO ENTRE A TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS
E A INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O ESTADO
DE COISAS INCONSTITUCIONAL**

**CURITIBA
2018**

LUIZ GUSTAVO DOS SANTOS LIMA

**A POSSÍVEL APROXIMAÇÃO ENTRE A TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS
E A INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O ESTADO
DE COISAS INCONSTITUCIONAL**

Texto parcial apresentado como requisito parcial
para a obtenção do grau de Bacharel em Direito,
do Centro Universitário Curitiba.

Orientador: Roosevelt Arraes

**CURITIBA
2018**

LUIZ GUSTAVO DOS SANTOS LIMA

**A POSSÍVEL APROXIMAÇÃO ENTRE A TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS
E A INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O ESTADO
DE COISAS INCONSTITUCIONAL**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em
Direito da Faculdade de Direito de Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos
professores:

Orientador: _____

Prof. Membro da Banca

Curitiba, de _____ de 2018

Dedico este trabalho em primeiro lugar a Deus, por me guiar nessa longa estrada chamada vida, ao meu pai e minha mãe, por tornarem possível chegar até aqui, e aos meus irmãos.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, por todo o incentivo e apoio fornecido, sem o qual não teria sido possível chegar até aqui.

Ao meu orientador Roosevelt, que com todo apoio e o conhecimento fornecido, foi essencial para a materialização deste trabalho.

E, finalmente, gostaria de agradecer às minhas amigas Greicy e Thais, que me acompanharam desde o início dessa jornada, nos bons e nos maus momentos e que acredito vão continuar presentes em minha vida.

“A justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento. Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar. Por essa razão, a justiça nega que a perda de liberdade de alguns se justifique por um bem maior partilhado por todos. “

- John Rawls

RESUMO

O presente trabalho visa demonstrar uma possível relação entre a teoria de justiça do filósofo John Rawls e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal frente ao Estado de Coisas Inconstitucional no julgamento da Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento Fundamental 347, em que a matéria nela tratada é a crítica situação em que se encontra o sistema carcerário brasileiro. Primeiramente é realizada uma breve explicação do que vem a ser o Estado de Coisas Inconstitucional, bem como, da possibilidade da sua utilização do ECI frente as enormes violações de direitos nos cárceres brasileiros. Em segundo lugar, passa-se a tratar dos principais conceitos envolvidos na teoria de justiça Rawlsiana, como o da estrutura básica e posição original, possibilitando uma simples compreensão da citada teoria. Por fim, é realizada a efetiva análise da referida decisão, com um breve resumo dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal, seguida da análise dos possíveis pontos que se relacionam com a teoria de justiça rawlsiana.

Palavras-chave: Estado de Coisas Inconstitucional, John Rawls, Teoria de Justiça, Supremo Tribunal Federal, Sistema Carcerário Brasileiro.

ABSTRACT

This paper aims to demonstrate a possible relation between the theory of justice of the philosopher John Rawls and the position of the Federal Supreme Court against the Unconstitutional State of Things in the judgment of the Injunction in Argument of Non-compliance with Fundamental Precept n. 347, in which the matter dealt with is the critical situation in which the Brazilian prison system is located. Firstly, it's done a brief explanation of what constitutes the Unconstitutional State of Things, as well as the possibility of its use of the UST facing off the enormous violations of rights in Brazilian prisons. In second place, its time to deal with the main concepts involved in the Rawlsian theory of justice, such as the basic structure and original position, allowing a simple understanding of that theory. Finally, an effective analysis of this decision is carried out, with a brief summary of the votes of the ministers of the Federal Supreme Court, followed by the analysis of possible points that relate to the Rawlsian justice theory.

Key-words: *Unconstitutional State of Things, John Rawls, Theory of justice, Federal Supreme Court, Brazilian Prison System*

LISTA DE SIGLAS

ADPF	- Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CNJ	- Conselho Nacional de Justiça
CPI	- Comissão Parlamentar de Inquérito
DEPEN	- Departamento Penitenciário Nacional
ECI	- Estado de Coisas Inconstitucional
ENFAM	- Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados
FUNPEN	- Fundo Penitenciário Nacional
MC-ADPF	- Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
STF	- Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

RESUMO	7
ABSTRACT	8
LISTA DE SIGLAS	9
1 INTRODUÇÃO	11
2 DA RELEVÂNCIA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E DA CONSEQUENTE RESPONSABILIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE A ESTE	13
2.1 DO ESTADO INCONSTITUCIONAL DE COISAS.....	13
2.2)DO PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE AO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A MASSIVA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	15
2.3)DO ATIVISMO JUDICIAL E DA POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	19
3. DA CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA RAWLSIANA	29
3.1. A ESTRUTURA BÁSICA.....	33
3.2. O CONTRATO SOCIAL E A POSIÇÃO ORIGINAL.....	35
3.3. DOS PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA E A PRIORIDADE ENTRE ELES.....	37
4 DA ANÁLISE DA INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A POSSÍVEL APROXIMAÇÃO COM A TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS	40
4.1 DA DECISÃO UTILIZADA PARA A REFERIDA ANÁLISE.....	40
4.2 DOS POSSÍVEIS PONTOS DE APROXIMAÇÃO DO ENTENDIMENTO DO STF FRENTE AO ECI NA ADPF 347 COM A TEORIA DA JUSTIÇA RAWLSIANA.....	47
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	55
REFERÊNCIAS	58

1 INTRODUÇÃO

As frases “Direitos Humanos só servem para proteger criminosos” e “Bandido bom é bandido morto” têm se tornado quase que elemento do senso comum em boa parte da população brasileira na atualidade, transmitindo a ideia de que uma grande parcela da sociedade não vê o poder judiciário ou até mesmo o próprio Direito com bons olhos, associando-os à ideia de “protetores de criminosos”. Isso demonstra a atual crise de valores morais das pessoas, na qual estas acabam achando que justiça é agredir violentamente alguém por este ter praticado uma conduta reprovável pela sociedade.

Fica então evidenciada a necessidade de se discutir e debater questões referentes à justiça, e até mesmo voltar a uma das questões mais antigas da humanidade: “o que é justiça?”.

Havendo ainda dúvidas quanto a importância do estudo da justiça, basta lembrar do maior ícone de sua representação: a estátua da Deusa Themis, vendada, com uma balança na uma de suas mãos e uma espada na outra. Isto é, a justiça é o que rege e impõe ordem a vida em sociedade, de modo a manter o equilíbrio entre todos os indivíduos que nela vivem, sem qualquer distinção entre estes.

Com o estudo das teorias de justiça, é possível começar a compreender os problemas existentes nos discursos que tentam revestir o uso da violência com o nome de justiça. Também, torna-se viável o reconhecimento dos problemas existentes no sistema penal, mais especificamente, quanto a execução das penas impostas pelo Estado, onde é possível verificar a ausência da justiça, diante das condições deploráveis em que se encontram os indivíduos condenados no cumprimento de suas penas.

Tal condição dos detentos do sistema carcerário viola os princípios da Constituição da República, especificamente o da dignidade da pessoa humana, e, conseqüentemente, torna necessária a intervenção do Supremo Tribunal Federal para reequilibrar os pratos da balança da justiça, sendo tal intervenção o tema sobre o qual trata o presente trabalho, isto é, a possível relação entre a teoria de John Rawls e a interpretação do Estado de Coisas Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

O principal objetivo deste trabalho é tentar demonstrar os possíveis pontos de relação entre a Teoria da Justiça de John Rawls e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal frente a figura do Estado de Coisas Inconstitucional, de modo a demonstrar que a Justiça ainda não chegou ao fundo do poço, de modo que ainda é possível reverter a situação terrível em que se encontra.

Para se atingir tal objetivo, primeiramente é feita uma contextualização da figura do Estado de Coisas Inconstitucional, através da definição do instituto, da análise da importância do mesmo, e sua relação frente a situação precária do sistema carcerário brasileiro, bem como uma breve contextualização de como se encontra o mencionado sistema.

Em seguida, é realizada uma breve retomada de alguns dos principais conceitos utilizados por John Rawls em sua Teoria da Justiça em suas obras, de modo com que seja possível fornecer uma ao menos uma leve compreensão do que vem a ser a Teoria de Justiça Social de John Rawls.

Por fim, passa-se a análise da decisão do Supremo Tribunal Federal na Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, onde é mencionada a figura do Estado de Coisas Inconstitucional, e conseqüentemente de onde será extraída a posição do Supremo frente a essa figura, sendo logo em seguida realizada a sua análise.

2 DA RELEVÂNCIA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E DA CONSEQUENTE RESPONSABILIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE A ESTE

2.1 DO ESTADO INCONSTITUCIONAL DE COISAS

Primeiramente, antes de adentrar às consequências do Estado de Coisas Inconstitucional, é necessário entender o que é esse fenômeno; quais são os pressupostos para que o ECI seja configurado; quais seriam os efeitos de seu reconhecimento para o STF; quais as vantagens em relação aos remédios já existentes para o caso de questões de inconstitucionalidades e, por fim, qual a sua relevância no atual cenário político-jurídico.

Quanto ao que se refere o Estado de Coisas Inconstitucional, trata-se de um “instrumento” construído pela Corte Constitucional da Colômbia por meio do qual a Corte visa afirmar a existência de um quadro de violações excessivas e inaceitáveis aos direitos fundamentais, sendo mera consequência dos atos e omissões praticados pelas autoridades públicas, sendo, ainda, agravado por essas mesmas autoridades ao permanecerem inertes diante desses problemas, de modo que, apenas modificações na estrutura da atuação do poder público podem resolver tal inconstitucionalidade. Diante de tal gravidade, a corte vê-se como legítima para interferir na formulação e implementação de políticas públicas e na coordenação das medidas concretas para superar tal Estado de Coisas Inconstitucional.¹

Então, basicamente, o Estado de Coisas Inconstitucional é um novo meio, construído pela Corte colombiana, para realizar o controle de constitucionalidade, onde, uma vez que se reconheça a configuração de tal Estado, atribuí-se legitimidade para a Suprema Corte interferir nos demais poderes, de forma extremamente pontual, para o fim de resolver o problema específico a fim de resolver a inconstitucionalidade no caso concreto.

Uma crítica levantada por muitos juristas e opinadores a respeito do tema, é o fato de tal instrumento não ter tido sucesso no seu país de origem. O Estado de

¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 1ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

Coisas Inconstitucional falhou ao ser utilizado na Colômbia para resolver o problema existente no Sistema Carcerário do país. No entanto, como destaca Campos², tal raciocínio não deve prevalecer. Não é porque tal instrumento foi incapaz de resolver os litígios de caráter estrutural do cárcere colombiano que o ECI não será útil para resolver os graves problemas do Brasil, no caso deste trabalho, da situação do Sistema Carcerário Brasileiro. Como argumentou Campos:

o erro da corte no caso do sistema carcerário foi proferir ordens sem qualquer acompanhamento ou diálogo na fase de implementação. Em caso posterior, o paradigmático problema da “população deslocada em razão da violência urbana”, a corte, tendo aprendido com os próprios erros, passou a adotar a prática de proferir “ordens flexíveis sujeitas à jurisdição supervisória”. As novas medidas resultaram no sucesso da atuação da corte e do instrumento Estado de Coisas Inconstitucional.³

Diante do problema existente na ADPF 347, o Supremo Tribunal Federal se depara com a figura do “litígio estrutural”, reconhecido pela abrangência a uma enorme quantidade de pessoas, muitas entidades e por implicar comandos de complexa execução. Para confrontar tal problema é que o STF necessita do ECI, sendo este o “remédio estrutural” adequado para resolução dessa espécie de litígio, tornando possível o redimensionamento das elaborações e execuções de políticas públicas, o que não é possível apenas utilizando os meios disponíveis.

Porém, não é um instrumento a ser utilizado para qualquer ocasião, a qualquer indício mínimo de violação aos princípios constitucionais. Para a configuração do Estado de Coisas Inconstitucional são necessários três pressupostos⁴, sendo eles: a omissão parcial do dever de legislar, quando a promulgação de uma norma não é capaz de satisfazer o mínimo exigido pela Constituição, causando uma massiva violação dos direitos previstos naquela; a inércia deliberada pelo órgão que devia tomar as providências necessárias, deliberação esta que é provocada por condições que afetam a atuação do órgão

² CAMPOS, Carlos Alexandre de. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 1ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

³ CAMPOS, Carlos Alexandre de. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. **Conjur**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>> Acesso em: 13 de Outubro de 2017

⁴ FILHO, Nicola Patel. O Estado de Coisas Inconstitucional sob a Perspectiva da Omissão Parcial (Parte 1). **Empório do Direito**. Disponível em: < <http://emporiododireito.com.br/leitura/o-estado-de-coisas-inconstitucional-sob-a-perspectiva-da-omissao-parcial-parte-1> > Acesso em: 13 out. 2017.

público de modo a impedir a sua operação diante de certa situação concreta; e, por fim, a falha estrutural das instituições públicas em geral, isto é, não basta a falha de apenas um dos órgãos do poder público para que se configure o ECI, mas sim a falha de todos eles, inclusive do próprio poder judiciário.

Pensando em sanar a omissão inconstitucional, provavelmente surge a ideia de utilizar-se de outros meios, no caso, o Mandado de Injunção para a resolução de tal vício. Porém, este método seria incapaz de solucionar o real problema, tendo em vista que nos casos do Mandado de Injunção, os efeitos operam apenas para as partes da ação, não possuindo o condão de atingir a todas as vítimas da violação generalizada de direitos, como ocorre no ECI.⁵

Portanto, perante ao que foi exposto, fica evidente que o Estado de Coisas Inconstitucional é extremamente importante e necessário para a resolução de violações massivas dos direitos fundamentais (vindo estas a serem agravadas por problemas estruturais generalizados das instituições públicas) pelo Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que este órgão possibilita a “última chance” de se chegar a uma solução. É preciso que o STF disponha de todos os meios necessários para a resolução de conflitos dessa gravidade, obviamente sem desrespeitar os preceitos constitucionalmente previstos.

2.2) DO PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE AO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A MASSIVA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A respeito da competência do Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do poder judiciário, esta resume-se a cumprir seu papel de “guardião da constituição”, conforme o disposto no artigo 102 da Constituição da República, cabendo-lhe, dentre outros, o processamento e julgamento, originalmente, da ação direta de inconstitucionalidade e da ação direta de constitucionalidade, e, em sede de recurso extraordinário, quando a decisão recorrida: contrariar dispositivo da Constituição;

⁵ SERENATO, Maurício Wosniaki. A possibilidade de ressignificação da omissão inconstitucional. **Conjur**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-21/mauricio-serenato-ressignificacao-omissao-inconstitucional>> Acesso em: 17 out. 2017

declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição; julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Obviamente que, no exercício do de suas atribuições, não pode o Supremo Tribunal Federal violar a própria Constituição. Uma vez que seu papel é garantir o cumprimento desta, não seria razoável e nem faria sentido algum que para exercer esse dever de proteção dos direitos constitucionais acabasse violando outras normas de natureza constitucional.

Apesar de parecer óbvio o que foi dito, na prática, observar esse respeito às normas constitucionais pelo próprio STF, pode ser muito mais complicado do que aparenta ser, como é o caso do chamado “ativismo judicial”⁶ e a grave alegação de violação do princípio da tripartição de poderes, prevista no artigo 2º da Constituição da República de 1988, que será tratado de maneira mais apropriada no tópico adequado para este tema.

Sendo o grande responsável pelo controle de constitucionalidade, principalmente por ser o responsável por realizar o controle concentrado, definindo assim as diretrizes para todo o país quanto a este tema, torna-se previsível e é razoável considerar que será o Supremo Tribunal Federal o responsável para declarar o ECI, quando preenchidos os requisitos necessários para tal, tendo em vista a repercussão deste quanto à matéria de direitos fundamentais e, conseqüentemente, os seus reflexos no seu papel de proteção dos direitos previstos pela Magna Carta.

Para além do argumento da responsabilidade pelo controle de constitucionalidade, vale lembrar que, diante do panorama caótico em que se encontra o Estado de Coisas Inconstitucionais, da massiva violação de direitos fundamentais, como é o caso tratado na MC-ADPF 347, que será abordada mais a frente, em decorrência da omissão sistematizada dos poderes públicos, que impossibilitam o acesso a esses direitos, o STF tem o dever de agir em defesa dos Direitos Constitucionais frente a violação massiva e indiscriminada destes.

⁶ BENVENUTO, Jayme; LINS, Liana Cirne. O declínio da imparcialidade na era do ativismo judicial midiático. **Conjur**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jun-21/declinio-imparcialidade-ativismo-judicial-midiatico>> Acesso em: 11 de out. 2017.

Como destacado pelo professor Campos⁷, um dos papéis do Supremo Tribunal Federal diante da configuração do Estado de Coisas Inconstitucional, diferentemente da do caso da decisão tomada quanto ao problema do sistema carcerário pela Corte Constitucional Colombiana, que foi criticada devido ao seu fracasso, seria o de interferir na criação e implementação de políticas públicas e escolhas orçamentárias, com ordens flexíveis e com o devido acompanhamento na execução destas, método este escolhido pelo Ministro Marco Aurélio, no julgamento da Medida Cautelar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347.

Por meio do diálogo institucional e para o fim de uma maior participação popular nas decisões, o STF deve realizar audiências públicas periodicamente, com a efetiva participação de todas as autoridades públicas envolvidas e de diversos setores da sociedade, com o objetivo de verificar o progresso das escolhas de meios. Com essas medidas, a declaração do ECI pelo Supremo terá mais chances de surtir efeitos diretos e indiretos, em especial, o fim dos bloqueios políticos e institucionais e uma maior deliberação pública para o tema das condições desumanas e cruéis dos presídios.

Ainda segundo Campos⁸, os objetivos dessa atividade estrutural dialógica deve atingir três objetivos: (A) a redução do aumento da população carcerária; (B) a diminuição do déficit de vagas do sistema prisional; (C) a melhora das condições do encarceramento. O Supremo deve estabelecer e monitorar um conjunto de medidas para a superação desses problemas, observando os seguintes parâmetros: para o objetivo (A) o estímulo do uso de penas alternativas e prisão domiciliar; a restrição do uso da prisão provisória a menos que seja verdadeiramente comprovada a ameaça ao processo e haja probabilidade de aplicação da pena privativa de liberdade ao fim do processo; a incitação do debate público a respeito do consumo e comércio de drogas, com vistas à possibilidade de legalização; atenção à recuperação social dos presos com o fim de diminuir a reincidência; para o (B) os parâmetros já apontados; a realização de mutirões para revisar as prisões provisórias e casos de presos com penas já cumpridas; a construção de novos presídios; para o (C) a reforma dos atuais presídios, com o fim de diminuir as

⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 1ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da inconstitucionalidade por omissão ao Estado de coisas inconstitucional**. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2015. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.btdt.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=8740> Acesso em: 15 de out. 2017.

condições insalubres; ações estatais voltadas a assegurar direitos básicos dos presos⁹; a divisão dos detentos de acordo com a gravidade do delito, a idade e a natureza da prisão. Esses parâmetros devem servir de guia na formulação e implementação de políticas públicas para o fim de assegurar os direitos constitucionais dos presos e cessar, ou pelo menos reduzir, a violação massiva desses.

Tendo em conta a amplitude de motivações à declaração do ECI e o complexidade dos comandos necessários à superação desse, uma importante sentença como essa é merecedora do título de “macro sentença”¹⁰, considerando o benefício que ela causaria à imensa população dos cárceres. Esta decisão se justificaria em virtude da grave realidade que visa resolver, da vinculação a um número expressivo de atores estatais e sociais, e da ambição incomum diante da retenção da jurisdição sobre toda a implementação das políticas.¹¹ Pode até ser passo novo e exageradamente largo dado pelo Supremo, mas com certeza é compatível com a dimensão do problema constitucional e social enfrentado.

Pelo o que foi exposto, portanto, diante do dever de proteger os ditames constitucionais, o papel do Supremo Tribunal Federal frente ao Estado de Coisas Inconstitucional seria o de intervir nas políticas públicas com ordens flexíveis, isto é, estabelecendo apenas os objetivos a serem atingidos, deixando os detalhes a serem ajustados e definidos pelos demais poderes Executivo e Legislativo, conforme seja necessário no caso concreto, o que seria constatado pelo acompanhamento do caso pelo Supremo, não sendo seu papel, portanto, substituir a omissão dos demais poderes, mas sim coordená-los para que os problemas estruturais institucionais sejam resolvidos pela união de todos os três poderes.¹²

⁹ Sendo as referidas ações: a promoção de assistência médica e psicológica, de programas de oferta de trabalho, das assistências social e jurídica, de serviços de educação; o fornecimento de medicamentos e vestuário; a melhoria da alimentação; e o acompanhamento da vida do egresso.

¹⁰ Tal termo foi criado/utilizado por César Rodríguez Gravito e Diana Rodríguez Franco em sua obra “Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transform el desplazamiento forzado en Colombia”

¹¹ GRAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transform el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Dejusticia, 2010.

¹² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da inconstitucionalidade por omissão ao Estado de coisas inconstitucional**. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2015. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.btdtd.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=8740> Acesso em: 15 de out. 2017.

2.3) DO ATIVISMO JUDICIAL E DA POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No âmbito de críticas formuladas frente a utilização do Estado de Coisas Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, a maior e mais grave delas é a alegação de que, ao se utilizar de tal instituto, estaria o STF violando um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de direito, o princípio da tripartição dos poderes, intervindo na área de atuação dos poderes legislativo e/ou executivo.

Baseia-se este argumento no conceito de ativismo judicial, que, por muitos autores que discorrem a respeito do tema, é visto como algo negativo vindo a ser definido como sendo o exercício da função jurisdicional que extrapola os limites impostos pelo ordenamento jurídico, incumbindo, ao Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de conflitos de interesse e conflitos normativos¹³, vindo tal definição acompanhada da observação que tal extrapolamento dos limites ocorre em detrimento do poder Legislativo. Diante de tais conceituações e raciocínios tendo em vista todo o panorama em que o ECI está envolvido, parece mais razoável partir de outras definições do ativismo judicial, a exemplo da trazida por Campos que a define da seguinte forma:

*o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias.*¹⁴

Também, nesse mesmo sentido, demonstrando a importância do ativismo judicial para o enfrentamento de questões graves como a do ECI, tem-se a visão de Luis Roberto Barroso a respeito do tema, sendo que, para ele, “a ideia de ativismo

¹³ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 309.

¹⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal**. Forense, 2014. Disponível em: <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#!/books/978-85-309-5776-6/cfi/6/34!/4/126/4/2@0:82.8>> Acesso em: 14 out. 2017

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”¹⁵. Com isso, fica demonstrado que o ativismo judicial possui grande importância na defesa dos direitos fundamentais e na manutenção do próprio Estado Democrático de Direito.

Não deve ser confundida com o ativismo judicial a judicialização, sendo esta uma circunstância decorrente do modelo constitucional adotado em um país, não envolvendo, portanto, qualquer exercício de arbitrariedade política. Nessa, o judiciário decide porque lhe é seu dever, porque há previsão legal para que tal decisão seja tomada. Nas palavras de Barroso, “a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade”¹⁶.

Já o ativismo judicial é uma atitude proativa na interpretação das normas constitucionais de forma a expandir o sentido e o alcances dessas. Esta forma de interpretação costuma se instalar em contextos de um distanciamento entre os políticos e os cidadãos, fazendo com que as demandas populares não sejam efetivamente atendidas. Ele (o ativismo) se manifesta por meio de ações como: a aplicação da Constituição para casos não previstos de forma expressa e sem o pronunciamento do Legislativo; a declaração de inconstitucionalidade de atos do poder legislativo, com critérios inadequados, de modo a violar a Magna Carta; e a imposição de ordens, intervindo nas políticas públicas, aos demais órgãos dos poderes públicos.¹⁷

Apesar de sua importância na resolução de matérias de problemas estruturais institucionais, isso não significa que, como é possível notar no fim do parágrafo anterior, o ativismo judicial possa ser usado de qualquer forma ou a qualquer hora. Conforme discorre o professor Barroso em sua obra¹⁸, existem três principais objeções ao ativismo judicial, sendo elas: a invasão na legitimidade do legislativo, o envolvimento de questões ou interesses políticos na justiça e os limites da capacidade do judiciário.

¹⁵ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 18, abril/maio/junho, 2009, p. 5

¹⁶ Ibid., p. 2.

¹⁷ Ibid., p.5.

¹⁸ Ibid., p.8-11.

Quanto ao risco à legitimidade democrática, a dificuldade na intervenção do judiciário no legislativo, por meio da revisão dos atos deste, vem da questão de supressão da representatividade popular, a chamada dificuldade contramajoritária¹⁹.

Para justificar tal ato “invasivo” do judiciário há dois fundamentos²⁰: o normativo, no qual a própria constituição prevê tal atribuição ao STF, que atuará, de forma imparcial e técnica, na concretização das decisões advindas do legislativo, tendo sido estes eleitos pelo povo, devendo se lembrar, no entanto que eles também participam do processo de criação do direito ao estabelecer sentido às expressões legais vagas e indeterminadas; e o filosófico, por meio das ideias de Constitucionalismo, como respeito aos direitos fundamentais, Estado de direito, como razão e Democracia, como governo do povo, estabelece que entre direitos fundamentais e governo da maioria, podem surgir conflitos e para a resolução desses é que há o STF, velando pelas regras da democracia e pela proteção dos direitos constitucionais. No entanto, deve-se lembrar que ao exercer seu papel, não pode o judiciário suprimir o poder legislativo²¹, devendo, portanto, somente intervir para a preservação da democracia e dos direitos constitucionais.

Com relação a politização da justiça, é inegável que os limites que separam o Direito e a Política, não são sempre nítidos e, com certeza, não são fixos. A Constituição faz uma correlação entre o político e o jurídico, por meio de uma tentativa de submissão do poder às categorias que movimentam o Direito, sendo assim a interpretação desta tem um tom político.²² Nesse contexto, Barroso²³ relembra os deveres dos juízes para evitar qualquer confusão com o político, sendo eles: não pode agir por motivos ou interesses pessoais, apenas conforme a Constituição e as leis; deve respeitar as decisões do legislador, sendo coerente com a presunção de validade das leis; deve-se lembrar que o poder do judiciário é

¹⁹ BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. 2ª Ed. New Haven: Yale University Press, 1986; Isto é, como pode uma minoria (ministros do STF, no caso) intervir nas escolhas e atos de dos indivíduos escolhidos democraticamente por toda a população de uma país(os representantes do legislativo ou executivo)

²⁰ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 18, abril/maio/junho, 2009, p. 8-9

²¹ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os dois lados da moeda. **Revista de Direito do Estado**. Vol. 2. Rio de Janeiro, 2007.

²² Barroso em sua obra destaca que Direito não é política, e que tal confusão seria uma das críticas “mais desqualificantes para uma decisão judicial”, mas que é político no sentido de ser um resultado da vontade da maioria, de estar relacionado à realidade política e de que a subjetividade dos juízes pode vir a interferir no juízo de valor das decisões. No entanto, não é político no sentido de permitir escolhas guiadas por interesses partidários.

²³ BARROSO, op. cit., 9.

representativo²⁴, devendo ficar em sintonia com os anseios sociais sempre que possível, no entanto, não devem ser populistas, pois há casos em que terão que atuar de forma contrária à vontade da maioria para proteção dos direitos fundamentais.

Por fim, referente à aos limites da competência do judiciário, os estados democráticos se utilizam do modelo da tripartição dos poderes, idealizado por Montesquieu²⁵, separando os poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário, de forma a atuarem de maneira independente e, ao mesmo tempo, exercendo o controle da atividade entre cada um deles²⁶, de modo a evitar a criação de riscos à democracia e à própria Constituição. Deve-se lembrar aqui, portanto, que todos os três poderes realizam a interpretação do texto constitucional, e, em caso de divergência, a interpretação correta será dada pelo Judiciário. No entanto, isso não quer dizer que todos os problemas devem ter sua solução dada por um juízo, trata-se apenas de um dever constitucionalmente previsto.

Ainda, segundo Barroso, a doutrina contemporânea do tema tem se utilizado de duas ideias que requerem destaque: a de capacidades institucionais e a de efeitos sistêmicos. A primeira diz respeito a afirmação de que o judiciário está mais habilitado a tomar uma decisão mais acertada quanto as matérias trazidas. Em questões de aspectos técnicos ou científicos demasiadamente complexos, o juiz de direito pode não ser o árbitro mais qualificado, devido a falta de conhecimento específico. Nestes casos, devem ser ouvidas as manifestações do Legislativo ou Executivo, realizando juízos discricionários, uma vez que são as opiniões dos outros poderes sobre o tema que servirão para fundamentar a decisão²⁷, com a devida razoabilidade.

Quanto aos riscos dos efeitos sistêmicos imprevisíveis deixar o julgador em uma posição de cautela e deferência, pois apesar de seu preparo para realizar a justiça do caso concreto, nem sempre possuirá as informações para realizar uma

²⁴ Conforme disposto no parágrafo único do Artigo 1º da Constituição da República: "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição."

²⁵ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

²⁶ Como previsto no Artigo 2º da Constituição da República.

²⁷ Exemplo disso são os casos de demarcação de terras indígenas ou transposição de rios, onde há necessidade de estudos técnicos e científicos adequados, realizados pelos órgãos estatais adequados para que se chegue a uma decisão mais acertada.

precisa avaliação do impacto das decisões a serem tomadas nos processos judiciais²⁸. No entanto, não é possível a responsabilização por conta dos reflexos que suas escolhas venham a causar. Conclui o autor: “o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em autolimitação espontânea, antes eleva do que diminui.”²⁹

É cabível também fazer referência alguns trechos do voto do Ministro Celso de Mello no julgamento da Medida Cautelar da ADPF 347, quanto aos motivos que justificam e asseguram a legitimidade do STF intervir na atuação do Legislativo e Executivo nos casos de omissão inconstitucional. Nos seguintes termos, argumenta o Ministro:

O Supremo Tribunal Federal tem acentuado ser lícito ao Poder Judiciário, em face do princípio da supremacia da Constituição, adotar, em sede jurisdicional, medidas destinadas a tornar efetiva a implementação de políticas públicas, se e quando se registrar, como sucede no caso, situação configuradora de inescusável omissão estatal.

A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental [...]

O fato inquestionável é um só: a inércia estatal em tornar efetivas as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela Constituição e configura comportamento que revela um incompreensível sentimento de desprezo pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República.³⁰

Diante de todo o exposto, chega-se à conclusão de que é possível a intervenção do Supremo Tribunal Federal nas políticas públicas no contexto da Declaração do Estado de Coisas Inconstitucional para, em uma operação conjunta com os demais poderes públicos, chegar a uma solução para o problema social estrutural que for objeto de tal intervenção, sendo no caso do presente trabalho a

²⁸ Exemplo disso é o setor de saúde, onde existem várias decisões extravagantes na concessão de medicamentos e terapias, colocando em risco a continuidade das políticas públicas de saúde, e comprometendo os recursos públicos.

²⁹ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 18, abril/maio/junho, 2009, p. 12.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347. Rio de Janeiro, 26 de maio de 2015.

questão do sistema carcerário. No entanto, tal “invasão” à legitimidade de outra esfera de poder deve se dar de forma pontual e extremamente excepcional, pois não pode o judiciário suprimir os demais poderes do Estado, senão estaria a violar a democracia que fundamenta e sustenta um Estado Democrático de Direito, devendo, portanto, respeitar as fronteiras constitucionais na sua atuação. Neste ponto, faz-se necessária a nota final de Barroso em seu artigo:

o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.³¹

2.4) DA ATUAL SITUAÇÃO DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

A principal causa e motivo para a utilização do Estado de Coisas Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal é a absurda situação do Sistema Carcerário do Brasil, que basicamente é a maior ilustração existente do que seria a violação dos direitos fundamentais.

Não é novidade que as grandes promessas constitucionais não condizem com a realidade dos fatos, onde o objetivo da prisão de ressocialização parece mais algum tipo de piada ruim de muito mau gosto, visto que qualquer um que adentre no sistema carcerário dificilmente será “reintegrado” à sociedade.

Isso se deve a vários fatores, dentre os quais é necessário citar a degradante condição a que são submetidos os presidiários durante o cumprimento de suas penas. Para que se possa imaginar o quão grave é a situação basta se pensar nos números que as pesquisas trazem. Conforme constatado na “CPI do sistema carcerário”³², o Presídio Central de Porto Alegre, destinado a abrigar 1.565 presos,

³¹ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 18, abril/maio/junho, 2009, p. 14.

³² Brasil. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>> Acesso em: 28 out. 2017

na época em que foi realizado o levantamento de informações para a referida CPI, possuía 4.235 detentos, ou seja, cerca de três vezes acima do limite adequado de detentos a serem abrigados por aquele presídio.

Para além da questão de superlotação, o que já gera demasiada violação dos direitos dos detentos, há outras violações de direitos como a ausência de higiene para os presos, o que acaba apenas agravando os problemas do cárcere; ausência de assistência médica, resultando muitas das vezes na morte dos detentos, fato este que pode ser verificado em qualquer site de notícias³³; a questão da tortura, que, diante da soma dos outros fatores, resultam na tortura física e psicológica em si, isso é, presos doentes, sem auxílio médico, amontoados em celas imundas, não há como negar que se trata aqui, basicamente da submissão dos condenados por crimes praticados à própria tortura.

Considerando que o indivíduo termine o cumprimento de sua pena, devidamente “ressocializável”, melhor dizendo, sem que tenha sido “corrompido” pelas condições precárias sistema carcerário e não tenha qualquer pretensão de voltar a praticar crimes, isso é praticamente impossível de ser alcançado, devido ao rótulo de “ex-presidiário” que esse ser terá de carregar pelo resto da vida. Tal estigma impedirá que esse indivíduo seja devidamente empregado, fazendo com que este tenha que recorrer a outros meios de autossustentar-se, e diante dessa dificuldade, grande parte dos indivíduos que se inserem neste contexto, não possuindo qualquer auxílio, acabam retornando ao mundo do crime.

Voltando a CPI do Sistema Carcerário, é possível notar que além do fato de ser conhecida a atual situação é tratada de forma irônica pelos responsáveis pela CPI, como pode ser notado no Sumário quanto ao capítulo das violações de direitos:

Capítulo V – Violação dos Direitos dos Presos	191
01 – Falta de Assistência Material.....	192
02 – Acomodações: Caso de Polícia.....	193
03 – Higiene: Não existe nas Cadeias.....	194
04 – Vestuário: Nudez Absoluta	197
05 – Alimentação: Fome, Corrupção e Comida no Saco	199
06 – Assistência à Saúde: Dor e Doenças.....	202
07 – Assistência Médica: Falta Tudo.....	205
08 – Assistência Farmacêutica: Um Só Remédio para Todas as Doença.....	209

³³ G1. Cinco presos morrem por mês nos presídios do RJ, diz levantamento; maior parte é por doença. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/cinco-presos-morrem-por-mes-nos-presidios-do-rj-diz-levantamento-maior-parte-e-por-doenca.ghtml>>. Acesso em: 25 Out. 2017.

09 – Assistência Odontológica: Extrai Dente Bom no Lugar do Estragado.....	211
10 – Assistência Psicológica: Fábrica de Loucos.....	211
11 – Assistência Jurídica: Nó Cego a ser Desatado.....	213
12 – Assistência Educacional: Ignorância como Princípio	228
13 – Assistência Social: Abandono e Desespero.....	233
14 – Assistência ao Egresso: Feras soltas nas Ruas.....	234
15 – Assistência Religiosa: Só Deus não salva	238
16 – Superlotação: Inferno em Carne Viva	241
17 – Trabalho: O Ócio Subsidiado.....	248
18 – Comércio: Exploração da Miséria	254
19 – Contato com o Mundo Exterior: Isolamento	258
20 – Água e Luz: Uma Esmola de Cada Vez	267
21 – Sem Sol, sem Ventilação e na Escuridão	269
22 – Tortura e Maus Tratos: Agonia Todo dia	270
23 – Admissão, Avaliação e Registro do Preso.....	270
24 – Individualização da Pena: “Misturão” de Presos.....	274
25 – Preparação para a Liberdade: Reincidência Intitucional.....	280
26 – Estrangeiros	281

34

Diante desse cenário terrível aqui tratado de forma extremamente sucinta, pode-se perguntar por que é que, diante de tal situação seriamente terrível, não são adotadas medidas a fim de se resolver tal problema gravíssimo? Poder-se-ia responder a essa questão simplesmente com um “porque não se quer a solução deste problema” ou até mesmo, novamente mostrando a gravidade do tema, com outra pergunta: “por que gastar tempo e dinheiro com presos?”. Tais afirmações, demonstram a falta de interesse população a respeito da questão do sistema carcerário, ou melhor, da condição do presidiário. Sobre esse ponto discorre a Professora Ana Paula de Barcellos:

Note-se que não se trata apenas das classes mais favorecidas, cujo desinteresse poderia ser explicado pela circunstância de que, provavelmente, elas jamais correrão o risco de ingressar em uma prisão. A surpresa decorre do desinteresse também da parcela da população que, potencialmente, poderia vir a ser vítima do sistema prisional. Uma das explicações que se pode cogitar é exatamente a de que a concepção não ontológica da dignidade humana referida acima é compartilhada de forma geral pela sociedade, assim como o medo. Se é assim – isto é: se mesmo os grupos sociais que, em tese, teriam mais interesse em reivindicar o cumprimento da legislação no que diz respeito aos direitos dos presos, não consideram o tema uma prioridade –, os mecanismos ordinários do regime democrático parecem ter pouca capacidade de alterar o quadro do sistema prisional no Brasil. A conclusão não chega a ser surpreendente. Em um

³⁴ Brasil. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>> Acesso em: 28 out. 2017

ambiente de medo, se as concepções filosóficas e morais das pessoas não são capazes de visualizar os presos como titulares de dignidade e de direitos, parece natural que os mecanismos majoritários repercutam essa mesma orientação.³⁵

Ainda, para o fim de ilustrar o quão terrível é o estado em que se encontra o sistema carcerário brasileiro, tem-se os seguintes dados trazidos pelo levantamento nacional realizado pelo DEPEN³⁶ em 2014:

Tabela 1. Pessoas privadas de liberdade no Brasil em junho de 2014

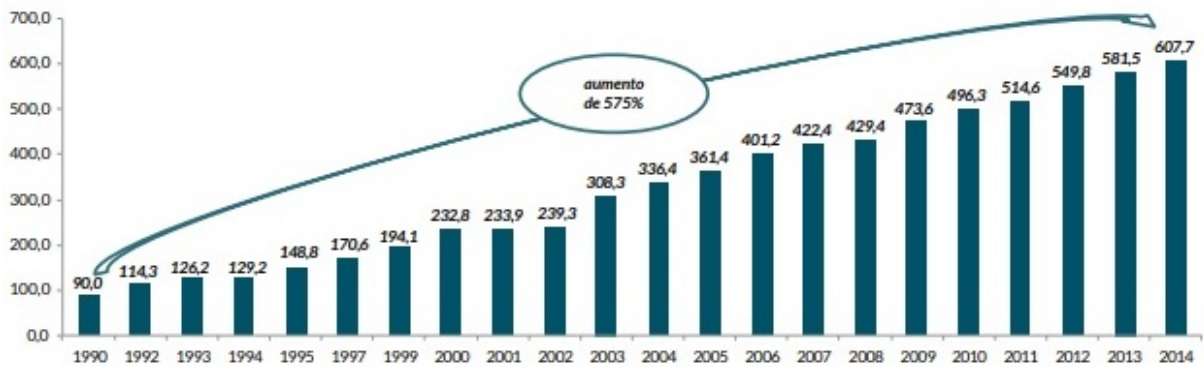
<i>Brasil - 2014</i>	
População prisional	607.731
Sistema Penitenciário	579.423
Secretarias de Segurança/ Carceragens de delegacias	27.950
Sistema Penitenciário Federal	358
Vagas	376.669
Déficit de vagas	231.062
Taxa de ocupação	161%
Taxa de aprisionamento	299,7

Fonte: Infopen, jun/2014; Senasp, dez/2013; IBGE, 2014

Ilustração 1. Evolução da quantidade de presos

³⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. Volume nº 254, p.39-65

³⁶ **Infopen**. Junho/2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-depen-versao-web.pdf>>



Fonte: Ministério da Justiça – a partir de 2005, dados do Infopen/MJ

Por esses motivos aqui destacados, de forma rápida e sucinta, fica evidenciada a importância e relevância do tema, diante da massiva violação de direitos decorrentes do próprio sistema penitenciário brasileiro, e conseqüentemente, a configuração do Estado de Coisas Inconstitucional diante do estado deplorável a que são submetidos os detentos, causando a violação de preceitos fundamentais da própria constituição.

3. DA CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA RAWLSIANA

Para a análise da justiça frente a questão do “Estado de Coisas Inconstitucional”, é necessário selecionar um modelo de teoria de justiça, devido a diversidade de teorias já formuladas. Mas, então, qual delas seria a mais adequada para realizar tal análise?

De todas as teorias existentes, uma das mais interessantes a ser trabalhada parece ser a trazida por John Bordley Rawls,³⁷ quando trabalha com a ideia de “Justiça como Equidade” (*justice as fairness*) e “Estado de bem-estar social” (*welfare state*), que tenta resolver questões de desigualdade social, tratando-se assim de uma verdadeira teoria de justiça social.³⁸

Primeiramente, antes de adentrar à análise dos principais pontos e conceitos da teoria de Rawls, é necessário destacar alguns detalhes que envolvem-na, como a sua contraposição frente ao utilitarismo e ao “intuicionismo”, para melhor compreensão da teoria.

A teoria da Justiça de Rawls tenta resolver sua insatisfação quanto a estagnação da teoria política entre dois extremos, a saber, o utilitarismo e o que ele chama de “intuicionismo”, uma “mixórdia incoerente de ideias e princípios”³⁹ apresentada como alternativa para o utilitarismo, que acabou não atingindo seu objetivo.

Quanto ao utilitarismo, com a sua grande premissa da maximização da felicidade dos indivíduos da sociedade, da maximização da utilidade mesmo sob preço do sacrifício das minorias⁴⁰ (como no clássico exemplo do trem, onde se está diante da alavanca que muda a direção dos trilhos e em um dos trajetos há uma pessoa e em outro há mais de uma), Rawls critica tal vertente, diante da violação de direitos e liberdades em nome do princípio da utilidade sob o a ilusão de “uma grande utilidade social”; também, fundamenta suas críticas quanto ao princípio da escolha social, onde, os utilitaristas atribuem tal escolha a um indivíduo, enquanto

³⁷ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 1. ed. São Paulo: Martins, fontes, 2000.

³⁸ OLIVEIRA, Nythamar de. **Rawls**. 1. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 2003. p. 10-11.

³⁹ KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 64.

⁴⁰ O utilitarismo opera por meio do princípio da utilidade, que opera pela ideia de que as escolhas sociais só são tidas como morais quando trazem a maximização da utilidade, seja ela total (na visão clássica) ou média (na visão média).

que na visão contratualista de Rawls, esta tarefa é atribuída ao consenso original, como dispõe Rawls:

[...]se assumirmos que o princípio regulador correto para qualquer coisa depende da natureza da coisa, e que a pluralidade de pessoas diferentes com sistemas distintos de objetivos é uma característica essencial das sociedades humanas, não deveríamos esperar que os princípios da escolha social fossem utilitários.⁴¹

A respeito do intuicionismo, que trabalha com a ideia de justiça fundada em um grupo de princípios irreduzível e que não possui regras de prioridade de aplicação entre eles, tendo suas aplicações guiadas somente pelas intuições e instintos das pessoas para o caminho que acharem correto.⁴² Apesar da possibilidade de tal teoria ser verdadeira, como explicita Rawls, não é possível presumir que os julgamentos proferidos pelas pessoas sobre a justiça social partem de princípios éticos.⁴³ Também, é necessário haver regras ou direções que orientem a aplicação de tais princípios para os casos em que estes entram em conflito, como explicita Kymlicka:

Estas abordagens intuicionistas, quer no nível de preceitos específicos, quer no de princípios gerais, não são apenas teoricamente insatisfatórias, mas também inúteis em questões práticas. Isso porque não nos oferecem nenhuma orientação quando estes preceitos específicos e irreduzíveis entram em conflito que recorremos à teoria política em busca de orientação.⁴⁴

Há, que se mencionar, ainda, a concepção de Construtivismo Político, inspirada no construtivismo moral de Kant; este é o procedimento utilizado por Rawls para justificar sua teoria da justiça de forma razoável e objetiva. A importância de tal concepção deve-se, como diz Rawls, à: “sua relação com o fato do pluralismo razoável e com a necessidade de uma sociedade democrática assegurar a

⁴¹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 1. ed. São Paulo: Martins fontes, 2000. p. 31.

⁴² Ibid., p. 37-44.

⁴³ Ibid., p. 42.

⁴⁴ KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 65.

possibilidade de um consenso sobreposto em relação a seus valores políticos fundamentais”.⁴⁵

Para explicar sua concepção construtivista, Rawls parte dos pontos que caracterizam o intuicionismo racional, sendo estes: quando corretos, os princípios e juízos morais são verdadeiros quanto a uma ordem independente de valores, ordem esta que não pode ser explicada pela razão e nem pelos pensamentos humanos; os princípios podem ser conhecidos pela razão, uma vez que o saber moral é obtido da percepção e intuição e organizado pela reflexão; não há pressuposto de concepção de pessoa, exceto a de ego cognoscente; juízos e valores são tidos como verdadeiros quando precisamente coerentes com uma ordem independente de valores morais.⁴⁶

Feito isso, frente as características apontadas do intuicionismo, Rawls passa a discorrer as características correspondentes no construtivismo político. Os princípios da justiça política (conteúdo) podem ser o resultado de um procedimento de construção (estrutura), procedimento este em que os agentes, representantes da sociedade, escolhem os princípios que controlam a estrutura básica desta. O procedimento de construção é baseado na razão prática e não na razão teórica, embora esta última tenha algum papel na formação de crenças, saberes e juízos necessários para seleção e julgamento dos princípios da justiça. O uso de uma complexa concepção de pessoa e sociedade, onde se supõe que a pessoa possui capacidade de ter senso de justiça e de concepção de bem e é membro de uma sociedade, entendida como um sistema equitativo de cooperação social. Por fim, o construtivismo político trabalha com a ideia específica do razoável,⁴⁷ aplicando-a em vários objetos, com critérios específicos para cada caso, deixando de recorrer ao conceito de verdade.⁴⁸

Por fim, para especificar ainda mais a sua concepção construtivista, cabe trazer a diferença do construtivismo moral de Kant em quatro pontos, como é especificado por Oliveira. O primeiro ponto trata da possibilidade de coexistência com outros ideais, onde o construtivismo de Kant se mostra como uma “doutrina

⁴⁵ RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 135.

⁴⁶ OLIVEIRA, Nythamar de. **Rawls**. 1. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 2003. p. 27-28.

⁴⁷ Rawls, em vez de definir o razoável, trabalha a ideia do razoável como virtudes das pessoas em dois pontos: primeiramente como disposição de propor termo equitativos de cooperação e cumpri-los, desde que os outros o façam também; e a disposição para o reconhecimento dos limites do juízo, aceitando as consequências para usar a razão pública no exercício legítimo do poder político.

⁴⁸ RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 138-139.

abrangente”, enquanto que o construtivismo político rawlsiano apresenta um modelo teórico que é capaz manter um consenso, permitindo a coexistência de outras doutrinas (morais, filosóficas e religiosas), numa concepção razoável de pluralismo. O segundo ponto traz a diferenciação da autonomia política de Rawls, que representa a ordem de valores político fundados nos princípios da razão prática e nas concepções de pessoa e sociedade, da autonomia moral de Kant, onde o conceito faz o papel de regulação de forma a viabilizar a autoconstituição de valores morais e políticos, também embasados nos princípios da razão prática. O terceiro ponto diz respeito ao papel desempenhado pelas concepções metafísicas na fundamentação das concepções de pessoa e sociedade, onde ao contrário de Kant, Rawls não as utiliza para tal fundamentação. O último ponto traz o objetivo de cada filosofia, onde a de Kant pode ser tomada como uma valorização da racionalidade, enquanto que a teoria da justiça rawlsiana apenas expõe o fundamento de justificação em questões da justiça política, levando em consideração o pluralismo razoável.⁴⁹

Como ponto final desta singela contextualização, antes passar à análise dos principais conceitos da teoria da justiça como equidade, é necessário tratar do que Rawls chama de liberalismo político.

O liberalismo político é utilizado para que Rawls possa trabalhar com a concepção política de justiça, sendo esta caracterizada por três pontos: primeiramente, é uma concepção moral elaborada para ser aplicada à estrutura básica; em segundo lugar, quanto a apresentação dessa concepção, ela se mostra como uma visão autossustentada, sem fazer referência a qualquer contexto; e por último, seu conteúdo é expresso por determinadas ideias fundamentais, implícitas na cultura política da sociedade.

O liberalismo pressupõe o pluralismo razoável, onde, uma pluralidade de doutrinas existentes na sociedade, ainda que incompatíveis entre si, é o resultado do exercício racional do ser humano dentro do regime democrático constitucional. Também parte da suposição de que estas doutrinas abrangentes e razoáveis não colidem com os princípios fundamentais do regime democrático. Ainda, no liberalismo político, o poder político é tido como o poder dos indivíduos da sociedade.

⁴⁹ OLIVEIRA, Nythamar de. **Rawls**. 1. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 2003. p. 29-30.

Para demonstrar como o liberalismo político não é algo tendencioso, Rawls⁵⁰ exemplifica isso frente ao problema da educação das crianças, que no liberalismo tem um objetivo diferente e menos exigente que os liberalismos de Kant e Mill. Estes visam a promoção de valores de autonomia e individualidade, enquanto aquele que exigiria que a educação das crianças abordasse certas matérias, como o conhecimento dos seus direitos constitucionais e cívicos, para que estas soubessem sobre o que têm direitos e a que leis estão submetidos, assim como, para estimular as suas virtudes políticas, fazendo com que honrem com os termos da cooperação social, de forma que possibilite que se tornem membros totalmente cooperativos para com a sociedade.

3.1. A ESTRUTURA BÁSICA

Como objeto primário para a justiça como equidade, Rawls traz o conceito de estrutura básica, que, basicamente, diz respeito a forma como as instituições políticas e sociais da sociedade interagem, dando forma a um sistema de cooperação social, e como fazem a distribuição de direitos e deveres fundamentais e definem a distribuição das vantagens provenientes da cooperação social ao decorrer do tempo.⁵¹ Em outras palavras, de forma mais concisa, a estrutura básica é o contexto no qual as atividades de uma sociedade ocorrem.

Devido a profundidade e a presença da influência dos seus efeitos sobre as metas, aspirações e caráter dos cidadãos, assim como sobre as chances e capacidade de tirar algum proveito delas, a estrutura básica é tida como o objeto primário da justiça como equidade, ou seja, em torno dessa estrutura básica que gira toda a teoria da justiça de Rawls.

Sendo objeto da justiça, os princípios desta regulam a estrutura básica, porém não se aplicam diretamente às instituições que a compõem ou ao funcionamento interno destas. O controle das instituições por meio dos princípios da justiça ocorrem indiretamente por meio das instituições de fundo dentro das quais a sociedade existe

⁵⁰ RAWLS, John. **Justiça como Equidade**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 221.

⁵¹ Ibid p. 13.

e que são responsáveis por restringir a atividade de seus membros,⁵² sendo assim, os princípios da justiça não servem para serem aplicados às instituições, mas com relação a essas, impõem limites para garantia de direitos e liberdades, como Rawls exemplifica:

[...] para as igrejas e universidades, é claro que é mais adequado aplicar princípios diferentes. Seus membros geralmente endossam certos objetivos e propósitos comuns como diretrizes essenciais para a forma de organização mais apropriada. O máximo que podemos dizer é que, como as igrejas e universidades são associações existentes no interior da estrutura básica, devem adaptar-se aos requisitos que essa estrutura impõe no estabelecimento de uma justiça básica. Desse modo, as igrejas e as universidades podem sofrer vários tipos de restrições como, por exemplo, aquelas necessárias para manter as liberdades básicas e iguais (inclusive a liberdade de consciência) e a igualdade equitativa de oportunidades.⁵³

A respeito da forma como a estrutura básica afeta as pessoas, isto é, como é que ela afeta o tipo de pessoa que os indivíduos virão a ser, Rawls argumenta que a forma institucional da sociedade determina a formação das pessoas. A própria estrutura social de uma sociedade também limita as ambições das pessoas quanto àquilo que querem fazer, pois, é levando em conta a posição que ocupam em uma sociedade que passam a analisar quais são as possibilidades das quais realmente dispõem para escolher.⁵⁴ As capacidades ou “talentos” naturais também são abrangidas nessa limitação, pois, por mais que uma pessoa tenha uma “predisposição genética” para determinado ofício, de nada adiantará se não possuir o suporte necessário para desenvolver tal habilidade.

É necessário lembrar que a estrutura básica permite desigualdades sociais e econômicas nas vidas dos cidadãos, em razão das origens sociais, dotes inatos e oportunidades e acidentes que afetam suas histórias pessoais, pois é suposto que tais desigualdades são necessárias ou inevitáveis para manter uma cooperação social efetiva. Para compreender essas desigualdades, cabe trazer os exemplos utilizados por Rawls em sua obra:

⁵² RAWLS, John. **Justiça como Equidade**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 14.

⁵³ RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 313.

⁵⁴ Ibid, p. 322.

Imagine, por exemplo, uma universidade em cujo corpo docente há mais de três categorias hierárquicas, nas quais todos permanecem durante o mesmo período de tempo, recebendo o mesmo salário. Assim, embora haja desigualdades hierárquicas e salariais em qualquer momento dado, não há desigualdade nas perspectivas de vida entre os membros do corpo docente. O mesmo é verdade quando os membros de uma associação adotam um esquema de rodízio no exercício de certos cargos mais privilegiados ou compensadores, talvez por envolverem uma responsabilidade maior. Se o esquema for concebido de tal modo que, exceto por acidentes, mortes e coisas do gênero, todos exercem esses cargos durante o mesmo período de tempo, aqui também não há desigualdades em termos de perspectivas de vida.⁵⁵

As desigualdades que a teoria da justiça rawlsiana visa regular não são estas trazidas nos exemplos, mas sim aquelas nas perspectivas de vida dos cidadãos que decorrem da posição original (que será tratada no próximo tópico), das vantagens naturais e contingências históricas.

Apesar de que, para as pessoas, o ponto de partida óbvio é supor que todos os bens primários da sociedade deveriam ser repartidos em parcelas iguais, é necessário considerar os requisitos de organização e a eficiência econômica. É neste ponto em que entra o princípio da diferença (que será melhor explorado logo a frente) para permitir a existência de desigualdades organizacionais e econômicas, desde que estas tragam melhorias a situação de todos e sejam compatíveis com a liberdade igual e a igualdade de oportunidades,⁵⁶ dessa forma possibilita o alcance da forma ideal de estrutura básica.

3.2. O CONTRATO SOCIAL E A POSIÇÃO ORIGINAL

Para trabalhar com sua teoria da justiça, de modo a se tornar algo possível e razoável, John parte do argumento de contrato social, onde, a partir da posição original, sob a condição da igualdade de oportunidade, as pessoas escolheriam um tipo de moralidade para reger a vida em sociedade.⁵⁷

⁵⁵ RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 323.

⁵⁶ Ibid, p. 323.

⁵⁷ KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 74.

A posição original é uma situação fictícia onde as pessoas racionais e morais, sob o “véu da ignorância”⁵⁸, escolhem os princípios da justiça que devem governar a estrutura básica da sociedade, já tratada no tópico anterior. Nas palavras do próprio autor: “é o *status quo* inicial apropriado para assegurar que os consensos básicos nele estabelecidos sejam equitativos.”⁵⁹ É a partir dessa ideia de posição original que Rawls vai trabalhar o contratualismo que constitui um dos argumentos para sustentar a sua teoria da justiça.

No entanto, os argumentos contratualistas são geralmente tidos como sendo fracos, uma vez que partem de suposições implausíveis, como, por exemplo, o estado de natureza, anterior a qualquer autoridade política, e acabam sendo objetos da mesma crítica, a de que nunca existiu um estado de natureza, muito menos um contrato social.

Apesar de a posição original de Rawls equiparar-se ao ideal de estado de natureza, aquela se diferencia desta na medida que o estado de natureza, segundo Rawls⁶⁰, não é uma posição de igualdade. Na verdade, devido as incertezas da natureza, que proporcionam desigualdades frente a maior ou menor capacidade das pessoas de lidar com essas incertezas, Rawls define o estado de natureza como algo injusto, afastando-o de sua teoria.

Partindo desse problema identificado no estado de natureza, isto é, a possibilidade e probabilidade de as vantagens naturais intervirem de modo injusto na escolha dos princípios de justiça, onde as pessoas no momento de os determinarem, muito provavelmente tentariam escolher princípios que explorassem suas vantagens naturais, Rawls desenvolve a construção do véu da ignorância, fazendo com que, ao destituir as pessoas de conhecerem suas próprias posições na sociedade ou seus atributos, as pessoas sejam incapazes de influenciar a seleção dos princípios de justiça a seu favor.⁶¹

É possível argumentar que o conceito de véu da ignorância é muito abstrato e irracional, que ao excluir quase todas as informações particulares da pessoa poderia dificultar a compreensão do significado de posição original. No entanto, deve-se

⁵⁸ O véu da ignorância foi o modo como John Rawls encontrou para validar o contratualismo em sua teoria da justiça quanto a escolha dos princípios que devem reger a sociedade. Nessa situação hipotética, a escolha desses princípios, é feita de forma justa, uma vez que não se sabe que posição cada indivíduo ocupará na sociedade, evitando assim qualquer escolha baseada em um possível favorecimento da própria situação.

⁵⁹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 1. ed. São Paulo: Martins fontes, 2000. p. 19.

⁶⁰ KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 78.

⁶¹ Ibid., p. 79.

observar que é possível simular esse estado raciocinando com as devidas restrições apropriadas. Nas palavras de Rawls: “Não se pode apresentar a seu favor quaisquer recomendações, a não ser aquelas que seja racional recomendar caso nos falte o tipo de conhecimento que está excluído pelo véu da ignorância.”⁶²

Portanto, a figura do véu da ignorância é de total importância e essencial na elaboração de uma teoria de justiça, ao restringir informações particulares na posição original, possibilitando assim uma escolha unânime da concepção de justiça para essa teoria. Sem esses limites, as pessoas ficariam presas a mera concordância quanto ao que seria a justiça, tornando a justiça um mero acordo de conveniência entre os representantes do povo.

Para eficácia do acordo sobre os princípios da justiça e para sustentação da base pública de justificação é necessário mais um acordo que trate das diretrizes de discussão pública e que decidem informações para discussões políticas essenciais da justiça básica, possuindo assim o acordo original duas partes: uma a respeito dos princípios de justiça, que serão tratados logo a seguir, e a outra que diz respeito a argumentação e verificação da aplicação dos princípios da justiça, assim como das lei e políticas que melhor os condizem.⁶³

A ideia por trás da posição original é, portanto, a de estabelecer um processo equitativo de modo a tornar justa a determinação dos princípios de justiça que devem ordenar a sociedade para o fim de se chegar a um modo justo de vida em sociedade fundado na igualdade de oportunidades, respeitando as possíveis diferenças.

3.3. DOS PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA E A PRIORIDADE ENTRE ELES

Depois de analisar os principais pontos que envolvem a teoria da justiça como equidade, é possível passar a análise do seu ponto central da teoria de Rawls. Basicamente, toda a teoria de justiça de Rawls gira em torno dos dois princípios da justiça, a saber, o princípio da igualdade e o princípio da diferença, que selecionados

⁶² RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 1. ed. São Paulo: Martins fontes, 2000. p. 148-149.

⁶³ RAWLS, John. **Justiça como Equidade**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 126.

a partir da posição original, com base em uma estrutura básica de bens essenciais, por meio do “véu da ignorância” para o fim de criar uma sociedade justa de iguais oportunidades, onde se visa a melhoria do todo.

Rawls dispõe a “formulação final” dos princípios da justiça, juntamente com os critérios de prioridade entre eles, da seguinte forma:

Primeiro Princípio

Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdade para todos.

Segundo Princípio

As desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de tal modo que, ao mesmo tempo:

- (a) tragam o maior benefício possível para os menos favorecidos, obedecendo às restrições do princípio da poupança justa, e
- (b) sejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades.

Primeira Regra de Prioridade (A Prioridade da Liberdade)

Os princípios da justiça devem ser classificados em ordem lexical e portanto as liberdades básicas só podem ser restringidas em nome da liberdade.

Segunda Regra de Prioridade (A Prioridade da Justiça sobre a Eficiência e sobre o Bem-Estar)

O segundo princípio da justiça é lexicalmente anterior ao princípio da eficiência e ao princípio da maximização da soma das vantagens; e a igualdade equitativa de oportunidade é anterior ao princípio da diferença.⁶⁴

Diante de tal enunciado temos o primeiro princípio, o da igual liberdade, o qual prevê a aplicação de uma liberdade igual para todos os cidadãos de uma sociedade e o segundo princípio, que é dividido em duas partes: a primeira parte traduz o princípio da igualdade equitativa de oportunidades, que diz respeito a previsão de uma chance igual a tomar posses de cargos políticos, e o princípio da diferença, que traz a possibilidade de existirem diferenças na situações econômica dos integrantes da sociedade, desde que, essa desigualdade venha a trazer um benefício a sociedade.

É de extrema importância lembrar que os princípios da justiça são aplicados à estrutura básica da sociedade, visto que, este é o bem primário da teoria da justiça de Rawls, como já tratado anteriormente.

A respeito da prioridade do primeiro princípio, é importante destacar que esta só seria reconhecida pelos cidadãos de um sociedade bem organizada, isto é, uma sociedade cujas instituições conseguem mais do que suprir as necessidades

⁶⁴ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 1. ed. São Paulo: Martins fontes, 2000. p. 333-334.

básicas. Trata-se de uma sociedade em que é fornecido o mínimo social a todos, de forma a permitir que as pessoas sejam capazes de formar uma concepção de bem e ter um senso de justiça e segui-lo

Por fim, quanto aos princípios e as regras de prioridade, estas estão englobadas no que Rawls chama de “teoria ideal”, onde os princípios são realizados de forma aproximada pela estrutura básica e todos aceitam os princípios de justiça publicamente reconhecidos.

4 DA ANÁLISE DA INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A POSSÍVEL APROXIMAÇÃO COM A TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

4.1 DA DECISÃO UTILIZADA PARA A REFERIDA ANÁLISE

Dentre os casos existentes envolvendo o Estado de Coisas Inconstitucional no âmbito de matérias de competência do Supremo Tribunal Federal, a decisão que será utilizada nesse trabalho é o julgamento da Medida Cautelar em Arguição de Desrespeito de Preceito Fundamental 347 do Distrito Federal.

O Partido Socialismo e Liberdade busca liminarmente, por meio da MC-ADPF 347, o reconhecimento do ECI frente ao sistema penitenciário brasileiro e a tomada de medidas em face de lesões a direitos fundamentais dos presos, sendo estas decorrentes de ações/omissões dos Poderes Públicos de todos os entes federativos, preenchendo, assim, os requisitos de declaração do ECI.

Assevera que os órgãos administrativos esquecem dos preceitos constitucionais e legais ao não criarem o número de vagas prisionais suficientes para a população carcerária, de forma que garanta as condições adequadas ao encarceramento.

Ressalta que as autoridades públicas e a sociedade já têm conhecimento da situação, visto que a Câmara dos Deputados, mediante a “CPI do Sistema Carcerário”, e o CNJ, a partir de mutirões carcerários, já produziram relatórios que revelam o quadro do sistema prisional brasileiro.

Faz menção de trechos do votos⁶⁵ dos Ministros Teori Zavascki, onde diz que: “em nossas prisões as condições de vida são intoleráveis” e “os presos não têm direitos”; e Luis Roberto Barroso, que destaca que: “mandar uma pessoa para o sistema é submetê-la a uma pena mais grave do que a que lhe foi efetivamente imposta, em razão da violência física, sexual e do alto grau de insalubridade das carceragens, notadamente devido ao grave problema da superlotação”.

⁶⁵ no julgamento do Recurso Extraordinário nº 580.252/MS

Afirma que a situação implica a violação de direitos fundamentais constitucionais, como o princípio da dignidade da pessoa humana, obviamente; a proibição da tortura, do tratamento degradante e das sanções cruéis; assim como, acarreta, também, a inobservância pelo Estado Brasileiro dos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo mesmo, como a Convenção Interamericana de Direitos Humanos; a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes; e o Pacto dos Direitos Civis e Políticos.

Retoma também a questão da configuração do Estado de Coisas Inconstitucional quanto ao sistema penitenciário brasileiro, frente a situação precária a que se encontra. Neste ponto, demonstra os requisitos para a configuração do ECI, bem como a necessidade de tal instrumento, como tratado bem foi tratado no capítulo 1 desde trabalho.

Quanto ao FUNPEN, fundo criado⁶⁶ para o financiamento de medidas e programas destinados à melhorias do sistema prisional brasileiro, ressalta a não destinação das verbas aos fins próprios. Destaca que o saldo R\$ 2,2 bilhões se encontra contido pela União, devido ao excesso de rigidez e burocracia da União para repassar os recursos aos entes federativos. Considerando o ECI, tal contingenciamento se mostra um verdadeiro insulto à dignidade humana de milhares de pessoas.

Conclui que o Supremo deve impor o seguinte aos demais poderes públicos: que sejam preparados e implementados de planos de ação com o devido monitoramento judicial; que sejam realizadas audiências de custódia; que sejam devidamente fundamentadas as decisões que não aplicarem medidas cautelares alternativas à prisão, para que se reduza a quantidade de prisões provisórias; que seja levado em conta o “estado de coisas inconstitucional” na aplicação e execução das penas.

Diante do exposto, pede o deferimento, liminarmente, para que seja determinado que: os juízes e tribunais motivem de não aplicação penas alternativas; em até noventa dias, realizem audiências de custódia, para o comparecimento do preso em juízo, em 24 horas a partir da prisão; considerem o terrível quadro do sistema penitenciário brasileiro ao aplicarem cautelares penais ou pena e na execução; sempre que possível, estabeleçam penas alternativas à prisão, diante

⁶⁶ Vide Lei Complementar nº 79/1994 e regulamentado mediante o Decreto nº 1.093/1994.

severidade exacerbada da pena de reclusão; que o juiz da execução penal abrande os requisitos temporais para concessão de benefícios quando as condições de cumprimento da pena forem mais severas do que deveriam; abata, da pena, o tempo de prisão quando as condições de efetivo cumprimento forem demasiadamente severas; o CNJ coordene mutirão carcerário para revisão de todos os processos de execução envolvendo pena de reclusão; a liberação das verbas do FUNPEN, sem novos contingenciamentos.

A respeito do mérito pede: a declaração do ECI do sistema penitenciário brasileiro; que seja determinado ao Governo Federal a elaboração e o para que seja superado, em três anos, o problema do sistema penitenciário brasileiro; que o plano possua propostas para reduzir a superlotação, conter e reverter o hiperencarceramento, diminuir as prisões provisórias, adequar as instalações prisionais e a separação dos presos de forma criteriosa, garantir total assistência e tratamento adequado aos presos, eliminar torturas/maus-tratos, e contratar e capacitar o pessoal das instituições prisionais; que sejam previstos recursos para o efetivação das medidas; que o tribunal delibere sobre o plano, homologando-o ou impondo providencias, com auxílio do CNJ; que, homologado o plano, determine-se aos Governos estaduais e distrital a formulação de planos próprios, bem como o envio destes ao STF, coerentes com o nacional, para superação do ECI no prazo de 2 anos; que sejam os planos estaduais/distrital analisados pelo CNJ e demais órgão relacionados, assim como pelos cidadãos, para manifestarem a respeito; e o monitoramento da implementação dos planos pelo STF, com auxílio do CNJ.

Diante dos fatos narrados e dos consequentes pedidos formulados, iniciou-se a exposição dos votos dos Ministros do Supremo para que se chegasse a uma decisão para a presente ADPF.

Após o relato de outras ações⁶⁷ que estavam na pauta relacionadas ao tema, um breve destaque da atual situação carcerária brasileira e o apontamento das problemáticas da questão referente ao envolvimento do STF, no caso, manifestando-se pela necessidade da intervenção do STF na questão, tendo em vista que, a imensa violação de direitos fundamentais diante da omissão dos

⁶⁷ As referidas ações são: Recurso Extraordinário nº 580.252/MS, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.170/DF e Recurso Extraordinário nº 641.320/RS

poderes públicos justifica a intervenção do tribunal⁶⁸, o Ministro Marco Aurélio, relator da ADPF 347, decidiu dar provimento parcial, determinando a aplicação de medidas alternativas sempre que possível ou a motivação da não aplicação de medidas alternativas a prisão; a realização de audiências de custódia; a consideração do ECI do sistema penitenciário na aplicação de penas e cautelares; e a liberação da verba do FUNPEN para que atinja sua finalidade.

Em seguida vem o voto do Ministro Edson Fachin, iniciando seu discurso pela admissibilidade do instrumento da ADPF para o caso em tela, considerando que, diante das graves violações de direitos fundamentais dos presos frente ao dever de “guardião da constituição” e da indisponibilidade de outro meio para tratar da presente demanda, estariam preenchidos os requisitos desta. Destaca em seu voto a questão de configuração do ECI, através de dados da situação assombrosa do sistema carcerário e de referenciais de outros juristas sobre o tema, demonstrando que a situação é realmente terrível. Em seguida, passa a análise dos pedidos cautelares formulados, concedendo: a questão das audiências de custódia; a coordenação de mutirões carcerários pelo CNJ; e, por fim, a liberação das verbas do FUNPEN.

O Ministro Luís Roberto Barroso, para evitar a retomada destes pontos, faz referência ao voto do Ministro Marco Aurélio, quanto às violações de direitos e as estatísticas do sistema penitenciário. Ressalta, inicialmente, o caráter “intensificador de criminalidade” do próprio sistema penitenciário⁶⁹, como agravante da situação tratada. Em seguida, trata da questão financeira frente a melhoria da eficiência do sistema penal, mencionando, para se refletir ainda mais sobre essa questão, o debate da redução da maioria penal e consequente custo que isso traria. Faz menção a admissibilidade da ação, destacando que é admissível, da mesma forma que os outros Ministros. Depois de pontuações a respeito dos pedidos formulados, decide acompanhar o que foi concedido pelo Ministro Fachin, sem divergir do que foi provido pelo Ministro Marco Aurélio e propõe uma cautelar de ofício para determinando que o Governo Federal, dentro de um ano, a partir da publicação do

⁶⁸ Trata-se de entendimento pacificado, conforme se constata no julgamento do Recurso Extraordinário nº592.581/RS

⁶⁹ Isto é, o sujeito após cometer um crime acaba cometendo outros, até mais graves, para evitar o seu retorno ao sistema penitenciário, diante das condições indignas e horrendas a que seria submetido.

acórdão, apresente ao Tribunal um diagnóstico e um plano de ação acerca desta matéria.

Então vem o voto do Ministro Teori Zavascki, iniciado pela referência a grande quantidade de ações sobre este tema (Sistema Carcerário), bem como reafirma ser cabível a ADPF baseando-se na fundamentação do Ministro Marcos Aurélio e que o STF deve ser “responsável” ao julgar a liminar, visando a possibilidade de cumprimento das medidas que forem deferidas, isto é, garantindo os pedidos deferidos de forma a se tornarem eficazes. Depois de muita discussão com os demais Ministros, envolvendo possibilidades e cronogramas das medidas a serem determinadas, conclui seu voto com a concessão em parte para que o CNJ regule o prazo das audiências de custódia, e indeferindo os demais pedidos.

Manifesta-se a Ministra Rosa Weber pelo indeferimento do pedido de motivação das decisões, uma vez que este pedido já constitui o ordenamento jurídico⁷⁰. Acompanha o relator com relação a realização das audiências de custódia no prazo de 90 dias, ressalvado prazo mais adequado definido pelo CNJ. Indefere os pleitos de abrandamento na aplicação de pena e dos requisitos temporais dos benefícios concedidos ao presos em face do quadro dramático do sistema carcerário, pelo fato de a pena privativa de liberdade ser a exceção⁷¹. Termina seu voto quanto ao pedido de liberação das verbas do FUNPEN, entendendo que deve ser provido tal pedido.

Iniciando pela indignação de indeferimento do pedido de motivação das decisões, o Ministro Luiz Fux discorre o fundamento de que não é porque algo está previsto em lei que isso será respeitado pelos juízes e tribunais, caso contrario, não estaria configurado o “ECI” no caso, e que, ao ser deferido tal pedido pelo STF, isto explicitará aos juízes que estão cometendo erros, e determinará a eles que esta é a forma correta de se decidir. Então encerra seu voto, acompanhando o relator, considerando a proposta feita pelo Ministro Barroso.

Acompanhando o voto do relator, e apenas sugerindo que o prazo da proposta do Ministro Barroso fosse mais curto que um ano, a Ministra Carmem Lúcia faz um retrospecto quanto as questões envolvidas no caso, demonstrando a

⁷⁰ O artigo 93, em seu inciso IX, da Constituição impõe que as decisões judiciais sejam fundamentadas, sob pena de nulidade.

⁷¹ Partindo de um dos princípios do Direito Penal, o princípio da subsidiariedade ou *Ultima Ratio*, o direito penal é a último meio de solução de conflitos a ser adotado e dentro do direito penal a pena restritiva de liberdade é aplicada apenas quando não cabem medidas alternativas, não havendo portanto como se falar em abrandamento das sanções.

relevância da questão tratada nesta ADPF, como já foi feito pelo relator e pelo Ministro Fachin.

O Ministro Gilmar Mendes, após contextualizar a dificuldade do tema, devido às suas repercussões e também discursar a respeito do cabimento da referida ação, passa à análise da evolução de situações similares à questão do ECI, que envolviam a questão de omissão inconstitucional, por meio da retomada de casos julgados anteriormente⁷². Quanto a análise dos pedidos, referente ao pedido de fundamentação das decisões, segue a linha do Ministro Fachin, dizendo que tal dever já existe, e o deferimento de tal pedido apenas aumentaria as reclamações feitas ao STF, acompanhando então a divergência nesse ponto e sugerindo que seja expedido ofício para a ENFAM realizar um plano de trabalho para o treinamento dos julgadores; opina pelo deferimento das audiências de custódia no prazo de 24 hora da prisão, lembrando a possibilidade de situações excepcionais⁷³; quanto ao pleito de adiantamento dos benefícios a serem concedidos ao preso, em razão das condições severas que se encontram, seguiu o que foi dito pelos Ministros Fachin e Barroso, deferindo, no entanto, em menor extensão, em razão da mora da administração pública na implementação da Lei 12.714/2012⁷⁴, motivo pelo qual propôs a notificação dos estados e tribunais de justiça para colocarem em funcionamento o sistema de monitoramento da execução de penas e medidas de segurança, no prazo de 6 meses. Por entender que os presos devem ser indenizados monetariamente, indefere a redução da pena. Por fim, acompanha o relator na questão da liberação de verbas ao FUNPEN.

Iniciando seu voto pelo ponto da legitimidade do Supremo para intervir nos demais poderes, quando da omissão inconstitucional desses, o Ministro Celso de Mello demonstra o tamanho da lesividade causada aos direitos fundamentais por consequência da omissão e enfatiza a legitimidade do judiciário, como interprete da constituição e protetor das minorias. Passa a abordar a importância da interpretação

⁷² Os casos citados no voto do Ministro foram: o caso de Matupá, o caso Arruda, a Intervenção Federal 5.129 e o caso *Brown v. Board of Educatio*, da Suprema Corte norte americana.

⁷³ “Imagine-se, por exemplo, o flagrado que é ferido, ou está gravemente intoxicado, por ocasião do flagrante. Ou que o preso, às 7:45 h da manhã, venha a ser apresentado às 8 h do dia seguinte, logo na abertura do fórum. No entanto, essas situações poderão ser bem equacionadas nas instâncias ordinárias.”

⁷⁴ “...determina que os “dados e as informações da execução da pena, da prisão cautelar e da medida de segurança deverão ser mantidos e atualizados em sistema informatizado de acompanhamento da execução da pena”. Esse sistema deve “informar tempestiva e automaticamente, por aviso eletrônico, as datas” previstas para “progressão de regime” e “livramento condicional”. Além disso, deve avisar o “enquadramento nas hipóteses de indulto ou de comutação de pena”.”

judicial da constituição tendo em vista a sua aptidão de trazer o texto quase imutável da constituição para, por meio da devida adequação realizada na interpretação desta, ser aplicada na resolução das necessidades e problemas sociais contemporâneos. Trata, também, do “indisfarçável” ECI do Sistema Carcerário frente a omissão do Poder Público que acaba ferindo a decência dos cidadãos. Reforça a questão do papel do Supremo de guardião da constituição, advindo este da própria constituição, não podendo este renunciar ao encargo, pois, sendo a a última proteção desta, ao falhar, comprometeria toda a sociedade. Assim como outros ministros, salienta a legitimidade do STF para exercer o controle das políticas públicas. Relembra que deve ser levada em consideração as dificuldades da escassez de recursos que fazem o Poder Público ter de realizar as “escolhas trágicas”, no entanto não deve haver espaço para o argumento reserva do possível superar a proteção ao mínimo existencial. Diante das razões e argumentações formuladas, o Ministro decide acompanhar o relator, com exceção da determinação de o CNJ coordenar a realização de mutirões carcerários por todo o país, com acolhimento da proposta do Ministro Barroso a respeito das informações dos sistemas penitenciários de cada estado.

Sem se delongar muito em seu voto, o Ministro Ricardo Lewandowski afirma o acolhimento do argumento pelo Supremo, e, que tal fato se fundamenta na permanência desse estado insuportável de violação de direitos no âmbito do sistema carcerário. Acompanha o relator para deferimento da determinação de justificação da manutenção de prisões provisórias, pelos mesmos motivos do Ministro Luiz Fux; de realização das audiências de custódia; e também a consideração da situação drástica do sistema carcerário na aplicação de penas e cautelares no processo penal. Indefere as demais requisições, sem prejuízo, no entanto, da realização dos mutirões carcerários e da determinação à união para que libere a verba do FUNPEN.

Ao final, apreciados e devidamente debatidos os pedidos formulados, decidiu o STF por maioria dos votos e nos termos do voto do Relator, pelo deferimento da cautelar em relação à alínea “b”, determinando aos juízes e tribunais que, com observância do Pacto dos Direitos Cíveis e Políticos e da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, sejam realizadas em até noventa dias, audiências de custódia, para que o preso compareça em juízo dentro de 24 horas a partir da prisão, com a ressalva de observância dos prazos fixados pelo CNJ, conforme voto da ministra

Weber. Em relação à alínea “h”, foi deferida a cautelar para a liberação do saldo acumulado do FUNPEN, pela União, para os seus devidos fins, com a abstenção de novos contingenciamentos. Foi deferida também, por maioria, a proposta do Ministro Barroso de concessão de cautelar de ofício para determinar à União e aos Estados que encaminhem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional. As demais alíneas dos pedidos foram indeferidas, com exceção da alínea “g”, que foi julgada prejudicada.

4.2 DOS POSSÍVEIS PONTOS DE APROXIMAÇÃO DO ENTENDIMENTO DO STF FRENTE AO ECI NA ADPF 347 COM A TEORIA DA JUSTIÇA RAWLSIANA

Finalmente, depois das pontuações, contextualizações necessárias e um breve resumo da decisão a ser analisada, é chegado o momento da análise que é o ponto principal deste trabalho, isto é, da possível aproximação entre a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 e a Teoria da Justiça de John Rawls.

Como visto anteriormente, a Teoria de Rawls está centrada na ideia dos dois princípios da justiça, sendo eles, o da igual-liberdade e o da diferença, para que se obtenha a regulação da distribuição adequada de direitos e deveres frente as instituições sociais, assim como, a escolha da forma de governo, como se dará a cooperação social e os acordos sociais em geral.⁷⁵ Também gira em torno de outros termos principais, como a Estrutura Básica e a Posição Original.

Primeiramente é necessário partir da ideia de Estrutura Básica trazida por Rawls⁷⁶, visto que está é o objeto primário da justiça, ou seja, toda a justiça funciona com base na Estrutura Básica. Voltando aos termos trazidos pelo autor, tem-se que faz dela : “A Constituição política com um judiciário independente...”⁷⁷. Portanto, pode-se notar aqui que toda a discussão envolvida na MC-ADPF, assim como todo o

⁷⁵ FELDENS, Guilherme de Oliveira. **Aproximações entre a teoria da justiça de Aristóteles e a teoria da justiça como equidade em John Rawls**. Controvérsia, São Leopoldo. V.6, n.3, p. 1-12, dez. 2010.

⁷⁶ RAWLS, John. **Justiça como Equidade**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 13

⁷⁷ Ibid., p.14

trabalho do Supremo Tribunal Federal está contido na Estrutura Básica, uma vez que Constituição faz parte dela e é desta que partem todos os direitos fundamentais os quais o STF tem o dever de proteger. Tal dever está sendo exercido quando da Declaração do Estado de Coisas Inconstitucional no julgamento da MC-ADPF 347, visto que visa cessar a situação insuportável e constitucionalmente inaceitável de violação de direitos fundamentais da população carcerária.

Portanto, a proteção da Constituição pelo STF realizada no julgamento da MC-ADPF 347, frente a massiva violação dos direitos fundamentais dos presos, é congruente à teoria da Justiça Rawlsiana, visto que esta, como já mencionado, tem como objeto primário a Estrutura Básica, assim como o Supremo tem a Constituição como objeto primário de sua atuação. Pode-se justificar tal correlação por meio do seguinte trecho da obra de Rawls, quando fala dos motivos de a estrutura básica ser o objeto primário da justiça:

Isso é assim em parte porque os efeitos da estrutura básica sobre as metas, aspirações e o caráter dos cidadãos, bem como sobre suas oportunidades e sua capacidade de tirar proveito delas, são profundos e estão presentes desde o início da vida.⁷⁸

Esta motivação pode ser perfeitamente aplicada à Constituição da República, uma vez que regula todo o ordenamento jurídico do Estado Democrático de Direito, de forma que atende aos anseios populares, por meio da devida interpretação realizada pelos legitimados para tal. Assim, a Suprema Corte, ao agir em proteção da Constituição quando declara o ECI, está a exercer a justiça em prol da Estrutura Básica, ou pelo menos do principal constituinte dela.

Ainda quanto a Estrutura Básica, temos outro trecho dizendo a respeito do papel das instituições pertencentes à estrutura básica: “O papel das instituições que pertencem à estrutura básica é garantir condições de fundo justas, em cujo contexto as ações de indivíduos e associações podem ser levadas a cabo”⁷⁹. Diante do que foi dito, podemos aplicar tal texto à atuação do Supremo, que no caso da MC-ADPF 347, visa garantir condições justas ao presos ao cessar a violação de direitos constitucionalmente previstos, fazendo com que estes retornem às condições

⁷⁸ RAWLS, John. **Justiça como Equidade**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 14.

⁷⁹ RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 318.

equitativamente previstas, distanciando-os dos reflexos dos atos errôneos dos poderes públicos ao se omitirem nos seus deveres legalmente previstos, visto que a restrição de liberdade de locomoção não significa a violação de todas as liberdades básicas, logo os presos fazem jus a proteção destas liberdades conforme prevê o primeiro princípio de justiça.

É possível utilizar do conceito de Posição Original elaborado por Rawls, no entanto, não exatamente no mesmo contexto e momento em que é utilizado pelo autor na elaboração de sua obra.

A referida aplicação do conceito pode ser utilizada quando da impessoalidade e imparcialidade dos ilustres ministros no julgamento da referida ação, uma vez que a Posição Original⁸⁰ envolve uma situação fictícia onde não há a influencia de questões ou interesses pessoais. Tal conceito se encaixa perfeitamente na atuação dos julgadores, que devem atuar de forma imparcial, sem se deixar guiar por interesses ou crenças pessoais, mas sim pela própria justiça, que em suma parte da constituição.

Rawls traz, na exposição da justificativa para a Posição Original um trecho que merece a devida citação. Discorre o seguinte:

Parece razoável supor que as partes na posição original são iguais. Isto é, todas têm os mesmos direitos no processo da escolha dos princípios; cada uma pode fazer propostas, apresentar razões para a sua aceitação e assim por diante. Naturalmente a finalidade dessas condições é representar a igualdade entre seres humanos como pessoas éticas, como criaturas que têm uma concepção do seu próprio bem e que são capazes de ter um senso de justiça.⁸¹

O raciocínio trazido pelo autor ilustra perfeitamente o que ocorre no Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento das ações que chegam até ele, nesse caso a MC-ADPF 347, onde todos os ministros, partindo de uma posição imparcial (que deve considerar todos os pontos de vista afetados pela decisão que tomarem) demonstram seus motivos para decidirem desta ou daquela forma, de forma que ao fim das exposições de todos com a devida discussão dos motivos apresentados por cada um deles ao ponto de se atender ao senso de justiça de cada um, se chega a uma decisão, onde consideradas as opiniões de cada um se escolhe pela maioria

⁸⁰ KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 74.

⁸¹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 1. ed. São Paulo: Martins fontes, 2000. p. 21

qual é a decisão correta para o caso. A exemplo do julgamento da Medida Cautelar, chegou-se a decisão de determinar a realização das audiências de custódia, bem como a liberação das verbas do FUNPEN, apesar de que alguns julgadores apontaram que deviam ser deferidas outras medidas requeridas, estas não o foram, pois o conjunto dos entendimentos estabeleceu que não seria correto deferir tais medidas pleiteadas.

De um ponto vista prático, a aplicação do conceito de posição original deve ter alguns cuidados em sua utilização. Como dito por Rawls⁸², o motivo para se recorrer ao véu da ignorância é evitar o surgimento de arbitrariedades, fazendo com que seja possível a geração de acordos justos a partir da posição original, evitando que as partes venham a agir em seus próprios interesses. Rawls também parte da presunção de conhecimento de todas as informações genéricas pelas partes⁸³, com a imposição de um limite a complexidade desses fatos, ou seja, é preferível uma teoria baseada em fatos mais simples do que aquela demasiadamente complexa. Analisando a questão carcerária a partir do viés Constitucional, ao menos, teoricamente houve essa preocupação com os direitos dos presidiários⁸⁴. No entanto, na prática tais direitos não são respeitados, momento em que é possível notar que, na realidade não houve essa preocupação com a situação dos presos durante a posição original pelos representantes da sociedade, de forma que estes, os presidiários, não possuem representação a partir daquela. Diante de tal constatação, o véu da ignorância poderia, para esses pontos relacionados a violações extremas de direitos, funcionar como uma persiana, onde permitiria uma pequena visão do problema para que pudesse ser resolvido, mesmo antes de se tornar um problema.

Quanto a semelhança de a posição original se tratar de uma situação hipotética, o mesmo ocorre com o princípio de imparcialidade do julgador, uma vez que nunca será possível determinar quando é que ele não estará agindo de acordo com suas vontades internas e, também, é muito difícil de se imaginar que alguém seja capaz de afastar todos os seus juízos de valores pessoais por um momento que seja. Porém, ambas as ficções são necessárias para o funcionamento, da teoria de Rawls, como também para o funcionamento da jurisdição judicial, uma vez que trata-

⁸² RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. 1.ed São Paulo: Martins Fontes, 2000. P.152

⁸³ Ibid. , p. 153

⁸⁴ Por exemplo, o direito a integridade física e moral previsto no artigo 5º, inciso XLIX da Constituição.

se de princípio essencial para que se mantenha a ordem e a correta aplicação das decisões judiciais.

Por fim, mas de modo algum menos importante, passa-se a análise dos princípios da justiça trazidos por Rawls, sendo eles o princípio da igualdade e o princípio da diferença, considerados os pilares da teoria da justiça Rawlsiana.

Antes de analisar a conjugação dos dois princípios, seria mais interessante realizar a análise de cada um dos princípios separadamente, principalmente quanto ao princípio da diferença.

Iniciando pelo mais simples, por assim dizer, o princípio da igualdade da teoria de Rawls prevê que cada pessoa tem direito a um grupo irrevogável de liberdades básicas, sendo estas iguais para todas as pessoas em uma sociedade. Portanto, tal princípio seria uma equivalência do princípio da igualdade disposto no artigo 5º da Constituição da República, uma garantia ao tratamento igualitário entre os indivíduos de uma sociedade, e uma garantia de direitos de modo a proteger os direitos das pessoas de serem exauridos por outros indivíduos.

O princípio é amplamente utilizado na defesa dos direitos dos cidadãos. No caso da MC-ADPF, por exemplo, com a declaração do ECI, permite-se dizer que se visa o atendimento desse princípio no ponto em que a ação pede pela declaração do ECI para que a decisão emanada pelo STF venha a atingir toda a população carcerária, garantindo igualmente a proteção de todos esses, tendo em vista que o direito à integridade física está englobado no “grupo de liberdades básicas irrevogável”. Também se manifesta o exercício de tal princípio pelo próprio STF quando reconhece que se trata de uma situação catastrófica, garantindo assim, que todos os afetados sejam devidamente amparados pela decisão.

Finda a análise do princípio da igualdade, ao qual Rawls não despende muito tempo de seu discurso para tratar dele, acabando apenas por mencioná-lo em grande parte das obras, passa-se à análise do Princípio da Diferença, que possui um pouco mais de complexidade na sua compreensão e, conseqüentemente, na sua análise.

É necessário retomar do que se trata tal princípio. Basicamente, o princípio da diferença age quando o princípio da igualdade deixa de operar como o esperado, ou seja, a regra é que, conforme o princípio da igualdade, não haja diferenças nas

distribuições de direitos e riquezas, no entanto, se essas diferenças existirem, elas devem trazer o maior benefício aos menos favorecidos.⁸⁵

O princípio trata basicamente da tarefa diária do STF: a proteção das minorias (menos favorecidos) frente aos anseios da maioria. É possível notar isso no julgamento da MC-ADPF, uma vez que tratando do sistema carcerário, mais exatamente do sofrimento dos presos frente às condições horríveis em que se encontram, já está se falando em uma minoria, visto que, como se pode observar, a atual situação pela qual está passando o sistema carcerário se deve à omissão do poder público ao não exercer seus deveres legais. Portanto o STF vem trazer o tratamento desigual para oferecer o maior benefício dos menos favorecidos, isto é, por meio da sua decisão, visa a melhora da situação carcerária e, se possível, a resolução total desse problema catastrófico.

Por fim, é cabível trazer novamente a disposição a respeito das regras de prioridade entre ambos os princípios construída por Rawls para efeitos desta análise. Dispõe Rawls da seguinte maneira:

Primeiro Princípio

Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdade para todos.

Segundo Princípio

As desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de tal modo que, ao mesmo tempo:

(a) tragam o maior benefício possível para os menos favorecidos, obedecendo às restrições do princípio da poupança justa, e

(b) sejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades.

Primeira Regra de Prioridade (A Prioridade da Liberdade)

Os princípios da justiça devem ser classificados em ordem lexical e portanto as liberdades básicas só podem ser restringidas em nome da liberdade.

Segunda Regra de Prioridade (A Prioridade da Justiça sobre a Eficiência e sobre o Bem-Estar)

O segundo princípio da justiça é lexicalmente anterior ao princípio da eficiência e ao princípio da maximização da soma das vantagens; e a igualdade equitativa de oportunidade é anterior ao princípio da diferença.⁸⁶

⁸⁵ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 1. ed. São Paulo: Martins fontes, 2000. p. 333.

⁸⁶ Ibid. p. 333-334.

Diante das regras de prioridade, conclui-se que não é possível a restrição dos direitos fundamentais (liberdades básicas) se não em nome da própria liberdade, não se admitindo, portanto, que sejam aqueles sacrificados em nome da concessão de maiores benefícios sociais.

Esta regra de prioridade também pode ser trazida ao voto, no sentido de que, não é possível sacrificar as condições adequadas e humanas que deviam ser concedidas aos presidiários, em nome de uma suposta alegação de que ao se prender os autores de condutas tidas como crime, estaria sendo reduzida a criminalidade e, por outro lado, aumentando segurança social. Mesmo que tal alegação fosse verdadeira, isto é, que o aumento do número de prisões fizesse com que a segurança da sociedade aumentasse na mesma proporção, tendo em vista as condições em que se encontra o sistema carcerário, tal sacrifício não seria aceitável em hipótese alguma⁸⁷.

Tal postura pode ser verificada no reconhecimento do Estado Inconstitucional de Coisas na MC-ADPF 347, quando são retratadas as violações dos direitos fundamentais e as lamentações trazidas pelos julgadores, que demonstram sua revolta com a atual situação diante impossibilidade de aceitação de tal injustiça, como se pode notar no seguinte trecho do voto do Ministro:

Os sentenciados que cumprem condenações penais a eles impostas continuam à margem do sistema jurídico, pois ainda subsiste, quanto a eles , a grave constatação, feita por HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, de que as condições intoleráveis e degradantes em que vivem os internos nos estabelecimentos prisionais constituem a pungente e dramática revelação de que “os presos não têm direitos” em razão do estado de crônico e irresponsável abandono, por parte do Poder Público, do seu dever de prover condições minimamente adequadas ao efetivo e pleno cumprimento dos preceitos fundamentais consagrados em nossa Constituição e cujo desrespeito dá origem a uma situação de permanente e inadmissível violação aos direitos humanos.⁸⁸

Assim, diante de todo exposto aqui, fica evidenciado como é possível a aproximação da Teoria da Justiça de John Rawls e dos critérios adotados pelo

⁸⁷ Além disso, há a opção de se utilizar da vigilância pelas tornozeleiras eletrônicas.

⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**. Brasília, DF. DJE Nr. 31 de 2016, pg. 61.

Supremo Tribunal Federal no julgamento de demandas envolvendo a Declaração do Estado de Coisas Inconstitucional.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como foi possível perceber ao longo da elaboração deste trabalho, a preocupação popular para com a justiça em âmbito nacional, apesar de mal direcionada pelos discursos de ódio envolvidos, é evidente e necessária, principalmente por conta dos demasiados descasos do poder público para com a população.

Esse trabalho teve como direcionamento, dentre os vários problemas existentes, a questão da péssima condição em que se encontra o sistema carcerário brasileiro, que de tão inaceitável o seu estado atual, foi cogitado a declaração de um Estado de Coisas Inconstitucional.

Então, a partir deste problema em que o Supremo Tribunal Federal enfrentou no julgamento da Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, é que se procurou demonstrar que há sim justiça neste país, por meio da demonstração de possíveis similaridades entre o posicionamento do Supremo frente ao Estado de Coisas Inconstitucional e a teoria de justiça Rawlsiana.

Portanto, o problema ao qual este trabalho se propôs a tentar resolver foi o de encontrar possíveis pontos de aproximação entre a teoria de justiça de Rawls e o posicionamento do Supremo frente a uma situação tão crítica a ponto de se requisitar a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional.

Para isso, inicialmente, abordou-se toda a questão do Estado de Coisas Inconstitucional, desde sua definição, como os requisitos para sua decretação, a possibilidade de sua utilização no âmbito do direito brasileiro, bem como a sua aplicação frente a situação carcerária brasileira, para o fim de demonstrar que está é um verdadeiro caso de Estado de Coisas Inconstitucional, diante das enormes violações dos direitos dos presos, principalmente quanto a violação ao direito da dignidade.

Após a breve contextualização do que vem a ser o Estado de Coisas Inconstitucional e sua importância, procurou-se tentar explicar, de forma simples e breve, a teoria da justiça de John Rawls, que é o principal objeto de estudo deste trabalho. Tal tentativa deu-se por meio de uma breve contextualização de onde se situa o pensamento de Rawls, o que tornou possível a análise dos principais conceitos de sua teoria escolhidos para serem aqui abordados.

Por fim, foi realizada a efetiva análise da possível aproximação entre a o posicionamento do Supremo no julgamento da Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 e a teoria de justiça Rawlsiana. Inicialmente, foi feito um resumo dos votos dos ministros, de modo a se ilustrar o posicionamento do Supremo de forma mais detalhada. Então, passou-se a pontuar possíveis pontos de semelhança entre os ideais de justiça de Rawls e o que foi decidido pelo Supremo.

Quanto aos pontos de semelhança, a própria concepção de justiça rawlsiana é congruente com a atuação do STF, quanto a questão de seus objetos primários, onde para a teoria da justiça de Rawls é a Estrutura Básica, enquanto que para o Supremo o é a Constituição da República. Nesse mesmo sentido, pode-se dizer que a própria constituição, ao regular todo o Estado Democrático de Direito, atendendo os anseios básicos do povo, constitui parte da Estrutura Básica, e o Supremo, ao declarar o ECI para proteção dos direitos nela previstos, está a exercer a justiça em prol da Estrutura Básica.

Também é possível relacionar a ideia do Véu da Ignorância com a atuação do STF, que, ao julgarem a referida Medida Cautelar, os ministros mantiveram a imparcialidade e impessoalidade, impedindo que se deixassem guiar por suas crenças e desejos pessoais, considerando todos os pontos apresentados, decidindo de forma devidamente fundamentada e discutindo as motivações apresentadas de modo a se chegar a decisão mais correta e justa.

Ainda, sobre a posição original e o véu da ignorância, também se assemelha ao princípio da imparcialidade do julgador, visto que não há como se distinguir quando alguém está agindo de forma imparcial, bem como é difícil de se imaginar que alguém consiga afastar todos seus juízos e desejos pessoais, pelo mais breve período que seja. No entanto, ambos são necessários para o funcionamento da jurisdição.

Finalmente, quanto aos princípios da justiça, pode-se perceber que o princípio da igualdade seria equivalente ao direito à igualdade previsto no artigo 5º do texto constitucional, prevendo o igual tratamento a todos os indivíduos da sociedade, assim como é amplamente utilizado pelo STF como fundamento da proteção dos direitos dos indivíduos, sendo assim um verdadeiro princípio de justiça. Quanto ao segundo princípio, trata-se basicamente da tarefa diária do Supremo: a proteção das minorias (menos favorecidos) frente aos anseios da maioria.

Ainda, diante das regras de prioridade dos princípios extrai-se que não é possível restringir as liberdades básicas de qualquer indivíduo somente para se obter benefícios sociais. Essa ideia pode ser trazida ao voto dos Ministros, aos reconhecerem a extrema violação de direitos no sistema prisional e afirmando que tal fato é inaceitável e não justificável.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. Volume nº 254

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 18, abril/maio/junho, 2009.

BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. 2ª Ed. New Haven: Yale University Press, 1986

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário**. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>> Acesso em: 28 out. 2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**. Brasília, DF. DJE Nr. 31 de 2016, pg. 61.

CAMPOS, Carlos Alexandre de. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 1ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2016

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da inconstitucionalidade por omissão ao Estado de coisas inconstitucional**. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2015. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.bdttd.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=8740> Acesso em: 15 de out. 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal**. Forense, 2014. Disponível em: <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5776-6/cfi/6/34!/4/126/4/2@0:82.8>> Acesso em: 14 out. 2017

FELDENS, Guilherme de Oliveira. **Aproximações entre a teoria da justiça de Aristóteles e a teoria da justiça como equidade em John Rawls**. Controvérsia, São Leopoldo. V.6, n.3, p. 1-12, dez. 2010.

GRAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transform el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Dejusticia, 2010.

G1. Cinco presos morrem por mês nos presídios do RJ, diz levantamento; maior parte é por doença. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/cinco->

presos-morrem-por-mes-nos-presidios-do-rj-diz-levantamento-maior-parte-e-por-doenca.shtml>. Acesso em: 25 Out. 2017.

Infopen. Junho/2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-depen-versao-web.pdf>>

KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

OLIVEIRA, Nythamar de. **Rawls**. 1. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 2003.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAWLS, John. **Justiça como Equidade**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 1. ed. São Paulo: Martins fontes, 2000.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os dois lados da moeda. **Revista de Direito do Estado**. Vol. 2. Rio de Janeiro, 2007.